



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

**“FALTA DE ADECUACIÓN ENTRE EL
ARTÍCULO 4º PÁRRAFO 3º DE LA
CONSTITUCIÓN Y DEL DELITO DE
ABORTO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MENDOZA ESPINOZA JOEL**

**ASESOR:
LIC. MIGUEL ANGEL MONROY BELTRÁN**

**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 esta 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.

AGRADECIMIENTO

Gracias te doy Dios Mío
Por haberme dado la oportunidad de vivir,
Así como de tener una familia,
En la cual se me brindó cariño incondicional.

También, te doy gracias
Por la dicha de formar mi propia familia,
En la cual me entregaste tres grandes tesoros:
Joel, Omar y Rodrigo.

Y que gracias a ellos,
Se dio la motivación par alcanzar
Las metas deseadas,
Ejemplo de ello, la presente tesis.

Por todo lo anterior y más,
Dios Mío, gracias te doy.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

DEDICATORIA

La presente tesis, es la culminación de una carrera Universitaria, de todo un trabajo realizado por le suscrito, durante el desarrollo e toda una vida, y por lo anterior se la dedico a las siguientes personas:

A todo mis profesores de la Escuela Primaria, en especial al Maestro Rodrigo; a mis maestros de La Escuela Secundaria, en especial a la Profesora Miss Díaz. A los profesores de la Escuela Preparatoria, y a los Catedráticos de la Universidad, de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Aragón.

En especial a los siguientes profesionistas: a mi asesor Lic. Miguel Ángel Monroy Beltrán, al Lic. D. Ríos Hernández, Lic. A. Ortiz G., y a mis sinodales de la presente tesis.

Por otra parte, se la dedico con mucho cariño a mis padres, hermanos, esposa e hijos; y a todos mis amigos y compañeros de infancia, de juventud, de estudios, de trabajo y de profesión.

En fin, a toda la gente bella que me ha brindado su apoyo, cariño, comprensión, atención, amor y lealtad.

Y por último, se la dedico al Ser Supremo, que es MI DIOS.

A todos, les reitero mi agradecimiento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

FALTA DE ADECUACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 4º PÁRRAFO TERCERO DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DELITO DE ABORTO

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

1.1 DERECHO ANGLOSAJÓN	1
1.2 FRANCIA.....	7
1.3 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	14
1.4 ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	18
1.4.1 Período Precolonial	18
1.4.2 Período Colonial	20
1.4.3 Independencia	24
1.4.4 Constitución Mexicana de 1824	30
1.4.5 Constitución Mexicana de 1857	33
1.4.6 Constitución Mexicana de 1917	38

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO II ESTUDIO DEL TÉRMINO GARANTÍA

2.1 ORIGEN DEL TÉRMINO GARANTÍA	44
2.2 CONCEPTO DE GARANTÍA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	52
2.3 DIVERSAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO GARANTÍA INDIVIDUAL	59
2.4 SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS EN LA FILOSOFÍA CLÁSICA DE LOS DIÁLOGOS DE PLATÓN	62

CAPÍTULO III ANÁLISIS JURÍDICO-FILOSÓFICO DE LA LIBERTAD DE PROCREACIÓN COMO GARANTÍA CONSIGNADA EN EL ARTÍCULO 4º PÁRRAFO TERCERO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917.

3.1 CONCEPTO DE LIBERTAD	68
3.2 CONCEPTO DE PROCREACIÓN DESDE EL PUNTO DE MÉDICO-BIOLÓGICO	74
3.3 ESTUDIOS DEL TÉRMINO PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DEL MATRIMONIO	78

CAPÍTULO IV EL ABORTO

4.1 BREVE REFERENCIA DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO	85
4.2 EL ABORTO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO	89
4.2.1 CONCEPTO DE ABORTO	96
4.2.2 DIVERSOS TIPOS DE ABORTO	97
4.3 ABORTO MÉDICO	101

CAPÍTULO V FALTA DE ADECUACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 4º PÁRRAFO TERCERO DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DELITO DE ABORTO.

PROPUESTA	105
------------------------	------------

CONCLUSIONES	111
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	117
---------------------------	------------

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado en torno a la penalización o despenalización del delito de aborto, exponiendo al respecto los más distinguidos juristas sus ideas de prohibición o legalización del mismo, las cuales han sido expresadas en las diversas obras que los juristas han elaborado.

Como todos sabemos ha sido un tema muy controvertido, ya que se atienden a distintos factores que pueden ser de carácter social, económico, entre otros, por tal motivo se ha despertado nuestro interés con la finalidad de llevar a cabo un estudio somero al respecto, tomando como base la falta de adecuación que existe entre la libertad de procreación como garantía individual y el delito de aborto.

Las causas que nos han impulsado sin duda han sido muy importantes, ya que al tratar los temas que constituyen este estudio, se transmiten conocimientos y experiencias adquiridos en el desarrollo universitario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La presente obra se constituye de cinco capítulos, que van desde los antecedentes históricos, hasta la exposición de ideas personales en torno al tema referido.

En el primer capítulo se hace una referencia histórica acerca de los precedentes de nuestras garantías individuales, motivo por el cual, se hace alusión a países como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica. Por lo que toca al derecho mexicano se aluden las Tres Cartas Magnas que han tenido vigencia en nuestro territorio, observando la evolución de dichas garantías.

El segundo de los capítulos se refiere básicamente al estudio del término garantía, mismo que va desde su origen hasta las excepciones que tiene.

Por lo que toca al capítulo tercero se hace referencia a la libertad de procreación como garantía individual consignada en el artículo cuarto, párrafo tercero (actualmente segundo) de la Constitución vigente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así mismo el cuarto capítulo contiene un estudio sobre el delito del aborto, tanto en el derecho comparado como en el derecho mexicano.

Por su parte el quinto capítulo se refiere a las propuestas del estudio, así como a las conclusiones del mismo.

La finalidad de este estudio es ver que la Constitución vigente no prohíbe el aborto, motivo por el cual, en nuestra opinión sería posible su práctica atendiendo el término libertad de procrear.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

1.1 DERECHO ANGLOSAJÓN

En este país donde la evolución gradual de la libertad humana, así como de la protección jurídica del mismo se establecen y adquieren más tarde un elevado grado de desarrollo, teniendo dicha necesidad su sustento, tanto en las costumbres como en la vida misma de los pueblos que habitaron ese territorio, principalmente el Anglo y el Sajón. "El derecho inglés es consecuencia de largos años de gestación social, de la sucesión incesante de fenómenos y hechos que fueron surgiendo dentro de la colectividad, basados en el espíritu y temperamento anglosajones,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que siempre se distinguieron por ser amantes y defensores vehementes de la libertad del pueblo británico".¹

La Constitución inglesa surge como resultado de los constantes actos humanos estimados como repetitivos dentro de la vida social, a los cuales se les conoce como costumbre y que iban encaminados a una práctica también constante de la libertad; por otro lado, uno de los factores que influyeron también en la creación de esas normas consuetudinarias, fueron los intentos por defender los derechos fundamentales del ciudadano inglés, surgiendo así, no como un cuerpo escrito sino como una práctica jurídica llevada a cabo por los propios tribunales, por tal razón se le considera a esta institución como el prototipo de la constitución espontánea, que difiere de la que conocemos hoy en día en cuanto a que es el resultado de un acto legislativo, es decir, a las leyes vigentes en un lugar y tiempo determinado, derivados de un acuerdo metodológico.

¹ BURGOA, Ignacio. "Las Garantías Individuales", Trigésima Tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México 2001, p. 84

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que toca a la protección jurídica de la libertad en el Derecho Anglosajón, se debe señalar que no fue resultado de un acto repentino, sino que se fue reafirmando por los innumerables acontecimientos tendientes a que se les reconociera; logrando en primer lugar que esto se les reconociera en determinado período en el que no se ejerciera ningún tipo de violencia, y así poco a poco obtener mayores prohibiciones en la actuación de los gobernantes, los cuales eran impuestos por el monarca y que se conocían como "la paz del rey"; entre otras cosas surgen, además los primeros tribunales, tales como el Consejo de Nobles, el Tribunal del Contado y el Consejo de los Cien. En la medida que avanzaba el tiempo y ante la imposibilidad del rey para impartir justicia, se creó una institución denominada la Corte del Rey, en la que el propio monarca facultaba a sus miembros para que llevaran a cabo dicha actividad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que hemos venido señalando, se puede decir que el Derecho Anglosajón, surgió básicamente de dos principios fundamentales que fueron la seguridad personal y la propiedad; así las normas consuetudinarias fueron adquiriendo mayor fuerza y expansión hasta ser impuestas al propio rey, de tal forma que los derechos que contenían, eran ya de carácter público y por ende oponible a las propias autoridades, quienes a su vez no podían en su actuación ir más allá de las mismas, provocando una hostilidad social.

De tal forma que las normas de carácter consuetudinario, tenían mayor supremacía que el poder del que estaba dotado el monarca y por ende del que tenían las autoridades inferiores a él, así fue como adquirió una gran consolidación, ya que el pueblo obtuvo del rey documentos públicos denominados "Bilis" o "Cartas", en los que se consignaban los derechos fundamentales del individuo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

“Así a principios del siglo XIII, los barones en lucha con el rey Juan, lo obligaron a firmar la Carta Magna, primer estatuto político y base de las libertades inglesas, que reconoció el derecho del consejo para oponerse a los impuestos injustos y para ser consultado cuando se trata de exacciones extraordinarias a los nobles; y en defensa del individuo declaró que el rey no vendería, no diferiría la justicia, no dispondría de la vida ni de la libertad de un hombre, sino mediante un juicio de sus pares conforme a la *lex terrae*”.² Todas las garantías contenidas en ese documento, son el sustento más remoto de las garantías que contiene nuestra actual Constitución.

De los artículos que constituían la Carta Magna, el que mayor importancia entraña es el marcado con el número 4º. que es el precedente más remoto de los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución Mexicana, que data del año 1917; el mencionado artículo contenía una garantía de legalidad que a la letra dice: “Ningún hombre libre puede

² RABASA, Emilio. “El Juicio Constitucional” Editorial Porrúa, S.A., México, 1955, pp. 153 y 154

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ser arrestado, expulsado o privado de sus propiedades, sino mediante juicio de sus pares y por las leyes de la tierra"³.

Dicho precepto cuando aluden al concepto "leyes de la tierra". Se refiere a la costumbre jurídica que contiene una tendencia de protección a la libertad y a la propiedad. Con relación al precepto anteriormente señalado, se otorgaba al ciudadano la garantía de audiencia, en la que éste podía ser oído en defensa, además de que se facultaba a determinado cuerpo judicial que para tal efecto eran los pares, que no era otra cosa más que un organismo jurídico instalado antes de la comisión del hecho probablemente delictivo.

La Carta Magna inglesa a pesar de haber sido un documento muy completo carecía de los principios dogmáticos orgánicos del pueblo anglosajón, en la que es importante subrayar que contenía distintas

³ BURGOA, Ignacio Op. cit. P. 80

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

materias jurídicas, siendo la más importante el derecho del ciudadano frente al gobernante.

1.2 FRANCIA

En este país en el siglo XVIII, donde se adquiere gran fuerza, en el territorio en el ámbito político el jusnaturalismo que no es otra cosa más que una corriente filosófica que fundamenta y explica el derecho basándose en postulares previos y anteriores, es decir, que es constituyente por la propia conciencia humana, ya que se considera como el derecho divino relevado a los hombres, y cuya finalidad principal consiste en establecer las relaciones entre gobernante y gobernado, ya que se consideraba que el deber de la persona dotada de poder, era respetar y consagrar en el orden jurídico las ideas de libertad, de igualdad, de propiedad así como de seguridad jurídica, por considerarse que éstas son inherentes al ser humano; sin embargo, en la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

realidad ocurría una posición absoluta. Es justamente en el siglo XVIII cuando surge el despotismo y la Autocracia como regímenes gubernamentales que se caracterizan fundamentalmente por ser absolutismo Monárquico. Ante los constantes ataques a la doctrina del origen divino de la Monarquía, los déspotas se vieron ante la necesidad de justificar a la autoridad, concentrándose en las manos del monarca todo el poder, reduciendo privilegios a la nobleza, de la iglesia y de las cooperaciones locales y provisionales; por lo que respecta a la autocracia se puede destacar que el gobernante ejercía el poder en forma absoluta independientemente a la aprobación de los gobernados; al respecto se pueden señalar dos tipos de Autocracia, por una parte la Monárquica y por otro lado la Cesarista con un consenso democrático y lo dictatorial, en ambos regímenes gubernamentales se señalaba que el monarca tenía su origen y fundamento en la voluntad divina, motivo por el cual no existía limitación alguna en su actuación.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Sin embargo el monarca al no tener ningún impedimento cometía infinidad de arbitrariedades, motivo por el cual, al formarse un ambiente de angustia y represión, surgen nuevas corrientes políticas, con el objeto de poner fin al régimen absolutista y por ende con el mal que se les agraviaba de dos años atrás. La idea principal era que las relaciones sociales fueran completamente libres, es decir, sin la intervención del gobernante, esto en atención al ejercicio de los derechos naturales de cada persona en su carácter de gobernados, idea que fue apoyada principalmente por los Fisiócratas.

“Por su parte Voltaire, propugnando una Monarquía ilustrada y tolerante, proclama la igualdad entre todos los hombres respecto a los derechos naturales de libertad, propiedad y protección legal. Los enciclopedistas, principalmente con Diderot y D’Alembert, pretendieron, pretendieron construir teóricamente el mundo, saneándolo de sus deficiencias, errores y degradaciones, pretensión en la que propugnaban vehementemente por la consagración definitiva de los derechos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

naturales del hombre. Esta última cuestión apenas se vislumbra en la teoría de Montesquieu, cuya finalidad especulativa fundamentalmente tiende a elaborar un sistema de gobierno que garantizara la legalidad y descarta la arbitrariedad o despotismo de las autoridades, habiendo formulado para ello su famosa teoría de la división de poderes, dotando a cada uno de éstos de atribuciones específicas y distintas de los que corresponden a los otros, para el efecto de que imperase un régimen de frenos y contrapesos recíprocos".⁴

Fue el escritor y filósofo Juan Jacobo Rosseau, quien a pesar de ser de nacionalidad Suiza, con sus ideas jurídico-políticas, tuvo gran influencia en el movimiento de la Revolución Francesa, principalmente con las ideas que manifiesta en su obra denominada Contrato Social, señalando en ésta y refiriendo al hombre, que al encontrarse éste en estado de naturaleza, su actuación sería completamente libre, es decir, sin estar impedido por precepto jurídico alguno, y alcanzando además la

⁴ Ibid., p. 90

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

plena libertad así como la felicidad, lo cual era consecuencia no de la razón, sino de un sentimiento de piedad. Sin embargo, más tarde surge la desigualdad entre aquellos que se encontraban en la misma posición y por ende surge una gran controversia y pugna entre la sociedad, Rousseau propone el establecimiento de una Sociedad Civil, en oposición al estado de naturaleza; la cual reviste el carácter de autoridad suprema, residiendo el poder de dicha autoridad en la propia comunidad, denominándose además Voluntad General. Al ser conformada dicha sociedad civil, las personas adquieren de nueva cuenta sus derechos naturales, los cuales pueden ya ser respetados por la autoridad, que como ya señalamos, reside en la propia comunidad, es decir, considera al estado como una libre fusión de la voluntad individual y la voluntad general. Es que esa limitación que se impone a la autoridad suprema donde podemos encontrar antecedentes de las garantías individuales o derechos fundamentales similares a las que establece nuestra Constitución Política vigente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Destacaba Rousseau que el individuo al respetar la ley, no hacía otra cosa más que obedecerse, así mismo ya que ésta es el resultado de su consentimiento.

De tal forma que una vez que conocemos el surgimiento de las garantías individuales en Inglaterra, al igual que conocemos de las mismas en Francia, se puede destacar que en ambos países surgen de manera totalmente diferente, ya que mientras en el primero son causa de distintos hechos históricos y cuya evolución se da en forma lenta y sucesiva; en Francia, se da en forma imprevista y repentina, en la cual únicamente se suple a un régimen monárquico, por un régimen democrático individualista, además de que en Inglaterra surge como resultado de una manifestación de sentimientos e idiosincrasia impulsados por el pueblo, en Francia surgen a través de teorías y doctrinas, en donde la libertad humana no se hacía valer por el régimen monárquico, inspirado así a la idea de revolución ya que la actuación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del Estado se identifica con la voluntad del monarca Luis XIV, el cual incluso manifestaba constantemente "El Pueblo soy yo".

Esos factores unidos al pensamiento filosófico-político del siglo XVIII, la difusión en Francia del Constitucionalismo Norteamericano, el despotismo, la realidad político-social, entre otras cosas provocaron el estallido de la Revolución Francesa, "Idea que se reflejó en el texto denominado Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, promulgada en 1789, en el cual se reconocía el derecho natural a la propiedad privada y la preponderancia de los derechos individuales sobre los colectivos; cuya finalidad era ser válidos universalmente".³

³ Círculo de Lectores. Plaza & Janes, Volumen 4, Barcelona, 1984. p. 1163

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.3 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Tras el rompimiento de las hostilidades existentes en el territorio norteamericano, en Mayo de 1775, se reunió en Filadelfia el Segundo Congreso Continental que asumió los tres poderes y se constituyó en gobierno las trece colonias, además de dirigir la guerra donde tuvo que enfrentar al ejército revolucionario, fue en este período cuando George Washington tuvo la gran oportunidad de coronarse rey o dictador, sin lograr alcanzar dicho designio; mientras tanto, seguía el movimiento bélico por una parte y por otra los norteamericanos realizaban esfuerzos por alcanzar la reconciliación con Inglaterra y posteriormente alcanzar la independencia, hecho que sucedió el 4 de Julio de 1770, tras la aprobación de la Declaración de Independencia. El documento en el que se hacía tal declaración fue elaborado básicamente por Thomas Jefferson, en el que se señalaba que: "Estas Colonias Unidas son, y en derecho deben ser Estados libres e Independientes".⁶, de tal forma que

⁶ Nueva Enciclopedia Temática Cumbre, Tomo II, México, 1987. p. 1

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

las trece colonias se convirtieron en trece estados, los cuales entre otras cosas reformaron el derecho civil, así como la condición nacional de la iglesia, concedían mayores poderes al sufragio, y por lo que toca a las prohibiciones, se prohibía el tráfico de esclavos.

Durante el transcurso de la guerra que abarcó desde 1775 hasta 1781, el Congreso fungió como un Estado Nacional correspondiendo el poder a cada uno de los trece estados. Los regían por documentos que contenían preceptos jurídicos, siendo los mismos colonos que conferían sus facultades al Congreso, el cual se encargó de redactar el texto de la Confederación, siendo en 1781 cuando se consumó su aprobación. En el contenido de los mismos, el propio Estado se reservó facultades muy importantes tales como la imposición de la carga fiscal, así como la regulación del comercio, sin embargo, al entrar en vigor los preceptos jurídicos de la confederación mostraron gran ineficiencia, motivo por el cual se propuso una enmienda, siendo James Madison y Alexander Hamilton los principales partidarios, ganando asignes como Franklin,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Washington, entre otros; la enmienda a los artículos cada vez se tornaba más difícil, ya que por una parte se requería la aprobación de cada uno de los trece estados, lo cual parecía prácticamente imposible, ya que la población agraria deseaba su continuación.

El surgimiento de la nueva Constitución, es el resultado de la Convención del 4 de Mayo al 17 de Septiembre de 1787, la cual fue precedida por Washington.

En la nueva Constitución, el Estado seguía conservando las facultades que se conferían en el documento de la Confederación, además de dotarse de dos nuevas facultades consideradas como las más importantes y que son: la autoridad para imponer tributos y el poder para regular el comercio interestatal y el exterior.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que toca a la guerra de independencia, es importante señalar que ésta procedió de la Revolución Francesa, considerada como la revolución del siglo.

“La Constitución de 1787 las doctrinas de los filósofos racionalistas ingleses de la época de la ilustración, Kurke y sobre todo, Locke, y los franceses Montesquieu, Rousseau, Voltaire los enciclopedistas”.⁷

Por lo que respecta a la nueva Constitución, ésta establecía una garantía de libertad y equilibrio que era la división de los poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

⁷ Ibid., p. 48.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4 ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Al referirnos a la historia de México, siempre será necesario para su buen estudio, dividirla en las tres principales etapas que son: el período precolonial, el período colonial y la independencia.

1.4.1 Período Precolonial

Al remontarnos al período precolonial, es referirnos sin duda a la primera de las tres grandes etapas en que se divide la historia del pueblo mexicano y en el cual se puede señalar que los distintos pueblos o culturas prehispánicas que habitaron dicho territorio crecieron siempre de principios institucionales, tanto de carácter consuetudinario como de preceptos jurídicos plasmados, en los cuales se consagran garantías individuales, conociendo así la situación jurídica real del gobernado en ese episodio de la historia, motivo por el cual se puede destacar que en las órdenes político y social de esa época, toda persona en su carácter de

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

governado no era titular de ningún derecho, de ahí que se subraye que nuestras garantías individuales actuales carecen de precedente alguno en ese periodo. Cabe destacar que entre los pueblos prehispánicos anteriores a la colonia, existió el derecho consuetudinario consistente en una serie de prácticas que regulaban las relaciones entre los miembros de la comunidad, sin llegar a conceder propiamente una garantía. Por lo que respecta a la estructura política de dichos pueblos, es importante señalar que la única persona con poder de mando y jurisdicción era el monarca, quien a su vez nombraba o imponía a las personas que le auxiliaban en su mando, aunque cabe hacer mención que en varias ocasiones los propios electores fungían como auxiliares o jefes secundarios, que junto con los ancianos lo aconsejaban en actos trascendentes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gobernado no era titular de ningún derecho, de ahí que se subraye que nuestras garantías individuales actuales carecen de precedente alguno en ese periodo. Cabe destacar que entre los pueblos prehispánicos anteriores a la colonia, existió el derecho consuetudinario consistente en una serie de prácticas que regulaban las relaciones entre los miembros de la comunidad, sin llegar a conceder propiamente una garantía. Por lo que respecta a la estructura política de dichos pueblos, es importante señalar que la única persona con poder de mando y jurisdicción era el monarca, quien a su vez nombraba o imponía a las personas que le auxiliaban en su mando, aunque cabe hacer mención que en varias ocasiones los propios electores fungían como auxiliares o jefes secundarios, que junto con los ancianos lo aconsejaban en actos trascendentes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4.2 Período Colonial

Al hablar del período colonial, es sin duda aludir una de las historias más tristes del territorio mexicano y que como todos sabemos consistió en un movimiento por el que el pueblo español incorporó a su régimen interno y a su territorio al pueblo y territorio mexicano, hecho que se comprende desde mediados del siglo XVI hasta principios del siglo XIX, período en el cual la única fuente de poder la representaba la institución del Virreinato, en el cual el Virrey era una persona facultada por el rey, para que en la Colonia fungiera en su representación, desempeñando así las funciones de administrador, juez y legislador, las cuales se apegaban siempre a lo estipulado en las "Leyes de Indias", que consistían en un régimen jurídico que se integró con las formas legales y consuetudinarias de España y las costumbres jurídicas aborígenes. Es pertinente mencionar que dicha legislación, fue elaborada exclusivamente para ser aplicada en las colonias españolas de América, convirtiéndose así, en los primeros preceptos jurídicos

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

impuestos en el territorio nacional, al igual que las "Leyes de Castilla", que tenían un carácter supletorio, es decir, se aplicaban a todo aquello que no ordenaban las "Leyes de Indias".

Por lo que respecta a la característica principal de este derecho, es sin duda el hecho de haber sido realista, ya que no se podía expedir un precepto jurídico, si no existía motivación alguna, la cual estuviera integrada por los distintos factores y elementos de la realidad social. Una vez promulgadas dichas leyes, para garantizar su efectivo cumplimiento, se creó un organismo distinto denominado "Consejo de Indias" teniendo como sede la Ciudad de Madrid, y que actuaba además como consultor del rey en lo tocante a asuntos de las Colonias españolas de América. Más tarde y con la finalidad de unificar las distintas disposiciones existentes, se creó un Código denominado "Recopilación de Leyes de Indias", que abarcaba las distintas materias y cuya tendencia consistía en proteger a la población indígena contra actos abusivos de los españoles. Sin embargo, es importante destacar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que el hecho de que los legisladores se basaran en la elaboración de leyes en actos piadosos y humanitarios siempre con el fin de proteger al aborigen; trajo más tarde como consecuencia la creación de una imagen de inferioridad del mismo, que si bien, en teoría se le protegía, en la realidad era objeto de las más crueles arbitrariedades, ya que el monarca de acuerdo a lo señalado en el mismo texto, actuaría en atención a lo que en ella se estipulaba, se dispensaba de observarla siempre que quería, estableciendo además que el vasallo al ser aplicadas las leyes, tenía únicamente el deber de obedecer y callar, evitando así que el pueblo se librara de las cadenas del dominio pleno que se ejercía sobre ellos; en teoría podemos decir que estos son los primeros antecedentes de nuestras garantías individuales. En lo relativo al orden jurídico, como ya señalamos, carecería de un derecho público que regula las relaciones entre las autoridades y entre éstas y las personas a las cuales se les destinaran tales preceptos, siendo su régimen jurídico una serie de reglas de carácter consuetudinario. Por lo que toca a la división de clases en el periodo precolonial, podemos señalar tres; por una parte los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

blancos o españoles, quienes tomando en cuenta la masa total de la población constitulan cerca de la décima parte, siendo además los que tenían en sus manos el poder, así como las propiedades y riquezas, por otro lado, se encuentra la clase indígena y las castas separadamente, cuya función consistía en cultivar las tierras y servir a los blancos, viviendo siempre del trabajo que desempeñaban. Motivo por el cual surge entre españoles o blancos (que eran los que poseían todo), y los indígenas que eran los que no tenían nada, un odio recíproco así como una posición de interés principalmente por la dureza con la que aquellos trataban, abusando de la debilidad del indio; marcando así una gran desigualdad de condiciones, que tomando en cuenta la ignorancia y la miseria de los aborígenes los ubica en una distancia infinita respecto de los españoles. Como ya se ha venido comentando, los beneficios o privilegios que se concedían a los indígenas en la redacción de las leyes, realmente no se hacían efectivas, ya que ocurría todo lo contrario, siempre los dañaban, ya que entre otras cosas carecían de propiedad individual. Dicha leyes prohibían la mezcla de clases, estorbando así la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

civilización; mientras que en el ámbito político perseguían como un objetivo el hecho de mantener a los indígenas en la más profunda ignorancia, ya que al no saber escribir estarían también imposibilitados de mejorar su forma de vivir. Por lo que respecta a los hijos procreados por negros esclavos, éstos seguían la misma suerte de sus progenitores, ya que la esclavitud se transmitía de generación en generación.

1.4.3 Independencia

Tras casi trescientos años de represión en la Nueva España, surgió en los habitantes del territorio mexicano la idea de libertad, independencia y progreso, este interés surge años antes de que el Cura Miguel Hidalgo y Costilla proclamara la Independencia. Dicha necesidad tiene sus principales antecedentes, entre otras cosas, en la información obtenida acerca del estallido de la Revolución Francesa, así como de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ahí que los aborígenes adopten ideas de soberanía popular en el pueblo mexicano y por otro lado una situación política igualitaria entre españoles e indígenas, las cuales unidas a otras circunstancias despertaron en los indígenas el interés por alcanzar su independencia, intentando en varias ocasiones separarse, ocurriendo los movimientos con el objeto de separación en lugares como Guanajuato, San Luis Potosí, Apatzingan, Uruapan y Pátzcuaro. En atención a la idea de política igualitaria y con el objeto de que ésta finalmente llegara a hacerse efectiva, el regidor del consejo municipal mexicano, Licenciado Francisco Primo Verdad, propugnó porque la nueva España tuviera participación y representación política en las Cortes Españolas, esta idea fue propuesta al Virrey Iturrigaray a través del Consejo, aceptando la propuesta y convocando a una junta con el objeto de discutirla, motivo por el cual establecieron un gobierno provisional hasta en tanto no se determinara por las cortes del régimen político que se implantaría, hecho que fracasó tras la acusación del Virrey por crimen de alta traición.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Fue hasta 1810 cuando el Cura Miguel Hidalgo y Costilla se levanta en Dolores Hidalgo, proclamando así la Independencia de México señalando a la monarquía como forma de gobierno, pero libre de tutela del gobierno español; entre otros objetivos se señalan: mantener la religión, nuestra ley, la patria y la pureza de las costumbres, reconociendo además los derechos de los hombres y la libertad de los esclavos de América.

“Sin embargo, pese a tales sucesos la tendencia a establecer la igualdad política entre España y sus colonias no solo se extinguió, sino que trajo como resultado en Octubre de 1810, (cuando apenas se había iniciado el movimiento insurgente), que las cortes extraordinarias y generales expidiesen un decreto en el que se declaraba que los naturales de los dominios españoles de ultramar eran iguales en derecho a los de la península”.⁸

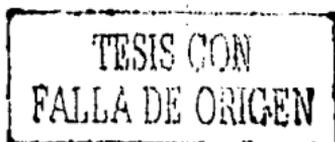
⁸ BURGOA, Ignacio. Op. cit. p. 118



En la medida que avanzaba el tiempo, el ambiente se tornaba cada vez más claro y beneficioso para los colonos de América, ya que la corte expedía un decreto en el cual se estipulaba la igualdad en las actividades agrícolas e industriales entre los colonos americanos y los europeos; además de extinguirse una serie de sanciones e impedimentos de que era objeto el aborigen, tales como tortura o bien la admisión en algunas Universidades; la evolución jurídica del pensamiento político español se mostró plenamente al expedirse la Constitución de 1812.

“El Cura Miguel Hidalgo y Costilla en su manifiesto de fecha 1º de Mayo de 1811 estableció el principio de la Revolución Francesa y de la Independencia de Estados Unidos de Norteamérica de que la soberanía reside en la masa de la Nación”.⁹ , o por su parte Ignacio López Rayón en Agosto del mismo año elabora ya un proyecto de Constitución, denominado “Elementos Constitucionales”, quien sin

⁹ ORTIZ RAMÍREZ, Serafin. “Derecho Constitucional Mexicano”. Segunda edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1999, p. 74.



llegar a tener vigencia, sigue teniendo gran importancia, ya que sirvieron de base para que Morelos elaborara la Constitución del nuevo gobierno americano.

El objeto principal de ese proyecto, era ofrecer al universo los elementos de una Constitución que fijara la felicidad de la reciente Independencia de nuestro pueblo mexicano, y que no llegó a ser propiamente una legislación sino más bien una meditación en la que se manifiesta los sentimientos y deseos de nuestros pueblos. La obra denominada "Elementos Constitucionales", estaba constituida por 38 artículos, en los cuales se señalaba la religión Católica como única, la integración del Poder Judicial, así como sus actividades; la esclavitud proscrita, y la delimitación territorial, entre otras cosas.

Retomando esos puntos, el Capitán General José María Morelos hace algunas reflexiones y aclara algunos puntos que considera convenientes, como es el caso de la duración de los protectores, es los

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

que señala que tendría que ser de cuatro años, la proposición hipotética de la persona en la que residía la soberanía, un protector de cada obispado para la plena asistencia de justicia, aspectos que Rayón omitió en la elaboración del texto que contiene los elementos constitucionales. Dicho texto no fue publicado, por considerar Morelos, que contenía artículos que de haberse omitido se entendería mas, y que otros al tocarlos generaría una mayor controversia. Tocante al texto denominado "Sentimientos de la Nación", éste constaba únicamente de 23 artículos, sin embargo, si se le comparaba con el proyecto anterior, sin duda era mucho más completo.

Cada vez el pueblo mexicano mostraba mayor avance en el aspecto legislativo y fue el 22 de Octubre de 1814, cuando se creó un decreto constitucional para la libertad de América, el cual fue sancionado en Apatzingan y que constaba de 242 artículos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4.4 Constitución Mexicana de 1824

Después de la injusticia social que reinó en la Nueva España, en detrimento del pueblo indígena, provocó que se generaran en el siglo XVIII una serie de movimientos tendientes a alcanzar su independencia del gobierno español, hecho que sucedió a principios del siglo XIX.

Fue en el año de 1821 cuando se formuló el Plan de Iguala a través de Vicente Guerrero y Agustín de Iturbide, en ese gran texto se proclamaba la Independencia de México, estableciendo así mismo la monarquía como régimen gubernamental, además de estipular la igualdad entre los ciudadanos; por lo que respecta a la bandera nacional, se adoptaron los colores blanco, verde y rojo, que persisten hoy en día.

Es pertinente hacer mención, que fue hasta el día 24 de Agosto de 1821 cuando tras una deliberación entre el jefe político de la Nueva España, Juan de Odonaju y Agustín de Iturbide, se acepta el Plan de

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Iguala y se firma el Tratado de Córdoba, hecho con el cual se consumaba en forma definitiva la Independencia de México, además se convocó a una junta provisional Gubernativa, encabezada por ambas personalidades, que se llevó a cabo el 28 de Septiembre, en la cual se redactó el Acta de Independencia, convocando a un Congreso Constituyente, mismo que discutió la Constitución que se pretendía implantar en México, siendo el 19 de Mayo de 1822 cuando se sometió a votación en el propio congreso obteniendo 67 votos a favor, 15 en contra, y 74 ausentes, proclamándose así la monarquía constitucional, coronando a Agustín de Iturbide como emperador en el título de Agustín I, siendo él mismo el encargado de disolver el congreso, provocando un descontento general, que lo obligó a abandonar el territorio mexicano, sin embargo, al regresar éste dos años más tarde fue fusilado. Fue el 4 de Octubre de 1824 cuando se promulgó la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, instaurándose así el régimen republicano nombrándose como primer Presidente a Guadalupe Victoria seguido por Vicente Guerrero.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al llegar a la presidencia Valentín Gómez Farias, acometió las reformas que propugnaban, que consistía básicamente en vigilar a los puestos eclesiásticos e imponiendo sanciones a los clérigos y obispos desobedientes.

Por otro lado, se decretó que la enseñanza fuera libre y laica; se suprimieron los privilegios del clero, así como el ejército, se incautaron los bienes de la Iglesia, además de separarse la Iglesia del Estado, sin embargo, Antonio López de Santa Ana al llegar a la presidencia el día 24 de Abril de 1834, se trazó como objetivo principal la derogación de cada una de las disposiciones y leyes de Reforma llevadas a cabo por Gómez Farias, implantadas así por el sistema centralista mientras que las Entidades Federativas se convirtieron en departamentos que dependían directamente del Gobierno Central.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4.5 Constitución Mexicana de 1857

Tras haber alcanzado la independencia el pueblo mexicano y a pesar de haber existido ya una Constitución Política Mexicana, que data del año 1824, se empieza a sentir en nuestro territorio después de los años cincuentas, una terrible crisis política derivada de una gran transición, ya que el régimen impuesto, se tornaba cada vez más débil motivo por el cual dieron grandes contrastes, dolor, odio, destrucción, crímenes, lo cual provocaba un ambiente de tensión y hacia cada vez más difícil la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que se adecuara a las necesidades de la sociedad, ya que no existían las condiciones adecuadas para ello, sin embargo, como sabemos que el "surgimiento de una Constitución Política se da a raíz de un acuerdo entre aquellos que detentan el poder de un Estado, como lo fueron en su momento la Iglesia, la Burguesía, el Monarca, entre otros, y cuya figura a mediados del siglo XIX recaía en los partidos políticos, organizadas que con una ideología e interés comunes, pretenden alcanzar el poder

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

político".¹⁰ Dichos partidos políticos se vieron en la necesidad de presentar programas políticos atractivos al pueblo, ya que eran dichas personas las que con sus votos harían posible que aquel partido que exponía los mejores programas alcanzara el poder. Fue así como en un ambiente de exaltación extremo surge finalmente el triunfo de un Partido Político, el cual en el terreno pacífico ofrecía a los vecinos una modificación de principios institucionales, estableciendo los principios liberales que sirvieran de base para que las generaciones siguientes completaran lo que ellos no pudieron llevar a cabo.

Es en ese período donde el espíritu teocrático todavía pretendía imponer sus principios y su legislación, con todas las restricciones que implicaban, fue un gran progreso el elevar el edificio constitucional sobre las bases puramente racionales y proclamar la absoluta soberanía del pueblo. El artículo Primero de la Constitución de 1857 establecía: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base

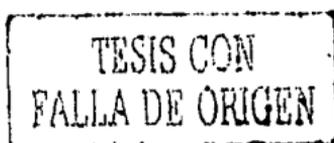
¹⁰ Círculo de Lectores. Op. cit. p. 3147

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

y el objeto de las instituciones sociales. En la República todos los hombres nacen libres; la enseñanza es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto; nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales; la manifestación de ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa; es inviolable la libertad de escribir o publicar escritos; es inviolable el derecho de escribir o publicar escritos; es inviolable el derecho de asociarse pacíficamente; éstas u otras garantías son las consignadas en esta constitución, de los cuales no todos se habían generalizado aún en el mundo civilizado, cuando en México fueron promulgadas".¹¹

Fue así como se le quitó la iniciativa individual a las causas ilustradas y se concedió el derecho electoral a las masas ignorantes, surgiendo el sufragio universal, consistente en el acto por el que los ciudadanos que cumplan determinados requisitos, eligen a otros ciudadanos para ocupar cargos públicos.

¹¹ GARCÍA GRANADOS, Ricardo. "La Institución de 1857 y las Leyes de Reforma en México. Tipografía Económica México. 1900 p. 40



"Careciendo de esta suerte la opinión pública, de órganos adecuados para manifestarse, la cuestión referente a la elección directa o indirecta, resultó referente a la elección directa o indirecta, siguiendo en este ejemplo de Estados Unidos, pero a la verdad que con discernimiento poco recomendable".¹²

Al iniciarse por la elección indirecta, considéro que se dio en atención a la desconfianza que se tenía en las clases ignorantes, pasando así que los que llevaran a cabo dicho nombramiento elegirán a aquellas personas realmente competentes, sin embargo, de lo que sí estamos seguros es que lo único que hicieron en el congreso fue copiar el sistema implantado en los Estados Unidos, tanto que hasta la propia ley fue retomada de la implantada al norte de nuestras fronteras, que entre otras cosas se refería a la división de poderes tanto a nivel de Entidades Federativas como a nivel Federal.

¹² Ibid., p. 48

Cabe destacar al respecto que esta limitación a la división de poderes se dio por los recuerdos que les traja la dictadura de Santa Ana, en la que tenía como objeto dotar del menor poder posible al Ejecutivo Federal. Sin lugar a dudas se puede recalcar que el hecho de haber mantenido al Ejecutivo en plena restricción fue una grave situación y por lo tanto aún continuamos en plena anarquía, de no haber sido por la promulgación de la Constitución, ya que fue a partir de ese momento cuando el ejecutivo ha tenido hombres de un amplio criterio los cuales le auxiliaban y que han comprendido que el bienestar de la sociedad mexicana deriva de la propia ley que los rige.

La Constitución de 1857, fue sin duda mucho mejor en cuanto a que estaba más actualizada que la que fue implantada con anterioridad y que data de 1824, su actualización consistía en que se adecuaba más a las necesidades del pueblo mexicano de esa época, en la que para lograr

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

su cometido se formaron varios artículos de la anterior que hemos señalado.

1.4.6 Constitución Mexicana de 1917

La situación política y socioeconómica que se vivía en el porfiriato, aunado a las huelgas de Cananea y Río Blanco llevaron a que se consumara la Revolución Mexicana de 1910, surgiendo así el Partido Reeleccionista que presentó a Madero como su candidato a la presidencia del mismo año, sin embargo, al presentarse Porfirio Díaz a la reelección, Madero proclama el Plan de San Luis Potosí, levantando al país el 11 de Noviembre del mismo año. Al conocerse los resultados de las elecciones al año siguiente, éstas dieron el triunfo a Madero, siendo asesinado éste en el año de 1813.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Fue en 1917 cuando el congreso constituyente redactó la Constitución con una tendencia democrática social avanzada.

Por otra parte surgieron los sindicatos y organizaciones obreras que fueron elementos fundamentales en el movimiento revolucionario, los cuales tuvieron una gran repercusión en la variedad de leyes que otorgaban grandes beneficios a los trabajadores tanto en la ciudad como en el campo.

Al hablar de nuestra actual Constitución y concretamente de la Declaración Mexicana de los Derechos Humanos, se puede señalar que éstos se contienen en dos partes fundamentales, por un lado las Garantías Individuales y por otro las Garantías Sociales, sin embargo, en este trabajo de investigación nos ocuparemos únicamente de las Garantías Individuales, las cuales se declaran en la primera parte de nuestra Carta Magna, siendo por lo tanto la parte axiológica y base fundamental de la organización política.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Mucho se ha hablado acerca del contenido del precepto de la Constitución marcado con el artículo 1º, que a la letra dice: "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 condiciones que ella misma establece", dichos comentarios son en torno a la corriente en que se basaron para su elaboración, ya que mientras unos juristas consideran que derivan del positivismo, otros sostienen que es lo mismo que se ha establecido del constitucionalismo mexicano, señalándose así que el hombre es persona jurídica por el hecho de existir, y como persona tiene una serie de derechos.

Ahora bien si se hace un análisis comparativo entre la Constitución de 1857 y la Constitución actual, tocante al primero de sus artículos, podemos observar que lo único existente es un cambio de redacción, ya que el contenido es el mismo, variando únicamente en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que mientras la primera señala la fuente de las garantías que otorga, la segunda lo omite; sin embargo, podemos señalar que la fuente de las actuales garantías individuales son los derechos del hombre, siendo este término una idea general, mientras que las garantías individualizadas y concretas, sin embargo, es pertinente hacer mención que no existe garantía alguna que no tenga correlativamente una obligación.

Así pues al aludir a las garantías individuales, para su buen estudio, es necesario clasificarlas en tres partes que son: Los Derechos de Igualdad, Libertad y Seguridad Jurídica.

Cada vez que se habla de las garantías, siempre será importante tratar de encontrar su naturaleza jurídica y al respecto el jurista Alfonso Noriega, interpretando las ideas del también jurista Narciso Bassols, señala en primera instancia que los derechos del hombre derivan del derecho natural; al referirse al objeto de los derechos del hombre, establece que era "impedir que el estado invadiera determinados

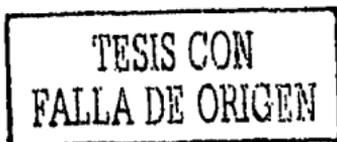
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aspectos de la esfera de la libertad del individuo, o bien la necesidad que el estado fuera limitado en el ejercicio del poder".¹³

En conclusión a lo expuesto en este capítulo se puede señalar que las garantías individuales surgen a raíz de la evolución de la libertad humana, así pues se tiene que hubo diversos problemas para que surgieran éstas, así como en Inglaterra se dieron de manera lenta pero sucesivamente a causa de la manifestación de ideas impulsadas por el pueblo, mientras que en Francia se dieron en forma imprevista y repentina a través de las teorías llevada a cabo por Rousseau.

Es importante señalar que en México fue mucho más difícil el surgimiento de las garantías toda vez que nuestro país estaba sometido al igual que Estados Unidos de Norteamérica, a la potestad de los españoles e ingleses, por lo cual primero debieron librarse del dominio de éstos para después elaborar sus propias constituciones.

¹³ NORIEGA, Alfonso. "La Naturaleza de las Garantías Individuales". UNAM, México, 1907 p 20.



En relación a la Constitución de 1824 se puede mencionar que fue muy simple, en lo que respecta a la de 1857 estuvo un poco más variada, en relación a la anterior, adaptándose aún más a las necesidades de los gobernados, es decir, al pueblo, sin embargo la Constitución de 1917 estaba más actualizada y por ende más completa, sin embargo al igual que las primeras dos no contemplaba situaciones de la realidad social del país, además de que sus preceptos daban lugar a diversas interpretaciones, provocando con esto algúnás contradicciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO II

ESTUDIO DEL TÉRMINO GARANTÍA

2.1 ORÍGEN DEL TÉRMINO GARANTÍA

En los tiempos prehistóricos no se tiene conocimiento de la existencia del régimen gubernativo que atendiera los derechos del hombre, los cuales no se encontraban ni es las naciones que contaban con el gobierno más organizado, menos aún en las leyes y costumbres de cualquier clase se encontraba garantía alguna que limitara a la autoridad en abusos o errores derivados del desempeño de su cargo y que afectaran a la propia dignidad personal de cada uno de los individuos.

Fue concretamente en Atenas, Grecia, el primer país donde empiezan a surgir los movimientos tendientes a alcanzar algún derecho en el régimen jurídico. El interés surgió por la oposición al régimen gubernativo que había sido implantado, denominado Monarquía Absoluta, en el que tras la derrota del rey y el triunfo de la Aristocracia, éstos elaboraron un Código cuya finalidad era seguir dominando al pueblo, en el que sus preceptos reprimían a la sociedad en general. Dicha represión motivó al pueblo a levantarse en un movimiento armado, hecho que no llegó a consumarse, ya que ambas partes lograron llegar a un buen acuerdo en el que se expedían nuevas leyes; las cuales fueron elaboradas por el filósofo griego Solón quien entre las innovaciones más trascendentales en el régimen jurídico estableció la prohibición de prisión por deudas, así como la esclavitud por las mismas causas, suprimió las cargas u obligaciones por endeudamiento, otorgó a los campesinos la propiedad de una parte de las tierras que hasta ese momento pertenecían a la nobleza y al mismo tiempo limitó la porción de tierras que podrían tener cada ciudadano; a partir de ese

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

momento la Institución encargada de expedir las leyes era la Asamblea Popular, la cual se integraba por ciudadanos que se reunían en el Ágora o Plaza Pública; dicho organismo elegía a los miembros del Consejo del Senado que eran los que proponían nuevas leyes, las cuales eran revisadas por los Nomotetas quienes estaban facultadas para impugnar a aquellas que se consideraran inadecuadas, dicha impugnación se llevaba a cabo ante la Asamblea del Pueblo.

Todas las innovaciones que llevó a cabo Solón se dieron atendiendo la gran desigualdad de condiciones entre los individuos, tanto que los agricultores para atender sus necesidades primarias, solicitaban préstamos dejando en prenda sus parcelas, motivo por el cual al irse acumulando dichos préstamos, los deudores se vendían como esclavos a sus acreedores, por lo tanto al ser esclavos no tenían posibilidades de obtener dinero para cubrir sus deudas, esfumándose así la posibilidad de recuperar su libertad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De tal manera que esas causas fueron las que inspiraron a Solón para crear por primera vez en el año 594 A. C., los primeros preceptos jurídicos que estipulaban garantías a favor de los individuos, estableciendo como primera medida, y en su momento la más importante por la situación que se vivía, la liberación de todas aquellas personas que se habían vendido en pago de deudas y prohibir que pudiera esclavizarse por esas causas a un hombre. Además se reformó el censo con la finalidad de limitar la actuación de la aristocracia, determinando así a favor de los ciudadanos las obligaciones y derechos políticos; esto en atención a los ingresos de cada persona, dividiendo a la sociedad en cuatro clases.

La verdadera democracia surgió en ese período ya que los individuos por primera vez a través del voto elegían jueces y aprobaban a reprobaban sus decisiones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Fue en Roma donde existió ya una organización legislativa más avanzada, función que correspondía al Rey, el Senado y los Comicios, siendo esta última figura la Asamblea del Pueblo que a su vez se subdividía en tres clases que eran: Las Curias, Las Centurias y Las Tribus, correspondiendo a la segunda clase la aprobación de las leyes.

“La Ley de las XII Tablas, expedida en el siglo V (A. C.), era un rudimento incompleto de codificación que comprendía el derecho procesal, el familiar, el público, el sucesorio, el de cosas, el agrario, el penal, el sacro; que contiene dos ideas precursoras de nuestras Garantías Individuales: la igualdad de todos ante la ley, y la exigencia del juicio formal para privar de la vida a un individuo”.¹⁴

Actualmente dichas ideas las vemos reflejadas en nuestra Constitución Política que data de 1917 dentro del Capítulo Primero que se refiere a las Garantías Individuales y más concretamente en los

¹⁴ BAZDRESCH, Luis. “Garantías Constitucionales” Quinta edición, Editorial Trillas, México, 1983, p. 40.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

artículos Primero párrafo primero y Cuarto párrafo primero (de la actual Constitución Política), que se refieren ambos a la igualdad de todo individuo ante la ley, estableciendo en el Artículo Primero una garantía de igualdad, extendiéndose ésta a todos los individuos en su carácter de sujetos de derechos y obligaciones sin importar sus condiciones particulares; de tal forma que podemos deducir que en atención a lo establecido por nuestra Constitución Política todos los individuos están dotados de capacidad de goce y ejercicio sin hacer distinción si reúnen o no la calidad de nacional o extranjero.

De acuerdo a lo que señala el Artículo Cuarto párrafo primero (de la Constitución Política vigente), el varón y la mujer son iguales ante la ley, sin embargo, podemos señalar que en otros ámbitos ya existía dicha igualdad, como en el ámbito civil, cultural, político, entre otros, motivo por el cual no resultó muy trascendental el hecho de haberse decretado, ya que por otra parte en el ámbito laboral y penal la ley misma protege a la mujer.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que respecta a la exigencia del juicio formal, el artículo 14 párrafo segundo de nuestra Constitución establece que: "Nadie podrá 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"; así pues, se puede observar que para poder privar de los inherentes antes mencionados, es necesario cumplir con lo que dispone el párrafo segundo del artículo citado, mismo que establece que se debe seguir un juicio ante los tribunales, debiéndose además instituirse éstos con antelación, así como juzgarse por leyes promulgadas con anterioridad a la comisión del hecho probablemente delictivo.

Por lo que respecta al periodo de la Edad Media podemos dividirla en dos épocas, surgiendo en la primera un sistema gubernativo denominado Feudalismo, alcanzando su mayor auge en los siglos VI al XI, teniendo gran repercusión y marcando a la vez su culminación en el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

siglo XVIII con la Revolución Francesa. Alcanzándose en la segunda época algunas independencias tanto de carácter jurídico como económico y político por parte de los municipios, así como de los individuos, siendo de alguna forma la evolución de las actuales garantías individuales.

De esta forma podemos observar que el origen de los primeros preceptos que otorgaban garantías a los ciudadanos los encontramos en los períodos y lugares a los que ya nos hemos referido, es decir, en Grecia, Roma y la Edad Media.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.2 CONCEPTO DE GARANTIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Al referirnos al hombre desde el punto de vista de su naturaleza, es aludir a las características de que está dotado, tales como ser consciente, dotado de raciocinio y voluntad, dotado de criterio y por ende de un libre albedrío, desenvuelto en un ambiente socio-político, animado por alcanzar su subsistencia así como la de los suyos; por sus propias necesidades, el hombre busca siempre el progreso lo cual puede alcanzar valiéndose de distintos medios, tales como la vida, la igualdad, la propiedad, la libertad, la educación, la habitación, el trabajo, entre otros medios los cuales se encuentran en los primeros 28 artículos de nuestra Constitución Política, mismos que se refieren a hechos y derechos de cada individuo y que se denominan derechos del hombre, aceptados por la propia Constitución ; sin embargo, no son derechos los que la Constitución otorga, sino Garantías, pues aquellos no son otra cosa mas que facultades de actuar o disfrutar, mientras que las garantías

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

son obligaciones o compromisos del propio Estado de hacer valer la existencia de esos derechos. Pero ahora no nos ocuparemos del estudio de los derechos como facultades que el hombre tiene, sino de estudiar las garantías como autolimitación del Estado con el objeto de no invadir la esfera jurídica de cada individuo, motivo por el cual estudiaremos el significado del término Garantía; al respecto se señala que la palabra "Garantía" proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy aplicada. "Garantía" equivale pues, en su sentido lato, a "Aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo"¹³

El Diccionario de la Real Academia Española da un concepto del término garantía señalando que es: "acción o efecto de afianzar lo estipulado". De dicha definición se entiende que la garantía es un acto

¹³ BURGOA, Ignacio, Op. cit. p. 101

principal, es decir, el precepto jurídico plasmado, mientras que el afianzamiento es el acto accesorio, es decir, el cumplimiento de esas normas. Por otra parte la Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo de Lectores al referirse a la garantía señala que es un conjunto de mecanismos jurídicos que expresamente reconoce o crea la Constitución para garantizar la efectividad de los derechos y libertades públicas fundamentales. Consistiendo éstos en una serie de impedimentos en el obrar del Estado y que nuestra Carta Magna estipula, teniendo el individuo, en caso de que no se hagan efectivas dichas garantías, la posibilidad de instar procedimiento sumario ante la jurisdicción ordinaria.

Según Héctor Fix-Zamudio el término "garantía" se utiliza para referirse a los derechos humanos fundamentales que la Constitución reconoce y por lo tanto están garantizados por dicho texto.¹⁶

¹⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1992

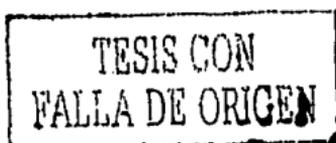
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como se puede observar, este autor, sin llegar propiamente a dar un concepto de garantía, se limita únicamente a exponer lo que significa su empleo. Por lo que respecta al punto de vista de Carl Schmitt, la garantía no es otra cosa más que aquello considerado como conveniente por el constituyente para preceptuarlo en nuestra ley fundamental, documento en el cual adquieren mayor solidez por referirse a los derechos del hombre.¹⁷

A pesar de que el término o vocablo "garantía" surge en el derecho privado, adquiere según el punto de vista de varios juristas, entre los que destaca Sánchez Viamonte, gran importancia en el derecho público, señalando el autor antes mencionado que la palabra "garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos lo tomaron los demás pueblos, cuya legislación aparece a mediados del siglo XIX"¹⁸. Se le dio dicha denominación porque se daban varios beneficios a favor de los individuos, en su

¹⁷ Idem.

¹⁸ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. "Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa". UNAM, México, 1950, p. 70



carácter de gobernados, gozando de los mismos dentro de una organización jurídico-política de un país; por lo tanto los representantes del Estado actuaban apegándose completamente a los preceptos constitucionales.

Todos esos significados del término garantía nos conllevan finalmente, como su nombre lo indica, a que se garantice el respeto de todas aquellas facultades extraídas de un precepto o norma jurídica, es decir, el respeto al derecho subjetivo, cuyo cumplimiento corresponde al Estado como institución, llevado a cabo a través de las personas investidas de poder de mando y jurisdicción, mismos que a pesar de tener amplias facultades, no pueden invadir el terrero facultativo de las personas en su carácter de gobernados, por derivar dichas facultades de una serie de preceptos que nuestra Ley fundamental mexicana otorga en su primera parte, referente a las Garantías Individuales, y que como sabemos si esa auto-limitación del Estado no se lleva a cabo y que por tal motivo se violan dichos preceptos, surgiría al individuo una nueva

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

facultad para actuar en contra de la autoridad que haya violado dicha garantía, esto a través de un juicio de garantías o de amparo.

Cabe destacar que el término garantía a que nos hemos estado refiriendo, es el que consiste en los derechos expresamente reconocidos en el régimen jurídico mexicano, y que se estipulan en nuestra Carta Magna, consistiendo dichos derechos en que el Estado no puede en su actuación ir más allá invadiendo las facultades de los individuos.

Sin embargo, es importante señalar que dentro del ámbito jurídico existe el término garantía, también para referirse a cuestiones distintas, sin que sean propiamente los derechos que la Constitución reconoce, tal es el caso de la Garantía Contractual, surgiendo ésta ante la necesidad de asegurar el cumplimiento de una obligación, y la cual tiene un doble carácter, surgiendo primeramente de manera personal y posteriormente de manera real, consistiendo la primera en asegurar el cumplimiento de una obligación por parte de varios deudores; mientras

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que la segunda es una evolución de la personal, ya que en caso de insolvencia por parte de todos los deudores, se grava directamente un bien del patrimonio del deudor, teniendo el acreedor un derecho real sobre dicho bien; esto a través de hipoteca o prenda. También se puede mencionar la Garantía del Interés Fiscal, consistiendo ésta en una facultad que la autoridad fiscal tiene para que a través de la coacción obtenga el cumplimiento del pago por parte de los contribuyentes.

Cuando hablamos de garantía relativa a los derechos del hombre nos referimos a aquellas que la Constitución otorga; sin embargo, cuando hablamos de la Garantía de la Exacta Aplicación, es aludir a la existencia de un Estado de derecho, en el que la autoridad debe fundar y motivar cada uno de los actos, en atención a lo que estipula nuestra actual Constitución Política en sus artículos 14 y 16.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.3 DIVERSAS ACEPCIONES DEL TERMINO GARANTIA INDIVIDUAL

Cuando se habla de la actuación del Estado, se alude sin duda a un ámbito muy amplio, donde éste puede desenvolverse, ya que está facultado para ello, sin embargo, de la misma forma tiene una serie de restricciones con la finalidad de que no vulnere los derechos inherentes de cada individuo, mismos que la ley fundamental reconoce y otorga en el título relativo a las Garantías Individuales. Así pues, se puede destacar que las garantías a que la investigación se refiere, reciben también la denominación de Garantías Constitucionales, esto en atención al texto en que se encuentran estipuladas. Al respecto se han emitido algunas definiciones de lo que es la Garantía Individual o Constitucional, tal es el caso de la definición que nos da el Diccionario Enciclopédico Salvat Universal, que señala refiriéndose a dicho término que: "es el precepto en el que el Estado no es solamente titular de

derechos subjetivos, sino que a través del derecho objetivo se le obliga, emanando de ese precepto una facultad a favor de los súbditos".¹⁹

De lo anterior se puede mencionar que el derecho objetivo, "es un conjunto de normas"²⁰, siendo éstas de carácter bilateral, es decir, que imponen deberes y conceden derechos, siendo el derecho derivado de la norma, lo que conocemos como derecho subjetivo, es decir, la facultad que tiene un individuo y que le permite exigir a otra persona, en su carácter de obligado, el cumplimiento de su derecho; así pues, el derecho objetivo "es la norma que permite o prohíbe; mientras que aquel es el permiso derivado de la norma".²¹ Por su parte el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, al definir a la Garantía Individual o Constitucional, señala que "es el conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de

¹⁹ Diccionario Enciclopédico Salvat Universal, Editorial Salvat, Barcelona, 1987, p. 400

²⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A., México 1988, p. 30

²¹ Idem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen"²². De tal forma que atendiendo a la definición antes mencionada, se puede decir que los preceptos constitucionales que contienen las garantías no son otra cosa, más que el reflejo de las inspiraciones del legislativo, tendientes a satisfacer las aspiraciones de la colectividad, tales como llevar una vida en paz y por ende sin verse perjudicados por los abusos de la autoridad, todo esto con la finalidad de alcanzar un respeto por la dignidad humana. El Diccionario Enciclopédico Quillet por su parte define a la garantía individual como "el conjunto de derechos y medios legales que la Constitución del Estado reconoce a todos los individuos para protegerlos de los aspectos de poder arbitrarios"²³.

Las garantías son, de acuerdo a la definición anterior, un compromiso por parte del Estado, con la promesa de que cumplirá dicha obligación, sin embargo, se debe señalar que las garantías realmente no

²² CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Primera edición, Heliasta, Argentina, 1989 p 154

²³ Diccionario Enciclopédico Quillet, Cumbre, México, 1970, p 274

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

son de reciente creación, sino que son tan antiguas como la desconfianza misma del ser humano en su calidad de sujeto de derechos y obligaciones, originados por la experiencia adquirida ante el cumplimiento de las obligaciones.

2.4 SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS EN LA FILOSOFIA CLÁSICA DE LOS DIÁLOGOS DE PLATÓN

Para referirnos al surgimiento de las garantías, es preciso hacer mención del origen de la justicia, misma que procede de Aristóteles y cuyo significado varía de acuerdo a las distintas épocas históricas, así como en los distintos enfoques que se le den, ya sea de carácter social, político, cultural, religioso, entre otros. Mucho se ha hablado en torno a la justicia, llegando todas las ideas a una unificación de criterios, dividiéndola para su estudio en "justicia distributiva; que consiste en dar a cada uno lo suyo, se complementa con la justicia conmutativa, que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

es el orden entre iguales, estableciendo la relación entre la que se da y lo que cada uno se toma"²⁴, deduciéndose con esto, que la justicia "es la idea de rectitud que preside todo ordenamiento jurídico"²⁵. Constantemente suele afirmarse que por naturaleza cometer una injusticia es bueno, mientras que sufrirla es malo, esto en atención a que lo mejor, consiste en "no ser castigado cuando se obra injustamente, y lo peor que consiste en no poder vengarse si se es víctima de un acto injusto."²⁶

Como acabamos de señalar es aquí cuando surge la justicia, ya que como hemos dicho la injusticia era buena, porque no se sancionaba esa conducta, pero no por considerarse realmente una actitud positiva, sino porque se carecía de precepto jurídico alguno que lo sancionara, mientras que el hecho de sufrirlas si era malo porque no se permitía la

²⁴ Círculo de Lectores. Op cit. p. 2331

²⁵ ídem.

²⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Teorías Sobre la Justicia en los Diálogos de Platón II. UNAM, México, 1987, p. 30

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

venganza y de optarse por esta última, si existía sanción por estar jurídicamente estipulado.

Por ese motivo al ser el hombre el sujeto activo y pasivo de esos actos; finalmente unos y otros convinieron en no cometer actos injustos, surgiendo así las leyes.

Al surgir las leyes, por ende surgen las garantías, pero no por respetar los derechos a las demás personas, sino por sentir impotencia a cometer actos injustos.

Aún cuando no se da una definición o concepto del vocablo garantía, Platón en su obra titulada "República", describe un Estado donde existe la justicia perfecta y en la cual ya se habla de igualdad de derechos, tanto para hombres como para mujeres, hecho que actualmente está expresamente estipulado en el artículo Cuarto párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que a la letra dice: "El varón y la mujer son iguales ante la ley"; se refiere también al trabajo, señalando que éste debe ser apropiado a las habilidades de cada persona, derecho que se encuentra contemplado en el artículo Quinto de la referida Constitución; referente a la educación establece que ésta es en atención a las necesidades de cada persona, esto lo dispone el artículo Tercero de nuestra Carta Magna, entre otra gran diversidad de cosas anuncia que no existirán más los esclavos. A pesar de todo lo que deseaba Platón podemos decir que mucho se ha avanzado en el sentido de que hace ya alrededor de un siglo se abolió la esclavitud en el Continente Americano, ocurriendo en México concretamente en el año de 1810 con la promulgación de un derecho llevado a cabo por el Cura Miguel Hidalgo y Costilla, reafirmandose la misma con lo establecido el 24 de Febrero de 1821, con el documento del Plan de Iguala, mismo que establecía la igualdad entre los ciudadanos y más recientemente se concedió a la mujer el voto así como el derecho a ocupar cargos de elección popular, hecho que sucedió en México en el año de 1955; sin embargo, hay que decir

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

también que falta mucho por hacer, ya que por lo que toca a la educación aún existen niños que no tienen posibilidad alguna de cursar sus estudios, dicha imposibilidad es por diversas causas, ya que aquellos menores que habitan en zonas marginadas carecen de los más elementales servicios entre los cuales se encuentran la inexistencia de centro escolares y si existen, se puede decir que normalmente son insuficientes para la gran demanda que existe. En estos casos los pocos menores que tienen la fortuna de iniciar con los estudios básicos, no tienen la oportunidad de darles continuidad por la lejanía de las escuelas en la que se tiene que cursar el siguiente grado escolar, otras de las causas son, por un lado la falta de medios de transporte y por otro lado la carestía de recursos económicos para poder trasladarse a dichos lugares; siendo desde luego el responsable directo de dichas carestías el propio Estado, ya que siempre ha mostrado ineficiencia en la distribución de centros escolares, desatendiendo casi siempre a las personas que habitan en dicha zonas; por otra parte también hay

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

personas que no atienden a su vocación para desempeñar su trabajo, ya sea por no tener la oportunidad o por preferir hacer algo distinto.

Normalmente son las personas que habitan en el campo las que como consecuencia del mal pago de su producto, prefieren únicamente cultivar lo indispensable para su subsistencia y la de su familia, desperdiciando gran parte de su tiempo ante la falta de fuentes de empleo, esto en atención a que todas las fuentes de trabajo están concentradas en las grandes ciudades.

Como se ha dicho, mucho se ha avanzado y mucho falta por hacer, sin embargo, no existe duda alguna que estamos en una situación más cercana a las ideas del gran filósofo griego, las cuales fueron expresadas hace aproximadamente dos mil cuatrocientos años.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO III

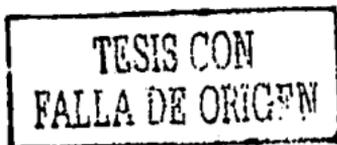
ANÁLISIS JURÍDICO-FILOSÓFICO DEL TÉRMINO LIBERTAD DE PROCREACIÓN COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSIGNADA EN EL ARTÍCULO 4º PÁRRAFO TERCERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MEXICANA DE 1917

3.1 CONCEPTO DE LIBERTAD

El término "libertad" proviene del vocablo "LIBERTAS-ATISI", que significa la condición del hombre no sujeto a esclavitud.²⁷

La palabra libertad tiene varias acepciones, tantas como campos y objetos a los cuales se aplica, según se atienda a un lenguaje cotidiano o

²⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.



a términos propiamente jurídicos, por ejemplo, en sentido amplio se refiere a la independencia o falta de trabas respecto de influencias externas en el movimiento de un ser. Así pues, se dice de una persona física que al momento de nacer trae consigo la calidad de libre, en cuanto a que no está sujeta en su movimiento a ninguna voluntad distinta de la suya; sin embargo, jurídicamente hablando, las personas o están dotadas de plena libertad, ya que atendiendo a la capacidad jurídica de cada uno de ellos, nos encontramos con que dicha libertad se ve restringida sobre todo cuando nos referimos a la capacidad de goce, la cual se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte y en virtud de la cual se adquieren derechos y obligaciones, sin embargo la restricción de la libertad consiste en que en el caso de las personas que se encuentran en una minoría de edad o en estado de interdicción, no pueden realizar actos por sí mismos, por lo tanto no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que en cualquier situación jurídica en que se encuentren, ya sea de facultades u obligados, los llevan a cabo personas distintas en nombre y representación de aquel.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que respecta a la mencionada restricción, se considera importante decir que existe una limitación tocante a la libertad para las personas menores de edad, así como para las que se encuentran en estado de interdicción, ya que como hemos venido señalando, cuando las personas antes referidas intervienen en una relación de carácter legal, no son ellas las que manifiestan su voluntad, sino que lo hace otra persona por ellos; de esta manera y en atención a la definición referida, podemos observar que en ese sentido si existen trabas, ya que se está coartando la libertad al no manifestarse la voluntad abiertamente.

Por lo que se refiere a las personas mayores de edad, que son las que tienen capacidad de ejercicio, misma que surge justo en el momento en que se cumple dieciocho años y que se pierde con la muerte, sí tienen aptitud legal de cumplir por sí mismos sus derechos y obligaciones, sin embargo, al igual que aquellos, se rigen por distintos ordenamientos jurídicos, mismos que les permiten y les prohíben hacer determinadas cosas y que gozarán de la libertad como atributo natural

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

siempre que actúen con apego a los preceptos jurídicos que el Estado les impone, los cuales van encaminados a regular la conducta de los mismos; de tal forma que al infringir el individuo un precepto por el cual se haga acreedor a una persona corporal, al ser recluso, pierde la libertad hasta en tanto no cumpla con la sanción a la que se hace acreedor.

En este caso se puede decir que al llegar a la mayoría de edad sí existe una libertad plena, ya que legalmente no existe impedimento alguno para manifestar su voluntad en cualquier relación de carácter jurídico, cosa que, como hemos visto no ocurre con los que están dotados únicamente con la capacidad de goce.

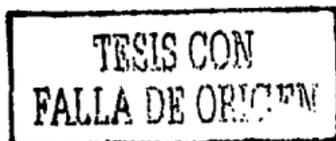
El término al que hemos venido haciendo alusión puede ser utilizado también para referirse a una persona o país con capacidad de autodeterminación, es decir, sin sujeción a una potestad exterior; el primer caso se puede ejemplificar con la persona que labora en forma

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

independiente, estando por lo tanto libre de toda obediencia de un patrón, lo mismo sucede en el caso de una nación, la cual es gobernada por personas nacidas en su propio territorio, sin necesidad de recurrir a personas ajenas a las originarias del mismo.

Desde el punto de vista filosófico, el término libertad significa "propiedad de la voluntad, gracias a la cual ésta puede adherirse a uno de entre los distintos bienes aunque le propone la razón"²⁸, es decir, normalmente a la razón se le presentan más de una hipótesis, sin motivo por el cual ésta se tiene que inclinar por una de ellas, en este sentido se puede destacar que el raciocinio del que está dotado el hombre, es anterior a la libertad, y esto no es otra cosa mas que una consecuencia de aquella, de tal forma que al presentar a la razón varios supuestos, ésta elegirá libremente de entre todos aquellos solo uno, como resultado de la libertad de querer libre albedrío, fundándose dicha libertad en la

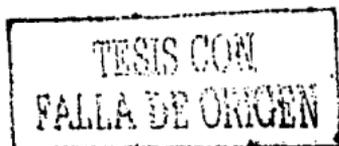
²⁸ Idem.



razón, la cual aumentará siempre que se actúe con apego a la razón misma.

En el ámbito jurídico, la libertad se entiende como “la posibilidad de actuar conforme a la ley” siendo ésta el precepto que permite y prohíbe, de ahí que la libertad jurídica consista en actuar conforme a la ley, es decir, con la razón, ya que los preceptos jurídicos son concepciones racionales.

Por otra parte y tomando a la libertad, ya no como un presupuesto básico, sino un poco más evolucionado como derecho subjetivo que la Constitución contiene, es decir, la facultad que deriva de un precepto jurídico plasmado, y que es lo que realmente interesa en este trabajo de investigación, tal es el caso de la libertad de imprenta, la libertad de expresión, la libertad de tránsito, la libertad de procreación, entre otras, siendo justamente ésta última de la que más adelante nos ocuparemos.



3.2 CONCEPTO DE PROCREACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO-BIOLÓGICO

En el ámbito biológico, el término procrear no tiene significado alguno, sin embargo, en ese sentido y en el medio antes señalado se habla de reproducción, por considerar que el significado es el mismo, variando únicamente el empleo de los términos antes referidos.

Así pues, para Biología el término reproducción, no es otra cosa más que "la proporción de descendencia, con las que se transmite de generación en generación la dotación hereditaria, y se asegura la conservación de la especie."²⁹

En atención al significado de reproducción que nos da la Biología, se puede señalar que dicha rama se inclina básicamente por las cuestiones de herencia, las cuales transmite el progenitor a sus

²⁹ Círculo de Lectores. Op. cit. p. 34



descendientes y éstos a su vez a las demás generaciones, misma que se da por cuestiones naturales o biológicas. De esa forma al irse transmitiendo de generación en generación, la especie va creciendo más y más, siendo ésta una de las finalidades de la reproducción.

Generalmente la reproducción trae como consecuencia, una multiplicación de la especie, lo que es lo mismo que el aumento del número de los individuos en la sociedad.

Al respecto podemos decir que la palabra reproducción puede ser utilizada para referirse tanto a plantas como a animales o al propio hombre, según se atienda a la reproducción sexual o asexual.

Referente a la reproducción sexual, es importante decir que "se forman generalmente dos tipos de células germinativas (reproducción

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

bisexual), que durante la fecundación se fusionan para formar el cigoto, a partir del cual se desarrolla el nuevo ser vivo.”³⁰

Las células germinales primitivas antes mencionadas se encuentran en el embrión humano a partir del final de la tercera semana del desarrollo del mismo.

Es importante decir que existen dos clases de células, por un lado la célula germinal madura y por otro lado la célula germinal primitiva, surgiendo aquella de ésta.

“El hecho de que las células germinales maduras deriven directamente de las células primitivas, que pueden haber logrado a las gónadas en desarrollo desde el saco vitelino, hacia la quinta semana de

³⁰ ídem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

vida embrionaria, sirve de base al concepto de continuidad del plasma germinal".³¹

Es importante señalar que las células germinales en muchas ocasiones alcanzan su madurez en un periodo muy tardío, caso similar al de los óvulos, los cuales pueden durar hasta 50 años sin alcanzar su madurez.

Por otra parte encontramos a la Reproducción Asexual, también conocida como reproducción vegetativa, en atención a que se da básicamente en las plantas.

Dicha forma de reproducción se da en forma completamente distinta a la sexual, ya que los descendientes surgen por los desprendimientos de pequeños fragmentos del progenitor.

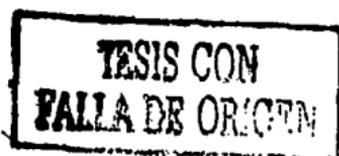
³¹ PRITCHARD, Jack A., MACDONALD, Paul C., GANT, Norman F. Williams "Obstetricia". Tercera edición, Salvat Mexicana de Ediciones, México, 1987, pp. 75 y 76

“La gran ventaja de la reproducción sexual frente a la asexual reside en la incesante recombinación de los caracteres hereditarios de los padres en los descendientes, la condición importante para la adaptación.”³²

3.3 ESTUDIO DEL TÉRMINO PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DEL MATRIMONIO

Al hacer un estudio acerca del matrimonio, podemos observar que desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, ha tenido una notable evolución y que como sabemos está constituido por una pareja humana, la cual representa el núcleo familiar, es decir, la base principal de la sociedad.

³² Idem.



No se tiene conocimiento exacto acerca del surgimiento de la pareja como matrimonio; respecto a esta figura se han emitido una gran diversidad de conceptos, tal como el que nos da Chávez Asencio, señalando que: "es el contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos"³³, es decir, que la unión antes mencionada es sancionada por las reglas o leyes vigentes en un lugar y tiempo determinado, motivo por el cual se crean diversos derechos y obligaciones; como sabemos, el surgimiento del matrimonio se desconoce, sin embargo, podemos decir que siempre dicha unión se da atendiendo un instinto natural.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Originalmente la relación de pareja se daba en forma temporal y en la medida que ha ido transcurriendo el tiempo y las reglas de convivencia social han ido surgiendo, podemos observar que al

³³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., "La Familia en el Derecho" Segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p. 70

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

matrimonio se le da un carácter duradero, lo cual surge por mera necesidad de los propios contrayentes y que el Estado regula.

Una de las principales causas por las cuales se originó dicha figura, es que en el matrimonio temporal se actuaba de manera irresponsable, ya que solo se preocupaban por atender el instinto de reproducción humana, sin conformar una familia, todo esto como resultado de la falta de información acerca de la gran responsabilidad que existe en procrear un hijo, lo cual traía como resultado que los sufrimientos y dolencias de los progenitores se transmitieran de generación en generación, siendo como hemos dicho, una de las principales causas por las que surgió la nueva figura del matrimonio, en la que el hombre dotado ya del conocimiento de dicha responsabilidad, ha tenido un enorme interés, en que sus descendientes se desarrollen en un ambiente adecuado para fortalecer el vínculo familiar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Actualmente cuando se alude al matrimonio, es referimos entre otras cosas a las finalidades del mismo, a las cuales se refiere el artículo 162 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual no especifica concretamente cuáles son éstas, sin embargo, podemos decir que se refiere a la ayuda mutua de los cónyuges, a la procreación, a la educación, ya que el concepto a que nos hemos referido anteriormente así lo señala.

Todas las finalidades del matrimonio entrañan sin duda gran importancia, ya que son indispensables para el buen funcionamiento y fortalecimiento del núcleo familiar, por lo tanto, esto se puede lograr en la medida que se cumpla con las finalidades que se traza el matrimonio mismo.

Como se ha mencionado, son importantes todas las finalidades, sin embargo, por ahora solo nos ocuparemos del estudio de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

procreación, por ser éste el tema central del actual estudio y por lo tanto, en atención a nuestro objeto tiene mayor relevancia.

El término procrear proviene del latín PROCREARE, con relación a dicho término se han emitido varias definiciones, coincidiendo la mayoría de ellas, así pues el Diccionario Enciclopédico Salvat señala que procrear significa "Engendrar, reproducirse una especie animal"³⁴; por su parte el Diccionario Quillet señala que es "Engendrar, multiplicar una especie"³⁵; mientras que el Diccionario de Derecho Usual comenta que consiste en "Engendrar el hombre o el macho; concebir la mujer o una hembra."³⁶

Como podemos observar, las definiciones que se han citado son realmente muy concisas, sin embargo, se puede destacar también que a pesar de eso realmente son muy claras y por ende no dejan duda alguna.

³⁴ Diccionario Enciclopédico Salvat Universal Op. Cit., p. 53

³⁵ Diccionario Enciclopédico Quillet Op. cit. p. 223

³⁶ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p. 441



Retomando dichas definiciones podemos ver que todas citan en su contenido el término engendrar, que no es otra cosa más que la causa o propagación de cualquier especie, y que en el caso del ser humano abarca desde el momento del nacimiento del concebido, es decir, desde la fecundación del óvulo, incluyendo la etapa de desarrollo embrional, hasta el alumbramiento; dicho embrión en su desarrollo únicamente dura dos meses, mismo que al ir creciendo aumenta el tamaño de la matriz o útero, transcurrido este período se denomina feto, mismo que dura hasta el momento del alumbramiento, incluyendo ambos períodos que son los que constituyen el embarazo, se puede contemplar una duración alrededor de 273 días o 40 semanas, contadas a partir del momento en el que el nuevo ser es concebido.

“La procreación como fin del matrimonio es reconocida en todas las legislaciones y por todos los autores”³⁷, al respecto se puede destacar que dicha finalidad es una consecuencia de uno de los deberes

³⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., Op. cit., p. 67

del matrimonio conocido como débito carnal, mismo que deriva de los preceptos que rigen dicha figura.

Como se desprende de los antecedentes expuestos en el capítulo primero las garantías surgen a raíz de la evolución de la libertad del hombre; así pues se tiene que la libertad es la condición del hombre que no está sujeto a la esclavitud; libertad que se adquiere al nacer y se pierde con la muerte, sin embargo dicha libertad se ve restringida, esto hablando jurídicamente, toda vez que una persona que no es mayor de edad, no está dotada de libertad plena, en cuanto a que se restringen sus actos, es decir, no pueden manifestar su voluntad libremente; no así con las personas mayores de edad, las cuales si tienen capacidad de ejercicio, mismo que surge cuando se cumplen los 18 años de edad, y se pierde con la muerte, pero éstos al igual que los menores de edad, se rigen por distintos ordenamientos jurídicos que les permiten y les prohíben realizar determinadas cosas libremente, siempre y cuando se apeguen a los preceptos jurídicos que el Estado les impone.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO VI

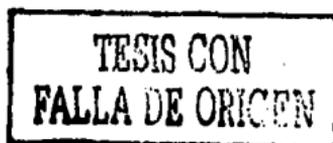
EL ABORTO

4.1 BREVE REFERENCIA DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO

"Para el Derecho Penal, el aborto es la interrupción intencional, violencia ilegítima del proceso fisiológico de la gravidez, con destrucción del embrión o muerte del feto".³⁸

El concepto que se ha aludido es el que opera en la legislación Argentina, en la cual se puede observar que se habla de la interrupción del proceso fisiológico, refiriéndose con eso al embarazo mismo, trayendo como grave consecuencia dicha interrupción, la destrucción del embrión, si se provoca dentro de los dos primeros meses del embarazo, o la muerte del feto, si ésta se da transcurrido aquel tiempo:

³⁸ RANIERI, Silvio. "Manual de Derecho Penal" Tomo V, Parte Especial. Editorial Temis, Colombia 1974 p 181



es decir, solo se puede considerar destruido el embrión porque como todos sabemos, éste no está dotado de vida plena, sino que se encuentra en vías de desarrollo, etapa que va desde el momento mismo de la fecundación, hasta el momento previo al que en puede adquirir vida; ya que una vez que adquiere vida se denomina feto, motivo por el cual, y en atención a la definición antes citada se habla de muerte del mismo y no de destrucción, como en el período embrionario, siendo justamente ésta la diferencia entre la figura embrional y fetal.

Si estudiamos un poco acerca de los países occidentales, podemos darnos cuenta, que en sus legislaciones penales, es permitido el aborto si lo lleva a cabo un médico especializado, cubriendo las condiciones higiénicas necesarias para la práctica del mismo.

Así pues, y en atención a los expuesto líneas arriba, podemos observar que las legislaciones referidas, se toman en cuenta

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

básicamente dos cuestiones, por un lado el plazo y por otro se encuentran las indicaciones.

Tocante al plazo, los países occidentales permiten el aborto si se practica en un mínimo de gestación de 12 semanas o un máximo de 24 semanas.

Por lo que respecta a las indicaciones se puede señalar que éstas son las que permiten el aborto, "si es que existiere peligro de afectar física o psíquicamente la salud de la madre (indicación terapéutica); si la concepción es fruto de un delito contra la autodeterminación sexual de la mujer, la violación por ejemplo, (indicación ética o jurídica); si el feto es portador de taras congénitas que tengan como resultado previsible determinadas formaciones físicas o psíquicas (indicación eugenésica), y por último si la situación económica, social o familiar de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la madre o de los que convivan con ella de manera estable, pudiera verse alterada gravemente (indicación social)³⁹

De las cuatro indicaciones mencionadas, en nuestro país las dos primeras, es decir la indicación terapéutica y la indicación ética o jurídica; son las que no se sancionan; tratándose del aborto terapéutico y aquel en el que se puede dar a luz a un ser no deseado por ser producto de una violación. Con relación a esto, es importante mencionar que es una forma específica del aborto genérico y que nuestro Derecho Penal Mexicano lo excluye de toda sanción, por encontrarse en peligro la vida de la madre, sin embargo también es de suma importancia señalar que la vida del concebido está en peligro; en este caso, en el que está en peligro la vida de los dos "se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía."⁴⁰

³⁹ Círculo de Lectores. Op. cit. p. 10

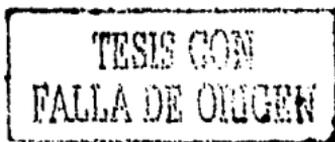
⁴⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando "Fundamentos Elementales del Derecho Penal" Parte General. Cuadragésima Segunda edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 208

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.2 EL ABORTO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

Cuando se habla de Derecho como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, variación en los distintos pueblos y épocas, y por lo tanto en las instituciones de aquellos, sin embargo se puede expresar con toda seguridad que si bien no se contemplan dentro del derecho las mismas cuestiones para cada pueblo por tener cada uno costumbres distintas, podemos decir que su objetivo es el mismo, ya que siempre ha ido encaminado a regular la conducta de quienes lo observan.

El derecho para su buen estudio, está dividido en dos grandes ramas, que son el Derecho Publico y el Derecho Privado; división que fue llevada a cabo por los juristas romanos, en su concepción conocida

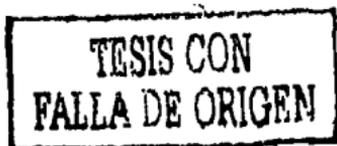


como la teoría del interés en juego, es decir, según se atendiera a intereses sociales o particulares.

Dentro del Derecho Público interno encontramos lo que es el Derecho Penal y que se entiende, según el concepto que no da García Maynez citando a CUELLO CALON, como "un conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad"⁴¹, es decir, es una serie de principios de legalidad, sin los cuales no existiría ni el delito ni la pena, ya que no estarían previstos por la ley. El término delito proviene del supino Delictum, del verbo Delinquere que significa dejar y el prefijo De, que en su conjunto significa dejar de abandonar el buen camino.

El significado de la palabra delito ha ido evolucionando en las distintas legislaciones, así podemos observar que el Código de esta

⁴¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo Op cit. p. 132



materia en 1871 lo definía como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda"⁴², dicha definición actualmente la encontramos en el Código Penal de 1931, que al respecto nos dice que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Como hemos visto, la definición aludida habla de delitos, señalar a cada uno de ellos sería prácticamente interminable, sin embargo, por el momento únicamente se hará referencia a uno de ellos y del cual nos ocuparemos en el presente capítulo ya que es la parte fundamental de este trabajo de investigación.

Si nos remontamos al ordenamiento penal mexicano que data de 1871, nos encontraremos con que el artículo 569 daba una definición del aborto como delito, siendo en su momento el único texto, no solo en México, sino en el Mundo, refiriéndose a éste, no por la privación de la

⁴² VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano, Décima Primera edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, p. 202

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

vida del producto de la concepción, sino por los artificios o maniobrabilidad tendiente a provocar el aborto.

El contenido del referido artículo expresaba: "llámese aborto en Derecho Penal a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuera la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad. Cuando ha comenzado ya el octavo mes de embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas del aborto".⁴³

Esta definición que nos da el Código Penal de 1871 es muy clara, ya que considera aborto a la muerte del concebido, sin importar la etapa de embarazo, es decir, a diferencia de la definición que proporciona la obstetricia, que consideraba como tal, a la muerte del mismo, pero solo hasta antes del sexto mes de gestación. El precepto del ordenamiento antes mencionado se refiere a que para ser considerada dicha figura

⁴³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. "Derecho Penal Mexicano" Editorial Porrúa, S. A., México 1991 p. 129

debe existir total ausencia de necesidad; esto se señala porque la necesidad es causa suficiente para evitar la sanción a que comúnmente se hace acreedor un sujeto.

Se refiere a la necesidad que puede existir en caso de que la madre esté en peligro de muerte a consecuencia del embarazo y que dicha consecuencia la orille a producir el aborto.

Las variantes en estas definiciones son aún más claras, porque aún y cuando se habla de parto prematuro, los períodos para ser considerados así, en cada uno varía, ya que mientras aquella dice que debe ser en los últimos tres meses, ésta dice que debe ser una vez iniciado el octavo mes.

A pesar de todas esas diferencias, para el mencionado ordenamiento, siempre existirá castigo, es decir, sin considerar si es

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

viable o no, salvo en lo que ya se ha mencionado, que es la mediación de la necesidad.

Por otra parte cabe señalar que en la legislación de 1929, no existió gran variación, con relación a la definición de aborto, dada en el ordenamiento de 1871, ahora bien, con relación a dicho delito, en el reciente ordenamiento, no se señalaba sanción para las mujeres abortadas, y que de acuerdo al punto de vista de los distintos juristas, se cree que se ha señalado así, con la finalidad de que los mismos acudieran a denunciar a sus autores. Al respecto se considera que los legisladores pudieron haber pensado en la teoría que actualmente conocemos y que consiste en que cuando la mujer consiente dicha muerte y expulsión del feto, no debe considerarse como delito, ya que ella puede hacer con su cuerpo lo que quiera.

Mucho se ha hablado en torno a la variación de ideas que existió en el contenido de los preceptos que se refieren al delito de aborto, ya

viable o no, salvo en lo que ya se ha mencionado, que es la mediación de la necesidad.

Por otra parte cabe señalar que en la legislación de 1929, no existió gran variación, con relación a la definición de aborto, dada en el ordenamiento de 1871, ahora bien, con relación a dicho delito, en el reciente ordenamiento, no se señalaba sanción para las mujeres abortadas, y que de acuerdo al punto de vista de los distintos juristas, se cree que se ha señalado así, con la finalidad de que los mismos acudieran a denunciar a sus autores. Al respecto se considera que los legisladores pudieron haber pensado en la teoría que actualmente conocemos y que consiste en que cuando la mujer consiente dicha muerte y expulsión del feto, no debe considerarse como delito, ya que ella puede hacer con su cuerpo lo que quiera.

Mucho se ha hablado en torno a la variación de ideas que existió en el contenido de los preceptos que se refieren al delito de aborto, ya

que si bien es cierto que el concepto para ambas legislaciones, fue exactamente el mismo; cabe destacar que en la legislación de 1929 no se hablaba de sanción alguna para la mujer embarazada sin importar cual fuere el tipo de aborto que se le practicara, y que como se ha mencionado, la finalidad de no establecer sanción para la embarazada, iba encaminado a que ella misma hiciera del conocimiento de las autoridades el acto de que había sido objeto, y por ende proporcionar los datos de quienes lo llevaron a cabo.

Tomando en cuenta las tres legislaciones, se puede decir, que mientras las dos primeras (legislación de 1871 y legislación de 1929) sancionaban del delito en atención a los actos o maniobrabilidades que lo provocaban, la legislación actual se refiere básicamente a la privación de la vida del feto; ya que como sabemos, el concebido es uno de los bienes jurídicos tutelados, motivo por el cual es sancionado. El actual concepto del delito de aborto lo encontramos en el artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal.



4.2.1 CONCEPTO DE ABORTO

Ahora bien, la palabra aborto proviene del término latín Abortus, cuya raíz Ab significa privar y Ortus, nacimiento, o sea, privar el nacimiento. De tal forma que consiste en la "acción de abortar, es decir, parir antes del tiempo en el que el feto pueda vivir"⁴⁴. Esto es lo que comúnmente conocemos como aborto en nuestro país, sin embargo, es importante mencionar que no es la definición que se da en nuestro sistema jurídico. Para aludir la referida definición en nuestro derecho, sería de mayor importancia hacer una observación del notable desarrollo que la misma ha tenido en las distintas legislaciones.

Para el Código Penal para el Distrito Federal "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

⁴⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit.

4.2.2 DIVERSOS TIPOS DE ABORTO

Sobre el aborto podemos señalar tres principales clases, las cuales son:

ABORTO PROCURADO.- Al respecto, el artículo 332 del Código Penal vigente para el Distrito Federal señala que "se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto..."; en esta figura la madre es el sujeto activo, ya que es ella la que por sí misma lleva a cabo todos los actos tendientes a causar la muerte al feto, mismos que pueden ser directamente a través de maniobras o mediante la ingerencia de cualquier sustancia cuyos componentes alcancen dicho fin.

Este tipo de aborto sí se sanciona, porque no media ninguna de las indicaciones por las cuales puede excluirse de la pena, y que como

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hemos visto, se trata de que exista peligro para la vida de la madre, así como por cuestiones de violación.

Para ser considerado como aborto procurado, es de suma importancia que el mismo sea ocasionado íntegramente por la propia embarazada, es decir, ella es el agente principal, siempre que no tenga colaboración de persona distinta a ella, ya que si esto ocurriera se trataría de un aborto consentido.

ABORTO CONSENTIDO.- Con relación a esto, el artículo 330 del ordenamiento citado con antelación nos dice que: "Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella..."; por su parte el artículo 332 señala: "...o consienta en que otro la haga abortar..."; esta figura se da cuando la madre autoriza o pide a otra persona, para que en su lugar lleve a cabo todos los actos tendientes a producir la muerte del feto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De tal forma que en esta figura la madre no se practica el aborto directamente, sino que es ella la que de alguna forma coopera, otorgando su consentimiento para que el aborto se lleve a cabo. Al respecto es importante destacar que si la madre realiza algún acto con la misma finalidad, aún cuando no haya sido definitivo por intervenir otra persona, se le considera como aborto consentido.

El consentimiento otorgado por la madre debe ser voluntario, ya que de ser arrancado de cualquier forma no tendría validez para encuadrarse en esta figura.

La diferencia entre el aborto procurado y el aborto consentido, es que en el primero lo lleva a cabo la propia embarazada, sin intervención de persona alguna, mientras que en el segundo pueden actuar conjunta o separadamente la embarazada y otra persona distinta a ella.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ABORTO SUFRIDO.- El artículo 330 en otra de sus partes menciona que "... Cuando falte el consentimiento..., y si mediare violencia física o moral,...". En este tipo de aborto la madre es la víctima del acto, ya que al ser producido en los términos de este artículo, la madre puede llegar a sufrir lesiones graves e irreparables.

A este respecto Mariano Jiménez Huerta, citando a Carrara nos dice que: "cuando la mujer no consiente el aborto, los sujetos pasivos del delito son dos, esto es, la mujer a la que se causa el aborto y el feto que se mata."⁴⁵

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano "Derecho Penal Mexicano". Tomo III, Sexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983. p. 187

4.3 ABORTO MÉDICO

El aborto en este campo tiene dos acepciones o significados, por un lado se puede señalar el que nos da la Obstetricia y por otro el Médico-Legal.

En atención a la Obstetricia, el aborto se entiende como "la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable o sea hasta el final del sexto mes de embarazo; la expulsión en los tres últimos meses se denomina parto prematuro, por la viabilidad del producto"⁴⁶, en ese sentido se puede decir que para que se le considere como aborto, primero que nada se tiene que abarcar todo el período embrional y parte del fetal, sin que éste transcurra hasta agotarse, ya que si la expulsión del concebido se da dentro de los tres meses previos a su nacimiento, ya no se le podría considerar como aborto, sino como parto prematuro

⁴⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco Op cit. p 128

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

porque el nuevo ser ya tiene altas posibilidades de vida extrauterina. La diferencia que se puede señalar entre el aborto y el parto prematuro, es justamente que en el primero existe el concebido pero no está dotado de vida plena, sino que depende de la vida de la madre y por lo tanto si por cualquier causa se expulsa del vientre de la madre no tiene posibilidad alguna de vivir; mientras que en los tres meses previos al alumbramiento, el concebido si puede nacer vivo, solo que por causas extranaturales no se llega a dar, motivo por el cual se le denomina parto prematuro; variando por ende la denominación. Así pues, este término o referencia que nos da la Obstetricia se refiere a cierto período del embarazo y como ya se mencionó solo se le puede considerar como tal en época de no viabilidad del concebido.

Con relación al aborto desde el punto de vista médico-legal, se han emitido varias definiciones que han tratado de dejar en claro lo que es esta figura, logrando en gran parte su cometido. Al respecto González de la Vega citando a Tardieu, nos dice que: "El aborto es la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

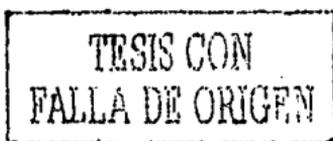
expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción, independientemente de todas sus circunstancias de edad, de viabilidad y aún de formación regular⁴⁷. Una definición parecida es la que nos da Garud al señalar que "el aborto es la expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción"⁴⁸; otra poco distinta a las señaladas con anterioridad, es la que nos da Lacassagne diciendo que "el aborto es la intervención voluntaria que determina la muerte o expulsión del producto, modifica o suspende el curso normal del embarazo".⁴⁹

Como se puede observar en las tres definiciones citadas, todas concuerdan, si no en todo el contenido, sí en la mayoría de sus puntos, sobre todo al referirse a que tiene que ser un acto voluntario, que de acuerdo a lo que nos dice el Derecho Privado, no es otra cosa más que la "intención de un sujeto que intenta la consecución de determinados efectos jurídicos", es decir, es una intención que se manifiesta o se

⁴⁷ Ídem

⁴⁸ Ídem

⁴⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.



exterioriza, que trae como consecuencia la expulsión o el desprendimiento del feto del cuerpo materno. Como se mencionó, coinciden algunos puntos, pero sin llegar a diferir en alguno de ellos; la última definición señalada, habla de modificar el embarazo, lo cual parece inadecuado, porque no puede existir aborto si no hay expulsión y en la definición referida habla de modificar como cambio de curso.

Ahora bien, ya hemos visto en qué consiste la definición tanto para la Obstetricia como para la Medicina Legal, motivo por el cual, atendiendo a ambos puntos de vista, podemos ver que varían completamente, ya que la Obstetricia se refiere al aborto desde la etapa embrional hasta concluido el sexto mes de embarazo, porque transcurrido ese período ya se considera viable el concebido; mientras que desde el punto Médico-Legal no existe período alguno para ser considerado como tal, incluso sin importar si no es viable o está malformado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

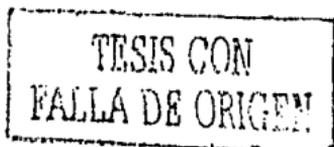
CAPÍTULO V

FALTA DE ADECUACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 4º PÁRRAFO TERCERO DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DELITO DE ABORTO

PROPUESTA

El artículo 4º Párrafo Tercero (actualmente Segundo) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, se encuentra dentro del Capítulo Primero, relativo a las Garantías Individuales, y por ende se puede observar que el referido artículo entraña una garantía individual.

Para poder determinar que tipo de garantía es la contenida en el párrafo segundo del citado artículo, es preciso citar su contenido que a



la letra dice: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos". Una vez conocido el contenido de dicho párrafo, se puede destacar que se trata de una garantía de libertad, consistiendo la misma, en decidir sobre el número de hijos que la pareja de común acuerdo quiera procrear.

Para poder llevar a cabo un estudio más completo de la falta de adecuación entre ambos artículos, me he permitido partir de lo que significa realmente el término "libertad" a la que alude el artículo 4º párrafo segundo, refiriéndome con el mismo a la de procrear, sin embargo, como ya se ha señalado hay que conocer el contenido que entraña dicho término para poder avanzar en el estudio del presente tema.

Al respecto es conveniente hacer mención que el término "libertad" tiene una gran variedad de acepciones, tantas como campos o

ramas en las que se aplique, sin embargo, en este caso concreto me referiré únicamente a la libertad de decisión que tiene la pareja en cuanto al número de hijos que deseen procrear.

De tal forma que en este sentido el término "libertad" consiste en la propiedad de la voluntad, es decir, al encontrarse la voluntad frente a una serie de opciones que la razón le propone, tiene que elegir sola una de ellas, esto a través de reflexiones en la que no exista presión alguna.

De lo anterior se puede decir, que el raciocinio de las personas es anterior a su libertad, de ahí que se señale que la libertad de cada persona aumentará en la medida que actúen con apego a su propia razón.

Si el multicitado artículo habla de la libertad de procrear, y aquella se entiende como el acto en el cual la voluntad debe elegir una de las opciones que la razón le propone, puede ocurrir que una vez que



exista el embarazo, la pareja opte por no concluirlo, para evitar el nacimiento del producto no deseado, por así convenir a sus intereses, lo cual desde mi opinión personal es legal, en atención a que el referido precepto jurídico no prohíbe dicho acto abortivo.

Por otra parte, citando la definición del delito de aborto, podemos observar que se habla de "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", por lo tanto atendiendo al desarrollo de la preñez se puede ver que abarca desde la fecundación hasta el alumbramiento, período en el cual se encuentra la etapa embrional y la etapa fetal, corriendo la primera desde el momento de la fecundación hasta transcurridos los dos primeros meses, en dicho período el embrión no se encuentra lo suficientemente maduro para vivir fuera del útero y no es otra cosa mas que una posibilidad de vida, por tal razón resulta inadecuado hablar del término muerte en la definición de aborto, cuando el embrión carece de vida plena, en todo caso, se tendría que hablar de destrucción del embrión y no de muerte del mismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Retomando la libertad de procreación a que se refiere el artículo 4º, párrafo tercero (actualmente segundo) de nuestra Constitución y la inadecuación del término "muerte" a que se refiere la definición de aborto que se encuentra señalado en el artículo 329 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en opinión personal, resulta totalmente dentro del ámbito de la legalidad para practicar el aborto; en primer término porque como ya se ha señalado, la Constitución Política actual no lo prohíbe y por otra parte el mal empleo del término muerte, por no existir en el embrión vida suficiente para poder subsistir fuera del útero.

Desde mi punto de vista, la prohibición del aborto no tiene ningún sustento constitucional, toda vez que como se ha dicho existe la libertad de procrear, como una de las garantías individuales que la propia Constitución Mexicana crea o reconoce; motivo por el cual debe hacerse efectiva. Ahora bien, aunado a lo anterior, los legisladores al dar el concepto, incurrieron en grave error al hablar de muerte refiriéndose al producto en todo el proceso del embarazo, lo cual, como

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en su momento se señaló, no puede ocurrir porque en la etapa embrional éste no tiene vida plena, de tal forma que en ese sentido sería adecuado utilizar el término "destruir", en lugar del término "muerte", para referirse al embrión; tomando en cuenta que el embrión carece de madurez para vivir fuera del útero, sería importante desde mi opinión, que se legislara con relación a permitir el aborto en ese período o de lo contrario se hiciera la distinción entre la destrucción del embrión y la muerte del feto.

La propuesta de que el aborto sea permitido en sus dos primeros meses, va encaminada a no provocar problemas de otra índole, ya que al no ser legal el mismo, las personas acuden a practicarlo en condiciones insalubres y por personas que carecen de instrucción suficiente para que el aborto se lleve a cabo, lo cual pone en peligro también la vida de la madre.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tomando en cuenta el surgimiento de las garantías en Inglaterra y en Francia, podemos observar que se dan en forma distinta, ya que en el primer surgen en forma lenta y sucesiva como resultado de distintos hechos históricos, mientras que en el segundo se dan de forma imprevista y repentina, tras el cambio de régimen monárquico por el régimen democrático individualista.

SEGUNDA.- Con relación a lo señalado en el punto que antecede, se encuentran las causas que originaron el nacimiento de dichas garantías individuales, de lo cual se distingue que en Inglaterra fueron causa de la manifestación de sentimientos o ideas impulsadas por el propio pueblo, mientras que en Francia se originaron a través de una serie de teorías o doctrinas llevadas a cabo principalmente por Rousseau.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TERCERA. - Si en los países antes mencionados fue muy difícil el surgimiento de las garantías individuales, en México y Estados Unidos de Norteamérica se puede decir que lo fue un poco más, debido a que ambos países estaban sometidos a una potestad exterior de españoles e ingleses respectivamente; motivo por el cual tuvieron primero que liberarse del dominio de aquellos y posteriormente elaborar su propias constituciones, las cuales contienen las garantías individuales.

CUARTA. - La Independencia de Estados Unidos de Norteamérica y México se dio en forma similar, ya que ambos países iniciaron con movimientos tendientes a separarse, fracasando en varios intentos, pero finalmente alcanzándola; el primero de éstos con la aprobación de la Declaración de Independencia, texto elaborado por Thomas Jefferson, mientras que en México, la proclamó el Cura Hidalgo, siendo hasta la aprobación del Plan de Iguala, cuando queda totalmente definida la misma.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

QUINTA.- Marcada ha sido la variación que han tenido las Constituciones que han regido en México, con una tendencia evolutiva, es cierto, pero sin lograr plenamente su cometido, ya que la que data del año 1824 fue muy escueta, la que operó en 1857 presentó mayores variantes, con relación a la primera, adecuándose un poco más a las necesidades del pueblo; la de 1917, está más actualizada y por lo tanto más completa, sin embargo, al igual que en las anteriores no se contemplan varias situaciones de la realidad social del nuestro país, además de que sus preceptos dan lugar a diversas interpretaciones, provocando por ende un clima de marcadas contradicciones.

SEXTA.- En relación al término "Garantía Individual", no existe una definición que sea de acepción universal, ya que las que han sido emitidas varían en su contenido, sin embargo, debe entenderse que consiste en una autolimitación del poder del Estado, para que en el ejercicio de las funciones de sus gobernantes, éstos no violen los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

derechos de las personas en su calidad de gobernados, mismos que derivan de los preceptos jurídicos contenidos en la propia Constitución.

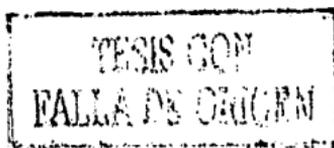
SÉPTIMA.- Al hablar del término "Garantía Individual", es preciso aludir el origen de la justicia, ya que ésta última no se daba si no existían leyes o normas, de ahí que se sobreentienda que la justicia se originó con la creación de los preceptos jurídicos, siendo éstos los que contienen las garantías individuales.

OCTAVA.- Si tomamos en cuenta que la libertad no es otra cosa mas que la propiedad de la voluntad en la cual, ésta última tiene que optar por una hipótesis de entre las distintas que la razón propone, se puede decir entonces, que el raciocinio del que está dotado cada persona, es anterior a su propia libertad y por lo tanto aumentará en la medida en que cada uno reflexione con apego a su propia razón.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

NOVENA.- Entre las finalidades del matrimonio se encuentra la procreación, consistente en engendrar para perpetuar la especie; una vez entendido lo que es la libertad y lo que es la procreación, nos encontramos con que si dentro de la hipótesis que la razón nos propone está el alumbramiento y el aborto, inclinándose finalmente por éste último, es válido en atención a que se está actuando con apego al artículo 4º párrafo segundo (anteriormente tercero) de nuestra Constitución Política, además de ser el precepto una concepción racional.

DÉCIMA.- En nuestro Derecho Penal Mexicano al definir el aborto se habla de la muerte del producto de la concepción, sin embargo, habría que recordar que durante el desarrollo del embarazo, éste se constituye por la etapa embrional y la etapa fetal, de ahí que se considere inadecuado utilizar el término muerte para referirse al primero, esto en atención a que el embrión no está dotado de vida plena.



DÉCIMA PRIMERA.- En los países occidentales se permite el aborto, tomando en cuenta las indicaciones, tales como la eugenésica, que consiste básicamente en que el feto está malformado o porte taras congénitas, esto previo exámen médico; así como la indicación social, cuando por causas económicas, sociales o familiares puede alterarse el desarrollo del infante; estas indicaciones las omite el Derecho Penal Mexicano, sin embargo, por su importancia debería permitirse y así evitar sufrimientos para el menor y sus familiares.

DÉCIMA SEGUNDA.- El concepto de aborto en las distintas legislaciones que ha tenido vigencia en México han ido evolucionando notablemente, sin embargo, considero muy inteligente la idea contenida en el Código Penal de 1929, en el sentido de no sancionar a la mujer abortada, en atención a que pueden hacer con su cuerpo lo que quieran; por otra parte, si el objeto es sancionar a los cómplices, podrian las mismas abortadas acudir a denunciarlos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

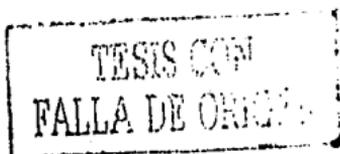
BURGOA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Trigésima Tercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.

BAZDRESCH, Luis, Las Garantías Constitucionales, Quinta edición, Editorial Trillas, México 1983.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Primera edición, Heliasta, Argentina, 1989.

CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.



GARCÍA GRANADOS, Ricardo. La Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma en México, Tipografía Económica, México, 1906.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estado del Derecho, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo III, Sexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

NORIEGA, Alfonso. La Naturaleza de las Garantías Individuales, UNAM, México, 1967.

ORTIZ RAMÍREZ, Serafín. Derecho Constitucional Mexicano, Segunda edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PRITCHARD, Jack A. , MACDONALD, Paul C., GANT, Norman F.
Williams, Obstetricia, Tercera edición, Salvat Mexicana de Ediciones,
México, 1987.

RABASA, Emilio, El Juicio Constitucional, Editorial Porrúa, S. A.,
México, 1955.

RANIERI, Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo V, Parte Especial,
Temis, Colombia, 1975.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, Los Derechos del Hombre en la
Revolución Francesa, UNAM, México, 1956.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Décima Primera
edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISLACIÓN

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS**

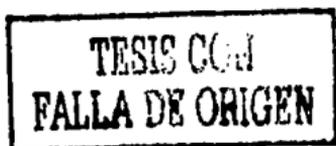
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Círculo de Lectores, Volumen 4, Plaza & Janes, Barcelona, 1984.

Diccionario Enciclopédico Quillet, Cumbre, México, 1976.



Diccionario Enciclopédico Salvat Universal, Barcelona, 1987.

Diccionario Jurídico Mexicano, Quinta edición, Editorial Porrúa, S.A.,
México, 1992.

Nueva Enciclopedia Temática, Tomo II, Cumbre, México, 1987.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN