

308909  
A  
EJZ



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

"LA CONDICION DEL NASCITURUS EN  
DERECHO MEXICANO"

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA LA ALUMNA  
MARIA TERESA CANTU REUS

DIRECTOR DE TESIS: DR. SALVADOR MIER Y TERAN SIERRA

MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## INDICE

Introducción.

### Capítulo I

Conceptos preliminares

Estado y Derecho.....	1
Persona.....	12
Los Derechos Naturales del Hombre.....	15

### Capítulo II

El Origen de la Vida Humana.....	20
Gemelos Monocigóticos.....	27
El Desarrollo Embrionario.....	36

### Capítulo III

Estatuto Jurídico del Nasciturus en Derecho Mexicano

Derecho Constitucional.....	43
Derecho Internacional Público.....	56
Derecho Administrativo.....	113
Derecho Mercantil.....	142
Derecho Civil.....	143
Derecho Penal.....	160
Conclusiones.....	171
Bibliografía.....	176
Legislación.....	181

## INTRODUCCION

El año pasado, nuestros legisladores reconocieron por fin, entre otras realidades, las siguientes:

1.- La existencia de grupos indígenas con tradiciones y costumbres propias, distintas a las de la llamada sociedad mexicana.

2.- La existencia de las iglesias, principalmente de la iglesia católica. La destaco, por su innegable influencia en el devenir histórico mexicano. No puede concebirse a México negando la presencia de la iglesia católica en la educación, en las costumbres, en la arquitectura, en el arte, en la literatura, etcétera.

3.- La ineficiencia del sistema ejidal en materia agraria.

4.- La necesidad y el derecho de los mexicanos a que sus hijos reciban una educación escolar y una formación de acuerdo a sus creencias y principios.

5.- La función rectora del Estado en materia económica, sin pretender sustituir a los industriales, a los banqueros y a los comerciantes en las actividades que les son propias.

Todos los mexicanos vivimos la realidad que por décadas negó nuestro Derecho sin alterar las formas. Sin embargo, a partir de 1988, se inicia un movimiento reformador en materia legislativa, por el cual se empieza a reconocer y a regular parte de la realidad hasta entonces desconocida.

Así, durante el primer sexenio gobernado por economistas, desde la Revolución se empieza a dar congruencia entre nuestro ordenamiento jurídico y la realidad nacional.

Contagiados de la euforia transformadora de nuestro Derecho objetivo y, rodeados de un ambiente plenamente humanista nos sorprende una iniciativa de reformas al Código Penal de Chiapas, en la que se pretende despenalizar el aborto provocado cuando se utilice como medio de control natal en la planificación familiar.

La iniciativa aprobada fue conocida por la sociedad el 11 de octubre de 1990, fecha en que se publicó su contenido en el periódico oficial de la entidad federativa, notificándose, al mismo tiempo que entraría en vigor a los 50 días de su publicación.

La mayoría de los medios de comunicación difundieron la noticia, desatándose una fuerte polémica en la opinión pública, no únicamente en relación a la reforma chiapaneca sino, en general, sobre las ventajas y desventajas de la despenalización del aborto.

Los grupos pro-abortistas aducen razones "humanitarias" fundadas en la calidad de vida, en el derecho de la madre a disponer sobre las partes de su cuerpo, en la salud mental de las madres y de los hijos en familias pequeñas.

Por otro lado, es una realidad que muchas mujeres mexicanas fallecen por abortos provocados realizados en condiciones insalubres por personas ignorantes, inexpertas y sin escrúpulos, como también lo es el hecho de que la vida humana se inicia al momento de la concepción y termina con la muerte.

Se trata de un problema difícil de resolver, hay quienes prefieren dejarlo a la conciencia de cada persona. Pero todos sabemos que el derecho a conservar la vida es inherente a cada hombre y que el Derecho debe garantizar y promover su respeto. ¿De qué sirve gozar de la libertad de educación; de vivir conforme a las costumbres y tradiciones elegidas, de asociarse con fines religiosos y, de respirar aire puro? Si no tengo derecho a conservar la vida.

Ciertamente, el Derecho Positivo debe tomar como base la realidad pero, al mismo tiempo debe mantener como referencia y meta el deber ser.

En este trabajo analizamos la condición jurídica del nasciturus en derecho objetivo, sustantivo, mexicano. Para tal efecto, se divide el estudio en tres capítulos: en el primero se establecen los conceptos de Estado, Derecho, Persona y Derechos Humanos; en el segundo se estudia el origen de la vida humana y el desarrollo embrionario; y en el tercero se analizan las normas aplicables al nasciturus, desde Derecho Constitucional, hasta Derecho Penal.

Nuestro trabajo pretende dar una visión global de la protección que recibe el nasciturus. Amén de delinear los límites del legislador frente al concebido, como ser humano que es.

Del estudio realizado podemos concluir que el hombre existe desde la fusión biológica de los gametos -fecundación-. En contra de este hecho no se puede negociar, transigir, discutir o legislar, ya que nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce el derecho a conservar la vida del concebido, haciendo una clara distinción entre la vida de la madre y la vida del concebido.

En nuestra investigación encontramos que en Derecho Internacional Público, específicamente en la Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José), se ordena a los Estados parte proteger y garantizar el respeto a la vida de todos los hombres, desde el momento de la concepción. Obligación no aceptada por nuestro país, contraviniendo los principios básicos del Derecho Internacional y del Derecho Mexicano.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **CONCEPTOS PRELIMINARES**

#### **ESTADO Y DERECHO**

"El Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes".(1)

Santo Tomás investiga filosóficamente la naturaleza del Estado, determinando sus causas de la siguiente manera:

**CAUSA FORMAL.-** El Poder o Gobierno, es quien determina la manera de ser del Estado.

**CAUSA MATERIAL.-** La Comunidad, es aquélla que recibe la forma y el impulso teleológico.

**CAUSA FINAL.-** El Bien Común; conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que el hombre pueda desarrollarse integralmente y cumplir sus fines. Sólo podrá lograrse a través de un orden jurídico.

**CAUSA EFICIENTE.-** La Naturaleza Humana, el ser humano es un ser social por indigencia y por excelencia.

El Estado tiene entre otras, las siguientes características esenciales:

1) **SOBERANIA**, como adjetivo del poder, calificando al Estado mismo como soberano.

(1) (PORRUA PEREZ, J., *Teoría del Estado*, 12a.ed., PORRUA, México, 1987, pág.180)



2) **PERSONALIDAD JURIDICA.**- La ley le otorga personalidad jurídica, lo que implica que puede ser sujeto de derechos y obligaciones (Art. 25, fracción I del Código Civil para el D.F.)

3) **SUMISION AL DERECHO**, necesidad de que la estructura del Estado y su funcionamiento se encuentren regulados por un orden jurídico imprescindible.

El Estado es un ente complejo que presenta diversos aspectos; sociológicos, jurídicos, políticos, etc. El Derecho encausa las funciones del Estado dentro de un sistema normativo, es la autolimitación del Estado. En virtud del orden jurídico, el Estado Moderno se constituye en un **ESTADO DE DERECHO**.

Los límites marcados por el Derecho provienen de la misma naturaleza del Estado, se derivan de su fin y su misión. Un Estado sin poder soberano es inconcebible y un Estado con poder soberano que no este sometido al Derecho es un fenómeno de fuerza.

Siguiendo al maestro Manuel Pedrosa, presentamos un análisis gráfico y sencillo de las relaciones entre el Estado y el Derecho:

Derecho sin Estado: Norma sin efectividad.

Estado sin Derecho: Fenómeno de Fuerza.

Estado = Derecho: Confusión de parte sustancial con el todo.

Los fines del Estado.- En opinión del maestro Francisco Porrúa Pérez, a la cual nos adherimos, "la teleología del Estado es un elemento intrínseco del mismo, que lo caracteriza y distingue de otras sociedades humanas."(2)

Los fines esenciales del Estado son:

- a) Defensa internacional, manteniendo su independencia.
- b) Conservación de la paz y del orden en su territorio interno.
- c) El Bien Común.

(2) (ídem... pág. 441)

Existen diversas teorías sobre el concepto de Bien Común y su incorporación dentro de los fines del Estado. Las principales tendencias son las siguientes:

- 1.- Las que sostienen que el único fin de todo Estado es la conservación del bienestar de los individuos, manteniendo el orden y la seguridad. (Estado Policia)
- 2.- Las que afirman que el Estado es el fin y los individuos son el medio; el bien común será determinado "discrecionalmente" (en realidad -arbitrariamente-) por el Estado, sin consideración alguna a la naturaleza y necesidades de las personas.
- 3.- Las que afirman que el Bien Común es el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que cada hombre alcance su perfección; reconoce que los hombres tienen derechos inherentes a su naturaleza.

La primera tendencia, basada en el liberalismo, reduce al Estado a policía, negándole su naturaleza propia. Sirvió de inspiración a la Revolución Francesa, cristalizándose en los textos legislativos de aquella época.

Así, por ejemplo, el Artículo 2º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dice:

"Art. 2.-El fin de toda asociación es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre."

La Declaración de 1793 afirma que:

"El gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles, añadiendo que, el fin de la sociedad es la felicidad común".

Nótese como "ya no se habla de felicidad individual, sino de felicidad común".(3)

La segunda de las tendencias doctrinarias sobre los fines del Estado consiste en la subordinación total de los individuos a la organización política. Esta posición fue sostenida fundamentalmente por Hegel y es la raíz ideológica de los Estados Totalitarios, de nuestro siglo, con las desastrosas consecuencias que los caracterizan.

(3 )(idem... pág. 361)

El Estado no debe ser entendido como una abstracción, es un ente real, con esencia, naturaleza y fines propios; cuyo origen y justificación es la comunidad humana.

El Estado deberá realizar toda la actividad necesaria para que la persona humana pueda perfeccionarse y alcanzar sus fines.

La tercera tendencia sostiene que "La soberanía del Estado, tiene un límite racional y objetivo constituido por la misión del Estado, por el fin hacia el cual se orienta su actividad y este límite se traduce en la competencia delineada por el Derecho. El límite más importante a la Soberanía del Estado es la esfera de autonomía de la persona humana, constituida por su libertad y su dignidad".(4)

La actividad del Estado tiene por contenido teleológico el BIEN COMUN. El estado, en su independencia y soberanía, representa un valor absoluto; la esfera de derechos naturales primarios de la persona humana significa igualmente un valor absoluto. El Estado que no la respeta, que invade esa esfera, o la anula, niega su propia naturaleza. Para decirlo con la cita de Cicerón "*ipse se fugiet*" ("se destruye a sí mismo".)

La postura correcta sería aquella que reconozca tanto la realidad del Estado como la realidad del hombre, con sus naturalezas y fines respectivos, cuyos valores no son antitéticos sino complementarios. El Estado no puede quedar subordinado a los intereses de individuos en específico, pero tampoco puede ignorar los derechos inherentes a la naturaleza humana actuando de manera despótica. Por lo tanto, aparece como tendencia correcta en esta materia, **EL HUMANISMO**.

(4) (DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de España, T.I, INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, Madrid, 1955, pág. 21)

Intimamente ligada a los fines del Estado, está la justificación de su existencia. La justificación del Estado se basa en la naturaleza social del hombre que lo forma y se sirve de él para alcanzar su perfección. "El hombre aislado no puede obtener su perfección; necesita de sus semejantes para satisfacer sus necesidades individuales, es decir, en forma natural le hace falta la vida de relación, y, al existir esa relación de manera necesaria, como algo derivado de sus calidades intrínsecas de persona humana, la convivencia sólo será pacífica si se encuentra regulada por un orden jurídico en el que se señalen las esferas precisas de sus derechos y sus deberes. Tal orden jurídico entraña como requisito esencial, su imposición imperativa, la cual entraña a su vez, la existencia de un poder"(5), conjugándose de esta forma los elementos esenciales del Estado.

Hemos dicho que el Estado autolimita su actuación y delimita la esfera impenetrable de cada persona, reconociendo sus derechos naturales mediante el Orden Jurídico, es decir, mediante el Derecho Objetivo.

Ahora bien: ¿Qué debemos entender por Derecho?. Sería, no sólo optimista, sino soberbio pretender dar una definición de lo que es el Derecho, concepto que ha sido objeto de estudio y de meditación de filósofos, juristas, sociólogos, antropólogos, psicólogos, etc. y que ha generado infinidad de definiciones. San Agustín decía "Cuando tu me preguntas lo que es Derecho, yo no puedo decírtelo; pero si no me lo preguntas, sí que lo sé". Sin embargo, coincidimos con el gran civilista español Federico de Castro, cuando afirma: "siempre que se adopte postura frente a cualquier tipo de cuestiones jurídicas, nos apoyamos en la idea que tengamos de Derecho".(6)

(5) (idem... pág. 23)

(6) (idem... pág. 31)

"El Vocablo <<Derecho>> -afirma acertadamente el maestro Ignacio Galindo Garfias- es un término equívoco que denota:

- a) El conjunto de reglas o preceptos de conducta de observancia obligatoria que el Estado impone a sus súbditos- Derecho objetivo- u ordenamiento jurídico.
- b) Conjunto de facultades o prerrogativas que corresponden a una persona de acuerdo con el ordenamiento jurídico -Derecho subjetivo.
- c) Disciplina científica que tiene por objeto el conocimiento y la aplicación de las reglas jurídicas.
- d) Orden intrínsecamente justo, como el conjunto de derechos inherentes a la naturaleza humana -Derecho Natural, etc."(7)

Para llegar a una adecuada concepción del concepto de Derecho debemos distinguirlo del Concepto de Moral.

Pensamos que, frente a las tendencias que proclaman la separación de Moral y Derecho, es necesario afirmar la conexión y dependencia jerárquica del Derecho positivo en relación a la Moral. Lo cual no significa la **confusión** entre ellas, preconizada por Hegel, que involucra una visión subjetiva de la norma moral, por la cual se la reduce al status de simple consecuencia de la voluntad del legislador o de una forma determinada de organización del Estado. En relación a éstas construcciones doctrinales, hay que señalar que la ley moral está por encima de las organizaciones humanas y está provista de una objetividad, No surgiendo, por tanto, condicionada por el querer subjetivo de los hombres.

(7)(GALINDO GARFIAS, I., Derecho Civil, 6a. ed., PORRUA, México, 1983, pág. 21)

Adoptando la postura del maestro De Castro debemos partir, de la real ubicación de Moral y Derecho en el conjunto del orden moral. Según este autor es necesaria la precisión de tres cosas:

- a) diferencias;
- b) relación; y
- c) modos de manifestación.

De Castro afirma que la "conducta del hombre está medida conjuntamente por tres reglas: la de la moral, la del Derecho natural y la del Derecho positivo."(8)

El Derecho natural se diferencia de la Moral por su ámbito más limitado; por su criterio más estricto (el de la justicia) y, por último, porque conlleva la exigencia de su realización social.

"El puesto del Derecho natural, dentro del orden moral, será pues, el de mecanismo necesario para la aplicación de la ley eterna en la vida social. La concreción posible y la delimitación de sus preceptos, unida a su mayor intensidad, como exigibles socialmente son los supuestos que permiten la conversión de los imperativos morales en directrices de las reglas coactivas del vivir social."(9)

La doctrina dominante señala como las más resaltantes diferencias entre Moral y Derecho las siguientes:

(8) (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil. Derecho de la Persona*, 3a ed., INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, Madrid, 1966, pág. 53)

(9) (LUÑO PEÑA, E., "Ideas del Profesor Legaz sobre el Derecho Natural", en *Estudios Jurídicos-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE, Santiago de Chile, 1960, pág. 32)

1) **Alteridad:** El Derecho puede regular sólo aquellas relaciones de alteridad que admiten una consideración externa prescindiendo del ánimo interno; conservando a pesar de ello, un positivo valor social. La Moral regula toda la conducta humana, personal e interpersonal.

2) **Exterioridad:** El Derecho regula de manera directa sólo la conducta que se manifiesta externamente. Las motivaciones internas le interesan en algunos casos de manera indirecta (en cuanto son deducibles de lo externo), y no siempre. Si ha habido prestación externa de lo mandado por la norma no interesa averiguar más. La Moral regula ante todo los actos internos. Sus manifestaciones externas también, pero sólo en cuanto proceden de la intimidad personal y tienen relevancia interna.

3) **Coactividad:** En Derecho debe admitirse la posibilidad de forzar la conducta : es coercible, existe coactividad por parte del Estado para obligar a cumplir la norma. (propiedad esencial del Derecho). Sin embargo, la Moral no lo es.

4) "Además hay otras diferencias que resultan de la peculiar fijeza estática que impone uno de los fines del Derecho, que es la seguridad".(10)

Moral y Derecho positivo están relacionados, por medio del Derecho natural, quien completa, señala la ruta y mide con un criterio de justicia a la norma jurídico positiva. Para nosotros; una norma injusta o inmoral no es Derecho, estando en relación directa el grado de perfección de un ordenamiento positivo con el grado de moralización que éste logra imprimir a una sociedad determinada.

(10) (FERRER ARELLANO, J., *Filosofía de las Relaciones Jurídicas*, EUNSA, Madrid, 1986, pág. 307)

Tiene razón Jellineck cuando afirma que el Derecho es un "mínimo ético" siendo las demás exigencias sociales "un lujo ético" porque cada norma jurídica ha de tener un elemental respeto a la moral, pero simultáneamente, olvida el autor alemán que justamente una de las finalidades del Derecho es la educación moral del pueblo, el marcar y resaltar el deber ser.\*

"El Derecho positivo, plantea De Castro, influye a su vez en el orden moral en cuanto por su legitimidad (de origen y contenido) nace un deber moral de respeto, obediencia y colaboración a su realización. Además, esta relación se encuentra en la apropiación de criterios de la moral; en la protección a situaciones creadas de acuerdo a la moral o en el repudio a las que a ellas repugnan, por parte de las disposiciones jurídicas".(11)

O bien señala Rommen, "El principio de que la moral es una norma superior al derecho positivo, constituye una convicción tan universal, que todos aquellos que elaboran o investigan el derecho se apoyan siempre en ella y todo revolucionario recurre a un -derecho- y a una justicia superiores, que pone en contraposición al derecho escrito, para legitimar su actividad. La moral debe ser, pues, un absoluto, y ha de dar a la jerarquía de valores una base y un coronamiento en un valor y en un bien supremos. La moral funda sus leyes en la jerarquía del ser y de los bienes. El rango y el valor propio de esos bienes están proporcionados a su utilidad en relación con el fin supremo. El bien más elevado es la divinidad, el Ser puro.

\*NOTA.- Cabe destacar el hecho de que existen normas jurídicas, amorales, como son las que determinan el monto y forma de cálculo de las contribuciones fiscales, los reglamentos de policía y tránsito, etcétera.

(11)(RODRIGUEZ ITURBE, J. El concepto de Derecho en la Doctrina Española Actual, UNIVERSIDAD DE NAVARRA, PAMPLONA, 1967, pág. 110.)



La gloria y la honra de Dios manifestadas por las criaturas son, el fin supremo de esas criaturas. La moral consiste para el hombre en la salvaguardia de su ser creado a imagen de Dios, de su persona y de la esfera que le es propia, en la expansión dentro de una justicia cada vez más perfecta, de las comunidades en la que el hombre vive, comenzando con la más elemental -la familia- hasta el Estado y la humanidad. Con en el fin de promover, a un grado de perfección cada vez más elevado, todos los dominios de la vida: economía, trabajo, técnica, así como la ciencia y el arte que son el gran Benedictite de la creación y de toda civilización humana."(12)

Pensamos que el Derecho Natural es la base de todo el orden jurídico. "la insistencia de la escuela iusnaturalista en mantener el concepto de Derecho natural no es conservadurismo, sino convicción de que importa mucho el que las reglas y principios extrapositivos lleven el nombre de Derecho, lo que marca su carácter de medida y de medida homogénea de las reglas positivas y su aptitud para calibrar jurídicamente cada norma y mandato. El mismo calificativo de natural, aunque poco concreto, indica suficientemente su principal carácter: el de ser superior al arbitrio del gobernante. Prácticamente, la admisión del Derecho Natural significa que cada norma positiva justa queda reforzada, obligando, en conciencia, que la tacha de contrariar al Derecho Natural acarrea su pérdida de valor jurídico, el dejar de obligar en conciencia; que el que se beneficia a costa ajena de una regla injusta tiene el deber de restitución: el perjudicado con derecho a la indemnización y hasta puede surgir una facultad o un deber de resistencia a la opresión; en fin, el nudo precepto de Derecho Natural, al que no corresponde o al que no ampara una regla positiva, hace nacer deberes y derechos subjetivo en favor y en contra del Estado y de las personas privadas. De este modo se manifiesta concretamente la finalidad última del Derecho Natural, que la ley eterna se realice del modo más perfecto posible en y por medio de la organización social".(13)

(12) ROMMEN, E. DERECHO NATURAL: HISTORIA, DOCTRINA. JUS. México. 1950. pág. 47)

(13) (RODRIGUEZ ITURBE, J. ob. cit. pág. 213)

El Derecho Positivo entendido como conjunto de reglas coactivas, promulgadas por una autoridad competente, será verdadero derecho en la medida en que se apegue al Derecho Natural. En contra de nuestra postura iusnaturalista, se levanta la corriente iuspositivista, cuyo máximo exponente es el maestro Hans Kelsen; esta construcción doctrinaria afirma que "es Derecho única y exclusivamente la norma que sigue todos y cada uno de los procedimientos formales para su creación y finalmente es promulgada por una autoridad competente." Las consecuencias de esta última postura son a tal grado desastrosas que el individuo se diluye en el Estado, el cual se convierte en un ente con tal poder que puede legitimar, vía legalidad, cualquier violación a los derechos naturales de los hombres que lo forman, al no reconocer límite alguno, ni esfera privada de los hombres que se le oponga. Para estos juristas es Derecho cualquier norma promulgada por autoridad competente, independientemente de su contenido.

**En conclusión, el Estado es un ente real con naturaleza propia; cuyo origen y justificación es el hombre. Se estructura, autolimita y desarrolla sus actividades en base a un ordenamiento jurídico. Tiene como fin supremo el bien común, entendido como el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que el hombre alcance su perfeccionamiento mediante la convivencia armónica con sus semejantes.**

**En los Estados que siguen la tradición jurídica romano-canónica, como es el caso de nuestro país, el Orden Jurídico, elemento esencial en todo Estado de Derecho, se compone por reglas que rigen la conducta humana, dentro de las cuales encontramos a las leyes, conjunto de normas promulgadas por la autoridad competente que siguen en su formación los procedimientos previamente establecidos para tal efecto. Al conjunto de leyes que rigen la vida de un país se le denomina Derecho Positivo.**

El Derecho Positivo debe estructurarse de manera que lleve al Estado a lograr los fines determinados por su naturaleza, por lo tanto, debe reconocer los derechos humanos y garantizar su respeto dentro del territorio en que ejerce su soberanía.

La persona humana es y debe mantenerse como el centro del Orden Jurídico.

El fundamento de las normas de Derecho Positivo referentes a la persona -hombres necesariamente el Derecho Natural. En la medida en que la norma de Derecho Positivo contravenga lo dispuesto por el Derecho Natural y atente contra alguno de los derechos naturales del hombre, perderá su carácter jurídico, a pesar de que haya seguido en su formación los procedimientos establecidos por el orden jurídico, No será Derecho y, consecuentemente no existirá obligación de cumplirla. Su coactividad se convertirá en un abuso de poder, una manifestación ilegítima de fuerza por parte del Estado; distinguiendo legitimidad de legalidad.

## LA PERSONA

"La palabra Persona procede de la misma palabra en latín la cual equivale a la palabra griega-prósopon, que significa en aquél idioma hypóstasis que puede traducirse también al castellano por subsistencia, o sea lo que es en sí, como sujeto independiente, que no existe en otro y no necesita de otro para existir".(14)

En el mundo latino, Severio Boecio da la definición clásica de persona: "*rationalis naturae individuo substantia*": substancia individual de naturaleza racional.(15)

(14 )(PACHECO ESCOBEDO, A., *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, Ed. Panorama, México, 1985, pág. 16)

(15 )(BOECIO,S., *De Duabus Naturis Et Una Persona Christi*, c.3.; P.L. 64, 1345)

Santo Tomás afirma que, a diferencia del individuo que en sí es indistinto, "persona, cualquiera que sea su naturaleza, significa lo que es distinto en aquella naturaleza, y así, en la naturaleza humana significa esta carne, estos huesos y esta alma que son los principios que individualizan al hombre".(16)

Por lo tanto, la persona es, distinción y relación. A partir de la característica **individual** de la definición transcrita, Santo Tomás insiste en que la persona es incomunicable. De las características expuestas, los hombres del medioevo, deducen la necesaria apertura hacia los demás seres, insistiendo firmemente en la **dignidad** que da al individuo su racionalidad. La persona es el ser que, por racional e inteligente, es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí; es libre, lo que le da la responsabilidad de alcanzar los fines trascendentales, inherentes a su naturaleza.

Para el maestro Javier Hervada: "toda persona humana se pertenece a sí misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona. Este dominio radical se manifiesta en el dominio real, libre de sus actos. Ahora bien, esta manifestación puede venir obstaculizada por enfermedades y defectos (dementes, subnormales, etc.); en estos casos cabe una tutela o cuidado, pero no un verdadero y propio dominio -pertenencia en sentido estricto- sobre la persona, en su radicalidad ontológica, toda persona se pertenece a SI MISMA."(17)

El hombre es persona por ser substancia individual, por ser racional, y por tanto subsistente o sea que existe realmente no como apariencia y existe en sí. Por ser material es además social y necesita de la sociedad para realizarse plenamente como persona. Por ser persona, goza de una dignidad superior a todo lo material.

(16) (NICOLA ABBAGNANO, *Diccionario de Filosofía*, México, 1980, pág. 909)

(17) (HERVADA, J., *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Editora de Revistas, México, 1985, pág. 63)

No obstante que Hombre y Derecho nacen juntos, conceptualmente la Persona Humana es anterior al Derecho en tanto que el Derecho nace para servirle, para ordenar la convivencia en vistas al fin de la Persona Humana que por ser trascendente, es superior a todo orden jurídico. El fin de la persona humana incluye una serie de fines secundarios necesarios para alcanzar aquél, tales como la seguridad en la convivencia, el orden público, el bien común, etc., que son la materia del orden jurídico. La finalidad de Justicia del orden jurídico no se puede lograr sino a base de respetar y promover los valores de la persona individual. El bien común incluye y presupone el debido respeto a la dignidad de la persona humana, ya que esta dignidad no es un bien particular poseído en exclusiva por un hombre determinado sino un bien que tienen todos los hombres por ser personas y en consecuencia, es un bien común.

La relación de justicia implícita en toda relación jurídica conlleva en ocasiones la necesidad de modificar o, inclusive, desconocer algunos de los bienes secundarios o particulares de la Persona para atender al bien de la comunidad pero sin subordinar nunca aquélla a ésta en su dignidad de persona, porque con eso se estaría atentando contra el bien común, ya que negar o desconocer el estatuto básico de cualquier persona, atenta contra todos aquellos sujetos que con el ofendido participan de su condición de persona.

El fenómeno del derecho aparece dentro del sistema racional de las relaciones humanas: es fruto del carácter personal del hombre y de las relaciones interhumanas.

"Desde el punto de vista técnico jurídico, el vocablo persona tiene una connotación particular. Al derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el derecho toma en cuenta para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido se dice que es Persona el **Sujeto de Derechos y Obligaciones**. Esta definición, aceptable desde el punto de vista formal, requiere de una explicación más

detallada, porque el sujeto de la relación de derecho es un concepto creado por la técnica jurídica". (18)

Jurídicamente, existe la posibilidad de que además de las personas físicas o seres humanos, puedan ser sujetos de derechos y obligaciones las llamadas Personas Morales.

Ciertamente, el concepto jurídico de Persona, sujeto de la relación, es una noción de la técnica jurídica; pero su constitución obedece a una necesidad lógico-formal y a la vez a una exigencia imperiosa de la vida del hombre en sociedad.

### ***LOS DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE***

Los Derechos Naturales han recibido las siguientes denominaciones:

1.- Garantías Individuales.- Haciendo referencia al respeto de los derechos naturales del hombre, impuesto a las autoridades por el poder Constituyente y plasmados en la Ley Fundamental.

2.- Derechos Humanos.- Refiriéndose a la idea de que todos los hombres, por el simple hecho de serlo, tienen tales derechos. Recordemos que no sólo las personas físicas son sujetos de Derecho.

3.- Derechos Fundamentales.- Tomando como base la idea de que estos derechos son los primeros que deben reconocérsele a los hombre y de los cuales, todos los demás serán extensión o complemento.

(18) (PACHECO ESCOBEDO, A. La Persona en el Derecho Civil Mexicano, ob. cit. pp 24-26)

4.- **Derechos Naturales.-** Designación que se relaciona directamente con la idea de que son derechos inherentes a la Naturaleza Humana, entendiéndose por Naturaleza, la esencia en cuanto principio de operación.

El Derecho Natural, lo justo natural, es el Derecho debido a un sujeto por título de naturaleza, es decir, debido al hombre porque es persona.

La persona, como hemos visto, es el único ser de la naturaleza que se autopertenece, es libre y responsable de sus actos y tiene fines trascendentales. Por su naturaleza humana, la persona goza de una dignidad que la coloca por encima de todas las instituciones y asociaciones humanas. Independientemente de toda creencia religiosa, la persona, por el simple hecho de serlo es dueña de sí misma, por lo tanto, ejerce un <dominio directo>\* sobre los bienes inherentes a su propio ser, dominio que debe estar reconocido y garantizado por el ordenamiento jurídico.

Negar al hombre los derechos naturales equivale a negarle su carácter de persona. La doctrina iusnaturalista, a la cual nos adherimos totalmente, establece que los Derechos Naturales son derechos reales y concretos, que surgen de que hay bienes que corresponden al sujeto real y concreto en virtud de su condición de ser humano.

Frente a la postura doctrinal adoptada, se levantan las tesis positivistas que estiman como derecho, única y exclusivamente aquéllo que la ley determina como debido a una persona.

**\*Más que de un dominio directo en sentido estricto, equiparable al derecho de propiedad, debemos hablar de una potestad de su titular para exigir su respeto, tanto frente a los particulares: Derechos de la Personalidad, como frente al Estado: Garantías Individuales.**

A manera de antología de nuestra postura hacemos los siguientes comentarios:

1.- Si las tesis positivistas fueran verdaderas, no podríamos hablar de regímenes políticos ni de leyes injustas, porque aparecería como justo todo lo promulgado por la autoridad, siguiendo las formalidades establecidas para tal efecto. Y no es así, el hombre, por su propia naturaleza distingue entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto; no requiere para hacerlo de una declaración del legislador, lo cual nos lleva a pensar que existe un criterio objetivo de justicia, grabado en la propia naturaleza de las personas.

2.- "Nada puede hacer o recibir un ser para lo cual no está ontológicamente capacitado."(19) La capacidad para tener verdaderos derechos postula la condición ontológica de persona, pues únicamente el ser dueño de sí es capaz de tener un verdadero y propio dominio sobre algo, sea interior o exterior a él.

Cabe destacar que las personas morales ejercitan sus derechos y cumplen sus obligaciones a través de personas físicas y el Derecho Objetivo les reconoce personalidad porque están conformadas por hombres para alcanzar fines específicos y satisfacer necesidades derivadas de la naturaleza social del hombre.

El Derecho Positivo no puede otorgar a los animales el derecho a expresar libremente su voluntad, porque no tienen voluntad; ni el derecho a ser libres porque la libertad presupone la racionalidad; ni el derecho a contraer nupcias o a dejar de hacerlo; ni el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus crías.

(19) (HERVADA, J. ob. cit. pág. 86)



Llegamos así a una "aporía positivista insalvable: o el hombre es persona y por ese hecho tiene derechos naturales, o no lo es y entonces los derechos positivos no son propios y verdaderos derechos."(20)

3.- El hombre, por su naturaleza es persona y toda persona por el simple hecho de serlo, tiene derechos que le permiten cumplir sus fines. Si el Derecho Positivo desconoce los derechos inherentes a la persona humana, no promoverá el perfeccionamiento de cada hombre, miembro de la comunidad en que rige, por lo tanto no puede alcanzar el Bien Común, fin esencial de cualquier ordenamiento jurídico, y de todo Estado de Derecho ya que el Bien Común es el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que los hombres logren su perfeccionamiento y alcancen sus fines trascendentales.

Las relaciones entre Derechos Naturales y Derechos Positivos, las resume Javier Hervada, uno de los mejores expositores de la corriente iusnaturalista, en 3 principios fundamentales:

I.- Todo derecho positivo deriva de un derecho natural del que es desglose, complemento o extensión. Se trata de un desglose, complemento o extensión no contenido **necesariamente** en el Derecho Natural, si estuviera **necesariamente** contenido daría lugar a un derecho natural derivado o subsiguiente.

II.- La medida positiva insuficiente respecto de las exigencias de un derecho natural, crea un verdadero justo positivo, pero no anula la razón de insuficiencia por lo que subsisten las posibilidades y las vías de ajustamiento. Siempre y cuando la **medida** del derecho sea por naturaleza indeterminada.

(20) (idem. pág. 89.)

III.- Una atribución o medida de Derecho Positivo contraria a un Derecho Natural, no da vida a un verdadero derecho y por lo tanto carece de validez. Este principio queda resumido en la antigua máxima de Derecho Romano <<*Civiles ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*>>: La ley civil puede alterar o corromper los derechos civiles pero no los derechos naturales. (Gayo Institutas I, 158.)

Los Derechos Naturales pueden estudiarse desde el Derecho Público, como limitaciones del Estado frente a la Persona, bajo la denominación de Garantías Individuales y desde el Derecho Privado, como limitaciones a los particulares frente a sus congéneres, bajo la denominación de Derechos de la Personalidad y así lo haremos, en los capítulos del Estatus Jurídico del Nasciturus en Derecho Constitucional y Derecho Civil respectivamente.

## CAPITULO SEGUNDO

### EL ORIGEN DE LA VIDA

#### EL ORIGEN DE LA VIDA HUMANA

El proceso reproductivo humano es igual al de cualquier mamífero y se inicia con la **fertilización**, unión biológica (fusión) del gameto femenino (óvulo) con el gameto masculino (espermatozoide). Cada gameto contiene 23 cromosomas y al unirse constituyen una célula llamada **CIGOTO** de 46 cromosomas. "Lo notable es que cuando esas dos células (espermatozoide y óvulo), cuya vida esta a punto de terminar se unen en la fertilización constituyen, desde entonces, un organismo de características estructurales y bioquímicas únicas... y ha quedado ahí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir".(1)

Del desarrollo del cigoto, no puede resultar más que un hombre y precisamente ése hombre. Jerome Léjeune, profesor de Genética Fundamental en la Sorbona, el 23 de abril de 1981, ante una comisión especial de Estados Unidos de América respondió a la pregunta *¿Cuándo comienza el Ser Humano?* de la siguiente manera: "La vida tiene una historia muy larga, pero en cada individuo tiene un inicio bien determinado: **el momento de la concepción.**"(2)

La reproducción en toda la escala zoológica se reduce a dos modos fundamentales: reproducción asexual y reproducción sexual. Nos interesa ahora la reproducción sexual, función de dos células más o menos diferenciadas llamadas gametos.

(1) JIMENEZ VARGAS, J., LOPEZ GARCIA, G. *Aborto y Contraceptivos. Reproducción Humana*. PAMPLONA, 1983, pp. 22 y ss. En el mismo sentido: CARRASCOSA, MA. *Reproducción Humana*. PAMPLONA, 1968, pág. 28.)

(2) (LEJEUNE, J. y otros. *Dejadlos Vivir*. RIALP, Madrid, 1980, pág. 17)

En todos los tipos de reproducción sexual la unión de las dos células progenitoras señala el comienzo de la vida de un nuevo individuo. El proceso inicial de la reproducción en los mamíferos es esencialmente idéntico y, el hombre lo comparte porque, clasificado biológicamente es un mamífero: El organismo se forma a partir de la fecundación de la célula procedente del ovario, órgano exclusivo de las hembras, por un espermatozoide, célula producida en el testículo, órgano exclusivo de los machos.

**GAMETOGENESIS.**- Se entiende por gametogénesis la sucesión de transformaciones celulares que comprende el proceso de maduración de los gametos: óvulos y espermatozoides. En toda división celular se producen cambios característicos de la cromatina consistentes en la división de la célula en 46 fragmentos, llamados cromosomas. Las células humanas así divididas se llaman células germinales, tienen 46 cromosomas, un par de ellos son los cromosomas sexuales. En las células germinales femeninas los cromosomas sexuales se identifican como XX y en las células germinales masculinas se identifican como XY, durante el proceso de maduración estas células se dividen en células de 23 cromosomas cada una, a esto se debe que sea el varón quien aporta el sexo a los bebés.

En el comienzo del proceso de maduración, las células germinales se dividen en dos células hijas: ovocito primario, la femenina y espermatocito primario la masculina. Esta división es del tipo llamado mitosis, como la de toda célula en general. A partir de esta fase el proceso de división cambia por completo; la división del ovocito como la del espermatocito, lo que se suele llamar **primera división de maduración**, es del tipo llamado **meiosis** y las células originadas en la primera de estas divisiones tienen el número de cromosomas reducido a la mitad. Las células resultantes, ovocitos y espermatocitos secundarios, tienen sólo veintitrés cromosomas.

Continuado este proceso de maduración, resultan células OVULO Y ESPERMATOZOIDE respectivamente, de veintitrés cromosomas cada una. Los gametos de cualquier especie de mamíferos, cuando han alcanzado su nivel de maduración final son células de supervivencia muy limitada, a menos que se fusionen.

El óvulo fertilizado es un NUEVO HOMBRE y se le denomina CIGOTO. Las relaciones estrechas entre el organismo de la madre y el del embrión se establecen desde el momento de la anidación o implantación, cuando el blastocito se fija en el endometrio. Pero está demostrado que la implantación NO AÑADE NADA a la capacidad del organismo embrionario para terminar su desarrollo. Suponer que el embrión no vive propiamente hasta la anidación, sería tan absurdo como suponer que un hombre deja de serlo en la luna porque le falta el medio ambiente idóneo para vivir.

Al aplicar estos conocimientos biológicos básicos a las técnicas "anticonceptivas" que impiden la implantación del embrión en el útero, resulta evidente que se trata de verdaderas técnicas abortivas.

El cigoto tiene una organización propia, lo cual se evidencia en el hecho de que a partir de la primera célula por sucesivas divisiones, se originan todas las células del nuevo ser vivo, con idénticos cromosomas y los mismos factores genéticos. Desde el primer momento el huevo humano, comprende múltiples y heterogéneos componentes; tiene una organización definida, diferente a la de cualquier otra especie. La primera célula especifica todas las proteínas del organismo humano. El material genético de los cromosomas, el DNA (ácido desoxirribonucleico), es lo que determina las características genéticas del Nuevo Ser. Los cromosomas son específicamente humanos y las proteínas que forman la estructura del organismo se diferencian de las proteínas de cualquier otro mamífero.

Para la comprensión del alcance de la dotación cromosómica en el desarrollo del ser humano nos permitimos citar una comparación del Profesor Lejeune por lo gráfica que nos parece: "En la cinta de un magnetófono es posible grabar por medio de imantación una serie de señales que corresponden, por ejemplo, a la ejecución de una sinfonía. Esta cinta, colocada en un aparato en marcha reproducirá la obra, aun cuando ni el magnetófono ni la cinta contengan instrumentos ni partituras. La célula primitiva (el cigoto) es semejante al magnetófono cargado con la cinta magnética. Tan pronto como el mecanismo marcha, la vida humana se realiza exactamente conforme a su propio programa".(3)

El hecho de que el ser humano deba desarrollarse dentro del organismo materno durante los nueve primeros meses de su vida no modifica en nada su estructura genético-cromosómica.

Siguiendo con el ejemplo propuesto, para ilustrar el tema, podemos decir que tan pronto como el melómano escuche el primer compás reconocerá al autor y podrá citar la obra a partir del segundo o tercer compás. Pero serán necesarios un gran número de movimientos para que su forma resulte evidente para todos. No cabe duda, desde el principio era una sinfonía específica de un autor en particular.

Lo mismo sucede, en la medida que se me permita la comparación, con los seres humanos, los biólogos especializados en Genética afirman que el **cigoto** es un ser humano único e irreplicable, cuya carga genética es distinta a la del resto de los seres humanos, incluso distinta a la de las células de sus progenitores (gametos) pero tendrán que transcurrir varias semanas para que sea evidente a todos la existencia de este ser humano.

(3) (idem, pág. 18)

El desarrollo del cigoto y su esencia no se modifican por su implantación en el endometrio de la madre. A pesar de que ha quedado claramente establecida la individualidad genética del cigoto, existe un grupo considerable de personas que por ignorancia o mala fe, insisten en que el feto (nasciturus) forma parte del cuerpo de la madre. Contra dicha postura se han levantado la ciencia y la experiencia. Citaremos a continuación la opinión de algunos especialistas en el tema:

Dice el Profesor J. Lejeune "...este minúsculo embrión de apenas un milímetro y medio, es capaz de enviar un mensaje químico para estimular el funcionamiento del cuerpo amarillo del ovario materno y suspender el ciclo menstrual de su madre. Obligando así a la madre a protegerlo".(4)

El Dr. Bernard Nathanson, con especial autoridad en la materia por haber rectificado públicamente su postura, después de haber sido uno de los promotores más activos de las campañas pro-aborto en los Estados Unidos declaró: "Hoy, gracias a la inmunología se sabe con absoluta certeza que el feto (nasciturus) no es una parte del cuerpo de la madre.

Los glóbulos blancos de la sangre materna son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlo. Cuando el feto (cigoto) se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico materno reacciona para expulsar al intruso, naturalmente el feto está dotado de un delicado método de defensa ante esa reacción. En algunos casos la defensa no es tan eficaz como debiera y el feto es expulsado y se malogra. Esto muestra que el feto no es una parte del cuerpo de la madre. Simplemente está ahí como huésped de paso y ella no puede disponer sobre él.(5)

(4)(idem, pág. 19)

(5)(ZAMORANO SANABRIA, L.; VELAYAS, J.M; REINOSO SUAREZ, F.. El Comienzo de la Vida Humana. MADRID, 1983, pág. 29)

Otra muestra contundente de que el nasciturus no es parte del organismo materno la establece la hematología, dado que en la mayoría de los casos el tipo sanguíneo del feto es distinto al de la madre, incluso el factor puede ser negativo en la madre y positivo en el feto o viceversa.

La Ley General de Salud (Art. 327) en el apartado destinado a la reglamentación de trasplantes de órganos y tejidos establece, que para realizar el trasplante de una mujer embarazada como donadora, éste podrá hacerse "siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción". Estableciendo una diferencia entre la salud de la mujer y la del "producto de la concepción" (nasciturus); siendo dos personas distintas puede darse el caso de que se afecte la salud del feto sin afectar la salud de la mujer y viceversa, lo cual no sucedería si fueran un mismo ser.

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, (arts. 42-45. Investigación en seres humanos) distingue entre los riesgos de la madre y los riesgos del nasciturus, haciendo una clara y contundente distinción entre el cuerpo de la madre y el del nasciturus.

Por otro lado, algunas personas afirman: "el cigoto no es hombre porque a pesar de tener todo el material genético de un hombre, no goza de la facultad distintiva del ser humano, la racionalidad". Principiaremos por distinguir las etapas del órgano de la inteligencia accesible a la observación.

Se han registrado impulsos eléctricos del cerebro (electroencefalogramas) en el cigoto a los 43 días de la concepción. La cresta neural o línea primitiva, de la cual se forma el cerebro, aparece a los dos meses de la fertilización, pero serán necesarios nueve meses para que se constituyan totalmente las diez mil millones de células (neuronas) que



lo conforman. Las innumerables conexiones que unen las neuronas por millares de contactos se establecerán totalmente hasta los seis o siete años de edad."(6)

Nuestras técnicas médicas nos permiten observar el órgano de la inteligencia, el cerebro, su gradual y sostenido proceso de perfeccionamiento y finalmente su funcionamiento de manera sumamente limitada. Estamos en los albores del siglo XXI y, desgraciada o afortunadamente, la inteligencia, la mente humana, la materia gris, sigue siendo un enigma tanto para médicos neurólogos, psiquiatras y biólogos como para filósofos y antropólogos. Nadie puede afirmar en conciencia que ha penetrado en el abismo de la capacidad racional, la ha observado y ha aprehendido su funcionamiento. El hecho de que nosotros, ilustres hombres de la postmodernidad, no seamos capaces de detectar la inteligencia en el cigoto, no nos faculta a negarle una naturaleza humana que se presenta evidente gracias a los adelantos alcanzados en biología genética, embriología, inmunología, anatomía, etcétera y que será "accesible" a nuestros métodos de estudio por el simple paso del tiempo.

Además, hay seres humanos en estado de coma o bajo anestesia general que no manifiestan "signos de inteligencia", cuya vida es protegida con mayor ahinco porque esperamos su despertar. Nadie en su sano juicio se atreve a dudar de su status ontológico de persona. El cigoto merece, igual que el anesteciado, TIEMPO, única y exclusivamente tiempo para poder ser sujeto de observación accesible a nuestros aparatos y demostrar a los reticentes que su cerebro es capaz de enviar impulsos eléctricos "muestra de inteligencia humana". Asimismo, cabe destacar, que ningún ser irracional de la naturaleza goza en alguna etapa de su desarrollo de la referida capacidad, ni siquiera en potencia.

(6)idem, pág. 32)

## EL FENOMENO DE LOS GEMELOS MONOCIGOTICOS.

Que la vida del ser humano comienza con la fertilización **ES UN HECHO**, no una hipótesis para iniciar una discusión. Sin embargo, algunos científicos y humanistas lo han discutido fundándose en algunos datos biológicos mal conocidos y peor interpretados.

"Hay algunos- por ejemplo la Sociedad Ginecológica Alemana que consideran que el embarazo empieza al final de la anidación, no con la fecundación, ya que, además de que mientras el embrión no está anidado no es posible diagnosticar el embarazo (nótese que, siguiendo este razonamiento, se puede decir que sólo existe el cáncer desde que se diagnostica) cabe la posibilidad de que se produzcan gemelos monocigóticos, y por tanto, en las dos primeras semanas, el embrión sería en todo caso vida humana, pero vida todavía no individual".(7)

En el curso del establecimiento de las legislaciones abortivas y de difusión de las técnicas anticonceptivas, o para eludir la responsabilidad ante el elevado número de muertes de niños en fase de embriones precoces por la fecundación "in vitro" y el deseo de legitimar las investigaciones, y la experimentación, con esos embriones se han alzado voces que, sin ninguna base científica, intentan defender que la individualidad del embrión no se produce hasta su anidación: lo que querría significar para ellos que la vida de un ser humano no comienza realmente antes de esa fase.

(7)(J.W. STILL, J., WASHINGTON ACADEMY OF SCIENCE, Vol. 59, 1969, pág. 46)

A continuación, nos permitimos citar el estudio hecho por el Doctor en Derecho Salvador Mier y Terán en su tesis doctoral, con el objeto de entender el problema de la individualidad de la vida humana del embrión:

"El fenómeno de los gemelos monocigóticos no parece estar suficientemente esclarecido y diversos experimentos hacen pensar que son dos los momentos en que puede producirse el fenómeno:

a) En cuanto el embrión está en un estadio muy precoz (entre 2 y 8 células, quizá hasta 16), y

b) En un estadio más avanzado (blastocito), por división precoz de la masa celular interna en porciones, cada una de las cuales, después de reparar las pérdidas, es capaz de proseguir el desarrollo ya iniciado.

No se tiene una idea exacta de cuál sea el elemento determinante en la formación de gemelos monocigóticos. Parece estar comprobada la existencia de un componente hereditario; en todo caso, no es científicamente correcto ni exacto afirmar que la posibilidad de gemelos sea inconciliable con la individualidad.

Lo que sucede, escriben López Mondejar y Rodríguez Luño, -reseña Mier y Terán- es que el cigoto, después de su formación, comienza el desarrollo en la dirección unívocamente fijada en el genotipo. Por causas que desconocemos, puede darse una separación de blastómeros o, más tarde, una fractura del disco embrional. Puede seguirse la degeneración de la parte separada, o bien, en condiciones favorables puede también iniciar un desarrollo autónomo, dando origen en ese momento a un nuevo ser humano, genotípicamente idéntico al primero. Esta segunda posibilidad no significa que antes de la división sólo existiera un conglomerado de células no controlado por un único

proyecto genético. Como se ha visto; la segmentación y multiplicación anterior al estadio en que pueden organizarse los gemelos se desarrolla ya bajo un control central, y entre los diversos elementos existentes se da una interacción mutua que los constituye en partes integrantes de su <<único todo>>.

Algunos científicos argumentan "... al referimos a especies de reproducción asexual, por ejemplo, de las que se dividen por escisión o por segmentación, cuando observamos uno de estos organismos decimos que allí hay un ser vivo. Al comprobar que el animal que había antes de la división era idéntico a los dos que encontramos después, NO diríamos -es de sentido común- que lo que había antes de la división no era un ser vivo. Igual tendríamos que expresarnos en el supuesto del desarrollo gemelar humano al tratar de los posibles cambios durante las primeras fases. Diríamos que a partir de la fecundación existe un ser vivo que hemos de considerar como una persona humana, y desde el momento de la división gemelar existe un nuevo ser vivo que es otra persona humana, formada por células que se han separado del organismo inicial".

LOPEZ GARCIA, autor citado por Mier y Terán escribe: "En el supuesto embarazo gemelar, en el caso de que de un óvulo fertilizado se originase más de un individuo, lo lógico será enfocar el problema sobre bases más bien **moleculares** que morfológicas, suponiendo que, probablemente el íntimo proceso bioquímico que es lo decisivo, ya se había puesto en marcha en los primeros momentos de fertilización, es decir, en la fusión nuclear habían empezado a funcionar los programas genéticos de dos embriones, que ya estarían desarrollándose a la vez pero como distintos, aun cuando la morfología todavía no lo manifiesta."(8)

(8)(MIER Y TERAN, S., Tesis doctoral p.p. 134-139.)

A mayor abundamiento, Mier y Terán incluye el planteamiento que se formuló en el Congreso Suizo de Bioética: EL EMBRION, UNI O PLURICELULAR, ES UN HOMBRE (La vida del hombre comienza ordinariamente con la fecundación.)

1.- Análisis de la argumentación versus la individualidad personal del embrión humano.

Consideramos las siguientes proposiciones:

p: "La vida del hombre comienza con la fecundación"

q: "El embrión es un hombre"

La posibilidad de la formación de gemelos idénticos "clonage" implica que no podemos aceptar p y q simultaneamente.

En efecto, en el caso hipotético de una reproducción de varios individuos por la partición del embrión humano en diferentes embriones, sería necesario admitir que un hombre se divide en varios hombres y consecuentemente, una alma en varias almas. Al mismo tiempo, en el caso de una eventual fusión de dos embriones provenientes de un mismo óvulo fecundado o de dos óvulos fecundados diferentes, sería necesario admitir que dos hombres se convierten en uno sólo y, en consecuencia, que dos almas se fusionan en una sola. Estas dos conclusiones son absurdas.

Partiendo de este resultado irrefutable, ciertos teólogos moralistas y varias comisiones parlamentarias niegan que el embrión sea un hombre, y afirman que la vida personal (con un alma espiritual) no puede comenzar sino hasta el decimocuarto día después de la fecundación. Después de este límite, dicen, la posibilidad de formación de gemelos y de fusión de embriones desaparece. Esta conclusión presupone que cada

una de las proposiciones, p y q, es falsa, dado que si ambas las consideramos verdaderas, llamamos a un absurdo.

Esta conclusión violenta las reglas elementales de la lógica, puesto que el hecho de que p y q tomadas simultáneamente, dé como resultado un absurdo no quiere decir que necesariamente ambas sean falsas; podría darse que una, solamente, sea falsa, y la otra verdadera.

2.- La proposición p es inexacta y la proposición q es admisible. Si p es verdadera, y si se parte un embrión en cuatro, la vida de cada uno de los cuatro adultos que resultarían, habría comenzado en la fecundación. O dado que habríamos podido dividir de otro modo, o no haberlo partido en absoluto, se tiene que concluir que un hombre sería al mismo tiempo dos, tres, cuatro hombres, lo cual es absurdo. La proposición "la vida del hombre comienza en la fecundación" no es verdadera, y tendríamos que admitir que la vida del hombre puede comenzar de otro modo.

"Podemos entonces ver que la posibilidad de división gemelar y de fusión de embriones no implica, en ningún modo, que la proposición q sea falsa. En efecto, en el caso de formación de cuatro hombres a partir de un solo óvulo fecundado, un hombre habría comenzado con la fecundación, y los otros tres en el momento en que se produce la separación como equivalente a una fecundación; es como si se hubiesen provocado otras tres fecundaciones. En lo concerniente a las almas, no se ve por qué Dios no podría crear tres almas, en el momento de la separación, uniéndose a tres nuevas somas.

En el caso de la fusión, es suficiente admitir que uno de los dos hombres muere y el otro sigue viviendo: una de las almas se separa de su cuerpo mientras que la otra continúa vivificando su cuerpo, en el cual se integra un tejido celular proveniente del otro hombre:

lo mismo sucede, en la medida en que sea aplicable la comparación, en el trasplante de órganos.

3.- Conclusión: El principio: "la vida del hombre comienza con la fecundación" se presta a confusión, y hay que evitarlo. Podemos, por el contrario, decir: "la vida del hombre comienza con su concepción" (ordinariamente en la fecundación, extraordinariamente por un proceso equivalente); o también: "el óvulo fecundado es un hombre; o: "el embrión humano, uni o pluricelular es un ser personal", u otras afirmaciones en el mismo sentido.

El Congreso Suizo de Bioética afirma que los argumentos en favor de la hipótesis sobre que la persona humana no aparece sino hasta el décimoquinto día, fundados sobre el fenómeno de la gemelación efectivamente posible únicamente hasta el décimoquinto día, son sencillos de rebatir: "El nacimiento de un ser humano no tiene lugar únicamente por la fusión de gametos, el óvulo y el espermatozoide; puede también tener lugar por escisión natural (gemelación) o artificial de un embrión bi o pluricelular". El Congreso establece que existen diferentes posibilidades para que se lleve a cabo la gemelación:

"1) La gemelación puede tener lugar al 2o. día por escisión del embrión bicelular en los embriones monocelulares.

2) Puede tener lugar por escisión del botón embrionario alrededor del 7o. día.

3) Puede tener lugar por escisión del disco embrionario alrededor del decimoquinto día.

Nos detendremos en el primer caso que es ampliamente ilustrativo para nuestro propósito.

El embrión bicelular se divide en 2 células, cada una de las cuales es un individuo que posee enteramente la naturaleza humana, cada una es una persona humana, cada una podrá convertirse en un adulto humano.

He aquí el argumento de ciertos moralistas que siguen el mismo razonamiento: 'la individualidad de un ser espiritual tiene como premisa indispensable que este ser debe poder ser considerado como único e indivisible'. Hasta el decimoquinto día después de la concepción, puede tener lugar la escisión, ya sea por vía natural (gemelación) o artificial: el embrión antes del decimoquinto día, no siendo indivisible, no puede, según ellos, ser considerado como un individuo, luego entonces tampoco como una persona humana. Examinaremos esta objeción. Esta individualidad existe en el embrión porque el embrión posee desde la concepción todas las características de la persona humana; reúne en sí mismo las condiciones indispensables al status del individuo y la apariencia de la especie humana; es entonces un individuo poseedor de la naturaleza humana, es una persona humana.

El error de estos moralistas es evidente: la indivisibilidad no es esencial ya que después de la escisión de un ser viviente o de un objeto cualquiera, cada una de las partes no reúne en ella misma las características de la especie.

El caso del embrión es diferente; por la naturaleza particular de la escisión, cada una de las partes conserva todas las características de la especie, cada una es un ser individual poseedor de la naturaleza humana enteramente, que tiene ya un alma humana. El embrión era una persona humana antes de la gemelación, los dos embriones después de la gemelación lo son también.

La divisibilidad es una propiedad exclusiva de la materia; el espíritu es, por naturaleza, simple e indivisible. No se puede dividir en dos la personalidad o el alma de un individuo. Si los 2 gametos poseen cada uno 23 cromosomas y otros elementos celulares, son -como ya dijimos- una materia apta para recibir el alma humana que se forja en un individuo nuevo poseedor de 46 cromosomas y la naturaleza humana".(9)

Cabe destacar que no existe una razón científicamente comprobada para la formación de gemelos monocigóticos, por lo que es posible reflexionar sobre éste tema.



con los datos aportados por la ciencia y las reglas de la lógica. En nuestra opinión, es acertada la proposición "la vida del hombre comienza en la fecundación" dado que aún tratándose de embriones pluricelulares en los que se presente una o más escisiones, el origen de su existencia es la fecundación, ninguna célula del hombre, ni siquiera las células germinales (óvulo y espermatozoide) individualmente dan origen a un hombre en ninguna circunstancia. Es necesaria la unión de los gametos para dar origen a uno o más hombres. La división gemelar implica una diferenciación molecular en el embrión escindido, como lo veremos inmediatamente, por lo que concluimos que dicha división gemelar no afecta la individualidad característica del embrión escindido, ni la del embrión gemelo. Apoyándonos en la experiencia, se puede comprobar con relativa facilidad que los hermanos gemelos no son idénticos, aunque

A primera vista son muy parecidos, tienen rasgos característicos que los diferencian, tan es así que después de nacidos las personas que conviven con ellos los identifican. La individualidad no se da por generación espontánea los seres humanos son esencialmente individuales, es decir, gozan de dicha característica desde el inicio hasta el fin de su existencia.

Es más, cabría afirmar -con los datos de la biología molecular en el desarrollo embrionario-, que la capacidad de multiplicación vegetativa que dará lugar a gemelos está inserta en el programa genético del cigoto que se ha constituido en la fecundación del óvulo. Es sabido que las células procedentes de la división del cigoto se mantienen unidas entre sí formando la mórula, gracias a una interacción específica entre ellas, debida a la presencia de una proteína, la llamada proteína antígeno F-9; el gen que codifica esta proteína sólo se expresa durante un tiempo muy preciso, desde la fecundación hasta la fase de blastómera, y después se reprime. Esta proteína, regula la interacción célula-célula y con ello la proliferación (inhibición por contacto).

(X CONGRESO SUIZO DE BIOÉTICA. "L'embryon: un Homme" en Actes du congrès de Lausanne, Lausanne Chuv, 8 y 9 de noviembre de 1986 (sesiones) y 1987 (libro).

Un grado mayor o menor de la expresión de este gen en los primeros momentos del desarrollo embrionario significaría el establecimiento de una interacción en estas células tempranas más o menos fuerte y, por tanto, cierta capacidad de multiplicación vegetativa. En este sentido, cabría incluso afirmar que cuando se forman gemelos, esa multiplicación vegetativa ha puesto en marcha el programa genético de dos -o más- embriones individuales, antes de que se manifiesten como independientes morfológicamente.

"Así pues, un individuo de cualquier especie tiene su propia **identidad irrepetible desde que se establece su programa genético**, programa genético que puede pasar en algún caso por una fase de multiplicación vegetativa e, incluso, de fusión de diferentes embriones."(10)

En conclusión, desde el momento de la fusión de los gametos hasta antes de la implantación del cigoto en el útero puede presentarse la separación de los gemelos monocigóticos. Esta separación está prevista, a nivel molecular, desde la fecundación. Existe una continuidad en el desarrollo de cada gemelo monocigótico, desde el momento de la fecundación, origen de su vida, hasta su muerte. La posibilidad de que se desarrollen dos o más seres humanos de un mismo cigoto nos obliga a defenderlo y protegerlo con más energía, dado que, **por lo menos**, se trata de una vida humana.

(10) JACOB, F., "Teratocarcinome et differentiation cellulaire" *La Recherche*, 9, 421, 1978, cit. por LOPER MORATALLA, N., "Manipulación del patrimonio genético humano con fines ugenésicos", en *Deconología Biológica*. Revista de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, II, Pamplona, 1985, 100-111 p.p.)

## **DESARROLLO EMBRIONARIO**

Hemos dicho, tomando los datos que nos aportan la Biología y la Genética, que la vida humana inicia con la unión biológica (fusión) de los gametos, (espermatozoide y óvulo) en ésta etapa de desarrollo, al hombre se le llama CIGOTO u óvulo fertilizado.

El Proceso de desarrollo embrionario dentro del claustro materno, puede dividirse con fines didácticos en las siguientes etapas, a saber:

- 1.- Ovulación.- Proceso previo que se da en el cuerpo de la mujer, antes de que exista embrión.
- 2.- Fecundación.- Unión biológica de los gametos.
- 3.- Anidación.- Implantación del embrión en el útero materno.
- 4.- Diferenciación de órganos y funciones.
- 5.- Nacimiento.

1.- **OVULACIÓN**.- El proceso de ovulación se efectúa en el interior del cuerpo femenino. La glándula hipófisis produce una hormona gonadotrófica que hace madurar un folículo. Los folículos son diminutos grupos de células ubicadas en el interior de los ovarios. En ocasiones maduran simultáneamente dos o más folículos, en cuyo caso se formarán dos o más hijos, conocidos como gemelos plurióvulares. Nunca serán idénticos puesto que no iniciaron su formación en el mismo óvulo.

Dentro de cada folículo hay un óvulo inmaduro u oocito. Cada 28 días un folículo madura por acción de la hormona gonadotrófica llamada Luteinizante, la cual provoca la ruptura del folículo ovárico dejando en libertad al óvulo. Después de romperse, el folículo ovárico experimenta una modificación y es conocido entonces como cuerpo lúteo, circunstancia en que produce la segunda hormona sexual ovárica: la progesterona.

El óvulo tiene una vida efímera: si no es fecundado, muere a las 24 horas de haber sido liberado del folículo.

Durante la ovulación, el extremo de la trompa de Falopio más próximo al ovario rodea la mayor parte de éste y su folículo, una vez liberado el óvulo es transportado por la trompa hasta el útero.

La unión biológica entre el espermatozoide y el óvulo se realiza en el interior de la trompa de Falopio y se denomina **fecundación**.

**2- FECUNDACION.-** Una vez que el espermatozoide ha atravesado la zona pelúcida del óvulo y se han fusionado sus respectivos núcleos comienza la vida de un nuevo ser humano que, para efectos de estudio y didáctica, ha sido denominado **CIGOTO**.

Dentro del cigoto se establecen movimientos metabólicos regulares, provocando una división paulatina de células, primero en dos, después en 4, 8, 16, y así sucesivamente. Entre más se acerca al útero, mayor será la rapidez de la segmentación. El cigoto se ha convertido a la vista en un racimo de células llamado **MORULA** por su semejanza con las moras.

**3.-ANIDACION.-** Al llegar al endometrio, la mórula se denomina **BLASTOCITO**, porque el tipo de células que lo conforman se llaman blastómeras. **APROXIMADAMENTE** del día catorce al día veinte del ciclo, el **blastocito** se adhiere al endometrio del útero.

La capa exterior de las células del **blastocito** da lugar al **Trofoblasto** y el centro del mismo, da lugar al **Embrioblasto**. Del **trofoblasto** se ha de formar la placenta (Nótese como es del nasciturus de quien se forma la placenta) y en el **embrioblasto** continúa el proceso de desarrollo para alcanzar la etapa en la que se le denomina al **blastocito EMBRION**.

La placenta segrega una hormona llamada gonadotrofina coriónica para mantener sano el revestimiento uterino. Los ovarios y la placenta producen estrógeno y progesterona, que son hormonas sexuales que impiden la formación de nuevos óvulos en los ovarios durante todo el transcurso del embarazo.

Las células del Trofoblasto empiezan a destruir el endometrio para introducirse en él, dándose como consecuencia la anidación. El blastocito se adhiere al revestimiento uterino y penetra rápidamente en las capas del tejido. En pocos días, la superficie del endometrio se cierra herméticamente sobre el blastocito a tal punto, que a simple vista parece una protuberancia en la superficie del útero. En ocasiones, el blastocito se implanta en la trompa de Falopio o en otros lugares fuera del útero, lo cual trae como resultado una forma anormal de embarazo, llamado ectópico; este tipo de embarazos es casi siempre interrumpido espontáneamente y el feto es expulsado.

El intercambio de elementos de la Madre al Producto se realiza a través de un conjunto de Estructuras (citotrofoblasto, cincicio, trofoblasto, tejido conjuntivo y pared vascular) que integran la barrera placentaria. Como habíamos visto, las corrientes sanguíneas materna y fetal pueden ser de distinto tipo ya que no se unen.

Durante el desarrollo embrionario a la placenta, formada inicialmente por células del nasciturus (Corión Frondoso), se añade un conjunto de células maternas (Desidua Basal).

A partir de la implantación, el embrión se desarrolla dentro del útero, medio íntimo de desarrollo del embrión relacionado únicamente con él, llamado MICROAMBIENTE.  
(11)

Actualmente existen corrientes abortistas pseudoprotectoras del nasciturus que señalan como fecha límite para abortar la implantación del nasciturus en el útero, pretenden que el comienzo de la vida se da al implantarse el blastocito en el útero materno. Al respecto, los especialistas han contestado, con lógica impecable, de la siguiente manera: "el huevo fecundado y hasta que se inicia la placentación (seis o siete días) puede vivir fuera de la madre; esto es lo que ocurre cuando se produce la fecundación <<in vitro>>. En efecto, en estos casos las primeras fases del desarrollo pueden lograrse fuera del claustro materno hasta que el nuevo ser es implantado en el útero de la mujer que lo recibe."(12)

La etapa de anidación cobra vital importancia para nuestro estudio porque en la etapa preanidatoria no ha aparecido aún en el embrión, la línea primitiva o cresta neural, cuya aparición excluye la posibilidad de que se produzcan gemelos idénticos. La ausencia de estos tejidos ha sido tomada como estandarte por los defensores tanto del aborto como de las técnicas de reproducción asistida aduciendo el siguiente razonamiento:

Hasta el momento de la anidación, el blastocito (nasciturus) puede dividirse, surgiendo de esta forma otro ser humano, (gemelos idénticos) lo cual indica que el primero no goza de individualidad hasta la anidación, por lo tanto puede suspenderse el embarazo, lo que en buen castellano significa matar a un ser humano.

Por otro lado, en virtud de que no ha aparecido la cresta neural no siente y por lo tanto no experimenta dolor alguno al morir.

(11) (DEMAREST, R.J. y SCIARRA, J.J., Concepción, Nacimiento y Anticoncepción, una presentación visual, Mc. GRAW-HILL DE MEXICO, MEXICO, 1976, p.p. 3 y s.s.)

(12) (URBANO ISPÍZUA, C. Fecundación in-vitro y Naturaleza, Consideraciones para un Juicio Ético, UNIVERSIDAD DE NAVARRA, PAMPLONA, 1968, pág. 101)

Vamos por partes:

Primero, si bien es cierto que hasta antes de la anidación el blastocito puede dividirse, desarrollándose en el seno materno dos fetos y no uno, esto nos lleva lógicamente a conclusiones muy distintas de las pretendidas. El fenómeno que produce la división del blastocito, no ha sido suficientemente estudiado y, según comprobamos, al tratar el tema de los gemelos monocigóticos, la separación de las células unidas en la mórula para continuar su desarrollo de manera independiente esta prevista desde el momento de la fecundación. La individualidad existe desde la fecundación para ambos seres humanos, circunstancialmente unidos al inicio de su desarrollo o bien, parcialmente unidos hasta después de su nacimiento.

Segundo, el momento de la anidación se conoce de manera aproximada como todas las etapas del desarrollo embrionario, cuando nos referimos al décimo cuarto o al décimo quinto día no significa que el día 23 de abril fatalmente aparece la línea primitiva, las fechas se toman como referencia. Se ha comprobado que la anidación puede darse entre el décimo primero y el vigésimo día.

Tercero, la posibilidad de que puedan desarrollarse dos seres humanos del blastocito antes de la anidación nos lleva a proteger con mayor ahínco su vida, puesto que puede tratarse de dos hombres y no de uno.

Finalmente, la falta de sensibilidad como motivación para matar a un hombre, cae por su propio peso, dado el utilitarismo racionalmente inaceptable que entraña.

## **DIFERENCIACION DE ORGANOS Y FUNCIONES.**

A continuación transcribimos una tabla del desarrollo embrionario a grandes rasgos, por etapas de tiempo aproximado.

TIEMPO	DESARROLLO	TAMAÑO DE CONCEBIDO EN CM.
17 DIAS	Desarrolla sus propias células sanguíneas, la placenta se establece	0.15
20 Dias	Los precursores del sistema nervioso entero se han establecido	0.20
21 Dias	Estructuras que darán origen a músculos y huesos empiezan a diferenciarse	0.25
37 Dias	Los maxilares se han delimitado así como el estómago e intestinos	0.65
42 Dias	El esqueleto esta completo y ya hay reflejos presentes, el hígado, riñones y pulmones se han formado.	1.5
51 Dias	Se pueden registrar impulsos eléctricos cerebrales	2
60 Dias	Todos los órganos funcionan. A partir de aquí solo se requiere crecimiento y maduración.	4

**CONTINUIDAD DEL DESARROLLO EMBRIONARIO.-** Durante el desarrollo progresivo del cigoto, desde la primera célula, que se divide activamente y se organiza sin cesar hacia su plenitud de órganos y funciones, aunque habrá sin duda etapas importantes



como la anidación y transformaciones profundas debidas a la formación de tejidos fundamentales y a su gradual diferenciación en los diversos órganos, todo se realiza en el tiempo, según un proceso **CONTINUO E ININTERRUMPIDO**, siguiendo de manera exacta la línea fijada por el programa inicial.

Existe, lo ha demostrado la ciencia y la experiencia, una sola y absoluta continuidad en el proceso de desarrollo desde el momento de la fecundación hasta la muerte de cada ser humano.

No es posible, en rigor lógico y científico, establecer en la unidad de este desarrollo **GRADUAL Y SOSTENIDO**, un umbral a partir del cual aquello que no es todavía humano se volvería humano. Por lo tanto, la ciencia nos conduce a afirmar que si no fuese humano desde el inicio de su existencia, no se volvería tal jamás.\*

\* Tertuliano, agudamente afirmó: "ya es humano aquello que lo será".

## CAPITULO TERCERO

### **ESTATUTO JURIDICO DEL NASCITURUS**

#### **DERECHO CONSTITUCIONAL.**

El Derecho Constitucional ha sido definido magistralmente por Andrei Hariou como "la ciencia y la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco jurídico".(1)

El maestro Ignacio Burgoa nos dice: "las prescripciones constitucionales como normas jurídicas tienen como substancia los principales aspectos ontológicos, deontológicos y éticos de un pueblo"(2)

A la Constitución se le llama también Ley Fundamental porque el fundamento de las cosas es lo que hace que sean de un modo específico. Así, en principio de la lectura de la Constitución de un país podemos derivar las características esenciales de todo su ordenamiento jurídico.

La Constitución de nuestro país no debe ser contradicha por norma jurídica alguna y, en caso de que así sucediera, cuenta con los medios necesarios y suficientes para garantizar su cumplimiento y la inalterabilidad de todo el orden jurídico, en ella se establece la forma de gobierno del Estado, su organización, la división de poderes federales y locales, la competencia de la federación y de los estados; también establece los límites del Estado frente a los particulares, es decir, las garantías individuales y la forma de garantizar su cumplimiento y respeto por parte de las autoridades.

(1) (HARJOU, A. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. REUS, MADRID, 1971, pág. 27)

(2) (BURGOA, O. *Derecho Constitucional Mexicano*. PORRUA, MEXICO, 1973 pág. 35)

Respecto a esta supremacía jerárquica, el artículo 133 Constitucional que a la letra dice:

**"Art.- 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".**

Y con fundamento en tal precepto, podemos concluir lo siguiente:

1º.- La Constitución es superior en jerarquía a las leyes federales y a los tratados.

2º.- Las leyes federales y los tratados están jerárquicamente al mismo nivel y por encima del resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico mexicano.

Por su parte el párrafo primero del artículo 41 Constitucional, señala textualmente que:

**"Art. 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal".**

Estableciendo también la supremacía de la Constitución Federal sobre las particulares de los Estados.

Siguiendo nuestro razonamiento, nos vemos obligados a estudiar, como punto de partida, el status jurídico del nasciturus en Derecho Constitucional.

En el capítulo anterior manifestamos y probamos, apoyándonos en la ciencia médica y en la genética que el origen de la vida humana se inicia con la concepción. El no nacido es un hombre, un individuo que goza de los derechos consagrados en nuestra Ley Fundamental, bajo el nombre de **GARANTIAS INDIVIDUALES**. A continuación analizaremos los artículos de nuestra Carta Magna relacionados y aplicables al nasciturus.

Principiaremos por destacar que no todos los derechos naturales del hombre están plasmados en las garantías individuales y que no por ello dejan de existir. Contra lo que han dicho los seguidores del grupo PRO-VIDA sobre la importancia de "elevar" a rango constitucional el derecho a la vida del no nacido, nosotros pensamos que los derechos naturales, entre los cuales el derecho a conservar la Vida ocupa el primer lugar, ya que sin ella sería absurdo pensar en otro derecho, son inherentes a la persona humana y, por tanto, superiores a cualquier legislación, incluso superiores a la Constitución.

Por otro lado, el derecho a la vida de todos los individuos está garantizado por la Constitución en múltiples artículos como lo demostraremos en el análisis del presente capítulo, principalmente en el artículo 14. El insistir en elevar a rango constitucional el "Derecho a la vida", sería aceptar que el nasciturus no es un individuo y por ende, que no goza de las garantías individuales consagradas en nuestra constitución. Es preferible insistir en que el nasciturus, como el resto de los hombres goza, en territorio mexicano, de las garantías individuales.

"Aunque los preceptos de referencia de nuestra Carta Magna son especialmente limitaciones al poder público frente al derecho de los individuos lo cierto es que también ponen en relieve que el respeto a la vida es una decisión política fundamental de nuestra Constitución, o sea, uno de los principios inviolables, que toda Constitución contempla, y

que sólo puede esclarecerse, ampliarse o robustecerse pero nunca disminuirse o suprimirse, de acuerdo al reconocido postulado en materia de garantías individuales: <<favorabilia amplianda, odiosa restringenda>>. Ello hace jurídicamente posible una interpretación expansiva de los artículos mencionados, que incluya la protección a la vida desde el momento de la concepción."(3)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Título Primero.

Capítulo Primero.- De las garantías individuales.

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

El Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española define la voz individuo de la siguiente manera:

"individuo, *duo*. (Del lat. *individuus*), *adj.* individual. / 2. Que no puede ser dividido. / 3.m. Cada ser organizado, sea animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece./ 4. Persona perteneciente a una clase o corporación./ 5. *fam.* La propia persona u otra, con abstracción de las demás. / 6. *m. y f.* Persona cuyo nombre y condición se ignoran o no se quieren decir. / 7. *f.* *despect.* Mujer despreciable."

(3) (MIER Y TERAN, S., El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción Asistida. Expuestos. Exposición Crítica pp 26 y 27)

El individuo es, por lo tanto, cualquier persona, de modo que el no nacido es un individuo, por lo tanto goza de las Garantías Individuales "otorgadas" por la Constitución, entendiéndose como tales los límites mínimos de garantía que el ordenamiento jurídico establece en la Ley Fundamental para el respeto y protección de los derechos humanos del particular frente al Estado.

A pesar de la distinción establecida entre derechos humanos y garantías individuales coincidimos con la mayoría de los juristas mexicanos, en que la técnica jurídica y sintáctica del artículo 1º de la Constitución de 1857, era superior a la actual, al establecer que:

**"Art. 1º.- El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales.**

**Todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."**

De las afirmaciones hechas podemos deducir:

- 1.- La vida del hombre inicia en el momento de la concepción.
- 2.- El óvulo fecundado es un ser humano, un hombre.
- 3.- Todo individuo es un hombre.
- 4.- Todo hombre gozará de las garantías que otorga la Constitución.
- 5.- El no nacido es un hombre y por ende gozará de las garantías que otorga la Constitución.

**"Art. 3º.- La educación que imparta el Estado -Federación, Estados, Municipios- tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia.**

I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

a) Será democrático, considerando la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

... c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos;

... IV. Los planteles particulares dedicados a la educación en los tipos y grados que especifica la fracción anterior, deberán impartir la educación con apego a los mismos fines y criterios que establecen el primer párrafo y la fracción II. del presente artículo; además cumplirán los planes y programas oficiales y se ajustarán a lo dispuesto en la fracción anterior;

Analícemos este poético artículo:

La fracción II. ordena a los maestros y pedagogos, enseñar bajo un criterio basado en los resultados del progreso científico. En el primer capítulo se comprobó que la ciencia ha demostrado que el origen de la vida humana se inicia precisamente en el momento de la concepción, por lo tanto, los pupilos o alumnos tienen derecho, garantizado constitucionalmente a que se les informe y se les forme partiendo de esa base. En pocas palabras, el educando tienen derecho a saber por ejemplo, que abortar es matar a un hombre. Derecho cuya correlativa obligación es asumida por el maestro. Todos aquellos

que afirmen cosa distinta estarán violando la constitución, salvo prueba científica en contrario.

Sin embargo, sabemos que el juicio de amparo, institución que garantiza el estricto cumplimiento de las disposiciones constitucionales, sólo es oponible a las autoridades. Por lo tanto, esta garantía constitucional no se protege a través del Juicio de Amparo frente a los particulares que pudieran infringirla. Las sanciones aplicables a éstos son las establecidas en el artículo 3° fracciones V y IX consistentes en: retirar discrecionalmente, en cualquier tiempo, el reconocimiento de validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares; clausura y multa.

En la misma fracción II, bajo el inciso c) se ordena "contribuir a la mejor convivencia humana aportando elementos con el fin de robustecer el aprecio para la dignidad de la persona"; en nuestra opinión, debiera sustituirse la preposición 'para' por la preposición 'por', pero la sintaxis resulta irrelevante si tomamos en cuenta la trascendental importancia de que se reconozca a nivel constitucional la dignidad de la persona.

Ahora bien, hemos dicho que todo hombre es persona, por lo tanto, el concebido es persona, lógicamente tiene dignidad y merece el mismo respeto que cualquier otro hombre.

El Congreso, a iniciativa del Presidente de la República, acertadamente ha reformado el artículo 3° en comento, sin embargo, en este inciso, ha cometido el error de considerar la igualdad de derechos de todos los hombres como un ideal. No se trata de un ideal, la igualdad ante la ley de los hombres es un derecho humano, reconocido y garantizado por el Derecho positivo vigente, es un derecho real, plasmado y protegido reiteradamente en el capítulo constitucional que se analiza.



**"Art. 4º.- La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.**

**El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.**

**Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.**

**Toda persona tiene derecho a la protección de la salud ...**

**Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.**

**La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las Instituciones Públicas."**

El tercer párrafo de este artículo ha sido el estandarte constitucional de los defensores de las corrientes abortistas, por lo que volveremos a su análisis en el capítulo de la condición jurídica del nasciturus en derecho penal. Baste por ahora aclarar algunos puntos:

- La capacidad de decidir supone la libertad.
- El ejercicio de la libertad implica siempre responsabilidad, entendida como obligación de asumir las consecuencias de nuestra conducta.
- ¿A qué se refiere nuestro legislador por decisión informada? ¿Se refiere a un grado de cultura?, en caso de responder afirmativamente, ¿no estaría atentando contra el

derecho de igualdad ante la ley de los hombres? ¿se refiere a contar con todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para conocer las consecuencias de dicha decisión? ¿se refiere acaso a la "objetiva" y "formativa" información difundida por nuestros "honestos y honorables" medios de comunicación?.

Nos parece muy peligroso el mandato constitucional de tomar una decisión tan personal y trascendente con base en datos, conocimientos y estadísticas, porque interpretando la disposición a contrario sensu, pudiera decirse que quien no posea información "suficiente", no podrá tomar tal decisión y, en este caso, cabrían dos opciones:

1.- Que una persona física o una persona moral, más o "mejor" informada tome la decisión por terceros; y

2.- Que el Estado decida por los no informados como al parecer se ha venido haciendo en algunos centros de salud en nuestro país.

Ambas opciones nos parecen violatorias de la libertad y la intimidad de aquellos individuos por quienes se toma la decisión.

Una cosa es decidir el número y el espaciamiento de los hijos y otra, muy distinta, es autorizar a los padres o a la madre a matar a un hijo. En el primer caso estamos ante la posibilidad de decidir sobre la concepción o no de un hijo, en el segundo estamos ante los terribles casos de aborto e infanticidio.

Todo derecho tiene una correlativa obligación. En el derecho de las personas a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de

sus hijos, el Estado tiene la obligación de respetar la libertad y a proporcionar información veraz y objetiva (Art. 6° in fine).

La primera parte del quinto párrafo del artículo 4°, rompiendo con toda técnica jurídica en materia de garantías individuales, impone una obligación a los particulares frente a sus hijos, lo cual es un error que debe subsanarse mediante reforma a la Constitución, ya que como hemos visto, las garantías individuales son límites jurídicos al Estado frente a los derechos naturales de los particulares.

En virtud de que el control del respeto a las garantías individuales se logra mediante el Juicio de Amparo, el cual es oponible única y exclusivamente contra actos de las autoridades. Por lo tanto, en caso de violación a la disposición constitucional, no existe protección alguna para los menores.

La segunda parte de ese mismo párrafo establece una obligación a cargo del Estado y específicamente del Congreso de la Unión (Art. 73, fracción XVI), de hacer una ley reglamentaria para determinar los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

**"Art. 5.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad..."**

La libertad de profesión y oficio consagrada en esta garantía tiene como límite los derechos de tercero pero requiere ser vedada por determinación judicial. El respeto a la

vida de todos los hombres y su protección por parte del Estado es un derecho del concebido.

Pensamos que, con fundamento en éste artículo y motivado en el derecho a conservar la vida del concebido y la correlativa obligación del Estado, éste puede de oficio, prohibir todo tipo de actividades profesionales y oficios relacionados con la práctica de abortos en mujeres con, sin o contra su consentimiento.

Los artículos 6° y 7° establecen como límites a la libertad de manifestación de ideas, entre otros los derechos de tercero.

La Ley de Imprenta (Ley Reglamentaria de los artículos 6° y 7°) publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1917 señala:

**"Art. 2o.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública:**

**.....II.- Toda manifestación o expresión hecha publicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente a la anarquía..."**

**"Art. 8o.- Se entiende que hay excitación a la anarquía cuando se aconseje o se incite al robo, al asesinato, a la destrucción de los inmuebles por el uso de explosivos, o se haga la apología de éstos delitos o de sus autores como medio de lograr la destrucción la reforma del orden social existente."**

La pena para quien infrinja la ley en las disposiciones transcritas es: multa de 50 a 500 pesos y arresto que no bajará de un mes y no excederá de 11 meses sin perjuicio de la responsabilidad penal.

**"Art. 29o.- La responsabilidad criminal por escritos, libros, impresos, grabados y demás objetos que se introduzcan a la República y en que haya ataques a la vida privada, a la moral o a la paz pública, recaerá directamente sobre las personas que los importen, reproduzcan o expongan o, en su defecto, sobre los que**

los vendan o circulen, a menos que éstos prueben qué personas se los entregaron para ese objeto."

**"Art. 33o.- Los ataques al orden o a la paz públicas se castigarán:**

**... II.- En los casos de provocación a la comisión de un delito, si la ejecución de éste siguiere inmediatamente a dicha provocación, se castigará con la pena que la ley señala para el delito cometido, considerando la publicidad como circunstancia agravante de cuarta clase. De lo contrario, la pena no bajará de la quinta parte ni excederá de la mitad de la que correspondería si el delito se hubiera consumado"**

Nos parece que la ley es suficientemente clara en cuanto a la incitación o provocación de delitos, únicamente cabe destacar que la ley habla de asesinato y no de homicidio, por lo tanto, entran en el supuesto todos los tipos de privación de la vida a otro, como son el infanticidio, el parricidio y el aborto.

El artículo 14 Constitucional, cimiento fundamental de nuestro trabajo, a la letra dice:

**"Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.**

**Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."**

Recordemos que la vida se inicia, según se ha demostrado, en el momento de la concepción.

Según la definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española "Nadie. De nadi) pron indef. Ninguna persona/ 2. m. fig. Persona insignificante."

Todo hombre es persona en términos ontológicos, como también quedó demostrado, por lo tanto, "ninguna persona" es sinónimo de ningún hombre; ningún hombre incluyendo, obviamente, al concebido, puede ser privado de la vida sin antes haber sido oído y vencido en juicio y el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a conservar la vida de todos los hombres.

El primer párrafo del artículo 16 establece:

**"Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".**

Por su parte, el primer párrafo del artículo 17 prohíbe hacerse justicia por propia mano en los siguientes términos:

**"Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho."**

En el primer párrafo del artículo 25 de nuestra Constitución se establece:

**"Art. 25.- Corresponde al estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución..."**

Con el artículo 29, en el que se prevee la forma y términos en que pueden suspenderse las garantías individuales termina el capítulo constitucional correspondiente a las mismas.

**"Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste conderá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde."**

No existe derecho a suspender las garantías individuales única y exclusivamente de los no nacidos. Y, en este sentido, el derecho a conservar la vida no puede ser suspendido; el hacerlo implica supresión del mismo y violación directa e inmediata a la garantía individual consagrada en el artículo 14 Constitucional.

Siguiendo con la jerarquía de las normas del Orden Jurídico Mexicano, analizaremos a continuación el status jurídico del concebido en los tratados internacionales de los que los Estados Unidos Mexicanos son parte.

## **DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO.**

Al inicio del presente capítulo transcribimos el artículo 133 constitucional, fundamento legal de la supremacía de la Constitución y de la superior jerarquía de los Tratados y de las leyes federales en el orden jurídico mexicano.

El citado artículo además establece que las leyes federales deben emanar de la Constitución, es decir, deben tener su base en un fundamento constitucional expreso.

En cambio, para los tratados basta con que los mismos "estén de acuerdo con ella". En nuestra opinión esta frase debe interpretarse en el sentido de que basta con que no se opongan a lo dispuesto por la Constitución.

Intimamente relacionado al precepto analizado encontramos la prohibición del artículo 15 constitucional que a la letra dice:

**"Art. 15.- No se autoriza la celebración de tratados para extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.**

Sin lugar a duda la prohibición se refiere en cuanto al empleo de la palabra alterar, a su concepto de "perturbar", transformar, inquietar, ésto es, con un signo negativo. Por lo tanto, no podrán restringirse ni suspenderse las garantías establecidas, y sí pueden perfectamente ser objeto de cambio en un sentido positivo, para aumentar y mejorar la delimitación y protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados.

La Constitución de cada país señala en el capítulo de Garantías, un catálogo de normas o principios básicos y mínimos que constituyen la frontera de acción estatal frente a los particulares, en el que debe buscarse ampliar y mejorar la esfera de los Derechos Humanos en el orden jurídico.



En efecto, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos pueden ampliar y detallar las garantías individuales plasmadas en la Constitución.

El tratado internacional más importante en materia de Derechos Humanos integrado a nuestro ordenamiento jurídico, es la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ("Pacto de San José") adoptado por la Organización de Estados Americanos (O.E.A) el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica y que entró en vigor el 18 de julio de 1978. (4)

La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, ejerciendo la facultad conferida por la fracción I del artículo 76 constitucional, el día 18 de diciembre de 1980, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de enero de 1981; aceptada y confirmada por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, señor licenciado José López Portillo, en ejercicio de la facultad conferida por la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Firmándola y autorizándola con el Gran Sello de la Nación y refrendada por el entonces Secretario de Relaciones Exteriores, señor licenciado Jorge Castañeda, el 2 de marzo de 1981.(5)

(4) El texto original de la convención está depositado en la Secretaría General de la OEA. SZEKELY, A. compilador Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, tomo I, UNAM, México, 1989; MANUAL DE NORMAS VIGENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO (Actualizado al 1º de julio de 1985) OEA-SER.L.V-II.65-DOC.6.JULIO 1º, 1985. ORIGINAL: ESPAÑOL. PUBLICADO POR LA SECRETARIA GENERAL DE LA OEA, WASHINGTON DC. 20 006 1985 pp. 105

(5) En la "Relación de Tratados en vigor en México, publicada por la Secretaría de Relaciones Exteriores," citada Convención aparece como Tratado número 258, estableciéndose como fecha de adhesión de México, el 24 de marzo de 1981. A pesar de que dicha Convención fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, se considera vigente en nuestro país desde la fecha en que se depositaron los instrumentos de adhesión en la Secretaría General de la OEA, con fundamento en el artículo 74, párrafo segundo de la propia Convención (24 de marzo de 1981) SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES "México: Relación de Tratados en Vigor", THEMIS, México, Diciembre 1991, pág. 103. S.R.E., México, 1991)

En nuestra opinión, existe una práctica viciada en México sobre la manifestación del consentimiento del Gobierno Federal en los tratados internacionales, probablemente se deba al imperante presidencialismo de nuestro régimen.

Del análisis de los textos constitucionales aplicables: (artículos 76 fracción I, 89 fracción X y 133 constitucionales), se desprende que el consentimiento para celebrar todo Tratado deberá expresarse de la siguiente manera:

I) En los aquellos Tratados en que los Estados Unidos Mexicanos es Estado negociador:

1° Firma ad referendum del representante.

2° Firma del presidente de la República Mexicana.

3° Aprobación del Senado.

4° Notificación a los Estados contratantes o al depositario, según lo estipulado en el propio Tratado.

5° En caso de ser aceptadas las declaraciones interpretativas y las reservas si existieran, publicación del Tratado en el Diario Oficial de la Federación.

6° Vigencia a partir de su publicación, salvo disposición en contrario del propio tratado.

II) En aquellos Tratados en los que los Estados Unidos Mexicanos no es Estado negociador:

1° Firma ad referendum del Presidente de la República.

2° Aprobación del Senado.

3° Notificación a los Estados contratantes o al depositario, según lo estipulado en el Tratado.

4° En caso de ser aceptadas las declaraciones interpretativas y reservas, publicación del Tratado en el Diario Oficial de la Federación.

5.- Vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo estipulación en contrario.

Independientemente del orden en que se haya expresado el consentimiento por parte del Estado mexicano, pensamos que el Tratado Internacional será plenamente válido y por ende obligatorio en nuestro país, siempre y cuando cuente con el consentimiento del Ejecutivo -Presidente de la República-; la aprobación del Senado y haya sido publicado.

Por tal razón y por seguridad jurídica, todos los Tratados Internacionales deben publicarse íntegramente en el Diario Oficial de la Federación, en virtud de que contienen normas aplicables en toda la República al mismo nivel jerárquico que las Leyes Federales.

La OEA es una Organización Internacional creada por las Repúblicas Americanas a fin de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia dentro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Constituye un organismo regional.

La Novena Conferencia Internacional Americana que tuvo lugar en Bogotá a comienzos de 1948, aprobó la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada posteriormente por el "Protocolo de Buenos Aires" en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria.

La Convención Americana sobre derechos humanos es el culmen de la evolución normativa del sistema interamericano de promoción y protección a los derechos fundamentales del hombre, promovido e integrado por la OEA.

Los Estados Americanos han reforzado en la Carta de la OEA entre sus principios, la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana sin distinción de raza, sexo, idioma ni credo.

### **Antecedentes de la Convención Americana de los Derechos del Hombre:**

#### **I. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.-**

Instrumento internacional declarativo aprobado por la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia 1948). El proyecto de esta declaración, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, aun cuando tiene la virtud de haber sido el primer instrumento internacional de su género aprobado, no alcanzó la aspiración de ser adoptado en forma de Convención o Tratado.

Esta Declaración consta de cinco considerandos, un preámbulo, un capítulo de derechos y un capítulo de deberes de los Estados.

Dentro de los considerandos y del preámbulo, la OEA se pronuncia a favor de la doctrina iusnaturalista y personalista en relación a la situación jurídica que deben guardar los Derechos Naturales en los ordenamientos jurídicos americanos. Asimismo, establece que el reconocimiento y protección previstos por el Derecho Objetivo de los Estados Americanos constituye un sistema inicial de protección a los derechos humanos, es decir,

un conjunto de normas mínimas de protección que deberá perfeccionarse y fortalecerse conforme lo permitan las circunstancias sociales, económicas y culturales de cada Estado:

**"CONSIDERANDO:**

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución;

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias,

**ACUERDA:**

Adoptar la siguiente **DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.**

**Preámbulo**

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política

**del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.**

**Los deberes del orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan".**

Del Capítulo Primero: "DERECHOS", transcribiremos los artículos relevantes, relacionados con la materia de nuestro estudio.

**"Art. I. Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".**

Pensamos que existe un error de técnica jurídica al establecer un derecho a la vida puesto que nadie está obligado a dar la vida a otro. Por otro lado, no existe un hombre sin vida y, por lo tanto, no hay sujeto de este derecho antes de la concepción. La obligación de las personas y del estado se limita a respetar y proteger la vida del otro. El derecho humano es entonces Derecho a conservar la vida.

Los defensores del término Derecho a la vida, lo distinguen del Derecho a ser llamado a la vida, por lo difundido en lenguaje coloquial del primero.

**"Art. II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna."**

**"Art. VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella."**

**"Art. VIII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales."**

**"Art. XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la**

asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

"Art. XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas..."

"Art. XVII. Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".

Abundaremos sobre el tema de la persona y el momento en que debe reconocerse la personalidad a los hombres, más adelante.

"Art. XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrado constitucionalmente".

"Art. XXVIII. Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático".

Cabe destacar que existen algunos derechos humanos, como el derecho a conservar la vida, que no puede tener límites sino en la medida en que se contraponga al mismo derecho de otro, como es la legítima defensa y el estado de necesidad. No es posible pensar que, aduciendo razones de interés general o de bien común, pueda limitarse o suprimirse este derecho a individuo alguno. Todos los hombres que conforman una sociedad deben gozar plenamente de este derecho.

II. Otro antecedente de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, se encuentra en el preámbulo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), Rio de Janeiro, Brasil 1947, ratificado por nuestro país el 23 de noviembre de 1948 y en vigor desde el 3 de diciembre de 1948 hasta la fecha. (Tratado No. 137 en nuestro país)

En uno de los considerandos de este Tratado se expresa que: "la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana."<sup>(6)</sup>

III. Por otro lado, la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, Chile 1959), adoptó algunas resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos que son:

1.- En la Parte Primera de la resolución se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos y otro u otros proyectos de Convención sobre la creación de una corte interamericana para la protección de los derechos humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos.

2.- En la Parte Segunda de la resolución, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolviendo, en parte, el problema que a la época enfrentaban los Estados Americanos debido a la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de los derechos humanos aprobados por instrumentos meramente declarativos.

El Consejo de la Organización aprobó el estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 y eligió a los primeros miembros de la misma el 29 de junio de ese año.<sup>(7)</sup>

<sup>(6)</sup>(SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES México: *Relación de Tratados en Vigor*. THEMIS, MEXICO, 1991, pág. 103.)

<sup>(7)</sup>(El texto del Estatuto original figura en DOC/SER. L-V-I.1, del 26 de septiembre de 1960, depositado en la Secretaría General de la OEA.)



Posteriormente, la Comisión fue elevada a la jerarquía de Órgano Principal de la OEA en virtud de las reformas que experimentara la Carta de la Organización (Protocolo de Buenos Aires, 1967) y que entraron en vigor en 1970.

La estructura institucional del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos que descansaba en instrumentos de naturaleza declarativa experimentó un cambio substancial al adoptarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su posterior entrada en vigor vino a fortalecer el sistema al dar más efectividad a la Comisión y, en general, a los mecanismos interamericanos de promoción y protección de esos derechos. Igualmente, marca la cima de la evolución normativa del sistema, al cambiarse la naturaleza jurídica de los instrumentos en que descansa la estructura institucional del mismo, estableciendo la competencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos sobre una base convencional.

La Convención, según su considerando primero, tiene como propósitos **"consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"**.

En su parte primera establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y el deber de los mismos de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos. A continuación, define los derechos y libertades protegidos, contrayéndose principalmente a los derechos civiles y políticos, pues en cuanto a los económicos, sociales y culturales se refiere, los Estados sólo se comprometieron a **"adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente su plena efectividad"**. (artículo 26).

En la segunda parte, la Convención establece los medios de protección, refiriéndose a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declarándolos Organos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención".

Debe observarse que la competencia de la Comisión no se limita sólo a los Estados Parte de la misma, sino a todos los Estados miembros de la Organización. Tratándose de denuncias o quejas de violaciones a los derechos humanos imputables a Estados que no son parte en el Pacto de San José de Costa Rica pero que forman parte de la O. E. A., el Reglamento de la Comisión deberá ceñirse a las normas pertinentes del Estatuto anterior a la Convención y tomar en consideración la Resolución 253 de 1978 del Consejo Permanente.

De conformidad con lo establecido en el párrafo III. 1. de los antecedentes de la Convención, el Consejo de Jurisconsultos en su cuarta reunión, elaboró un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que contenía, además de la parte sustantiva, la parte institucional y procesal respecto de tales derechos, inclusive la creación y funcionamiento de una Corte Internacional de Derechos Humanos.

El capítulo VIII de la parte II de la Convención crea una Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asamblea General de la OEA celebrada en La Paz, Bolivia en 1979, mediante resolución 448 de 31 de octubre del mismo año aprobó el Estatuto de la Corte cuyo artículo 1º la define como "una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

La Corte tiene función jurisdiccional y consultiva:

En lo que a la función jurisdiccional se refiere, sólo la Comisión y los Estados parte de la Convención que hubieren declarado reconocer la competencia de la Corte, están autorizados para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención, a condición de que se hubieran agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 y 50 de la misma, es decir, todo lo relativo a la tramitación de las peticiones y comunicaciones ante la Comisión.

La declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte puede ser hecha en forma incondicional para todos los casos o bien, bajo condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para casos específicos (artículos 61 a 63).

En lo referente a la función consultiva de la Corte, la Convención prevee en el artículo 64 que cualquier Estado miembro de la Organización podrá consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; este derecho de consulta se hace extensivo, en lo que a cada uno les compete, a todos los órganos de consulta de la OEA.

Podrá también la Corte, a solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales anteriormente mencionados.

La Asamblea General en su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones (mayo 1979), eligió a los miembros de la Corte y la misma fue instalada oficialmente en San José de Costa Rica, donde tiene su sede, el 3 de septiembre de 1979.

La Corte en el curso de su Tercer Período de Sesiones, llevado a cabo del 30 de julio al 9 de agosto de 1980, adoptó su Reglamento y completó los trabajos sobre el acuerdo sede concertado con Costa Rica.

Una vez explicado qué es la OEA, cuáles son sus órganos, cuáles fueron los antecedentes del pacto de San José y cuáles son las instituciones y procedimientos creados y reconocidos por la Convención de los Derechos del Hombre, analizaremos su texto:

La Convención consta de:

1.- Un preámbulo, de conformidad con lo establecido por el artículo 31 párrafo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es parte del contexto del Tratado y, por ende, obligatorio;

2.- Parte I.- Deberes de los Estados y Derechos Protegidos.

2.1.- Enumeración de deberes.

2.2.- Derechos civiles y políticos.

2.3.- Derechos económicos, sociales y culturales.

2.4.- Suspensión de garantías, interpretación y aplicación.

2.5.- Deberes de las personas.

3.- Parte II.- Medidas de la protección.

3.1.- De los órganos competentes.

Sección 1. Organización.

Sección 2. Funciones.

Sección 3. Competencia.

Sección 4. Procedimiento.

3.2.- La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

3.3.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sección 1. Organización.

Sección 2. Competencia y funciones.

Sección 3. Procedimientos.

3.4.- Disposiciones Comunes.

4.- Parte III.- Disposiciones Generales y transitorias.

4.1.- Firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia.

4.2.- Disposiciones transitorias.

Empezaremos por transcribir el preámbulo de la Convención por la trascendental importancia de las afirmaciones ahí contenidas.-

**Preámbulo**

**"Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención.**

**Reafirmado su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;**

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrecen el derecho interno de los Estados Americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto en el ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos y,

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, (Buenos Aires, Argentina 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de Normas más Amplias Sobre Derechos Económicos, Sociales y Educativos y resolvió que una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

A continuación, analizaremos la parte I de la Convención.

"Parte primera.- Deberes de los Estados y derechos protegidos.

Capítulo primero.- Enumeración de deberes.

Artículo 1º, Obligación de respetar los derechos.

1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole,

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

**2.- Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.**

#### **Artículo 2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Relacionados con el artículo 2 transcrito encontramos a los artículos 24, 25 y 28.

El artículo 24 establece la garantía de igualdad ante la ley a favor de todas las personas; el artículo 25 establece la garantía de protección judicial en los siguientes términos:

#### **"Artículo 25. Protección judicial.**

**1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.**

## **2.- Los Estados Partes se comprometen:**

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el Sistema Legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;**
- b) A desarrollar las posibilidades del recurso judicial; y**
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."**

Por su parte, el artículo 28 dice textualmente:

### **"Artículo 28.- Cláusula Federal.**

**1.- Cuando se trata de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.**

**2.- Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el Gobierno Nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.**

**3.- Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación o cualquier otra clase de asociación, cuidarán de que el Pacto Comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención".**

El siguiente capítulo, de los Derechos Civiles y Políticos, es el que resulta más interesante para efectos de nuestro estudio, por lo que haremos los comentarios pertinentes después de transcribir las prescripciones relacionadas con el nasciturus, a saber:



**"Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.**

**"1.- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".**

De conformidad con el artículo 1. 2. persona es todo ser humano, por lo tanto todo hombre tiene derecho al reconocimiento de su personalidad.

**"Artículo 4. Derecho a la vida.**

**1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...**

**... 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de 18 años de edad o más de 70, ni se les aplicará a mujeres en estado de gravidez".**

Hemos encontrado en el párrafo primero del artículo 4º el fundamento legal para la defensa de la vida del nasciturus como obligación del Estado en virtud del derecho expreso y concreto establecido a su favor; sin embargo, para efecto de su aplicación en nuestro país se presenta un gran obstáculo: La Primera Declaración Interpretativa a la Convención hecha por el Senado mexicano al adoptar, aceptar o ratificar el Pacto de San José, que a la letra dice:

**"Con respecto al párrafo 1. del artículo 4. considera que la expresión 'en general', usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción' ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados".**

En nuestra opinión esta declaración interpretativa, además de ser errónea, pues nunca la expresión "en general" ha sido, ni será, sinónimo del concepto "opcional", contraviene lo dispuesto en el artículo 29 de la propia Convención, fundamento legal que establece exhaustiva, clara y contundentemente cuales son las normas de interpretación, y que reza:

**"Artículo 29. Normas de interpretación.**

**Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:**

a.- Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b.- Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c.- Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y

d.- Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."(9)

(9) Para estar en condiciones de interpretar y aplicar correctamente los Tratados vigentes en nuestro país, debemos conocer y entender los términos y disposiciones contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, esta clasificada bajo el No. 253 de los Tratados Internacionales de que México es parte, fue adoptada en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969, ratificada por los Estados Unidos Mexicanos el 25 de septiembre de 1974 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975. Entró en vigor en territorio nacional el 27 de enero de 1980. El texto original esta depositado ante la ONU.

La citada Convención fue aprobada, por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F., el 9 de enero de 1981: Tres meses después el 2 de marzo de 1981, fue aceptada y "confirmada" por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, señor Lic. José López Portillo.

La Convención se aplica a los tratados entre Estados, a los tratados que sean un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, (Arts. 1º y 5º).

Sobre la observancia, aplicación e interpretación de los tratados se establece:

"REGLA GENERAL DE INTERPRETACION.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

En la Convención de Viena se establece expresamente la obligación de no contrariar el objeto de los tratados internacionales antes de su entrada en vigor, de la siguiente manera:

**"Art. 18.- OBLIGACION DE NO FRUSTAR EL OBJETO Y EL FIN DE UN TRATADO ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR.**

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado:

- a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o
- b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retrade indebidamente." (10)

(9) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes." (Art. 31).

(10) En relación al derecho interno y la observancia de los tratados internacionales la Convención dispone que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (Art. 27). La norma anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 46, que a la letra dice:

"Art. 46.- Disposiciones de Derecho Interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1.- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifestada y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en el materia conforme a la práctica usual y de buena fe."

En cuanto a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los Tratados, para efectos de nuestro estudio destacaremos lo dispuesto por el artículo 53 y que textualmente ordena:

"Art. 53.- Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. "En caso de que surgiera una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que este en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará inmediatamente. (Art. 64). SZEKELY, A. (COMPILADOR) Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, Tomo 1, UNAM, MEXICO, 1989, pp. 40-93)

Ahora bien, suponiendo que por error de técnica jurídica se haya designado como declaración Interpretativa lo que es en realidad una reserva, sería aplicable el artículo 75 de la Convención, que remite a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para todo lo relativo a las "reservas". En la Convención de Viena se define como reserva la **"declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado"** (Artículo 2º inciso d).

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o de adherirse al mismo, siempre y cuando no se sitúe, entre otros supuestos, en el siguiente: **"que la reserva sea incompatible con el objeto y fin del Tratado"**; toda reserva deberá formularse por escrito y comunicarse a los Estados Contratantes y a los demás Estados facultados para llegar a ser parte en el Tratado. (Art. 27 de la Convención de Viena)(11)

En relación con las reservas y con su compatibilidad o incompatibilidad con el objeto y fin del Tratado, nos permitimos transcribir en lo conducente, una cita del ilustre internacionalista argentino Adolfo Míaja de la Muela:

(11) Las disposiciones transcritas están íntimamente relacionadas con la Sección 2 de la Segunda Parte de la Convención, intitulada: RESERVAS.

"Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea **incompatible con el objeto y el fin del tratado**. (art. 19)

Sobre la aceptación y objeción a las reservas, en la Convención se dispuso que:

- 1.- Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

Unas veces las reservas son de exclusión de cláusulas: un Estado se presta a firmar una Convención pero elimina la vigencia para él de uno o varios de sus artículos por medio de una declaración unilateral hecha en el momento de la discusión, de la firma o de la ratificación del convenio. En otras ocasiones, la reserva tiene una naturaleza interpretativa, pero igualmente es unilateral su forma de expresión.

(11). 2.- Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, un reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

3.- En los casos no previstos por los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:

- La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;

- La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;

- Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

"Para los efectos de los párrafos 2 y 3, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior." (Art 20)

Los efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las mismas, según la Convención son: (Art. 21)

1.- Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

a) Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; y

b) modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

2.- La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones intereses.

3.- Cuando un estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva.

Retiro de las reservas y de las objeciones a las mismas.- Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado. De igual manera, salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento. (Art. 22)

Procedimiento relativo a las reservas.- La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse a los Estados contratantes y a los demás Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado. La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. La aceptación expresa o la objeción hecha a una reserva, anteriores a la confirmación de la misma no tendrán que ser confirmadas. El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito.

Vemos aquí como una declaración interpretativa puede, efectivamente, convertirse en una verdadera reserva.

"Cuando las reservas se multiplican, y el caso es frecuente en América, cada tratado en vez de constituir un sistema normativo claro y terminante, se convierte en un verdadero caos. La codificación del Derecho Internacional pierde así gran parte de su eficacia, al quedar sustraídos a la imperatividad de sus normas, precisamente cuando llega la ocasión de aplicarlas. Estados que, firmantes de un convenio, tuvieron la previsión de descartar anticipadamente aquellos de sus efectos cuya puesta en práctica les habría de resultar menos grata.

"Es difícil suprimir las reservas; las Conferencias Internacionales toman sus acuerdos por unanimidad o por una mayoría muy calificada, con unanimidad de las grandes potencias. No es, en estas circunstancias, papel aioso el del país que exprese un voto negativo frente al resto de los concurrentes o su gran mayoría, pero la práctica internacional permite al Estado cuyos Delegados votaron, y hasta firmaron un compromiso dos eflujos: uno total, la no ratificación; parcial el otro, la firma o ratificación con reservas.

"Ambas maneras de proceder son perfectamente explicables como consecuencia de la soberanía estatal. Una vez más estamos ante la eterna alternativa: el Estado Soberano se dice regido por el Derecho Internacional, pero si éste impera efectivamente. ¿Qué resta de la soberanía?. Y si no se quiere renunciar a los caracteres tradicionales de ella ¡Cuán débil aparece la vinculación de los Estados por el Derecho de Gentes!

"A veces, del uso de la reserva se ha pasado al abuso. Es frecuente que un tratado Internacional conetenga alguna estipulación sin cuya plena vigencia la admisión del resto del Convenio carezca de sentido. Formular reservas a un precepto de esta clase es aparcer como ligado, sin estarlo, por el Tratado en cuestión. Pero, como siempre ocurre,

la dificultad radica en trazar la línea divisoria entre el uso normal y el abusivo de la facultad de formular reservas, facultad a la que ningún Estado se muestra dispuesto a renunciar.

"A principios de los años cincuentas, la Corte Internacional de Justicia de la Haya se vió obligada a resolver algunas cuestiones jurídicas en materia de reservas que habían provocado un debate en la Convención Contra el Genocidio. Dichas cuestiones fueron las siguientes:

1.- ¿Puede el Estado reservante ser considerado como parte al tratado que se formula la reserva, cuando ésta es objetada por uno o más de los Estados consignatarios, pero no por todos?

2.- En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿Cuál es el efecto de la reserva entre el Estado reservante, tanto con los Estados que impugnaron la reserva como con los que la aceptaron?

3.- ¿Cuál es el efecto jurídico de la objeción a una reserva hecha por un Estado signatario, pero que aún no ha ratificado la convención reservada, o por un Estado llamado, sin que todavía lo haya hecho, a firmar el convenio o a acceder a él?

"Extraordinariamente delicada -y quizá más por su formulación en términos genéricos, sin alusión directa al caso concreto que ha motivado la petición de dictamen- era la consulta elevada al Tribunal de La Haya. Cualquier respuesta que éste diese a la cuestión podía ser de extremada gravedad, no tanto por llevar implícitamente contenida la solución a los otros dos problemas consultados, sino por definir una doctrina que pudiere privar en lo futuro a las reservas de la función que hasta ahora han desempeñado en cuanto válvulas de seguridad de la soberanía estatal.

"En efecto, sostener de una manera rotunda que una objeción hecha por un Estado a una reserva de otro a un sólo inciso de un tratado, priva a este último de su condición de parte al mismo, restaría a los convenios internacionales aquella elasticidad necesaria a instrumentos destinados a ser firmados y ratificados por comunidades políticas soberanas. Declarar, por el contrario, que al Estado incumbe una absoluta facultad de reservar, sin limitación alguna, equivaldría a la consagración por el más alto Tribunal del mundo del caos actual en materia de acuerdos internacionales, solamente aceptable como situación transitoria, impuesta por circunstancias insoslayables, pero que albergue las posibilidades de transformación en un orden internacional más efectivo.

"La inadmisibilidad de ambas tesis extremas imponía un criterio, nada fácil, de distingos, y éste ha sido precisamente el camino seguido por el Tribunal, o cuando menos, por la mayoría cuya opinión se ha convertido en dictamen. Acordado éste por siete votos contra cinco, en él se diferencian dos categorías de reservas, según sean o no compatibles con el objeto y fin de la convención a la que se formulan.

"Teóricamente inatacable este criterio, según el cual el Estado que presenta una reserva compatible con el fin y objeto del Tratado es parte al mismo, y no lo es en caso contrario, ofrece en la práctica una dificultad de gran volumen: ¿quién discrimina, en cada caso concreto, las reservas compatibles con el Tratado de las que no lo son?. Si se atribuye esta facultad a la potencia reservante ninguna reserva sería calificada de incompatible, y quedaría admitida una omnimoda facultad de desnaturalizar la significación de un acuerdo por quien se dice parte al mismo. Dar preferencia a la calificación que pudiera hacer el Estado que se opone a la reserva, habría de conducir a una situación tal que aparecerían excluidos de los beneficios de un Tratado países que han aceptado su parte mayor y más esencial con toda sinceridad y lealtad, pero los que una cuestión de prestigio nacional, un hecho particular, o una disposición interna, constitucional o legal, de difícil modificación, les impide la admisión plena e integral del



convenio. Y tampoco es lícito esperar mejor solución de la sumisión de cada caso concreto, en que surjan discrepancias acerca de la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Tratado a que se formula, al Consejo de Seguridad de la ONU o al Tribunal Internacional de Justicia, organismos ante los que podría ser esgrimida, con probabilidades de éxito, una excepción de incompetencia, basada en el principio de no intervención en asuntos interiores de un Estado (párrafo 7 del artículo 2° de la Carta de las Naciones Unidas).

"No parece, pues, que haya acompañado el acierto a la mayoría del Tribunal de La Haya que dictaminó en el sentido expuesto. Baste para subrayarlo la observación de cuan poca luz tendrá la Asamblea de la ONU al intentar aplicar los principios que el dictamen de 28 de mayo le brinda a la Convención contra el Genocidio.

"Seguramente, la solución se encuentre por otra ruta: la supresión de las reservas en aquellos tipos de tratados colectivos que contienen **normas esenciales a la convivencia entre las naciones**. Una voz americana se ha expresado en este sentido: la del gran jurista chileno Alejandro Alvarez. Su voto particular al dictamen objeto de este comentario no expresa ideas nuevas, se limita a reproducir, en lenguaje actual y amoldadas a las necesidades presentes, doctrinas defendidas hace cuatro siglos por Francisco De Vitoria".(12)

Recordemos que según el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). "La Paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana". Por lo tanto, dentro de las normas esenciales a la convivencia entre las naciones está la obligación de todo Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

(12) (MIAJA DE LA MUELA, A., "El valor de las reservas en los tratados internacionales", *Revista del Centro de Estudios Económico-Sociales. -Dinámica Social-*, BUENOS AIRES, ARGENTINA, julio 1951, año 1. No. 11)

Pensamos que la Declaración Interpretativa hecha por México a la Convención, en caso de ser tomada como reserva, es incompatible con el objeto y fin de la Convención y, por lo tanto, México, o bien no podría ser Estado Parte de la misma, con las implicaciones y consecuencias de mala imagen que tal situación provocaría a nivel internacional, o tendría que retirar dicha reserva disimulada como Declaración Interpretativa.

Desgraciadamente, tal parece que ni los Estados Parte, quienes tiene derecho a formular objeciones a las reservas, ni los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargados de velar y fortalecer los derechos esenciales del hombre, se han percatado de que el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos ha formulado una "Declaración Interpretativa" inadmisibles por esconder una verdadera reserva a todas luces incompatible con el objeto y fin del Tratado en una materia que no admite restricciones ni limitaciones interpretativas según ha quedado debidamente fundado en los párrafos antecedentes.

Ahora bien, analizando la Declaración Interpretativa que nos ocupa a la luz del ordenamiento jurídico nacional, encontramos que es falsa la declaración de que la legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción es una materia que pertenece al dominio reservado a los Estados, como lo demostraremos a continuación:

El artículo 124 Constitucional establece: **"las facultades que no estén expresamente concedidas por ésta constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados"**. Ciertamente dentro de las facultades de la Cámara de Diputados, de la Cámara de Senadores y del Congreso de la Unión no está la de legislar en materia de garantías individuales, (artículos 73 a 76 constitucionales). Por lo tanto, dicha materia se entiende reservada a los Estados.

Por otro lado, con fundamento en los artículos 41 y 133 de nuestra Ley fundamental podemos afirmar que ninguna Constitución Estatal podrá contravenir lo dispuesto por la Constitución Federal.

De lo anterior se concluye que si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no tuviera un capítulo de Garantías Individuales, cada entidad federativa podría establecer en su Constitución las garantías individuales que considerará pertinentes. Pero, como la Constitución Federal tiene un capítulo de Garantías Individuales en el que se reconoce específicamente el Derecho a la Vida de todos los individuos en la República Mexicana, (Arts. 1, 14 y 15 constitucionales) todas las constituciones estatales deben reconocer y garantizar el derecho a la vida, so pena de declaración de inconstitucionalidad en contra de la constitución estatal que no lo hiciera. La declaración de inconstitucionalidad se logra mediante la interposición de un juicio de Amparo. Con ésta afirmación queda demostrada la falsedad e ignorancia de las leyes mexicanas que encierra la Declaración Interpretativa hecha por el gobierno mexicano.

Finalmente, suponiendo, sin conceder, que fuera cierta la afirmación de que compete a los Estados legislar sobre la protección de la vida a partir del momento de la concepción cabe destacar que en virtud de las prescripciones contenidas en el artículo 28 de la Convención, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981, el Gobierno federal se obligó "a tomar de manera inmediata las medidas pertinentes para que las autoridades competentes adopten las disposiciones necesarias y suficientes para que en todas las entidades federativas se cumplan las disposiciones de la Convención" (Art. 28 inciso 2). Y, hasta la fecha, no se ha movido un ápice para dar cabal cumplimiento a la obligación contraída; por el contrario, se han venido ampliando los supuestos despenalizados en el delito de aborto provocado.

En nuestra opinión, la Declaración Interpretativa no sólo carece de fundamento jurídico sino que además viola las garantías de igualdad, seguridad y legalidad consagradas en nuestra Ley Fundamental.

"Artículo 5°. Derecho a la integridad personal.

1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2.- Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la **dignidad inherente al ser humano.**

3.- La pena no puede trascender de la persona del delincuente..."

En relación a este artículo sobresale el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y a que se reconozca que todo ser humano tiene una dignidad inherente conforme a la cual merece respeto.

Asimismo, se establece tanto en la Convención como en nuestra Constitución, que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, esto es una obligación y un derecho que debemos tomar en cuenta para emitir nuestra opinión en relación a permitir el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación.

"Artículo 14.- Protección de la honra y de la dignidad.

1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2.- Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3.- Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas ingerencias o esos ataques."

Dentro del artículo 13 de libertad de pensamiento y expresión, encontramos bajo el párrafo número cinco la obligación -asumida por el Poder Legislativo Federal- de emitir una ley (debe entenderse una ley en sentido formal y material) que prohíba toda acción ilegal contra cualquier persona o grupo de personas sea cual fuere el motivo que pudiera originarla. Según este artículo debiera existir una ley que prohíba toda propaganda contraria al respeto al derecho a la conservación de la vida de las personas.

En materia de suspensión de garantías la Convención prevé:

"Artículo 27. Suspensión de garantías.

1.- En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2.- La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal)..., ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos..."

Las disposiciones contenidas en los dos primeros párrafos de este artículo corresponden a lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución. A nuestro entender, pueden surgir situaciones de conflicto entre el texto constitucional y lo dispuesto por la Convención, en lo concerniente a la limitación prevista en el párrafo 2, ya que la Constitución Mexicana no establece limitación alguna para suspender cualquiera de las garantías otorgadas en la misma. Prevalecerá, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 constitucional el artículo 29 de la Constitución, sobre el artículo 27 de la Convención. Aquí sí encontramos una norma de derecho interno rotundamente contraria a la norma de derecho internacional, y ni el Presidente de la República ni el Senado notaron esta discrepancia, por ende no hicieron ni declaración interpretativa ni reserva alguna al respecto.

Analicemos ahora el alcance de la Convención, de las restricciones previstas en ella y el procedimiento para garantizar los derechos consagrados en ella.

Alcance de la Convención.- Este Tratado protege los derechos reconocidos en los artículos 3° a 27°, previendo además que podrán incluirse en el régimen de protección establecido por ella otros derechos y libertades incorporados mediante enmiendas hechas por la Asamblea General a petición de cualquier Estado Parte, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por conducto del Secretario General; o bien, a través de proyectos de protocolos adicionales sometidos también a la Asamblea General por cualquiera de los Estados Parte o por la Comisión. Así, las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes en la fecha en que se haya dictado el respectivo instrumento. Los protocolos se aplicarán solo en los Estados Partes en los mismos. (Artículos 31, 76 y 77 de la Convención).

Alcance de las restricciones.- Las restricciones generales permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención están contenidos en los siguientes artículos:

a) Artículo 32, fracción 2 que a la letra dice:

**"2.- Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".**

b) Artículo 27. Suspensión de garantías, analizado en los párrafos anteriores.

Dichas restricciones no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes -es decir, normas generales, impersonales y abstractas- que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas (artículo 30).

En nuestra opinión, este artículo, que pretende limitar el alcance de las restricciones en defensa de los derechos y libertades humanos es demasiado ambiguo ya que, ni en las leyes ni en la jurisprudencia de nuestro país, ni en la propia Convención se ha definido qué debemos entender por interés general. Además, la frase "con el propósito para el cual han sido establecidas" admite, prácticamente, cualquier objetivo. En conclusión, este artículo debe reformarse en el sentido de establecer para la restricción de cualquier Derecho Humano un "sistema de pesos y contrapesos" \* valiéndose de la división de poderes adoptada por todas las Repúblicas Americanas, miembros de la OEA.

\*Parafraseando al ilustre jurista y historiador contemporáneo Jaime del Arenal Fenochio, humanista por antonomasia, cuyas cátedras obligan a quien hemos tenido la suerte de escucharlas a comprometerse con la sociedad en que vivimos y a defender sobre todo y contra todos los valores, los Derechos Humanos, mediante la concientización de los derechos y de las obligaciones que como personas debemos asumir en virtud de la dignidad inherente a nuestra naturaleza racional y volitiva.

## PROCEDIMIENTOS QUE GARANTIZAN EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS POR LA CONVENCION \*\*

### I.- Organos Internacionales Competentes (Art. 33).

a. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión; y

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte

A. La Comisión es un órgano autónomo de la OEA; se compone de 7 miembros; representa a los Estados integrantes de la OEA; su función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos contando para tal efecto principalmente con las constituciones. (Art. 41. La Convención y Art. 1° del Reglamento de la Comisión.)

Las funciones de la Comisión en relación al tema que nos ocupa son:

1. Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.

2. Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

\*\* Sobre este tema nos parece que el estudio más completo y de mayor agudeza es el capítulo intitulado "Organos y Procedimientos de Protección de los Derechos Humanos en la Convención Americana", escrito por el licenciado Gerardo Trejos dentro de la obra "La Tutela de los Derechos Humanos". Hernández R. y Trejos G., Ediciones Juricentro, S.A., San José, Costa Rica, 1977.



Esta atribución está íntimamente relacionada con la obligación de los Estados Partes a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención. (Art. 43).

3. Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

4. Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, que dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

5. Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de la Convención; que regulan el procedimiento de investigación por violación a los Derechos Humanos. (13)

La competencia específica de la Comisión abarca a todos los Estados miembros de la OEA; en su estatuto se distingue entre ciertas atribuciones aplicables a los Estados Partes en la Convención y otras aplicables a los Estados que no han ratificado ni se han adherido a la misma, pero que forman parte de la O. E. A (Arts. 18, 19 y 20).

En cuanto a los derechos que son objeto de protección por la Comisión, el nuevo estatuto también distingue la situación de los Estados Partes de la convención de los que no lo son, al señalarse en el artículo 1, párrafo 2.

(13) El Estatuto de la Comisión fué aprobado mediante la resolución no. 447, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones en la Paz, Bolivia, en octubre de 1979. Y su Reglamento fue aprobado por la Comisión en su 49º Período de Sesiones, en la 660a. sesión, celebrada el 8 de abril de 1980 y, fué modificado durante el 64º Período de Sesiones durante su 840a. sesión, el 7 de marzo de 1985.

"Para los fines de este estatuto, por derechos humanos se entiende:

a) Los definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación a los Estados Partes en la misma.

b) Los consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros".

Para efectos de nuestro estudio, nos limitaremos a analizar la competencia de la Comisión en relación a los Estados Parte de la Convención.

### LEGITIMACION ACTIVA

Pueden presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención en contra de un Estado-Parte, es decir, están legitimados para denunciar violaciones:

1.- Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA. (Artículo 44 de la Convención y 26 del Reglamento).

"Es evidente -nos dice Trejos- que el artículo 44, constituye uno de los aspectos más novedosos e importantes de la Convención Americana sobre derechos humanos pues consagra con carácter obligatorio en un Convenio Internacional, el derecho de petición individual ante un órgano internacional".(14)

2.- Un Estado Parte, siempre y cuando se den las siguientes condiciones sine qua non:

(14) (HERNANDEZ, R. y TREJOS, G., La Tutela de los Derechos Humanos. EDICIONES JURICENTRO., SAN JOSE DE COSTA RICA, 1977, pág.100. En el mismo sentido: CORTINA JUR, J.M. "La Convención Americana, Nuevo Instrumento Internacional de Protección Individual", Revista de la Comisión Internacional de Juristas, MEXICO, 1990, 40 pp; FIX-ZAMUDIO, H., "Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios comparativos", Colección Manuales 1991/5, COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, MEXICO 1991, 273 pp. Y GARCIA BAUER, C., Los Derechos Humanos, Preocupación Universal. UNIVERSITARIA, GUATEMALA, 1960, pp. 271 y 272)

a) Que el Estado denunciante haya reconocido expresamente la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en su contra relacionadas con la violación del Pacto de San José.

b) Que el Estado demandado haya reconocido la referida competencia de la Comisión (Artículo 45 de la Comisión y 19 del Estatuto).

El reconocimiento de la competencia de la Comisión puede hacerse:

- a) Por tiempo indefinido.
- b) Para casos específicos
- c) Por tiempo determinado \*

Cabe destacar que para efectos de la Convención "personas" son solamente los seres humanos (Artículo 12); asimismo, basta con ser persona física, no se requiere ser nacional del Estado en que se encuentre y al cual se atribuye la violación de derechos humanos, pues en su preámbulo, el Pacto de San José establece "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado".

De acuerdo con la doctrina predominante, postura a la que nos sumamos "no se requiere que el quejoso o denunciante sea afectado directamente por la violación que impugna, y equivale, por tanto a una acción popular" (Art. 14 (c) de la Convención y art. 26 del Reglamento.) (15)

### LEGITIMACION PASIVA

En cuanto a la legitimación pasiva sólo puede ser parte demandada un Estado al cual se le atribuye la violación de derechos humanos.

\* Hasta ahora los únicos países que han reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son Argentina, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Perú y Venezuela.

(15) (FIX-ZAUMIDO, H., "Protección Jurídica de los Derechos Humano, Estudios comparativos", Colección Manuales 1991/5. COMISION NACIONAL DE DERECHO HUMANOS, MEXICO, 1991, pág. 153)

## PRESÚPUESTOS PROCESALES:

Admisibilidad de la Petición.- Para facilitar la exposición clasificaremos los requisitos a cumplir para que una petición hecha con fundamento en el Art. 44 sea admitida por la Comisión, en requisitos de fondo y de forma. Una vez iniciado el procedimiento que la Convención establece, el asunto puede llegar, eventualmente y en último término, hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### A. REQUISITOS FORMALES:

1.- La denuncia o reclamación debe presentarse por escrito.

2.- Datos de individualización y firma del o de los peticionarios (nombre, domicilio, etc.), sea éste o éstos un individuo, un grupo o el representante legal de una entidad no gubernamental. El peticionario podrá designar desde éste momento, o en escrito posterior, a un abogado o representante ante la Comisión (art. 46.d. de la Convención y 27 del Reglamento.)

El artículo 33 del Reglamento establece la obligación de la Comisión de prevenir al denunciante para que complete, en su caso, la petición y los documentos exhibidos.

3.- Que la petición exponga hechos que caractericen la violación de alguno de los derechos garantizados por la Convención y el Estado responsable (Art. 47 b. de la Convención y 32.b. del Reglamento)

4.- Que la petición no sea manifiestamente infundada o improcedente (47.c)

5.- Que no sea "sustancialmente la reproducción" de una petición anterior ya examinada por la Comisión o por otro organismo internacional (47.d. de la Convención).

La última parte de este requisito quiere impedir que se empleen los diversos mecanismos internacionales de protección ( en este caso el de la Convención que analizamos y el procedimiento que establecen los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas) como instancias sucesivas. Este requisito cuya existencia, al igual que los demás presupuestos procesales, deberá ser examinada de oficio por la Comisión, podrá dar lugar asimismo a que el Estado demandado oponga la excepción de cosa juzgada, lo cual obligará a la Comisión a determinar si en el caso existe la clásica trilogía de identidad de partes, objeto y causa. Esta es la aplicación, en el plano internacional, de la regla "non bis in idem" del derecho procesal. La aplicación de esta regla, cuando la Comisión declare inadmisibile una demanda, conferirá a las decisiones el carácter de cosa juzgada y le dará a la Comisión, en esos casos, el carácter de órgano jurisdiccional.

6.- La petición deberá hacerse dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos ha sido notificado de la decisión definitiva, después de agotar los recursos internos.

En caso de que en el Estado-Parte, presuntamente responsable de la violación, no existan los medios adecuados para la defensa de los derechos en los recursos internos, el plazo será determinado por la Comisión, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. (art. 46 1.b. de la Convención y 38 del Reglamento.)

Pensamos que el plazo de 6 meses debiera contarse a partir de que el presunto lesionado conoce la decisión definitiva.

## B. REQUISITOS DE FONDO

1.- Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna del Estado Parte contra el cual se reclama (46.a. de la Convención).

Esta regla general de Derecho Internacional tiene tres importantes excepciones, que resultan esenciales para dar eficacia real a un sistema supranacional de protección de Derechos Humanos y que, seguramente, en la práctica constituirán el fundamento de la mayoría de las peticiones. Estas excepciones son:

a) Cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados (Art. 46.2.a de la Convención).

De no existir el debido proceso legal en el derecho interno, luego de la ratificación de la Convención, el Estado estaría además violando el artículo 2 de la misma por el que se compromete a "garantizar el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención y a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para ello, si este ejercicio no estuviera ya garantizado.

Suponiendo, sin conceder, que la protección de la vida del nasciturus fuera materia reservada a los Estados, será muy interesante la respuesta del Gobierno Federal al cuestionamiento siguiente: ¿Cuáles son las acciones que ha realizado para que se garantice el ejercicio del derecho a conservar la vida de los nasciturus y cuáles son las medidas legislativas adoptadas para tal efecto?

La ausencia del debido proceso legal podrá también deberse a una causa superviniente como consecuencia de una suspensión o quiebra total o parcial del régimen constitucional.

b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos ( Art. 46.2.b. de la Convención).

En el caso concreto del concebido, no-nacido, éste se encuentra precisamente en el supuesto previsto por el Artículo 46, párrafo 2, inciso b) de la Convención, ya que no puede solicitar el Amparo y protección de la Justicia Federal por violación a su derecho a que se respete su vida, sino a través de sus representantes que, por ministerio de ley son sus padres (patria potestad) y, en el caso de Aborto, es precisamente la madre, en la mayoría de las ocasiones quien viola, o por lo menos, quien da su consentimiento para que se viole el derecho del nasciturus a conservar su vida.

Esta excepción cubre algunos casos de denegación de justicia y la enorme trascendencia práctica se desprende de su sola lectura.

c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos (Art. 46.2.c.de la Convención).

2.- Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional (art. 46.c.de la Convención).

Este requisito es similar al ya comentado como requisito formal (excepción de cosa juzgada) y tiende igualmente a evitar que dos sistemas de protección internacional estén actuando paralelamente sobre la misma materia.

Cabe destacar que el Artículo 39, inciso 2, aclara que no será impedimento para el examen de la reclamación o denuncia, la duplicidad de procedimientos cuando:

"a) El procedimiento seguido ante la otra organización u organismo se limite al examen de la situación general sobre derechos humanos en el Estado aludido, y no exista una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición sometida a la Comisión o que no conduzca a un arreglo efectivo de la violación denunciada".

"b) El peticionario ante la Comisión o algún familiar sea la presunta víctima de la violación denunciada y el peticionario ante dichas organizaciones sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros".

Es indudable que en todos los supuestos analizados hasta ahora, la Comisión actúa ejerciendo funciones jurisdiccionales. Esta actividad se concreta en la formulación de un

silogismo judicial y desemboca además en una decisión obligatoria. Esta por supuesto, confiere solo una situación jurídica subjetiva procesal, esto es, el poder de continuar la acción si la decisión es positiva; en el caso contrario, se produce en el individuo, en el grupo o en el Estado que ha presentado la demanda, el cese del derecho de acción en ciertos casos, al menos hasta que no se verifiquen hechos nuevos.

La resolución que declara la inadmisibilidad de una queja carece de ulterior recurso (tanto en la Convención Interamericana como en la Europea) lo que puede dar lugar a graves injusticias y a una protección insuficiente de los derechos individuales, puesto que no sólo da por terminado el proceso ante la Comisión, sino que también impide todo examen ulterior por la Corte.

## II.- PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO

Una vez admitida de manera preliminar la petición respectiva:

1.- La Comisión solicitará informes al Gobierno del Estado demandado transcribiendo las partes pertinentes de la demanda (art. 48.1.a de la Convención y 34.1.c. del Reglamento).

1.1. En caso de gravedad o urgencia o cuando se crea que la vida, la integridad personal o la salud de una persona se encuentre en inminente peligro, la Comisión solicitará al Gobierno su más pronta respuesta, utilizando para ello el medio que considere más expedito.

1.2. El plazo del Estado para enviar a la Comisión los informes solicitados es de 90 días prorrogables en una sola ocasión por 30 días más. (art. 34.5 y 6 del Reglamento)

1.3. Si el Estado "demandado" no contesta dentro del término a la Comisión, se presumirán verdaderos los hechos relatados, (confesión ficta) siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa. (art. 42 del Reglamento).



Pensamos que la última parte de ésta disposición está de más, ya que la resolución adoptada por la Comisión tomará en cuenta todos los elementos relacionados con los hechos presuntamente violatorios de Derechos Humanos. Por otra parte, el concepto de "elemento de convicción" es demasiado ambiguo, y pudiera llegar a utilizarse, de buena o de mala fe, en perjuicio de la defensa y protección internacional de los Derechos Humanos.

2.- De existir o subsistir los motivos de la petición, la Comisión comenzará, con conocimiento de las partes, el examen del asunto planteado con el objeto de comprobar los hechos. Para ello puede pedir a las partes toda la información que considere necesaria, lo mismo que recibirá las exposiciones verbales o escritas que los interesados quieran presentarle. (art. 48.1.d. de la Convención y 43 del Reglamento.)

3.- Investigación en el Lugar o Inspección Ocular.

3.1. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación in loco para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias.

3.2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, podrá realizarse una investigación in loco, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales. (art. 48.1.d. de la Convención y 44.1.2. del Reglamento)

El profesor Gerardo Trejos nos relata que "este artículo dió lugar a una interesante polémica sobre el alcance de su eventual obligatoriedad para los Estados. El Profesor José Luis Redondo apuntó que debía interpretarse como una obligación de los gobiernos permitir la entrada y salida, a territorio nacional, de los miembros de la Comisión. Muchos delegados se opusieron a esa interpretación invocando razones de soberanía. La delegación que representó al Gobierno de México en la Conferencia Especializada fue la

que insistió en que se eliminara la facultad, otorgada a la Comisión en el Proyecto, de realizar un examen contradictorio de la demanda, tal delegación consideró que: "No parece conveniente obligar a un Estado soberano a someterse ante la Comisión (que no es un tribunal) a un careo con su acusador, pues de ello podría resultar lesionada la dignidad de dicho Estado, lo que a la larga redundará en desmedro del prestigio de la Comisión y tornaría más difíciles sus futuras actuaciones."(16)

Lo que no parece conveniente ni aconsejable es permitir que un Estado lesione o permita que en su territorio se lesione la dignidad y más aún, el derecho a la vida de las personas, porque éstos son hechos que no sólo atentan contra la dignidad del propio Estado, sino que lo privan de su carácter de Estado de Derecho convirtiéndolo, en el mejor de los casos, en un Estado Totalitario y peor aún, en un fenómeno de fuerza, cuyo gobierno es indigno de cualquier comunidad humana per se.

El permitir a los miembros de la Comisión la entrada en territorio de un Estado Parte a comprobar por sí mismos si existen o no violaciones a los Derechos humanos, dignifica al Estado-Parte. En caso de que se compruebe la existencia de una violación, no es la investigación in loco practicada por la Comisión lo que señalaría a dicho Estado como "indigno", por llamarlo de alguna manera, sino la conducta de sus propias autoridades. Sinceramente, no estamos de acuerdo en que la Comisión se desprestigiaría al hacer pública la violación en algún Estado de los Derechos Humanos. Al contrario, ¡ojalá!, si se me permite la expresión, que los miembros de la Comisión trabajaran con mayor firmeza, denunciando, publicando, previniendo y evitando a toda costa la violación a los Derechos Humanos en América.

(16) (HERNANDEZ, R. y TREJOS, G., La Tutela de los Derechos Humanos. ob. cit. pp. 128 y 129)

"Es lamentable que las demás delegaciones atendieran las observaciones que sobre este particular formuló el Gobierno de México y resolvieran entonces cercenar a la Comisión la mencionada facultad. Una tutela eficaz de los derechos del hombre exige ir dejando de lado los principios de soberanía y de la no intervención de que frecuentemente gusta hacer gala el Gobierno de México; principios que si bien es cierto jugaron un papel importantísimo en otras décadas, hoy se vuelven obsoletos frente al interés puesto por la comunidad internacional en la defensa de la dignidad, la libertad y la igualdad del ser humano.

"Es oportuno preguntarse si el ejercicio de la facultad conferida a la Comisión consistente en realizar una investigación, que podría demandar un análisis in loco, exige el requisito de la previa anuencia de los Estados Partes. La Delegación mexicana en el Acta de la Tercera Sesión Plenaria de la Conferencia Interamericana dejó constancia expresa de que entendía que el Art. 48.1.d. no elimina el requisito de la previa anuencia. Nosotros creemos, sin embargo, que ese no es el sentido del citado numeral, desde que los autores de la Convención cuando quisieron obligar a la Comisión a solicitar permiso de un Estado Parte para realizar una investigación en el lugar de los hechos así lo dijeron expresamente." (art. 44.2. del Reglamento)(17)

"Conforme al artículo 11 inciso c) de su estatuto, la Comisión puede tener sus sesiones y reuniones en el territorio de cualquiera de los Estados Americanos, si ella así lo decide por mayoría absoluta de votos y cuenta con el consentimiento del gobierno interesado. Esta facultad - dice Karel Vasak - ha sido muy hábilmente utilizada por la Comisión como un medio para controlar la situación de los Derechos Humanos en los Estados Americanos: la negativa de un Estado de acoger a la Comisión en su territorio o, por el contrario, la invitación dirigida a ésta

(17) (idem. pág. 131)

para venir a sesionar sobre el territorio de determinado Estado, ha sido comprendida, según el caso, como una verdadera presunción de la violación de los Derechos Humanos o de su respeto."

"Durante las encuestas realizadas en el territorio de un país miembro, la Comisión se informa ante los órganos competentes del Estado, hace contacto con otras autoridades (representantes de la iglesia católica, partidos políticos, sindicatos, etc.) y, sobretodo, recoge los testimonios de todas las personas que han presentado la demanda; en este último caso el procedimiento seguido durante las audiencias no tiene ningún carácter judicial". (18)

#### 4.- SOLUCION AMISTOSA.

Una vez terminada la comprobación de los hechos, para lo cual la Comisión cuenta con un plazo de 180 días, se pondrá a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa que, de lograrse, pondría término al asunto en esta etapa del procedimiento. En este caso, la Comisión redactará un informe que contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, informe que será transmitido a los interesados, a los Estados Partes de la Convención y al Secretario General de la OEA para su publicación (arts. 48.1.f. y 49 de la Convención, 44.3 y 45 del Reglamento.)

#### 5.- DECISION.

De no lograrse la solución amistosa a que se hizo referencia, la Comisión redactará un informe que contendrá los hechos, las exposiciones orales o escritas que las partes interesadas hayan hecho, las proposiciones o recomendaciones que la misma Comisión juzgue adecuadas y sus propias conclusiones.

(18) (VASAK, K., *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, LIBRIRIE GENERAL DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, PARIS, 1968, pág. 74)

En opinión del maestro Fix Zamudio, a la cual nos sumamos, el informe de la Comisión "debe considerarse como una resolución, aun cuando la misma no pueda imponerse de manera coactiva al Estado que se considere responsable, y, así lo califica el mismo Reglamento en su artículo 50 cuando se refiere al pronunciamiento de la Comisión tratándose de peticiones referentes a Estados que no sean partes de la Convención Americana".(19)

Este informe será transmitido a los interesados, quienes no podrán publicarlo.

Remitido el informe, a los Estados interesados, hay un plazo de tres meses en el cual pueden ocurrir dos situaciones:

- 1.- El asunto sea definitivamente solucionado.
2. El asunto sea sometido a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Comisión o por el Estado interesado. Naturalmente, esto podrá suceder sólo respecto de Estados que hayan aceptado previamente la competencia de la Corte o que lo hagan en el momento de la presentación del asunto por la Comisión o por el Estado mismo. (arts. 61 y 62 de la Convención)

Si ninguna de las dos situaciones anteriores ocurriera, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. Hará además las recomendaciones pertinentes para que el Estado, contra el que se presentó la petición, ponga remedio a la situación, fijándole un plazo al efecto.

(19) (FIX-ZAMUDIO, H., *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, ob. cit. pág. 155)

Transcurrido el nuevo plazo fijado, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y, en consecuencia, si publica o no su informe. Con la publicación del informe de la Comisión se termina el procedimiento ante la misma.

En los casos en que el Estado contra el cual se presentó la denuncia o reclamación haya aceptado someterse a la jurisdicción de la Corte, la Comisión tiene la facultad de decidir si somete el asunto a dicha Corte. En caso contrario, la Comisión podrá proponerle que lo haga (arts. 62.2 de la Convención y 50.2 y 3 del Reglamento)

Para que la Corte Interamericana pueda conocer de cualquier caso, es necesario que se haya agotado el procedimiento ante la Comisión.

La Comisión, en opinión de algunos autores y de la jurisprudencia de la propia Corte, no es parte en el proceso, simplemente coadyuva con el Tribunal nombrando tres delegados, cuyo deber principal consiste en vigilar la correcta interpretación del informe de la Comisión; sin embargo, nos parece más acertada la postura del profesor Trejos, quien siguiendo al maestro Aniceto Alcalá-Zamora afirma que la jurisprudencia es errónea ya que "la idea de coadyuvancia, en cualquier orden procesal se asocia con la adhesión a una de las partes, mientras que, a propósito del juzgador, el concepto más próximo que podrá entrar en juego sería el de auxilio; y, a todas luces, la Comisión cuando promueve una demanda ante la Corte, no es un auxiliar de éste, sino uno de los tres sujetos principales del proceso a ventilar ante ella".(20)

De otro modo, la Comisión sería juez y parte en el proceso. Se trata pues, de una especie de Ministerio Público, que ha de representar el interés de la Comunidad Americana en que se respeten los Derechos Humanos reconocidos en la Convención; actuará siempre ante la Corte en nombre propio, pero defendiendo intereses ajenos.

(20)(HERNANDEZ, R. y TREJOS G., *La Tutela de los Derechos Humanos*, ob. cit. pág. 135.)

Como bien ha dicho Balladore Pallieri "... es claro que todo este sistema es artificioso y que sería mucho más simple y correcto la presencia directa del individuo ante la Corte... Ha sido un antiguo dogma de Derecho Internacional que éste derecho vale sólo para los Estados y el individuo no está admitido en él... La situación de la Comisión es delicada cuando ha concluido en que no existe violación a la Convención, que la demanda era infundada, y a pesar de ello se encuentra en la necesidad de defender a aquél individuo ante la Corte"(21)

En el apéndice del presente estudio incluimos el formulario de denuncia que deberá presentarse, en su caso, ante la COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

#### B. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana. Se compone de 7 jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA.

##### Atribuciones:

De carácter jurisdiccional para resolver controversias que en materia de violación de los Derechos Humanos le sometan los Estados Parte o la Comisión; y

De naturaleza consultiva para la interpretación de las disposiciones interamericanas, así como de la compatibilidad de los ordenamientos internos sobre derechos humanos con las primeras. (Arts. 1º y 2º del Estatuto de la Corte.)

(21) (VARIOS, "La Tutela de los Derechos del Hombre en la Convención Europea". Suplemento ddominical de LA REPUBLICA, 23 de noviembre de 1969, pág. 29)

## LEGITIMACION PROCESAL:

En materia consultiva: Todos los Estados miembros y los Organos Internacionales de la OEA. (art. 64 del Estatuto y 49 a 54 del Reglamento.)<sup>(22)</sup>

En materia jurisdiccional, tienen legitimación procesal activa (pueden ser actores):

a) La Comisión, y

b) Los Estados Parte que hayan reconocido de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. Esta declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (art. 62 de la Convención.)

Tienen legitimación procesal pasiva (pueden ser demandados):

a) La Comisión Interamericana cuando un Estado objete la decisión por ella adoptada (art. 25. 1. del Reglamento); y

b) Los Estados Parte que se ubiquen en el supuesto del inciso b) de legitimación activa.

## PROCEDIMIENTO:

Comprende 2 etapas: Escrita y Oral.

(22) (El Estatuto de la Corte fue aprobado mediante Resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período de Sesiones, celebrado en LA PAZ, Bolivia, octubre de 1979. Y su Reglamento fue aprobado por la Corte en su Tercer Período de Sesiones celebrado el 30 de julio al 9 de agosto de 1980.)



1° FASE ESCRITA: Memorias y contramemorias. En algunos casos se autoriza réplica y dúplica.

2° FASE ORAL.- Se celebra una audiencia en la que se escucha a los representantes de cada parte, se desahogan las pruebas periciales, las testimoniales y confesionales.

No existen reglas para la valoración de las pruebas por los jueces.

El proceso puede terminar anticipadamente en caso de que el actor manifieste su intención de desistir y los demandados acepten el desistimiento, o bien, por convenio, aveniencia o solución amistosa.

Medidas Precautorias o Cautelares.

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. (art. 63.2 de la Convención y 23 del Reglamento)

En nuestra opinión, éste artículo da una atribución más a la Corte, ejercitable en el territorio de todos los Estados miembros de la OEA, adoptando en casos de extrema gravedad y urgencia, la misma competencia territorial y subjetiva que goza la Comisión y limitada a evitar daños irreparables a las personas.

SENTENCIA

Una vez terminada la instrucción y celebrada la audiencia, la Corte, previa deliberación, emitirá el fallo, el cual será definitivo e inapelable. A solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los 90 días contados a partir de la fecha de

su notificación, la Corte interpretará su decisión, pero sin que ésta solicitud suspenda los efectos de la sentencia (arts. 66 y 67 de la Convención y 48 del Reglamento).

La aclaración puede hacerse de oficio. Por otra parte, el artículo 63.1. de la Convención establece que "cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad, protegidos en la Convención, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá también, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencia de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"

El artículo 68 de la Convención, que a la letra dice:

" Art. 68.1.- Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2.- La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado."

La Convención no contiene ninguna disposición en que se establezca el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de las decisiones de la Corte. "Así pues -afirma Trejos- la sentencia es obligatoria pero no es ejecutoria".(23)

No analizamos con mayor profundidad la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque nuestro país no ha reconocido como obligatoria su competencia, condición sine qua non para que dicho Organismo Internacional decida sobre los casos de violación a los Derechos Humanos de las personas en territorio mexicano. Hasta la fecha sólo diez de los Estados-Parte han reconocido de manera general y expresa, la competencia de la Corte, sometiéndose a su jurisdicción: Argentina (1984); Colombia (1985); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Perú (1981); Surinam (1987); Uruguay (1985) y Venezuela (1981).

(23) (HERNANDEZ, R. Y TREJOS G., La Tutela de los Derechos Humanos, ob. cit. pág. 139)

## OTROS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU GARANTIA DE CUMPLIMIENTO

I.- LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- Es el Tratado No. 391 de nuestro país; adoptado por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por México el 21 de septiembre de 1990; la vigencia en nuestro país es dudosa porque no ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación, omitiéndose una de las formalidades del procedimiento de la formación de leyes. (24)

Este documento resulta importante principalmente por su preámbulo, ya que, como hemos visto en la Convención sobre el Derecho de los Tratados, el preámbulo forma parte del texto del Tratado - en cuyo párrafo tercero se afirma que el niño gozará de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Nótese que el concepto internacional de niño incluye al nasciturus y exige una protección mayor al niño mediante la promulgación y publicación de las leyes internas de cada Estado-Parte.

## II. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Es el Tratado No. 240 en México; adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 por la 1496a. Sesión Plenaria de la ONU y ratificado por México el 23 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, vigente en México desde el 23 de junio del mismo año.(25)

Establece en su preámbulo que la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, es el reconocimiento de la dignidad inherente de todos los hombres y por consecuencia, de sus derechos iguales e inalienables.

(24) (SRE. México: Relación de Tratados en vigor. ob. cit. pág. 129)

(25) (idem. pág. 110)

En el artículo 2º, fracción 2, los Estados-parte asumen una obligación idéntica a la contraída por los Estados-Parte del Pacto de San José en los artículos 1º y 4º, en el sentido de garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos a todos los hombres en los Tratados Internacionales, sin discriminación alguna.

Es evidente que el negarle al nasciturus la protección legal necesaria para conservar su vida, es una forma de discriminación basada en el estado de desarrollo físico del hombre.

El artículo 10, fracción 2 establece la obligación a cargo de los Estados-Parte de conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto.

### III. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

Es el Tratado No. 241 en nuestro país; adoptado en Nueva York por la 1496a. Sesión Plenaria de la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por México el 23 de marzo de 1976; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981; la fe de erratas fue publicada el 22 de junio de 1981, y su vigencia empezó en México el 23 de junio del mismo año.(26)

Su preámbulo es idéntico al del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que resultan aplicables los comentarios hechos en los párrafos que anteceden. Asimismo, el artículo 2º establece la obligación de los Estados-Parte de dictar leyes para proteger y garantizar los derechos naturales, inherentes a la persona humana.

(26) (idem. pág. 111)

En la Parte II se definen los derechos civiles y políticos que deben ser reconocidos a todos los hombres y garantizado su respeto por todos y cada uno de los Estados-Parte.

Establece la igualdad ante la ley de hombres y mujeres (arts. 3 y 26), reconociendo a todos los seres humanos personalidad jurídica por el simple hecho de ser hombres (art. 16)

Se afirma de manera expresa y contundente que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, este derecho deberá ser protegido por la ley, la cual deberá contener prohibición expresa de privar de la vida arbitrariamente a persona alguna (art. 6).

Pensamos que el artículo que se analiza adolece de técnica jurídica ya que, el afirmar que los hombres tienen derecho a la vida implica, como hemos visto, la obligación correlativa de los Estados Parte -ya que sólo los Estados y los Organismos Internacionales pueden ser sujetos obligados en Derecho Internacional- de dar o brindar la vida a las personas, lo cual es un absurdo, por lo tanto, debe interpretarse el artículo en el sentido de que los Estados- Parte tienen la obligación de respetar y proteger la vida de los seres humanos en su territorio.

El mismo artículo 6.1. en la fracción 5, prohíbe la imposición de la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez. Recordemos que en México no se aplica la pena de muerte porque la legislación penal no prevé dicha pena en la tipificación de los delitos, aunque la constitución, en su artículo 22 la permita con supuestos arcaicos, totalmente fuera de contexto en nuestros días.

El artículo 17° del Pacto, coincide básicamente con el artículo 16 constitucional respecto a los actos de molestia por parte de las autoridades.

El artículo 24 textualmente dice:

"Art. 24.1.- Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia como de la sociedad y del Estado.

- 2.- Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
- 3.- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad."

La fracción 2 de éste artículo coincide con el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, en el sentido de incluir en el concepto de niño al nasciturus y prohíbe toda forma de discriminación. Los Estados Parte se obligan a brindar al niño las medidas de protección "que su condición de menor requiere", reconociendo tácitamente que los niños, incluyendo a los concebidos, se encuentran en una situación débil frente al resto de los hombres y por tal motivo requieren de una protección mayor por parte de los Estados para garantizarles el goce de los derechos fundamentales inherentes a su naturaleza humana.

El artículo 4º prevé la suspensión de las obligaciones contraídas por cada Estado-Parte en los casos de emergencia. Sin embargo, se prohíbe terminantemente la suspensión, entre otras, de la obligación de respetar la vida de todos los hombres y de reconocerles personalidad jurídica a todos los seres humanos.

Por otro lado, el artículo 5 es idéntico al artículo 29 del Pacto de San José que limita la facultad de los Estados-Parte para interpretar los Derechos establecidos en el Pacto, prohibiendo toda interpretación que restrinja o menoscabe los derechos civiles y políticos de los seres humanos.

Es relevante que en éste Pacto se prevea la creación de un Comité de Derechos Humanos formado por 18 miembros, nacionales de los Estados-Parte. El Comité tiene prácticamente las mismas atribuciones y restricciones de competencia que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En virtud de lo establecido en el artículo 40 del Pacto, los Estados se obligan a informar al Comité un año después de que el Pacto entre en vigor en su territorio y cuando el Comité se los solicite, sobre los avances de su orden jurídico en la garantía y protección de los Derechos Humanos incluidos en el Pacto.

Hasta aquí hemos expuesto el contenido de los Tratados Internacionales, las principales instituciones y los procedimientos procesales que garantizan la defensa de los Derechos Humanos de los particulares frente a los Estados americanos previstos en Derecho Internacional Público, así como el alcance de su aplicación en México.

A continuación, analizaremos la situación jurídica del nasciturus en las disposiciones de Derecho Administrativo, conformado por leyes federales, las cuales guardan un lugar privilegiado en nuestro orden jurídico ya que se ubican en el mismo nivel jerárquico que los Tratados, inmediatamente abajo de nuestra ley Fundamental y por encima del resto de los ordenamientos jurídicos mexicanos (leyes, reglamentos, decretos, etc.)

## ESTATUTO JURIDICO DEL NASCITURUS EN DERECHO ADMINISTRATIVO

### LEY GENERAL DE SALUD (LS)

Es la Ley Reglamentaria del Artículo 4° Constitucional,

Las materias de Salubridad General, aplicables al nasciturus son:

- 1.- La atención materno-infantil
- 2.- La planificación familiar.
- 3.- La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos.
- 4.- El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. (art. 3°)

1.- La ATENCION MATERNO INFANTIL comprende la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio.

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, en el capítulo V, intitulado: Disposiciones para la prestación de servicios de atención materno-infantil. Prevee que tales servicios podrán ser prestados, además de por médicos especializados en gineco-obstetricia, por personal no profesionista, previa capacitación y autorización emitida por la Secretaría de Salud. (arts. 96 y 102)

El personal no profesional no podrá atender los embarazos, partos o puerperios patológicos, salvo cuando la falta de atención en forma inmediata o la transferencia de la paciente a la unidad de atención médica más cercana pongan en peligro la vida de la madre o del producto, en cuyo caso deberán dar aviso a la Secretaría de Salud. (art. 111)



Nótese que se distingue entre la vida de la madre y la del producto, nasciturus.

En nuestro país, el 80 % de las mujeres que reciben atención materno-infantil, se atienden en las clínicas y hospitales del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)

La Ley del Seguro Social (LSS) y el Reglamento de Riesgos Profesionales, Enfermedades no Profesionales y Maternidad establecen como beneficiarias del Seguro de maternidad a: La asegurada, la esposa del asegurado y si no tuviere, su concubina y la esposa del pensionado y si no tuviere, su concubina. (arts. 92 y 103 de la LSS y 80 del Reglamento)

Las mujeres con derecho a asistencia obstétrica tiene la obligación de presentarse a los servicios médicos correspondientes del Instituto para la comprobación de su estado, y a sujetarse a las prescripciones que les indique el médico, por seguridad de su vida y de la vida del producto, so pena de perder el derecho a cobrar el subsidio y las prestaciones en especie a que tiene derecho. (arts. 83 y 89 del Reglamento.)

Los profesionistas y el personal autorizado que labora en el IMSS debe denunciar a la autoridad correspondiente los casos de aborto provocado, según lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de la LS, que a la letra dice:

"Art. 93.- Cuando se corrobore que un aborto se ha provocado intencionalmente, se denunciará a la autoridad correspondiente y se suspenderá el subsidio."

Son demasiado vagos los términos de éste artículo ya que no señala sobre quién recae la responsabilidad de denunciar los abortos y no distingue entre los abortos provocados por personal del propio Instituto, por un tercero o por la madre. Aplicándose de manera literal lo dispuesto por el artículo transcrito, la madre perderá el derecho a las prestaciones en dinero que le corresponden por la maternidad cuando el Instituto corrobore que se ha provocado un aborto intencionalmente, aun cuando puede suceder

que una de las víctimas del aborto sea la propia madre porque éste se haya provocado sin o contra su voluntad.

Ciertamente, el subsidio se entrega a las madres para que tengan medios económicos para vivir y mantener a su bebé sin necesidad de trabajar y para que puedan guardar reposo durante los últimos 42 días del embarazo y los primeros 42 días después del parto. En el caso de aborto, las madres sufren un detrimento en su salud que, en la mayoría de los casos les impide trabajar.

Pensamos que las mujeres en las que se haya practicado el aborto sin o contra su voluntad tendrán derecho a las prestaciones en especie y al subsidio por concepto de enfermedades no profesionales. (Art. 89 del Reglamento)

De la lectura del artículo en comento nos surgen las siguientes dudas: ¿Quién denunciará los abortos provocados intencionalmente por algún médico o por alguna enfermera del propio Instituto? ¿Quién tendrá que determinar en un primer momento que el aborto fué provocado intencionalmente para que el personal del IMSS pueda corroborarlo? ¿Quién tiene la obligación de corroborar si un aborto fue involuntario o provocado intencionalmente dentro del personal que labora en el IMSS?

El artículo 94 del Reglamento a la letra dice:

"Art. 94.- Cuando un aborto no entrañe la comisión de un delito, los subsidios en dinero a que tuviere derecho la asegurada se otorgarán en la forma y por la cantidad correspondiente al subsidio de enfermedad no profesional."

Para tratar de entender el artículo transcrito empezaremos por su sintaxis: ¿Qué significa la frase "cuando un aborto no entrañe la comisión de un delito?".

El delito de aborto es un delito del orden común, salvo que el sujeto activo sea un funcionario o empleado federal o cualquier funcionario o empleado que desempeñe sus

labores con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado, en cuyo caso se trata de un delito del orden federal (Art. 1º del Código Penal para el Distrito Federal; Arts. 1º, IV y 51, I, (f) y (h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.) De la afirmación anterior se deduce que si el aborto se cometió por el personal del IMSS se aplicará el Código Penal para el Distrito Federal analizándose si la conducta reúne los elementos del tipo de aborto (Arts. 329 a 334); lo cual implicaría que el presunto responsable es un doctor o una enfermera del IMSS, ya que al momento de abrir la averiguación previa correspondiente no se ha comprobado quien es el responsable del delito. En el caso de que el presunto responsable sea un médico particular, una partera, enfermera o cualquier persona, se aplicará el Código Penal de la Entidad Federativa en que presuntivamente se cometió el delito y entonces, los elementos que conforman el tipo cambiarán de acuerdo con lo que disponga cada Código Penal. En efecto, la aplicación de éste artículo del Reglamento de la Ley del Seguro Social que como hemos visto es una Ley Federal, será distinta en cada Estado, dependiendo de los elementos que deban reunirse para que se configure un delito.

Por lo tanto, para definir qué se debe entender por aborto debemos consultar lo dispuesto por el Código Penal del Estado en donde presumiblemente se cometió el delito.

Delito es la conducta que sancionan las leyes penales y nos quedará pendiente saber que debemos entender por "entrañar"; ninguna disposición legal nos da una definición de entrañar, por lo que acudimos a la definición del Diccionario de la Real Academia Española que dice:

**"entrañar (De entraña) tr. Introducir en lo más hondo. U.t.c.p.rnl./2. Contener, llevar dentro de sí/ Unirse, estrecharse íntimamente, de todo corazón con alguno."**

**"entraña (Del lat. interanea) f. Cada uno de los órganos contenidos en las principales cavidades del cuerpo humano y de los animales. /2.Lo más íntimo o esencial de una cosa o asunto./ Lo más oculto y escondido./ 4. El centro, lo que está en medio./ 5. Voluntad, afecto del ánimo/ 6.Indole y genio de una persona."**

De las definiciones transcritas entendemos que entrañar, en la disposición en comento, significa que el aborto debe contener en sí mismo o estar íntimamente relacionado con la comisión de algún delito, lo cual no implica que al único tipo que se refiere es al delito de aborto, ya que el aborto -no se aclara si intencional o involuntario, pensamos que debe entenderse como aborto intencional- puede estar íntimamente relacionado con algún otro delito, verbigracia violación, incesto, adulterio, amenazas, lesiones, extorsión.

Sinceramente, no entendemos el sentido de la disposición contenida en el artículo 94 del Reglamento, porque hasta donde tenemos entendido, la única autoridad que tiene la facultad de determinar si se configuró un delito y si ese delito es imputable a una o a varias personas, es la autoridad judicial (federal o local).

La persecución de los delitos corresponde de manera exclusiva al Ministerio Público (Arts. 14 y 21 de la Constitución Federal); y una vez declarada la comisión de un delito y hecha la imputación a una o varias personas, las penas se aplican única y exclusivamente por la autoridad judicial; el artículo que se analiza pretende la aplicación de una sanción administrativa a la madre en quien se practique un aborto que "entrañe" la comisión de un delito, sea culpable, cómplice o víctima.

Uno de los principios fundamentales del Derecho Administrativo y en general de todo Estado de Derecho es que "Las autoridades pueden hacer única y exclusivamente

aquello que les esta expresamente facultado en una ley emitida, promulgada, publicada y vigente antes de la realización del acto o de la omisión por parte de la autoridad. Ahora bien, un reglamento no puede ir más allá de la ley a la que reglamenta, es decir, no puede ampliar las obligaciones ni restringir los derechos previstos en la ley correspondiente. Las disposiciones contenidas en los artículos 93 y 94 del Reglamento interpretadas en el sentido de que el IMSS tiene la facultad de determinar si el aborto fue provocado intencionalmente y, por lo tanto, si se reúnen los elementos del tipo de aborto, es decir, que si se configura el delito, se imponga a la madre -culpable o víctima- la sanción administrativa de perder el derecho al subsidio por enfermedad no profesional, nos llevaría a concluir que dichas disposiciones son inconstitucionales porque estan otorgando al IMSS, organismo descentralizado de la Administración Pública (Poder Ejecutivo), facultades de indagar, a manera de averiguación previa (facultad exclusiva del Ministerio Público) la comisión de delitos, facultades de jurisdicción en materia penal para decidir si se tipifica el delito de aborto y facultades de ejecución sobre su decisión al permitirle negar a las madres el pago del subsidio de enfermedad no profesional si se comprueba que el aborto "entraña" la comisión de un delito.

Como vimos al inicio del análisis de la Ley del Seguro Social, las facultades de ejecución se han otorgado al IMSS en materia de determinación de cuotas patronales, consideradas por la Suprema Corte de Justicia como créditos fiscales que llevaron a reconocer en el IMSS el carácter de autoridad pero única y exclusivamente en materia de créditos fiscales (organismo fiscal autónomo).

Ahora bien, interpretando la disposición que nos ocupa en el sentido de que el IMSS deberá esperar a que la autoridad judicial determine si se configuró algún delito al practicarse el aborto, para imponer a la madre la sanción administrativa prevista, encontramos entre otros el siguiente problema: en la práctica, resulta imposible que el

plazo entre la denuncia de hechos posiblemente constitutivos de delito y la sentencia definitiva ejecutoriada sea menor a nueve meses, tiempo máximo de un embarazo, lo que convierte el artículo en letra muerta por su imposibilidad de aplicación.

Además, el artículo que nos ocupa, a contrario sensu, sanciona a la asegurada con la pérdida del subsidio de enfermedad no profesional a que tendría derecho siempre que el aborto entrañe la comisión de un delito, aún cuando puede darse el caso de que la propia madre sea una de las víctimas del delito cometido, lo cual nos parece francamente injusto; más aún en los casos en que el sujeto activo del delito sea algún miembro del personal del IMSS.

#### PLANIFICACION FAMILIAR

Tiene carácter prioritario; en sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna eficaz y completa a la pareja. (art. 67)

En todo el capítulo VI de los Servicios de Planificación Familiar no encontramos una sola disposición que faculte a la autoridad para utilizar, ni recomendar, como sistema de planificación familiar los métodos abortivos, de donde puede concluirse que quienes así lo hacen incurren en responsabilidad por violación de la Ley General de Salud, con los agravantes para los profesionista, técnicos y auxiliares de la ciencia médica. Sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir.

## LA INVESTIGACION PARA LA SALUD

Comprende el desarrollo de acciones que contribuyan al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos. (art. 96,1)

En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivo, se constituirán: una comisión de investigación, una comisión de ética en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. (art.98)

La Ley General de Salud establece las bases sobre las que deberá desarrollarse la investigación en seres humanos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 100, que a la letra dice:

**"Art. 100.- La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:**

**I.- Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;**

**II. Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;**

**III.- Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;**

**IV. Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;**

**V.- Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;**

**VI.- El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación, y**

**VII. Las demás que establezca la correspondiente reglamentación."**

Cabe destacar que en la fracción VI del artículo transcrito se hace referencia expresamente a las disposiciones reglamentarias, las cuales no podrán reducir las bases de la ley en materia de investigación para la salud, pero sí podrán ampliarlas y detallarlas siguiendo el espíritu de la ley.

Las infracciones a las disposiciones transcritas se sancionarán con multa de cincuenta a quinientas veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate y, en caso de reincidencia, con clausura definitiva del lugar en donde se esté cometiendo la violación. La aplicación de las multas será sin perjuicio de que la autoridad sanitaria dicte las medidas de seguridad que procedan, hasta en tanto se subsanen las irregularidades. (arts. 421 y ss.) Estas sanciones administrativas se aplican independientemente de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir los infractores de las disposiciones en comento.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el Capítulo IV, intitulado "De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos y de la fertilización asistida." Empieza por definir algunos conceptos:

"Art. 40.- Para los efectos de este reglamento se entiende por:

...II.- Embarazo.- Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva de embarazo medicamentosamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

III.- Embrión.- El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación; (en el texto original dice en la última palabra gestión y no se ha publicado la fe de erratas correspondiente para corregirla, sin embargo, mantener dicho error sería un absurdo no sólo jurídico sino también biológico.)

IV. Feto.- El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción.

V. Óbito Fetal.- La muerte del feto en el útero.



**VI. Nacimiento vivo.-** Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

**VII. Nacimiento muerto.-** Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta."

Para la investigación en los sujetos a que se refiere el capítulo analizado, además de respetar las bases establecidas en la ley deberá cumplirse con los siguientes requisitos:

1.- Observar las disposiciones éticas de toda investigación en seres humanos.

2.- Obtener carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido, en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido. (art. 44)

Nos parece que los casos en que se dispensa de la obtención de consentimiento informado del cónyuge o concubinario quedaron demasiado amplios. ¿Debe entenderse por incapacidad o imposibilidad fehaciente, la incapacidad legal? ¿Quién determinará si el concubinario se hace cargo de la mujer? ¿Qué parámetros se utilizarán para determinarlo?

¿Qué debe entenderse por riesgo inminente? ¿Quién determinará si existe riesgo inminente? (27)

---

(27) (Los artículos 20 y 21 del Reglamento establecen:

"Art. 20.-Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna."

"Art. 21.- Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I.- La justificación y los objetivos de la investigación;
- II.- Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
- III.- Las molestias o los riesgos esperados;
- IV.- Los beneficios que puedan obtenerse;
- V.- Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI.- La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII.- La libertad de retirar sus consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII.- La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX.- El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X.- La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y
- XI.- Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación."

Para facilitar el análisis del Reglamento, dividiremos las disposiciones aplicables al nasciturus en:

- I.- Investigación en mujeres embarazadas.
- II.- Investigación sobre reproducción asistida
- III.- Investigación con embriones y fetos.

#### I.- INVESTIGACION EN MUJERES EMBARAZADAS

La investigación sobre el embarazo, sin beneficio terapéutico en mujeres embarazadas sobre el embarazo, no deben representar un riesgo mayor al mínimo para la mujer, el embrión o el feto. (28)

---

(28) ( El reglamento en su artículo 17 establece el concepto de riesgos y su cuantificación de la siguiente manera:

"Art. 17.- Se considera como riesgo de la investigación a la probabilidad de que el sujeto de investigación sufra algún daño como consecuencia inmediata o tardía del estudio. Para efectos de este reglamento, las investigaciones se clasifican en las siguientes categorías:

I.- Investigación sin riesgo: Son estudios que emplean técnicas y métodos de investigación documental retrospectivos y aquéllos en los que no se realiza ninguna intervención o modificación intencionada en las variables fisiológicas, psicológicas y sociales de los individuos que participan en el estudio, entre los que se consideran: cuestionarios, entrevistas, revisión de expedientes clínicos y torts, en los que no se le identifiquen ni se traten aspectos sensitivos de su conducta;

II.- Investigación con riesgo mínimo: Estudios prospectivos que emplean el registro de datos a través de procedimientos comunes en exámenes físicos o psicológicos de diagnóstico o tratamiento rutinarios, entre los que se consideran: pesar al sujeto, pruebas de agudeza auditiva, electrocardiograma, termografía, colección de excretas y secreciones externas, obtención de placenta durante el parto, colección de líquido amniótico al romperse las membranas, obtención de saliva, dientes deciduales y dientes permanentes extraídos por indicación terapéutica, placa dental y cálculos removidos por procedimientos profilácticos no invasores, corte de pelo y uñas sin causar desfiguración, extracción de sangre por punción venosa en adultos en buen estado de salud, con frecuencia máxima de dos veces a la semana y volumen máximo de 450 Ml. en dos meses, excepto durante el embarazo, ejercicio moderado en voluntarios sanos, pruebas psicológicas a individuos o grupos en los que no se manipulará la conducta del sujeto, investigación con medicamentos de uso común, amplio margen terapéutico, autorizados para su venta, empleando las indicaciones, dosis y vías de administración establecidas y que no sean los medicamentos de investigación que se definen en el artículo 65 de este reglamento, entre otros, y...

Con autorización de la Comisión de ética podrá modificarse el método para terminar el embarazo con propósitos de investigación, cuando tales modificaciones signifiquen un riesgo mínimo para la salud de la madre y no representen riesgo alguno para la sobrevivencia del feto. (art. 48)

El embarazo no podrá terminarse con propósitos de investigación antes de que el feto sea viable, por mayoría de razón, queda prohibida la interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, lapso en que el nasciturus recibe el nombre de embrión y durante el cual, sus posibilidades de sobrevivir fuera del claustro materno son nulas.

Las disposiciones sobre investigación en mujeres embarazadas anteponen, no sólo la vida sino también la salud de la madre, a la vida del embrión o feto, en caso de riesgo. Sin embargo, de no existir riesgo para la madre se protege la salud y la vida del embrión y del feto.

## II.- INVESTIGACION SOBRE REPRODUCCION ASISTIDA

En relación a éste tema, seguiremos el estudio hecho por MIER Y TERAN en su tesis doctoral, quien afirma: "Los avances científicos y técnicos que tanto asombran no pueden ser moralmente indiferentes: la ciencia y la técnica no son moralmente indiferentes sino que exigen un respeto incondicionado de los criterios fundamentales de la moralidad al servicio de la persona humana y a su bien verdadero integral.

---

(28).... III.- Investigación con riesgo mayor que el mínimo: son aquéllas en que las probabilidades de afectar al sujeto son significativas, entre las que se consideran: estudios radiológicos y con microondas, ensayos con los medicamentos y modalidades que se definen en el artículo 65 de este reglamento, ensayos con nuevos dispositivos, estudios que incluyen procedimientos quirúrgicos, extracción de sangre mayor al 2% del volumen circulante en neonatos, amniocentesis y otras técnicas invasoras o procedimientos mayores, los que empleen métodos aleatorios de asignación a esquemas terapéuticos y los que tengan control con placebos, entre otros.

Uno de los cánones más elementales de la racionalidad ética, es el siguiente: <<lo que nunca puede ser tratado como simple medio es la persona>>, ya que la persona humana es un ser singular en el universo visible y es el único que vale por sí mismo. Es el único ser visible que no pertenece a la categoría de los bienes útiles o instrumentales."

"La Ciencia no es un absoluto al que se le deba subordinar y, eventualmente sacrificar todo, incluida la dignidad del hombre."

El artículo 68, fracción IV de la LS establece que **"los servicios de planificación familiar comprenden (...): El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción."** LLama la atención el que ningún otro precepto legal regule o limite el alcance de la investigación es éstas materias.

El artículo 98 LS, por su parte establece que: **"las instituciones de salud donde se realicen investigaciones en seres humanos deben constituirse, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos, una comisión de investigación, una comisión de investigación, una comisión de ética y una comisión de bioseguridad encargada de regular el uso de técnicas de ingeniería genética."**

El término ingeniería genética no ha sido debidamente acotado, lo que puede ocasionar que dentro del mismo pretienda incluirse la experimentación, manipulación y destrucción o pérdida de vidas humanas. Amén de convertir nuestra legislación en la más permisiva del mundo en ésta materia y no pensamos que ése haya sido el propósito del legislador.

Por su parte, el Reglamento establece en su artículo 40, fracción XI que **"se entiende por fertilización asistida (...): aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in-vitro."**

En el artículo 43 se dispone que "para la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso."

Y el artículo 56, a la letra dice:

**"Art. 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se pueden resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si esta difiere con el del investigador"**

El Reglamento prevé técnicas de reproducción asistida, sin base legal alguna. No creemos que sean términos análogos: anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar o biología de la reproducción e ingeniería genética, en el mejor de los casos pudieran ser materias relacionadas.

Una de las primicias aprendidas por cualquier estudiante de Derecho es el que los reglamentos sirven para "proveer, en la esfera administrativa, a la exacta observancia de las leyes," es decir, detallan la aplicación de la ley. Por lo tanto, ningún reglamento puede ser más amplio que la ley, no puede dar a las autoridades más facultades que las expresamente otorgadas en la ley, ni restringir los derechos de los particulares reconocidos o concedidos por la misma, ni prohibir actos u omisiones no contemplados en ésta.

Evidentemente, el Reglamento de la LS viola los principios de constitucionalidad y legalidad, ya que, suponiendo sin conceder que el concepto de "infertilidad humana" fuera análogo al término "fertilización asistida", la ley prevé la investigación en esta materia y en las técnicas de ingeniería genética, no la aplicación práctica de fertilizaciones asistidas. Además, en múltiples artículos de la ley e incluso en el propio reglamento, se protege la vida del nasciturus, como la de cualquier otro ser humano. El

Reglamento desborda el espíritu de la ley al sobreponer el supuesto "derecho a tener hijos" de una mujer o de una pareja (no se requiere ser matrimonio) a la vida de un ser humano.

En las técnicas de reproducción asistida, como afirma MIER Y TERAN, "está en juego la institución familiar, la paz social, la moralidad pública, el interés del hijo y el valor educador -o deseducador- de las leyes. Cuestión tan delicada merece, a nuestro juicio, muy atentas consideraciones en las que están implicadas, al menos, cuatro disciplinas jurídicas: el Derecho Constitucional, el Civil, el Penal y el Administrativo. Nos parece, por tanto, que es una barbaridad la existencia de un Reglamento que presenta sólo una irreflexiva y parcial conciencia de tan delicadas cuestiones. Cualquiera puede percatarse de los efectos y dificultades que estas técnicas producen en las referidas disciplinas jurídicas.

"Cabe ahora preguntarnos cuál es el papel que nuestro Derecho debe adoptar ante estos fenómenos que parecen propagarse por todo el mundo. Anticipamos que no es, desde luego, un Reglamento el cauce de una eventual legislación.

"Pero, ¿qué hacer? En estricta aplicación de los principios pro-vida en los que nuestro Derecho siempre ha recogido la mejor tradición universal; de la protección y tutela de la familia; y de respeto por la dignidad de la persona, nuestras leyes deberían prohibir la fertilización in-vitro, porque dichas técnicas suponen la referida destrucción de vida humana, considerando los embriones, cualquiera que sean sus días o semanas de vida, y cualquier otra práctica que suponga la destrucción de seres humanos. Lo mismo cabe decir de la aplicación de estas técnicas fuera del matrimonio o dentro de éste con participación de terceras personas (donantes de gametos o subrogación de la maternidad) toda vez que en todos estos casos ya hay alteridad y consiguientemente implicación en el orden jurídico."( 29)

(29) (MIER Y TERAN SIERRA, S., El régimen jurídico de la llamada Reproducción Asistida. Expuestos. Exposición Crítica. Tomo I, PAMPLONA, ESPAÑA, 1989, pp. 30-34)

"Si el legislador no comparte este parecer, entonces debe prever- en palabras de Andrés de la Oliva- no ya todo género de manipulaciones, con los más diversos y quizá negativos fines (de estilo nazi) sino, en otro orden de cosas, la modificación sustancial de regímenes legales (así como el hereditario o el de la nacionalidad) y, lo que tiene aún más calado, la sustitución de conceptos elementales, como "paternidad", "maternidad", "filiación", "parentesco", "familia", "sujeto jurídico", "mercaderías", etc., y se deben ir estudiando temas tales como la paternidad o maternidad de las personas jurídicas; el régimen de inversiones extranjeras en instituciones de producción de embriones; las licencias de importación de esperma y los aranceles correspondientes, etc., dicho sea el menor animus iocandi y simplemente con un ápice de imaginación de la que hicieron gala Orwell o Huxley y que el desarrollo científico- no siempre técnicamente progresivo- ha dejado atrás"( 30)

Pero, por otra parte, el oficio de jurista desaconseja "una actitud inhibicionista resultante de considerar que, si la fecundación in-vitro está prohibida por la ley, sea ocioso el régimen jurídico de la investigación de la paternidad o de los llamamientos sucesorios, etc. en tal hipótesis de facto."( 31)

En efecto -ya lo hemos dicho-, la fecundación **in-vitro** producida contra la prohibición legal o en la clandestinidad, por ejemplo, supone la venida al mundo no de "un niño nulo", sino de un niño procedente de manipulación ilegal que no le es imputable; un niño, al que el Derecho debe conferir un status y un régimen jurídico.

(30) (Oliva Santos, Andrés de la , Proteger al Ser Humano, Intervención ante la comisión Especial de Estudios de la Fecundación In-Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, al congreso de Diputados de España, Madrid, 1985, p.p. 6 y 7



Incluso tras la convicción y opinión de la antijuridicidad de un presupuesto (la inseminación heteróloga, por ejemplo), creería que debemos aportar criterios para el régimen sucesorio; para la investigación y determinación de la paternidad; para la responsabilidad civil que pudiera derivarse, etc., supeditados al supuesto de que el legislador considere admisibles algunos presupuestos. Es competencia de los juristas argumentar y concluir la ilicitud de tales prácticas, pero se debe seguir argumentando -creemos- para el caso de que tal criterio no prevalezca. "No creo -dice Sancho Rebullida- que la doctrina del bien posible y el mal menor descalifiquen esta cautela metodológica." (32)

Las prácticas de reproducción asistida que parecen permitirse, muy solapadamente, en la Ley General de salud (artículos 68, fracción IV, y 466) y que se explicitan con mayor claridad en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (artículos 40, fracción XI, 43 y 56) presentan técnicamente innumerables problemas que están sin revelarse: ¿cuáles son los casos de infertilidad que por no poderse resolver de otra manera justifican -Art. 56 del Reglamento de la Ley General de salud en Materia de Investigación para la salud- el recurso de la fertilización asistida? ¿quién debe dictaminar lo anterior? ¿dónde deben llevarse a cabo estas prácticas? ¿en establecimientos públicos y privados? ¿puede realizar un médico -por ejemplo la I A en casa de la "paciente"? ¿cuál es el estatuto jurídico del embrión? ¿tiene derecho a ser implantado? ¿sobre quién recae la obligación de hacerlo nacer? ¿está permitido fecundar óvulos con fines distintos a la procreación? ¿existe el anonimato del "donante"? ¿a quién le corresponde su elección, al médico o a la mujer? ¿cuál es la responsabilidad civil y la penal del médico cuando se producen malformaciones en el hijo fecundado artificialmente? ¿cuáles son los requisitos de salud, edad y estado civil de los

(31 y 32) (Sancho Rebullida, Francisco de Asís; "Informe para la Comisión Especial de estudios sobre la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana", presentada al Congreso de Diputados, Cizur, 1985, pp. 5.)

"donantes"? ¿cuál es el tiempo máximo de congelación de semen, días, meses, años? ¿qué sucede con los embriones sobrantes?

"El reglamento en cuestión obsequia a los "concubinos" y a las "parejas" también no matrimoniales el derecho a acudir a las prácticas de fertilización asistida (homóloga o heteróloga) (Art. 56, ¿quién calificará que efectivamente los solicitantes son pareja? ¿pueden presentarse dos desconocidos como tal? ¿Tendrá la pareja la obligación de demostrar que son concubinos en los términos del Art. 1635 del código Civil (es decir, que haya vivido juntos como si fueran cónyuges durante cinco años) o que hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato? o ¿se tendrá que abrir una nueva sección en el Registro Civil para que los interesados inscriban su status de pareja no matrimonial?, cómo comprobará el juzgador que el concubinario se hace cargo de la mujer (Art. 43) ¿ se debe exigir a la pareja un mínimo de edad para obtener hijos con prácticas heterólogas?

"Estas son sólo algunas de las innumerables consecuencias administrativas de las técnicas de reproducción asistida, las cuales como ya lo hemos dicho, repercuten no sólo en el derecho Administrativo, sino también en el Constitucional, Penal y Civil."( 33)

### III.- Investigaciones con embriones y fetos.

El artículo 52 del Reglamento establece que "los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la embarazada".

(33) (MIER Y TERAN SIERRA. S., El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida. Expositos. Exposición crítica. Tomo I. PAMPLONA. ESPAÑA, 1989, pp. 56-59)

Por su parte, el artículo 55 ordena:

"Art. 55.- Las investigaciones en embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el título décimo cuarto de la Ley y en este reglamento".

Lo primero que debemos saber es que el título XIV de la Ley intitulado: "Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos", fue reformado el 14 de junio de 1991 para introducir el término pre-embrión del que trataremos más adelante.

En virtud de la reforma el concepto "embrión" para efecto del Capítulo XIV es el "Producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional" (Art. 314 fracción V). En cambio, para efectos del Reglamento: embrión es el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la décimosegunda semana de gestación.

Antes de la reforma el término embrión, coincidía en la Ley y en el Reglamento en los términos de este último por lo tanto, deberá entenderse que en materia de investigación para la salud el pre-embrión será considerado como embrión.

Los únicos artículos que hablan de investigación en el capítulo de la Ley son:

"Art. 334.- Cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración salvo que se requiera para docencia o investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán conservarlos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud, en los términos de los reglamentos respectivos.

"Art. 346.- Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o parte de ellos, con fines de docencia e investigación, se requiere permiso del disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta ley.

Cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la disposición de su cadáver, las personas a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta ley, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables.

Tratándose de cadáveres de personas desconocidas, las instituciones educativas podrán obtenerlos del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social.

**Para tales efectos, las instituciones educativas deberán estar autorizadas por la secretaria de Salud, de conformidad con las disposiciones aplicables."**

El verdadero inconveniente de la remisión al capítulo XIV de la Ley es que en el mismo las células germinales (espermatozoides y óvulos) son consideradas como producto del cuerpo humano, autorizándose de manera absoluta tanto la investigación como la disposición de los mismos, sin restricción alguna. Se ha dejado tanta libertad que puede determinarse su control hasta una norma técnica.

Las normas técnicas son definidas por la ley en el artículo 14 como:

**"Art. 14.- Para los efectos de esta ley, se entiende por norma técnica el conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salud, que establezcan los requisitos que deben satisfacerse en la organización y prestación de servicios, así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con el objeto de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias."**

Los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la embarazada. (Art. 57)

NOTA.- Para mayor abundamiento sobre éste tema puede consultarse Méndez Ramírez I. Namihira Guerrero D. Moreno Altamirano L. y Sosa de Martínez C. "El Protocolo de Investigación, Lineamientos para su Elaboración", Ed. Trillas, 1a ed. México 1990)

## DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS

Este capítulo, fue reformado y aunque aparentemente son inofensivas las reformas, pueden traer consecuencias desastrosas a la situación jurídica del concebido en nuestro país.

Dichas reformas se publicaron el 14 de junio de 1991 en el Diario Oficial de la Federación y básicamente consistieron en introducir los conceptos de: pre-embrión (embrión desde la concepción hasta los 14 días) y células germinales. Asimismo, se modificaron los conceptos de embrión y feto, estableciendo la Ley General de Salud las siguientes definiciones:

**"Artículo 314.- Para efectos de este título, se entiende por:**

**I.- Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos:** El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;

**II.- Cadáver:** El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;

**III.- Células Germinales:** Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

**IV. Pre-embrión:** El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

**V. Embrión:** El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional.

**VI. Feto:** El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

**VII.- Tejido:** Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función;

**VIII.-Órgano:** Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico;

**IX.- Producto:** Todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel, y

**X.- Destino Final:** La conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos.

Pensamos que en la fracción III debiera decir "capaces de dar origen o vida a un pre-embrión, siguiendo su propia terminología, porque es éste quien con el paso del tiempo llega al grado de desarrollo en el que recibe el nombre de embrión.

En principio, el capítulo de la ley que nos ocupa, parece dar al embrión y al preembrión el mismo tratamiento.

En nuestra opinión, el feto, el embrión y el preembrión deben ser sujetos de un cuidado más minucioso y estricto, por su situación infinitamente más débil frente al resto de los seres humanos.

Nos inspira desconfianza el que el legislador distinga entre pre-embryones y embryones, tomando como base de distinción única y exclusivamente el tiempo de vida, porque hemos visto que las corrientes jurídicas, políticas y sociales predominantes tanto en nuestro país como en el resto del mundo, excepción hecha de los documentos estudiados en Derecho Internacional Público, desprecian la vida de los hombres en el periodo de gestación, principalmente antes de su implantación en el útero, que aproximadamente coincide con la segunda semana de gestación (pre-embrión), como si se tratara de un conjunto de células y no de un ser humano, a pesar de que los descubrimientos científicos en la materia han demostrado que la vida humana inicia precisamente en el momento de la concepción.

No podemos evitar el preguntarnos ¿Para qué distingue el legislador entre embryones y preembryones? Tal distinción es inaceptable si no es para defender y proteger con mayor ahínco la vida del preembrión.

Así, en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley española sobre Donación y Utilización de Embryones y Fetus Humanos o de sus Células, Tejidos y Organos. Se define al pre-embrión o embrión preimplantatorio como "el grupo de células resultante de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero -acabado el proceso de implantación que se inició antes- y aparece la línea primitiva." En la iniciativa de reformas a la ley mexicana se intentó definir al embrión como "el producto de la concepción desde la aparición del eje embriionario hasta el término de la décima semana de edad gestacional"; con lo cual el concepto español sería idéntico al mexicano. Los legisladores mexicanos creyeron haber defendido suficientemente al pre-embrión al señalar lapsos de tiempo en lugar de etapas de desarrollo, lo cual es insuficiente.

MIER Y TERAN comenta la ley española en los siguientes términos: "Durante los primeros catorce días, descontados los de su congelación, (en casos de fecundación asistida) el embrión es equiparado a los gametos, tanto en su "protección jurídica" (Cfr. Recomendación 4 del Informe Palacios), cuanto en las autorizaciones destructivas (embriones sobrantes, implantación triple como número óptimo para obtener un embarazo, etc. (Cfr. Recomendación 68 del Informe Palacios)."

Coincidimos con MIER Y TERAN cuando afirma: "Tal equiparación y las consiguientes licencias destructivas es, a mi juicio, biológica y jurídicamente recusable. Los gamentos son simples células, ni siquiera son órganos, cuyo control jurídico habrá de limitarse a su potencialidad fecundante, a cuando, precisamente, dejan de ser gametos para convertirse, con el del otro sexo, en embrión: aspecto en el cual se admite un supuesto que, por aberrante y contradictorio con la dignidad de la persona humana me parece inadmisible: el test del hamster, en alguna de sus posibles interpretaciones.

"En cambio, los embriones, también los preimplantatorios, son seres humanos desde el momento de la fecundación.

"Los textos interrelacionados no les niegan la cualidad de seres vivos humanos, con su programa genético completo y definitivo, capaces de llegar a ser personas independientes sin que se les añada ya ningún potencial intrínseco y sí, solamente, facilitarles las condiciones extrínsecas de desarrollo, de sucesiva actuación de la potencia inicialmente completa, mediante la progresiva organogénesis.

"Estiman estos textos prelegislativos que el preembrión <<se desarrolla en una cierta incertidumbre genética>> (Informa Palacios y Proposición de Ley sobre Donación y utilización de embriones y fetos...), por lo que <<no hay ser humano individualizado, lo que permitiría considerar este período de la vida embrionaria a efectos de manipulaciones reguladas y condicionadas. Dicho de otro modo, en esta fase el pre-embrión no se

presentaría como objeto de protección -en cuanto ser humano-, al no poder garantizarse que ya sea 'individualizado' (...). El embrión, al menos durante este período que referimos, no es persona ni se le tiene como tal>> (Informe Palacios, cit.). << En consecuencia (...) se acepta que sus distintas fases son biológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberán serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones>>." (Exposición de Motivos, cit.)

"Sólo es, pues, ser humano cuya vida se protege, el embrión "definitivamente" anidado en el útero, en el que ya aparece la cresta neural, lo cual sucede "aproximadamente" a los catorce días de la fecundación.

"Este planteamiento no me parece convincente desde el punto de vista de la protección jurídica a la vida humana. Creo que es una solución transaccional que en su día adoptó el Informe Warnock y siguieron, después, otros textos de Derecho comparado; transacción entre quienes demandaban manipulabilidad de los embriones para sus investigaciones genéticas y quienes reclamaban el más exquisito respeto a la vida; solución transaccional situada en los catorce días, sin un fundamento biológico riguroso. Y a mí me parece que no es esta materia susceptible de transacción.

"Es muy discutible - y muy discutido de hecho, en la ciencia biológica- que falte unidad y unicidad en el embrión antes de los catorce días siguientes a la fecundación del óvulo; las fusiones y otras quimeras jamás se han logrado en embriones humanos; y la clonación y producción de gemelos idénticos exigen manipulación extrínseca sobre los mismos, con lo que difícilmente pueden ser admitidas como definitivas de la identidad y esencia del ser humano. Y amplios sectores científicos solventes y de muy diversa extracción ideológica, niegan que la vida **aparezca al finalizar** la anidación (lo cual, tampoco es matemática y universalmente a los catorce días de la fecundación); que tal



hito del desarrollo del embrión no supone sino aumentar las esperanzas de **progreso** en un ser humano ya vivo desde la fecundación del óvulo. Por su parte, la adopción de la aparición de la cresta neural como criterio delimitador de la vida humana y su manipulabilidad o no, me parece que es desplazar el criterio de la **dignidad humana** al de la **sensibilidad vital**, desplazamiento larvado y subconsciente que se aprecia incluso en algunas valoraciones sociales: hay quienes contemplan con indiferencia la destrucción de embriones humanos insensibles y que se estremecen por el apaleamiento de un perro o la lidia de un toro.

"Más, aún admitiendo las tesis biológicas del preembrión o embrión preimplantatorio, sustentadoras de la permisividad legal de manipulación; la ausencia, en fin, de unidad y de unicidad en él que se privaría de individualización, resulta que la destrucción de un preembrión supondría la aniquilación de un ser humano con vida; esto nadie lo niega, a partir de lo cual, quedaría la duda de si se había destruido un individuo humano, o dos, o medio..."(34)

Y como dice el profesor LOMBARDI VALLAURI, citado por MIER Y TERAN "basta con que se admita la duda sobre la cuestión -nuestros textos prelegislativos la admiten- para que el Derecho prohíba atentar contra la posible vida de un ser humano."(35)

En relación a éstos fenómenos hemos afirmado, basados en la ciencia y en la experiencia, que en el supuesto embarazo gemelar, en el caso de que de un óvulo fertilizado se originase más de un individuo, lo lógico sería enfocar el problema sobre bases más bien moleculares que morfológicas, suponiendo que, probablemente el íntimo proceso bioquímico que es lo decisivo, ya se había puesto en marcha en los

(34 y 35) (MIER Y TERAN SIERRA, S., El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida. Expuestos. Exposición crítica, ob. cit., pp. 130-131)

primeros momentos de fertilización, es decir, en la fusión nuclear habían empezado a funcionar los programas genéticos de dos embriones, que ya estarían desarrollándose a la vez pero como distintos, cuando la morfología todavía no lo manifiesta.

Tratándose de trasplantes de mujer embarazada, su consentimiento sólo será admisible para la toma de tejidos terapéuticos si el receptor correspondiente estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgos para la salud de la mujer o del producto de la concepción. (art.327) El legislador acertadamente protege la salud del producto de la concepción durante toda la gestación, sin distinción alguna.

Pensamos que éste artículo resulta aplicable si la mujer embarazada es mayor de edad, como disponente originario, porque en tratándose de menores de edad esta prohibida la disposición de órganos y tejidos de menores de edad por sí y por disponente secundario. (art. 13, fracción V del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos).

En cuanto a las normas aplicables en materia de disposición de preembriones, embriones y fetos solamente existe un artículo aplicable, el artículo 349 de la Ley, que textualmente dice:

"Artículo 349.- Para el control sanitario de la disposición del preembrion, del embrion y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable y en las demás disposiciones reglamentarias que al efecto se expidan."

Este artículo es confuso porque parece admitir que la disposición de los preembriones y embriones, es decir, que la suerte que corran los mismos quedará abierta a lo que dispongan, en el mejor de los casos, los reglamentos expedidos de manera libre y exclusiva por el Presidente de la República, sin intervención del Poder Legislativo, ni de ningún órgano colegiado. Y en el peor de los casos, a lo que se disponga en las Normas Técnicas que al efecto se expidan.

Para estar en condiciones de aplicar correctamente el artículo que estamos analizando debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1.- El artículo se ubica en el Capítulo II del Título Decimo Cuarto: Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, bajo el título: CADAVERES. A pesar de los inconvenientes y riesgos que presentan las reformas a la ley en materia de trasplantes, con fundamento en la definiciones legales, podemos afirmar que ni el preembrión, ni el embrión ni el feto han sido asimilados ni incluidos dentro de los conceptos de órganos, tejidos o productos del cuerpo humano. Únicamente las células germinales han sido incluidas dentro del concepto de "productos". (art. 56 del Reglamento) Coincidimos con la acertada afirmación del Doctor Salvador Mier y Terán en el sentido de que "por las características particulares y la potencialidad de vida que contienen las células germinales", debieran ser objeto de una regulación estricta y minuciosa y no tratados de manera general como cualquier <<producto>> del cuerpo humano.(36) .

Dado que el Título Decimo Cuarto regula el Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, el artículo 349 se refiere a cadáveres de preembriones y embriones.

No deja de llamar la atención el que la ley se ocupe de los cadáveres de pre-embryones, embriones y fetos y no exista en cambio una legislación coherente, expresa y sistemática que regule el control, la investigación, los cuidados y la disposición de pre-embryones, embriones y fetos.

2.- Están prohibidos los trasplantes de órganos y tejidos, es decir, la disposición de órganos y tejidos entre vivos cuando el disponente originario es menor de edad.

(36) (MIER Y TERAN SIERRA, S., ob. cit., pp. 156)

Por lo tanto, la disposición de órganos y tejidos de preembriones, embriones y fetos esta prohibida (art. 13, V. y 16 del Reglamento).

3.- La disposición de cadáveres de seres humanos puede autorizarse por las personas sobre su propio cadáver cuando sean mayores de edad y sean capaces; y por sus representantes legales cuando sean menores de edad o incapaces por cualquier otra causa.

El Reglamento define el concepto de "CADAVER" como "cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida". Pensamos que es conveniente que también la ley expresamente ordene que la pérdida de la vida de preembriones, embriones y fetos los convierte en cadáveres y que su disposición se regule en los mismos términos que para el resto de los cadáveres de seres humanos.

En conclusión, el artículo analizado regula la disposición de cadáveres de preembriones y embriones.

A mayor abundamiento, podemos decir que el artículo 73 del Reglamento apoya nuestra interpretación al ordenar textualmente:

"Artículo 73.- Las disposiciones generales sobre cadáveres serán aplicadas, en su caso, a los de embriones y fetos"

En éste artículo no se incluyó a los cadáveres de preembriones porque su redacción es anterior a las reformas y no se ha actualizado el texto del Reglamento, como se puede comprobar de la lectura de las fracciones XIII y XIV del artículo 6° del Reglamento que mantiene las definiciones legales abrogadas de embrión y feto.

Este tipo de contradicciones entre leyes y reglamentos, después de reformarse las leyes sucede, desgraciadamente, con frecuencia en nuestro sistema jurídico, dando lugar a absurdos legales.

Cabe destacar que para la realización de cualquier acto de disposición de cadáveres deberá contarse previamente con el certificado de defunción (art.62 del Reglamento) (pp. 539 y 540 de la Ley General de Salud, encontramos el formato oficial del Certificado de Defunción fetal.)

Dentro de la Ley General de Salud encontramos el Título XIII, titulado: PUBLICIDAD, en el que se dispone que la publicidad a que se refiere la LS se sujetará, entre otros, al siguiente requisito: "El mensaje no deberá inducir a conductas, prácticas o hábitos nocivos para la salud física o mental que impliquen riesgo o atenten contra la seguridad o integridad física o dignidad de las personas, en particular de la mujer. (art. 306, fracción IV)

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control Sanitario de la Publicidad, establece el respecto a la dignidad humana y prohíbe la publicidad que aconseje prácticas abortivas. (arts. 8, 11, 12, 21, 50 y 51)

#### ESTATUTO JURIDICO DEL NASCITURUS EN DERECHO MERCANTIL

Dentro del Derecho Privado encontramos una disposición expresamente aplicable al no-nacido, dentro de la LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

La materia mercantil, aplicable en toda la República de conformidad con lo dispuesto por la fracción X del artículo 73 Constitucional, encontramos disposiciones aplicables al nasciturus únicamente en el capítulo V, del Título II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, intitulado "Del Fideicomiso"; la ley permite designar como fideicomisarios a los concebidos (Arts. 348 y 359, fracción II.).

Tales disposiciones legales confirman nuestra postura sobre el momento del inicio de la personalidad jurídica del hombre desde el momento de la concepción y que los concebidos gozan de capacidad de goce, sujetándose las obligaciones contraídas frente al nasciturus a la condición resolutoria negativa de que no nazca vivo y viable.

Hemos terminado el estudio de las leyes federales con aplicación directa al nasciturus, a continuación, analizaremos las disciplinas jurídicas principales de aplicación local, que son, a saber: la materia civil y la materia penal.

## ESTATUTO JURIDICO DEL NASCITURUS EN DERECHO CIVIL

Nos limitaremos a analizar el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, porque en materia de personalidad jurídica y derechos del nasciturus, todos los códigos civiles estatales son copia fiel de éste.

El artículo 22 del Código Civil establece cuándo principia y cuándo termina la personalidad jurídica de una persona física como sigue:

**"Art. 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."

Por su parte, el artículo 1314 establece:

**"Art. 1314.-** Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

El artículo 337 al que nos remite el artículo transcrito establece:

**"Art. 337.-** Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

Por su parte el artículo 364, dice a la letra:

"Art. 364.- Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia."

El artículo 2357 dispone que:

"Art. 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."

El primer concepto señalado en los artículos transcritos es el de capacidad jurídica; como el legislador no ha definido lo que debemos entender por tal, es necesario acudir a la doctrina para entender el término; se nos presenta la dificultad de que la doctrina está dividida en este punto; Una parte de los autores piensan que capacidad jurídica es sinónimo de personalidad y otros opinan que debemos distinguir entre ambas. Para poder emitir una opinión al respecto debemos entender en primera instancia que es la personalidad jurídica.

Advierte Castán Tobeñas que "todavía es tema muy discutido, entre los civilistas y filósofos del Derecho el de la naturaleza de la personalidad jurídica. ¿Supone ésta una realidad natural, un sustrato real, o es una mera categoría jurídica, un producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier sustrato?"

En este punto la doctrina se divide en dos grandes posturas a saber:

Las teorías **normativistas, formalistas o puramente jurídicas**, cuyos defensores afirman que la personalidad es una atribución del orden jurídico exclusivamente. Y las teorías **realistas o iusnaturalistas** en las que se sostiene por el contrario, que la personalidad es un atributo esencial del ser humano, inseparable de éste, ya que, como ser racionalmente libre, le corresponde la capacidad de querer y obrar para cumplir su fin jurídico.

"Cierto es que en el fondo, las teorías de cada uno de estos dos grupos representan, más que soluciones distintas, dos aspectos diferentes, dos vertientes del problema de la personalidad jurídica. Las teorías formales se fijan principalmente en el problema dogmático o de ciencia jurídica positiva: cuándo existe una determinada ordenación y

cómo se reconoce la persona jurídica. Las teorías realistas atienden, por el contrario, al problema ético-jurídico y jurídico-ideal, a qué entidades y en qué condiciones debe ser concedida la personalidad jurídica. Pero, en definitiva, son estas últimas teorías las que permiten, sin el exclusivismo de las formales, enlazar los dos puntos de vista para llegar a conclusiones satisfactorias, facilitando la solución de los problemas de Derecho Positivo, al dar al intérprete la orientación que resulta de la consideración de la dignidad y valor de la condición humana."

Dice Ferrara- reseña Castán Tobeñas- que "jurídicamente no coincide el concepto de persona con el de hombre o individuo racional. La personalidad es un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del Derecho Objetivo. El hombre es persona no por la naturaleza, sino por obra del derecho. La cualidad natural del hombre, como de un ente racional y capaz de voluntad, es sólo la base ética, para que el derecho de un cierto estadio de cultura reconozca a todos los hombres personalidad. Pero la subjetividad no está innata en el hombre, no es una cualidad inherente al individuo, sino una realización ideal que sin el orden jurídico es inconcebible.

Anteriormente a una organización estatal el hombre no es persona. Y aun constituido el orden jurídico, la historia nos enseña que durante largos siglos hubo clases de HOMBRES a las que se negaba la cualidad de sujetos de derecho, y que los hombres podían perder su capacidad entrando en un claustro o por condena penal. La persona es un concepto puramente formal jurídico que no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido... No por la naturaleza, sino en fuerza del reconocimiento del Derecho objetivo, es el hombre persona."(37)

A pesar de la discrepancia apuntada, la generalidad de la doctrina coincide en lo siguiente:

La personalidad jurídica es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones. El origen y fundamento de la personalidad jurídica esta en el ordenamiento legal. El



Estado es al que corresponde atribuir la personalidad. Sin embargo, esta atribución oficial es una mera formalidad cuando de personas físicas se trata; las épocas en las que procedió legalmente el desconocimiento de su personalidad a los seres humanos, "han quedado definitivamente en el pasado"; la evolución y madurez alcanzada por la humanidad hacen muy difícil la existencia de un sitio donde se le desconozca personalidad jurídica a cualquier partícipe del género humano.

Así, CASTAN TOBEÑAS afirma: "Capacidad es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones, o, lo que es igual, para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas."

"Pero esta aptitud en que consiste la personalidad o capacidad jurídica se despliega en dos manifestaciones: aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos, y aptitud para el ejercicio de los mismos y para concluir actos jurídicos. La primera de ellas se acostumbra designar con la simple denominación de personalidad, capacidad de derecho o capacidad de goce. La segunda, se denomina capacidad de obrar o capacidad de ejercicio."(38)

En sentido contrario -anota DOMINGUEZ MARTINEZ- "Debemos distinguir entonces entre la personalidad y sus atributos, éstos atributos son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad; la participación de todos ellos en la personalidad de un ser humano es constante e invariable y precisamente su conjunto da la plenitud que se observa en dicha personalidad"

(37 y 38) (CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español. Común y Foral. Tomo I, Vol. II. REUS, MADRID, 1971, pp. 134 y 135)

"El primer atributo de la personalidad es la capacidad. Dentro de la capacidad jurídica en general distinguimos la capacidad de goce: aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y capacidad de ejercicio: aptitud del sujeto de ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio."(39)

"Para una más clara distinción entre los dos conceptos de personalidad y capacidad jurídica - sugiere TRABUCCHI- tener en cuenta: la personalidad -como sinónimo de subjetividad- es la abstracta idoneidad para devenir en titular de relaciones jurídicas: es la titularidad potencial de una serie indeterminada de relaciones.

La capacidad jurídica, en cambio, es la medida de tal idoneidad que delimita los contornos de la personalidad (razón por la cual, por ejemplo, la capacidad jurídica de los entes morales es más limitada que la de las personas físicas.) (40)

"A la primera de las definiciones que hemos dejado anotadas- comenta MONTERO DUHALT- o sea la correspondiente a la capacidad de derecho, se le confunde con frecuencia con el concepto de personalidad. No son pocos los autores que identifican ambas nociones. Sin embargo, por motivos de rigor científico, deben distinguirse entre sí, con toda pulcritud, los dos conceptos."

"Insistiendo en el punto, puede decirse que si bien la capacidad presupone la personalidad y ésta, a su vez, tiene como característica esencial a la capacidad no por ello deben ser confundidas una y otra."

"La personalidad es una categoría del derecho. La capacidad es una cualidad esencial de la personalidad. La personalidad es genética, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho."

(39) (DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.A. Derecho Civil Parte General. Personas, cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. PORRUA, MEXICO, 1990, pág. 165.)

(40) (TRABUCCHI, A., Instituciones de Derecho Civil. T.I, trad esp. a la 15a. ed.it., REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, 1963, pág. 78. n.2)

"La capacidad, en cambio, es de carácter restringido. Admite graduaciones. Quien es persona, quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas la capacidades; pero como éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples - públicos, privados, políticos, civiles, de familia, reales, de sucesiones, de obligaciones sin fin- y en buen número de ocasiones excluyentes unos de otros."(41)

En la mayoría de los casos, quien distingue entre personalidad y capacidad reconoce en el nasciturus personalidad desde el momento de la concepción. En cambio, quien asimila ambos conceptos niega que el nasciturus tenga personalidad jurídica.

Para confirmar lo anterior citamos a CASTAN TOBEÑAS quien determina que: "No hay que recurrir a ficción alguna, ni debe considerarse al concebido como ya nacido, pues basta, para los fines prácticos del Derecho, reconocer a su favor reservas de derechos eventuales. El concebido es una esperanza de hombre (spes hominis). Los supuestos derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de su existencia jurídica, ni implican ficción alguna, pues son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos." (42)

Comentando el artículo 29 del Código Civil español, idéntico a nuestro artículo 22, CASTAN TOBEÑAS enseña: "La construcción jurídica de los beneficios que se conceden al nasciturus puede ofrecer alguna duda.

(41) (MONTERO, D., "La incapacidad", en Revista de la Facultad de Derecho de México, T. XVI, MEXICO, JUL-DIC, 1966 nums. 63-64)

(42) (CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, ob. cit. pp. 108 y 109)

No tiene éste una verdadera personalidad o capacidad jurídica, por que, según el art. 29, es el nacimiento el que determina la personalidad. el Código, para atribuirle esos beneficios, se vale del mecanismo de una antigua ficción jurídica, aludida antes: la de suponerle nacido. Pero en el fondo, como ya también dijimos, lo que hay es una protección de intereses eventuales."

Como indica Maldonado, se trata de la protección jurídica de un interés en vista de un sujeto transitoriamente indeterminado, del interés de un futuro titular que todavía no existe. Hubiera sido más exacto el Código civil diciendo simplemente que los intereses del concebido se protegerán como los del nacido."

"El contenido de esta protección jurídica se manifiesta con diversa extensión en el Derecho público y en el privado. En la esfera del Derecho público se reconoce al meramente concebido una protección absoluta o incondicional, por lo que toca a la prerrogativa de la existencia, garantizándole la posibilidad de completar su gestación y nacer; por ello se castiga con gran rigor el aborto que no sea espontáneo. (En México no se castiga con gran rigor pero, al menos, se castiga.) Diversamente, en la esfera del Derecho privado sólo se reconoce al concebido (...) una protección relativa y condicional. Por cierto que, dada la complejidad de muchas relaciones jurídicas, no siempre resultará clara y sencilla la aplicación de la regla que limita la capacidad del concebido a lo favorable."(43)

En las condiciones apuntadas es bien cierto que en todas estas situaciones y relaciones jurídicas atribuidas por la ley a hechos y actos jurídicos en los que el concebido es parte interesada, las obligaciones contraídas frente a él y los derechos de terceros permanecen sujetos a la condición resolutoria negativa de que no nazca vivo y viable.

(43) (CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español. Común y Foral, ob. cit. pp. 108 y 109)

La personalidad jurídica es única y absoluta, no puede sujetarse a condiciones ni suspensivas, ni resolutorias.

Por otro lado, es cuestionable que el nasciturus pueda ser sujeto de derechos reales y concretos, como son los que se le confieren por herencia o donación, si no es sujeto de derechos y obligaciones por carecer de la aptitud para ello, es decir, por carecer de personalidad jurídica.

En nuestro trabajo dejamos apuntada la contradicción legal y doctrinaria existente en materia de personalidad jurídica del nasciturus. Sin embargo, es irrelevante para efectos de la protección legal que requiere el que goce de ella. con personalidad y sin ella el nasciturus tiene derecho a conservar su vida, porque es un ser humano.

También en el código civil, pero en capítulo distinto, se establece la filiación de las personas, con base en la fecha de su concepción y su nacimiento.

En palabras del Dr. Alberto Pacheco: "La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide; y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no se sepa quienes son. La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho de filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado."

"Aún cuando biológicamente la filiación y los caracteres hereditarios se reciben de todos los ascendientes, para el Derecho, la filiación se concreta solamente a la relación del hijo con su padre y su madre y, por tanto, se reduce a paternidad y maternidad, y a través de ellos con los demás ascendientes"(44)

En los últimos años, nuestro derecho civil ha pretendido borrar toda distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. "Hay que partir de la base, de que el hijo nacido fuera de

matrimonio no es culpable de esa situación, y por tanto es correcta cualquier cosa que se haga para no discriminarlo por el hecho de su nacimiento, otorgándole iguales derechos y obligaciones que a sus hermanos o medios hermanos, pero el hecho de su nacimiento extramatrimonial no puede negarse. Es un hecho del que no es responsable pero lo padece"(45)

Adoptaremos el sistema del Código Civil para el Distrito Federal para estudiar la filiación, separándola en dos incisos:

I.- Hijos Legítimos; e

III.- Hijos Ilegítimos.

Son LEGÍTIMOS:

a) Los hijos nacidos de legítimo matrimonio;

b) Los hijos nacidos de matrimonio putativo, aún cuando haya habido mala fe por parte de ambos cónyuges. (arts. 256 y 344 del Código Civil)

Se presumen hijos del matrimonio, y por tanto se presumen hijos legítimos:

A) Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio; (art. 324-I del Código Civil)

B) A pesar de que no está contemplado en el artículo que establece la presunción a favor de los hijos para considerarlos como legítimos, nosotros pensamos que dentro del supuesto podemos encuadrar a los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

(44 y 45) (PACHECO ESCOBEDO, A. La Familia en el Derecho Civil Mexicano, PANORAMA, MEXICO, 1984, pág. 172)

Fundamos nuestra opinión en las siguientes consideraciones:

1.- El artículo 328 en el primer párrafo establece que "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio en los siguientes supuestos:

a) Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito.

En caso de que el futuro cónyuge al casarse con la mujer declare que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviera encinta, el nasciturus goza del derecho a ser hijo legítimo a pesar de haber sido concebido fuera de matrimonio.

b) Si el hijo no nació capaz de vivir.

Nos parece confusa la disposición de la fracción IV del artículo 328 ya que ni en él, ni en disposición alguna se establece el tiempo que deberá vivir el niño para demostrar su "capacidad de vivir"

Probablemente el legislador utilizó la frase "capaz de vivir" siguiendo la teoría de la viabilidad ya que, vable significa "capaz de vivir, <<vitae habilis>>. A éste requisito se sujetan, entre otros códigos civiles, el francés y el italiano, que aluden a és a propósito de diversos efectos, y principalmente de la capacidad para suceder. Tiene en su contra este sistema, la dificultad de fijar con exacta precisión las condiciones y signos de la viabilidad.

Algunos autores, interpretan esta fracción en el sentido de que el hijo no nació vivo. Sin embargo, nosotros pensamos que si el hijo no nació vivo, o lo que es lo mismo,

nació muerto, se aplicará lo dispuesto por el artículo 337 a contrario sensu y no se reputaría nacido.

En cuanto al reconocimiento de hijos, nuestro código civil dispone:

"Artículo 374.- El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo".

Esta tajante prohibición es acertadamente atemperada por los artículos 62 y 63 del mismo Código, que a la letra dicen:

"Art. 62.- Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo."

"Art. 63.- Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el Juez del Registro asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare."

Asimismo, nos parece equitativa y acertada la interpretación que ha dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación a las disposiciones en comento y que a continuación transcribimos:

**HIJOS ADULTERINOS, RECONOCIMIENTO DE LOS.-** Es indudable que el artículo 374 del Código Civil, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público, pero no en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la ratio legis, de tal artículo, no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia, frente a este fin de orden superior nuestro legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad de que una mujer casada que no viva con su marido puede procrear un hijo con hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negársele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente por ello que el artículo 63 del Código Civil dispone que "cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su



marido, (cuando no viva con él, sí podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre) en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el oficial del Registro asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare". Por tal motivo, armonizando los comentados preceptos con el artículo 62 del mismo Código el hijo de una mujer casada sí podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando aquélla no viva con éste, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría entrañar y que es la razón de la prohibición, ya no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges.

Amparo directo 9197/67. Angel González Gutiérrez, 29 de enero de 1969. 5 votos.

Ponente:

Enrique Martínez Ulloa- Precedentes: Sexta Epoca, Vol. XXI, Cuarta Parte, Pág. 97.- Vol. CXXXIV. Cuarta Parte . Pág. 45.- Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Vol. I. Cuarta Parte. Enero de 1969. Tercera Sala, Pág. 57. (525)

HIJOS ADULTERINOS, RECONOCIMIENTO DE LOS. INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 62, 63 Y 374 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.- El artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal proscribete tajantemente el reconocimiento del hijo de una mujer casada, por parte de una persona distinta al marido; sin embargo, conforme a los artículos 62 y 63 de dicho Código, tal prohibición está supeditada a que la mujer viva con el marido. Ante esta antinomia, puesto que mientras el primer precepto manda la prohibición sin reservas, los últimos prevén la excepción implícitamente y en sentido contrario, teniendo presente el método lógico-sistemático o contextual de interpretación jurídica, debe otorgarse atención preferente a lo ordenado por los artículos 62 y 63, porque propenden más a los fines de las disposiciones sobre filiación, paternidad, que no son solamente los de que se atribuya la paternidad a determinadas personas, con todas sus consecuencias inherentes, sino

sobre todo, los de que se conozca la realidad biológica acerca de la generación. Es de aceptarse que cuando se trata del hijo adulterino, no únicamente rija la prohibición de registrarlo a nombre de un tercero, sino también la de que éste no pueda ejercitar acción alguna reclamando la paternidad; pero ello, lógicamente sólo en el caso de que subsista la vida en común de los cónyuges, porque como en la exposición de motivos del código en consulta se expresó, debe evitarse que la investigación de la paternidad constituya "una fuente de escándalo" y es claro que si al continuar la vida en común de los esposos hubiera un hijo del cual se atribuyera la paternidad a un tercero, tal escándalo se produciría. La razón de ser de lo anterior, es la preservación de la institución del matrimonio. Por el contrario, cuando no haya circunstancia aludida (persistencia de la vida matrimonial, en común, evidentemente, el tercero tendrá el derecho de que se reconozca su paternidad, pues el escándalo que se pretende evitar ya se ha producido al ocurrir la separación conyugal y el contubernio de la mujer con otro hombre; esto último obvio y necesario para que la mujer conciba al hijo. Por ende, conforme a dichos numerales, el obstáculo para que al tercero se reconozca la paternidad del hijo de la mujer casada, que viva con el marido, se remueve al realizar éste el desconocimiento de aquél y al recaer la ejecutoria que declare la no afiliación, dando lugar a que dicho tercero pueda ejercitar la acción respectiva. Asimismo, si ya no existe la convivencia conyugal al tiempo de la concepción del hijo de la mujer casada, entonces el derecho al reconocimiento por parte del hombre distinto al marido y la posibilidad de ejercicio de la acción relativa, es obvio que no dependerá del desconocimiento del esposo y la declaración en sentencia ejecutoria previos, pues procederán directamente (el reconocimiento y el ejercicio de la acción respectiva, por parte del tercero). De esta manera debe interpretarse los artículos 62, 63 y 374 del repetido Código, toda vez que la generación de hijos no surge de la celebración formal del matrimonio o su subsistencia, sino de la cohabitación, que, por otro lado, se presume humanamente del hecho de hacer

vida en común. si esto último no ocurre entre los consortes, ni aún en favor del esposo podrá surgir la citada presunción de paternidad.

Amparo directo 1038/75. Jesús López Lira Castro. 24 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Manuel Gutiérrez de Velasco.- Semanario Judicial Séptima Epoca. Volúmenes 127-132 Julio-diciembre de 1979. Séptima Parte. Sala Auxiliar. Pág. 41. Véase: Quinta Epoca. tomo CXXXI. Pág. 179.- Sexta Epoca: Volúmen XXI, Cuarta Parte Pág. 97.

Al aceptar la interpretación que dan algunos autores en el sentido de que no son hijos legítimos y por lo tanto se requiere del reconocimiento por parte del marido de los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, coloca a los menores en una situación jurídica mucha más débil y difícil que la de los hijos ilegítimos por las prohibiciones y limitaciones para el reconocimiento de la paternidad por cualquier hombre distinto al cónyuge.

Además, esta interpretación no afecta al marido, quien goza del derecho de desconocer a los hijos de su esposa, presumiblemente concebidos antes de la celebración del matrimonio.

Confirmando nuestra postura, la fracción II del artículo 267 señala como causal de divorcio el "hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este <<contrato>> y que judicialmente sea declarado ilegítimo"; por lo tanto, se requiere que el marido promueva la demanda de desconocimiento de hijo nacido dentro de matrimonio y concebido antes de éste para que exista una sentencia en la que el juez declare que se trata de un hijo ilegítimo.

C) Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la terminación del matrimonio o a la separación de los cónyuges (art. 324.II del Código Civil)

Si la mujer viuda, divorciada, separada, o aquélla cuyo matrimonio fuera declarado nulo, contrajera nuevas nupcias antes de 300 días desde la separación de los cónyuges o de la terminación del matrimonio, la filiación del hijo se regirá de la siguiente manera:

a) Se presume que el hijo es del primer matrimonio si el hijo nace antes de 180 días de la celebración del segundo y dentro de los 300 días contados desde la separación o terminación del primero.

b) Se presume que el hijo es del segundo matrimonio si el hijo nace después de 180 días contados desde la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento suceda dentro de los 300 días contados desde la terminación del primero o desde la separación.

c) Se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de 180 días de la celebración del segundo matrimonio y después de 300 días de la terminación o de la separación del primero. (art. 334 del Código Civil.)

Contra las presunciones legales estudiadas en los incisos A y C, (Después de 180 días a partir de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a la terminación o separación) la única prueba para desvirtuar la presunción que la ley admite es la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

El estado de hijo legítimo se prueba por el acta de nacimiento del hijo y el acta de matrimonio de sus padres. Sólo a falta de actas del Registro Civil, el código civil autoriza a probar la legitimidad del nacimiento por la posesión de estado de hijo legítimo.

II.- HIJOS ILEGÍTIMOS.- Son ilegítimos todos los hijos extramatrimoniales, entre éstos cabe distinguir a los hijos legitimados, "que son aquéllos que habiendo nacido como naturales, por el subsecuente matrimonio de sus padres, se les tiene para todos los

efectos legales como hijos del matrimonio desde la fecha de éste (Arts. 354 y 357 C.C)... Los hijos incestuosos y, algunos casos de adúlteros, que han nacido de padres que no pueden contraer matrimonio entre sí no pueden ser legitimados." Y a los hijos ilegítimos en sentido estricto, éstos últimos establecen su filiación en relación con la madre por el hecho del nacimiento, y en el caso de los expósitos o abandonados, por el reconocimiento expreso por parte de ésta. La filiación con el padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.(Art. 360 C.C.)  
(46)

Pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido. (Art. 362 C.C.)

Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia.(Art. 364)

Pueden intentar acciones de investigación de maternidad y paternidad, los hijos ilegítimos y sus descendientes, en vida de los padres. (Art. 385 C.C.) Si los padres fallecieron durante la menor edad de los hijos, el término para intentar la acción se amplía hasta antes de que los hijos cumplan 22 años. (Art. 388 C.C.).

La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio esta permitida, sólo en los siguientes casos: (Art. 382)

I.- En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

II.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

(46) (PACHECO ESCOBEDO, A. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, ob. cit. pág.178)

III. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre.

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

La investigación de la maternidad esta permitida en todos los casos, salvo que se pretenda atribuir un hijo a una mujer casada que viva con su marido, según lo estudiamos anteriormente, en éste supuesto, solo podrá iniciarse la indagación de maternidad cuando se deduzca de una sentencia civil o penal,

Por otra parte, se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos día siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. (Art. 383 C.C.)

En éstos casos pensamos que se trata de una presunción iure et de iure dado que la ley no prevee ninguna forma de contradecir dicha presunción y el concubinato es una situación de hecho que conlleva ciertas consecuencias jurídicas pero el legislador, acertadamente, no ha equiparado al concubinato y al matrimonio. Y siguiendo el principio general del derecho de: "donde la ley distingue hay que distinguir", consideramos que no es posible aplicar las mismas restricciones que la ley prevee para la presunción hecha en favor de los hijos nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su terminación o a la separación de los cónyuges. (Art. 383 C.C.)

## ESTATUTO JURIDICO DEL NASCITURUS EN DERECHO PENAL

El derecho penal resulta de trascendental importancia para el estudio de la situación jurídica del nasciturus en derecho sustantivo mexicano vigente, en virtud de la existencia del delito de aborto.

Aborto es un término compuesto de las partículas latinas *ab* y *ortus*, de donde literalmente aborto significa privación del nacimiento u origen, por lo tanto, todo el que nace antes de tiempo o se le extirpa del seno materno se le considera como aborto.

Según la Enciclopedia Espasa Calpe el aborto se define como **"un género de delito consistente en el uso voluntario de métodos adecuados para producir un mal parto con el fin mediato o inmediato de que perezca el feto, sea cualquiera la época de la preñez."**

La Enciclopedia de Biología define el aborto como **"la interrupción de la gravidez antes de que el feto sea capaz de vivir"**

En las definiciones apuntadas encontramos diferencias abismales: mientras que en la primera se refiere necesariamente a una actuación dolosa con la intención directa de matar al feto por parte de otro, la segunda se refiere a la pérdida de la vida del feto por interrupción del embarazo, por cualquier causa, antes de que el feto sea capaz de vivir.

Cabe destacar que en ambas definiciones se considera como feto al concebido, desde la fecundación hasta el nacimiento.

Pensamos que, en sí, el aborto no es un delito, como tampoco la muerte es necesariamente consecuencia de un homicidio. Existen abortos involuntarios o espontáneos; abortos culposos, sufridos por el nasciturus y la madre como consecuencia de la negligencia de la mujer y abortos provocados que, como su propio nombre indica son consecuencia de la actuación dolosa o culposa de una persona. Estos tipos de abortos se pueden subdividir en:

- a) Los que se realizan con el consentimiento de la madre;
- b) Los que se realizan sin el consentimiento de la madre;

c) Los que se realizan contra la voluntad de la madre; y,

d) Los que se realizan con, sin o contra la voluntad del padre, en los casos en que ésta sea requerida.

Dentro del Delito de Aborto propiamente dicho, sólo podemos encuadrar al aborto provocado.

Como dijimos anteriormente, el delito de aborto es un delito del orden común, por lo que esta tipificado y regulado de manera distinta en cada entidad federativa.

Empezaremos por transcribir el capítulo VI del Título Decimonoveno del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, intitulado "Delitos contra la vida y la integridad corporal", denominado "ABORTO":

**Art. 329.-** Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

**Art. 330.-** Al que hiélere 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 delincuente de seis a ocho años de prisión.

**Art. 331.-** Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadron o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

**Art. 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.

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

**Art. 334.-** No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuer posible y no sea peligrosa la demora.

De las transcripciones anteriores podemos destacar lo siguiente:



Nuestro Código Penal del D.F. da su propia definición de Aborto en el artículo 329; aunque infortunado el término "producto de la concepción", pensamos que apegándonos a la literalidad con que debe entenderse y aplicarse la ley penal, "producto de la concepción" es el resultado de la unión de un gameto masculino (espermatozoide) y un gameto femenino (óvulo). Por lo tanto, el producto de la concepción es el ser humano, desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento o desprendimiento del seno materno.

En el mismo artículo encontramos el concepto de preñez, término que según el Diccionario de la Lengua Española es "el tiempo que dura el embarazo", siguiendo la misma fuente encontramos que embarazo es "el preñado de una mujer" y preñar, es "fecundar o hacer concebir a la hembra". En efecto, el embarazo empieza con la concepción y no, como han pretendido algunos abortistas pseudo-defensores del concebido, desde el momento en que se implanta en el útero de la madre. (momento que además es prácticamente imposible determinar a priori con exactitud.)

Como puede verse, nuestro Código no define el delito de aborto, sino el aborto. En cuanto a los Estados, la generalidad adopta la definición de aborto transcrita, la únicas excepciones son: el Código Penal de Baja California que después de adoptar la definición de aborto del Distrito Federal establece: "Asimismo, se tendrá por cometido éste delito cuando del exámen de la mujer intervenida, se encuentren vestigios o señales indubitables del empleo de maniobras o agentes abortivos, aún cuando no apareciere el feto." (art. 282 C.P. B.C.); el Código Penal de Chihuahua (art. 214) y el Código Penal de Coahuila (art. 289) que definen el delito de aborto:

"Tipo del delito de aborto.- Comete aborto quien priva de la vida al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez"; el Código Penal de Morelos, que no da definición de aborto y el Código Penal de Tlaxcala, dentro del capítulo intitulado "FETICIDIO", substituye la palabra aborto por la de feticidio (art. 339 C.P.T.)

En algunas entidades federativas, se establece que sólo se castigará el delito de aborto cuando se haya consumado: Morelos (art. 330); Zacatecas (art.310) y Tlaxcala (art.339) establecen que cuando la tentativa produzca lesiones, éstas se perseguirán en todo caso. En caso de que no se haga la aclaración puede castigarse la tentativa de conformidad con las reglas generales de cada Código Penal.

Los tipos de aborto penados por la ley son:

1.- EL ABORTO SUFRIDO, (art. 330 del Código Penal D.F.)

El delito de aborto se tipifica en los códigos penales de las distintas entidades federativas que conforman la República Mexicana de manera muy similar a la transcrita. Se aplica pena de privación de la libertad atenuada en Campeche y Chihuahua; (216 y 217). Se aplican pena de privación de libertad y multa en Coahuila (art. 290 y 291) y Sonora (264).

En los casos en que la persona que haga abortar a la mujer sea médico, partero, enfermero, comadrona, etc, la penalidad aumenta, además de la pena de privación de libertad se le suspende y hasta puede llegar a la inhabilitación definitiva en el ejercicio de tal profesión u oficio. El Código Penal y el de Procedimientos Penales de Zacatecas aumentan la pena privativa de libertad a los abortadores de oficio o reincidentes (art. 333).

2.- ABORTO HONORIS CAUSA O POR CAUSA DE HONOR

Tipificado en el Art. 332, se condiciona a ciertas circunstancias acumulativas y se aplica una pena atenuada.

Este tipo de aborto, también llamado "especial privilegiado" esta reglamentado en los siguientes Estados: Aguascalientes (art. 338); Campeche (297); Coahuila (308); Colima (298); Chihuahua (308); Durango (294); Guanajuato (289); Guerrero, en esta Entidad Federativa basta con que se aborte con el propósito de ocultar la deshonra de la madre, (301); Hidalgo (325); Michoacán (292); México (243); Morelos (329); Nayarit (289); Nuevo León (322); Oaxaca (317); Puebla (319); Querétaro (302); San Luis Potosí (351); Sinaloa (297); Tabasco (322); Tlaxcala (297); Yucatán (314). Algunos Estados

condicionan éste tipo de aborto además, al hecho de que se practique dentro de los primeros 5 meses de embarazo. Jalisco (art. 228, fracción IV); Zacatecas (art. 332, fracción IV).

## TIPOS DE ABORTO DESPENALIZADOS

### 1.- ABORTO POR EMBARZO A CONSECUENCIA DE UNA VIOLACION.-

En la mayoría de los Estados no se castiga el Aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Los Códigos Penales estatales que restringen este tipo de aborto al periodo comprendido dentro de los primeros 90 días de gestación son: Coahuila (293), Chiapas (278), Chihuahua (219, fracción II), Jalisco, (228, fracción IV), Durango (136, fracción II) y Veracruz (133, fracción II). Oaxaca presenta un supuesto muy especial ya que además de restringir la despenalización a los primeros tres meses contados desde la violación permite que la expulsión del nasciturus sea decisión de la víctima o de sus legítimos representantes (316, fracción IV)

Los penalistas han encuadrado la despenalización del aborto por motivos de violación bajo el estado de necesidad y de la "no exigibilidad de otra conducta principalmente."

Esta despenalización del aborto se ha fundamentado en motivaciones de toda índole entre las que destacan; el sufrimiento y frustración que puede sentir la mujer violada al llevar en su vientre y posteriormente en dar a luz y criar a un ser que fue engendrado con violencia; el hecho de que el origen del embarazo se derivó de un acto que privó a la mujer, por lo menos temporalmente, de su libertad; la posibilidad de que el concebido tenga dentro de su material genético la herencia de desviaciones mentales presentes en los violadores; etcétera.

Ciertamente se trata de casos verdaderamente dramáticos; en la violación, la mujer es privada de su libertad por un injusto agresor, que además la ofende y la lesiona.

Si en la defensa de su honra, de su pudor y de su libertad la mujer repele la injusta agresión y lesiona o, en el mejor de los casos, mata al violador podrá, con un poco de suerte y un buen abogado, acogerse a la legítima defensa como excluyente de responsabilidad, siempre y cuando haya tenido el "cuidado" de reunir las pruebas suficientes para demostrar que fué víctima del ataque o agresión del violador, que dicho ataque fue actual o inminente e ilegítimo, que no fue provocado por ella; que la defensa fue necesaria, racional y proporcional al ataque, es decir, que no hubo exceso en la defensa y por si eso fuera poco, tendrá que demostrar que su libertad y su pudor son bienes jurídicos. Claro está, que hasta que no se demuestre la existencia de la legítima defensa, estará la mujer sujeta a proceso judicial con todo lo que ello implica. Pero pensemos en que, finalmente, se descubrió que el violador lesionado cometió el delito con todas las agravantes, como bien sabemos, ningún Código Penal prevé como castigo la PENA DE MUERTE, por razones que sólo enumerar sobrepasan los objetivos de nuestro estudio, por lo tanto, se le castigará en el peor de los casos a cadena perpetua.

En el caso de que la mujer haya matado al violador, injusto agresor, después de haber probado la legítima defensa ante el juez penal del orden común, podrá intentar reestablecer su vida.

Antes de analizar la situación del concebido en el supuesto planteado, cabría preguntarse si después de la violación, el matar al violador, delincuente e injusto agresor, beneficiaría en algo a la víctima y más aún, si matar al concebido, ser totalmente inocente, representaría una ayuda o un beneficio a la mujer, víctima de violación. Y, por otro lado, ¿Qué consecuencias dañinas o contraproducentes acarrearía a la víctima el matar a un violador? ¿Qué consecuencias dañinas o contraproducentes acarrearía a la víctima el matar a un ser inocente que además, biológica y jurídicamente hablando es su hijo?.

Volviendo a la situación jurídica del concebido a consecuencia de una violación que, ciertamente, no es el único caso de concebidos no deseados, encontramos que se permite MATAR "siempre a un inocente, y se le mata con premeditación, alevosía,

ventaja y traición y precisamente por aquél que por naturaleza y conforme al derecho, es encargado de su custodia: su propia madre." (47)

A mayor abundamiento, cabe destacar que el artículo 17 constitucional prohíbe a todos los individuos hacerse justicia por propia mano. Y al permitirse matar al nasciturus, concebido a consecuencia de una violación se le está privando de la vida a un ser humano inocente, como venganza en contra del delincuente. Sin que exista el razonamiento de la legítima defensa, ni del estado de necesidad.

2.- ABORTO TERAPEUTICO.- Se presenta cuando es necesario abortar al concebido para salvar la vida de la madre. A este respecto transcribimos el informe de la Academia de Ciencias Morales y Políticas Española que en su número cinco dice "si la vida de la madre se encontrara en peligro, supuesto éste que los avances de la actual ciencia médica hacen cada vez menos real, lo único moralmente indiscutible es el grave deber de poner todos los medios para salvar ambas vidas, tanto la de la madre como la del hijo. el llamado aborto terapéutico es un enmascaramiento, muy desacreditado en los medios profesionales médicos y corresponde a una fase anticuada de la medicina."(48)

"El aborto terapéutico ha tratado de extenderse a casos en los cuales se pone en peligro la vida de la madre, por problemas psicológicos de ésta...." (49)

Ante esto resulta, especialmente aleccionador el testimonio del Doctor Bernard Nathanson: "También tenemos bastante experiencia en Nueva York sobre los Comités del <<aborto terapéutico>>, cuando antes de 1970 el aborto sólo era posible por necesidad médica. Estos Comités, formados por tres doctores en cada hospital, dictaminaban sobre la validez de cada solicitud de aborto. Aquellos Comités bien pronto se convirtieron en una farsa.

(47 y 48) (PACHECO ESCOBEDO *La Persona en el Derecho Civil mexicano*, ob. cit. pág. 84)

Las solicitudes de aborto iban invariablemente acompañadas de dos certificados extendidos por psiquiatras, manifestando que la mujer en cuestión tenía tendencias

suicidas a causa del embarazo. Naturalmente, siempre que tenía una paciente que deseaba abortar, la enviaba a dos psiquiatras amigos míos. Estos extendían los certificados acostumbrados - una tarea rutinaria que no les llevaba más de cinco minutos- y cobraban los cien dólares acostumbrados. Yo enviaba los informes al Comité que los revisaba, éste les estampaba su sello y la paciente obtenía rápidamente el aborto solicitado. Los Comités eran algo absolutamente vacío, invitaban al descrédito y al abuso de la ley."

3.- ABORTO EUGENESICO.- Aborto despenalizado para evitar el nacimiento de seres humanos con malformaciones congénitas.

Acertadamente establece PACHECO ESCOBEDO: "Además de que la ciencia médica no es infalible, y la parte más informada y más docta de la misma no puede decir con certeza ni asegurar la existencia irreversible de malformaciones congénitas, salvo en casos muy contados, aun en el caso de que éstas llegaren a comprobarse sin posibilidad de error, tampoco justifican el aborto.

"Porque si el niño va a nacer con malformaciones congénitas y eso justificara el suprimir su vida, con mucha mayor razón tendríamos que suprimir la vida de otras muchas personas ya nacidas que son totalmente inútiles para la sociedad, o que inclusive son una carga pesada para la misma." "La vida debe de respetarse siempre y en todos los casos y es una concepción profundamente materialista la que piensa que una malformación congénita va a producir necesariamente la infelicidad del sujeto."(50)

Consternados por saber la opinión de las familias en cuyo seno se presenta un miembro con malformaciones congénitas, hicimos una pequeña investigación: Acudimos a manifestaciones pro-aborto y preguntando a la toda la gente reunida encontramos que ninguno de los que estaba ahí tenía familiares (consanguíneos en primer grado) con malformaciones congénitas.

(50)(idem. pág. 83)

El permitir el aborto eugenésico nos lleva directamente a admitir el concepto utilitarista del hombre y, siendo congruentes con ésta postura, debería autorizarse matar a cualquier persona, concebida o nacida que sufra malformaciones o taras congénitas o derivadas de cualquier circunstancia, inclusive de accidentes.

El aborto eugenésico sin penalización esta contemplado por los códigos de Puebla (343, fracción IV), Oaxaca (316, fracción IV), Coahuila (290, fracción II y 293 último párrafo), Chiapas (278 anterior y 136 actual -todavía no entra en vigor-), Yucatán (315, fracción V), Veracruz (133, fracción IV).

#### 4.- OTROS TIPOS DE ABORTO NO SANCIONADOS.

En el Estado de Chihuahua no se castiga el delito de aborto cuando el embarazo sea resultado de una inseminación artificial no querida ni consentida por la mujer, siempre que se practique dentro de los primeros 90 días de gestación. (asimilación de supuesto con el caso de violación.) (219, fracción IV.).

En el Código Penal del Estado de Yucatán se prevé que el aborto no es sancionado cuando obedezca a causas económicas graves y justificadas y siempre que la mujer embarazada tenga cuando menos tres hijos ( art. 315, fracción IV.)

Lo que ya fué el colmo y que nos motivó a realizar el presente trabajo, fueron las reformas al Código Penal del Estado de Chiapas, publicadas en 1990 y con las que se pretende utilizar el aborto como método de control natal.

El día 9 de octubre de 1990, se aprobó por mayoría de la Legislatura del Estado de Chiapas una adición a la ley sobre el aborto (art. 136) del Código Penal del Estado de Chiapas que textualmente dice:

"Art. 136.- No es punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de violación, si éste se realiza en los noventa días a partir de la concepción; cuando a causa del embarazo la madre corra peligro de muerte o puede determinarse que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas, que den por necesario el nacimiento de éste con trastornos físicos o mentales graves, cuando el aborto se efectúe por razones de planificación familiar en común acuerdo de la pareja o en el caso de madres solteras, siempre que tales decisiones se tomen dentro de los primeros noventa días de gestación y el previo dictámen de otros médicos, cuando sea posible y no sea peligrosa la demora o cuando se pruebe que el embarazo fue causado por imprudencia de la embarazada."

El día 11 de octubre de 1990 se publicó en el periódico oficial de la entidad, estableciéndose que entraría en vigor a los 50 días siguientes a su publicación.

La sociedad mexicana, incluyendo a los chiapanécos, manifestó su inconformidad con la adición publicada de manera significativa a partir del 18 de diciembre de 1990.

El 31 de diciembre de 1990, los miembros del H. CONGRESO del Estado Libre y Soberano de Chiapas, publicaron en el periódico Novedades un desplegado en el que hicieron una breve remembranza de la situación jurídica del delito de aborto en los códigos penales del ESTADO. Dando a conocer, en dicha publicación, la iniciativa presentada a la LEGISLATURA DEL ESTADO y que transcribimos a continuación:

**C.C. SECRETARIOS DEL H. CONGRESO DEL ESTADO  
P R E S E N T E S**

**LOS SUSCRITOS, DIPUTADOS ESTATALES DEL H. CONGRESO DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE CHIAPAS, PR LAS RAZONES EXPUESTAS EN EL DOCUMENTO ANTERIOR Y EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE INICIAR LEYES QUE NOS CONCEDE LA FRACCION II DEL ARTICULO 27 DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO DE CHIAPAS, PROPONEMOS LAS SIGUIENTES**

**ADICIONES AL CODIGO PENAL**

**ARTICULO UNICO.- SE ADICIONAN LOS SIGUIENTES ARTICULOS TRANSITORIOS DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS:**

**TERCERO.- SE SUSPENDE TEMPORALMENTE LA VIGENCIA DE LOS ARTICULOS 134, 135, 136 Y 137, HASTA EN TANTO LA COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EMITA OPINION FINITIVA AL RESPECTO, LA CUAL SERA CONSIDERADA EN EL DICTAMEN FINAL QUE SOBRE EL TEMA EMITA EL CONGRESO.**

**CUARTO.- SE OTORGA VIGENCIA TEMPORAL EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO ANTERIOR A LOS ARTICULOS 276, 277, 278, Y 279 DEL CODIGO PENAL PUBLICADO EL 30 DE NOVIEMBRE DE 1964, QUE FUE ABROGADO Y QUE SE INTEGRAN AL PRESENTE CODIGO CON LOS NUMEROS 134 BIS, 135 BIS, 136 BIS Y 137 BIS, RESPECTIVAMENTE.**

Hasta ahora, la Comisión Nacional de Derechos Humanos no ha emitido el dictamen correspondiente.

Sobre este punto cabe señalar que los defensores de las corrientes abortistas han defendido a capa y espada el supuesto derecho de los padres y, en algunos casos, de la madre de abortar a los hijos no deseados tomando como fundamento el artículo 4º Constitucional en el que se establece "que toda persona tiene derecho a decidir de



manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos". Efectivamente, mediante el presente artículo el Estado reconoce a los particulares el derecho a decidir sobre el número de hijos que deseen tener de manera absolutamente libre.

El artículo en comento obviamente se refiere a que las mujeres, o bien, "la pareja", ya que no se especifica que deba ser un matrimonio, podrá decidir el número de hijos que desee concebir, no otorga el derecho a los padres, o a la madre de matar a los hijos ya concebidos, nacidos o no. Una interpretación como la que pretenden hacer los abortistas nos conduce de manera directa e inmediata a reconocer a la madre, o a la pareja el derecho de matar a los hijos que tengan cuando sientan el deseo de tener un número menor de hijos, lo cual no sólo es inconcebible sino que también es un delito, el de infanticidio, es decir, homicidio calificado.

La interpretación hecha por los grupos proabortistas es errónea y esta hecha fuera de todo contexto ya que nuestra legislación, en múltiples disposiciones, ordena a los padres respetar los derechos del niño, proteger a los menores, educarlos, vacunarlos, etc. Prohibiendo además todo maltrato a los hijos.

## CONCLUSIONES

1.- El hombre es un ser social por naturaleza, sin embargo, la convivencia pacífica de los seres humanos sólo se logra delimitando los derechos y deberes de cada persona como miembro de la sociedad. Para una adecuada delimitación de derechos y obligaciones, el hombre crea el Orden Jurídico; éste debe tener como base, fundamento y fin al Derecho Natural, entendido éste último como la aplicación de la ley eterna a la sociedad humana.

A la sociedad humana asentada de manera permanente en un territorio, sujeta a un poder soberano, con un orden jurídico propio y que tiene como fin el bien público temporal se le denomina ESTADO.

2.- Nuestro país se ha designado, como muchos otros, Estado de Derecho, porque en él, el poder soberano del Estado se autolimita por el Orden Jurídico. Todo Estado de Derecho tiene como fin el bien común, conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que los hombres que lo crean y conforman alcancen sus fines. La existencia del Estado se justifica en la medida en que logre el Bien común de una sociedad humana.

3.- Tanto el Estado como los hombres tienen naturalezas propias, pero no antitéticas sino complementarias. Es Estado que no respeta y protege la dignidad de la persona humana, se destruye a sí mismo. El Derecho alcanzará su perfección en la medida en que atienda tanto a la naturaleza del Estado cuanto a la naturaleza del hombre.

4.- El Derecho Positivo será verdadero Derecho en la medida en que se apegue al Derecho Natural, por lo tanto, el contenido de las normas jurídicas debe hacerse tomando como base la realidad y como referencia y meta el deber ser de las relaciones humanas.

5.- El grado de perfección de un ordenamiento jurídico positivo es directamente proporcional al grado de moralización que éste logra imprimir a una sociedad determinada.

6.- El concepto jurídico de Persona es: Sujeto de derecho y obligaciones, consecuentemente la personalidad jurídica es la aptitud de ser sujeto de derecho y obligaciones.

7.- El origen y fundamento de la personalidad Jurídica es el Derecho Positivo. Al Estado le corresponde atribuir la personalidad jurídica, tal atribución oficial es una mera formalidad cuando de personas físicas se trata.

8.- Los Derechos Naturales son derechos reales y concretos, surgen de que hay bienes y derechos inherentes al hombre por el simple hecho de serlo.

9.- Los Derechos Naturales estudiados por el Derecho Público son limitaciones al Estado frente a la persona y reciben la denominación de Garantías Individuales.

10.- El origen de la vida humana se inicia en el momento de la concepción, fusión biológica de los gametos, ésta afirmación es un hecho biológico demostrado por la ciencia, específicamente por la Genética, no una hipótesis sujeta a discusión.

11.- El desarrollo embrionario se divide, con fines didácticos en etapas, en las que el hombre recibe el nombre de cigoto, embrión y feto. Sin embargo, el proceso de desarrollo humano es continuo e ininterrumpido desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta la muerte del ser humano.

12.- Basados en la ciencia y en la experiencia, podemos afirmar, que en el supuesto embarazo gemelar, en el caso de que de un óvulo fertilizado se originase más de un individuo, lo lógico sería enfocar el problema sobre bases más bien moleculares que morfológicas, muy probablemente el íntimo proceso bioquímico, que es lo decisivo, ya se había puesto en marcha en los primeros momentos de fertilización, es decir, en la fusión nuclear habían empezado a funcionar los programas genéticos de dos embiones, que ya estarían desarrollándose a la vez pero como distintos, cuando la morfología todavía no lo manifiesta.

13.- Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho a nacer, también llamado, derecho a conservar la vida o derecho a la vida, en múltiples artículos, principalmente en el artículo 14 Constitucional. Asimismo, se protege la dignidad del ser humano por el simple hecho de serlo y, como demostramos, el nasciturus es un ser humano desde el momento de la concepción.

14.- El instrumento más importante, en materia de Derechos Humanos, integrado a nuestro ordenamiento jurídico es la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica). El primer párrafo del artículo 4º es el fundamento legal contundente para la defensa a la vida del no nacido como obligación del Estado.

Fuera de toda técnica de Derecho Internacional, México hace una "Declaración interpretativa" que es en realidad una reserva a todas luces incompatible con el objeto y fin de la Convención, manifestando que el momento a partir del cual se protege la vida del ser humano, en tratándose de no-nacidos se reserva a la discrecionalidad de los Estados.

15.- Otros Convenios Internacionales que protegen los derechos del nasciturus son: La Convención sobre los Derechos del Niño, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos. En el primero de los documentos señalados se establece el concepto de niño, incluyéndose en él al nasciturus.

16.- Dentro de las Leyes Federales que se refieren de manera directa e indirecta al nasciturus encontramos a las siguientes:

a) La Ley General de Salud que regula:

- La investigación en seres humanos, distinguiéndose en el reglamento aplicable tres rubros aplicables al nasciturus, y que son a saber:

- Investigaciones en mujeres embarazadas. Sólo se permiten investigaciones sin riesgo para la madre y para el concebido. En casos de enfermedades en la mujer embarazada prevalece el criterio de anteponer la salud y la vida de la madre a la vida del embrión o feto.

- Investigaciones en reproducción asistida. Su regulación es a nivel de reglamento, violatoria del principio administrativo de que los reglamentos no pueden exceder el espíritu de la ley. No existe ley que disponga sobre esta materia, es imprescindible que el legislador la regule con base en el respeto a la dignidad humana, debido a la amplitud de efectos y consecuencias que se presentan en la práctica.

- Investigaciones en embriones y fetos; la legislación es muy escasa, imprecisa, asistemática y ambigua. En principio se respeta y protege la vida de los embriones y fetos pero es necesario que se legisle adecuadamente esta materia.

- La Disposición de Organos Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en éste capítulo, el legislador diferencia entre pre-embryones y embryones, distinción que puede acarrear consecuencias fatales para el nasciturus, ya que el Derecho Comparado, específicamente el Proyecto de ley española sobre Donación y Utilización de embryones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, nos ilustra que la aplicación en la práctica de dicha distinción ha sido confundir pre-embryones con células germinales, ultrajando el derecho del pre-embrión (ser humano al fin) de conservar su vida.

En cuanto a la disposición de embriones y preembriones, haciendo una interpretación sistemática de la ley, concluimos que se autoriza únicamente la disposición de cadáveres de embriones y preembriones.

LLama la atención el que se regule la disposición de cadáveres de embriones y pre-embiones y no existan prescripciones y prohibiciones adecuadas para proteger su vida de manera específica.

La publicidad en materia de salud; se prohíbe la publicidad que aconseje prácticas abortivas.

b) La Ley del Seguro Social prohíbe provocar abortos y dispone que los casos de aborto provocado que se atiendan en las clínicas de gineco-obstetricia y hospitales autorizados deberán ser denunciados a las autoridades correspondientes. Desgraciadamente las normas respectivas son ambiguas y oscuras lo cual impide su aplicación práctica. Se antepone la salud y la vida de la madre a la vida del embrión, en caso de riesgo.

17.- En materia mercantil sólo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el Capítulo intitulado Del Fideicomiso se refiere al nasciturus, concediéndole el derecho de ser designado como fideicomisario. Es nuestra opinión que las obligaciones contraídas frente al concebido quedarán sujetas a la condición resolutoria negativa de que no nazca vivo y viable..

18.- Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal es confuso en cuanto al momento en que inicia la personalidad jurídica del ser humano. En él se confunde capacidad jurídica y personalidad jurídica. Por una parte afirma que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; y por la otra, establece la protección de la ley a favor del concebido y se vale de la ficción jurídica de tenerlo por nacido para

los efectos del propio Código. Asimismo, le concede derechos y obligaciones como heredero y donatario. Se trata pues, de una personalidad jurídica muy especial, basada en una ficción jurídica y con la característica de que todos los derechos y obligaciones del nasciturus están sujetos a la condición resolutoria negativa de que nazca vivo y viable.

19.- De la comparación de los Códigos Penales de las distintas Entidades Federativas que conforman nuestra República podemos establecer que en México se castiga el delito de aborto provocado sin, contra y con el consentimiento de la madre. Pero, la pena es menor en los casos de contar con el consentimiento de la madre. Asimismo, en algunos Estados se reduce la pena en los abortos Honoris Causa o por Causa de Honor; en los abortos por embarazos a consecuencia de una violación; abortos terapéuticos; abortos eugenésicos; abortos por razones económicas, y hasta en los casos de abortos por razones de planificación familiar.

## BIBLIOGRAFIA

- BALLESTEROS, M. La persona humana y su contorno, REUS, MADRID, 1948.
- BARBERO, T., Sistema del Derecho Privado, T.I, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1968.
- BLOCH, E., Derecho natural y dignidad humana. AGUILAR, MADRID, 1980.
- BURGOA O., l Derecho Constitucional Mexicano. PORRUA, MEXICO, 1973.
- CARRASCOSA, MA. Reproducción Humana, EUNSA, PAMPLONA, 1968.
- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Vol. II., REUS, MADRID, 1971.
- Humanismo y derecho: el humanismo en la historia del pensamiento filosófico y en la problemática jurídico-social de hoy., REUS, MADRID, 1962.
- Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental, REUS, 2a ed. revisada y aumentada, MADRID, 1957.
- Teoría de la aplicación e investigación del Derecho., REUS, MADRID, 1955.
- El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español, REUS, MADRID, 1950.
- Las diversas escuelas jurídicas y el concepto de Derecho, REUS, MADRID, 1947.
- "La idea de Justicia en la Tradición filosófica del mundo occidental y el pensamiento español." En Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre-octubre 1949, MADRID.
- CATHREIN, V., Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo, REUS, MADRID, 1958.



CORTINA JUR, J. M. "La Convención Americana, nuevo Instrumento Internacional de Protección Individual", Revista de la Comisión Internacional de Juristas, MEXICO, 1990.

CUELLO CALON, E., Derecho Penal, (PARTE GENERAL), T.I, BOSCH, 3a. ed. BARCELONA, 1935.

DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de España TOMO. I, INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, MADRID, 1955.

Compendio de Derecho Civil, Introducción al Derecho Civil, Derecho de la Persona., 3a ed. INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, MADRID, 1966.

"La Ciencia Libre del Derecho, ¿es fuente primaria del Derecho?" En Anuario de Derecho Civil, INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS, MADRID, 1948.

"Bienes de la Personalidad", en Temas de Derecho Civil, RIVADENEYRA, MADRID, 1972.

DEMAREST, R.J. y SCIARRA, J.J., Concepción, Nacimiento y Anticoncepción. Una presentación Visual, Mc GRAW-HILL DE MEXICO, MEXICO, 1976.

DIEZ DIAZ, J. "El derecho a la Vida", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia., REUS, MADRID, 1963

DIEZ-PICAZO Y GULLON Sistema de Derecho Civil, Vol. I, 2a. ed, TECNOS, MADRID, 1972.

DOMINGUEZ MARTINEZ, J.A., Derecho Civil Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 2a. ed., PORRUA, MEXICO, 1989.

FERRER ARELLANO, J., Filosofía de las Relaciones Jurídicas, EUNSA, MADRID, 1986.

FIX-ZAMUDIO, H., Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos. Colección Manuales 1991/5, COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, MEXICO, 1991.

- GALINDO GARFIAS, I., Derecho Civil, 6a. ed., PORRUA, MEXICO, 1983.
- GARCIA BAUER, C., Los Derechos Humanos, Preocupación Universal, UNIVERSITARIA, GUATEMALA, 1960.
- GARCIA MAYNES, E. Introducción al Estudio del Derecho., 18a ed. corregida, PORRUA, MEXICO, 1971.
- HAURIO, A. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. REUS. MADRID, 1971.
- HERNANDEZ, R. y TREJOS, G., La Tutela de los Derechos Humanos, EDICIONES JURICENTRO, SAN JOSE DE COSTA RICA, 1977.
- HERVADA, J., Introducción Crítica al Derecho Natural, 2a. ed., E.U.N.S.A., PAMPLONA, 1982.
- JIMENEZ VARGAS, J., LOPEZ GARCIA, G., Aborto y Contraceptivos. Reproducción Humana, EUNSA, PAMPLONA, 1983.
- LACADENA, J.R., Aspectos Genéticos de la Reproducción Humana. La Fecundación Artificial. Ciencia Etica, RIALP, Madrid, 1983.
- LEJEUNE, J. y otros, Dejadlos Vivir, RIALP, Madrid 1980.
- LOPEZ MORATALLA, G., "Manipulación del Patrimonio Genético Humano con Fines Eugenésicos, Deontología Biológica" en Revista de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, TOMO. II, PAMPLONA, 1985.
- LOPEZ VALDIVIA, R. El Fundamento Filosófico del Derecho Natural, 4a. ed. TRADICION, MEXICO, 1973.
- LUÑO PEÑA, E., "Ideas del Profesor Legaz sobre el Derecho Natural", en Estudios Jurídicos-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, ESPAÑA, 1960.
- MIAJA DE LA MUELA, A. "El valor de las reservas en los tratados internacionales", Revista del Centro de Estudios Económico-Sociales -Dinámica Social-, BUENOS AIRES, ARGENTINA, julio 1951, año 1, No. 11.

MIER Y TERAN SIERRA, S., El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción asistida. Expuestos. Exposición Crítica. UNIVERSIDAD DE NAVARRA, PAMPLONA, 1989.

MONTERO, D., "La Incapacidad", en Revista de la Facultad de Derecho de México, TOMO. XVI, núms. 63-64, jul-dic, 1966, México.

PACHECO ESCOBEDO A., La Persona en el Derecho Civil Mexicano, 2a. ed., PANORAMA, MEXICO, 1985.

La Familia en el Derecho Civil Mexicano, 2a. ed. PANORAMA, MEXICO, 1985.

PORRUA PEREZ JOSE, Teoría del Estado, 12a. ed., PORRUA, MEXICO, 1987.

RECASENS SICHES, L., Introducción al Estudio del Derecho, 4a. ed., PORRUA, MEXICO, 1977.

Vida humana, Sociedad y Derecho: Fundamentación de la Filosofía del Derecho, FONDO DE CULTURA ECONOMICA: La Casa de España en México., MEXICO, 1940.

ROJINA VILLEGAS, R., DERECHO CIVIL, TOMO.I., 15a. ed., PORRUA, MEXICO, 1987)

RODRIGUEZ ITURBE, J. El Concepto de Derecho en la Doctrina Española Actual. UNIVERSIDAD DE NAVARRA, PAMPLONA, 1967.

ROMMEN, E., Derecho Natural: Historia-doctrina, JUS, MEXICO. 1950.

SZEKELY, A, (compilador) Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, Tomo 1, U.N.A.M., MEXICO, 1989.

TRABUCCHI, A. Instituciones de Derecho Civil, TOMO.I, 15a ed. it.. REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, 1963.

URBANO ISPIZUA, C., Fecundación In vitro y Naturaleza: Consideraciones para un Juicio Ético, UNIVERSIDAD DE NAVARRA, PAMPLONA, 1968.

VARIOS "La Tutela de los Derechos del Hombre en la Convención Europea", Suplemento dominical de LA REPUBLICA, domingo 23 de nov. de 1969, MEXICO.

VASAK, K, La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme., LIBRAIRIE GENERAL DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, PARIS, 1968.

ZAMORANO SANABRIA, L.; VELAYAS, J.M.; REINOSO SUAREZ, F., El Comienzo de la Vida Humana, RIALP, Madrid, 1983.

SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES "México: Relación de Tratados en Vigor.", THEMIS, diciembre 1991, MEXICO.

## LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PORRUA, MEXICO, 1993.

MANUAL DE NORMAS VIGENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO [ACTUALIZADO AL 1° DE JULIO DE 1985] OEA-SER.L.V-II.65.DOC.6.JULIO 1°, 1985, ORIGINAL: ESPAÑOL. PUBLICADO POR LA SECRETARIA GENERAL DE LA OEA, WASHINGTON DC. 20 06 1985.

LEY GENERAL DE SALUD, PORRUA, MEXICO, 1993.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS, PORRUA, MEXICO, 1993.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA PUBLICIDAD, PORRUA, MEXICO, 1993.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD, PORRUA, MEXICO, 1993.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO,, PORRUA, MEXICO, 1993.

LEY DEL SEGURO SOCIAL, PORRUA, MEXICO, 1993.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, PORRUA, MEXICO, 1993.

LEY DE IMPRENTA, REGLAMENTARIA DE LOS ARTICULOS 6° Y 7° CONSTITUCIONALES, ANDRADE, MEXICO, 1993.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, MEXICO, PORRUA, 1993.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, PORRUA, MEXICO, 1993.

<sup>1</sup>PORRUA PEREZ JOSE, TEORIA DEL ESTADO., Ed. Porrúa, 12a. ed. México, 1987, p. 190.