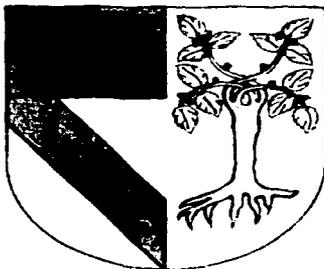


352909
2
Universidad Panamericana

Facultad de Derecho

Con estudios incorporados a la UNAM



¿Nasciturus o Moriturus?

***Consideraciones diversas en torno a la protección
jurídica plena del concebido no nacido.***

Tesis

que para obtener el título de Licenciado en Derecho

presenta

José Guillermo Bustamante Ruisánchez

Director de tesis: Lic. Miguel Ángel Lugo Galicia

México, D.F.

2002

1
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.

*A ti mi Rosy, presencia constante y sonrisa mágica.
Porque eres mía, te pienso siempre, te siento siempre
y te extraño más.
Este trabajo es tuyo, te lo prometí.
Me enseñaste con tu vida el valor de la vida.
Entrega y fortaleza, amor y ternura convertida en mujer.
Vienes del cielo a compartir tu imagen.
Conservo intacta tu belleza
y el valor eterno de nuestra promesa.
Te amo, lo sabes.*

*A ti Regina, mi bebida preciosa, porque alegras mis días,
iluminas mi camino y alientas mi esperanza.
Me das sentido y claves para descifrar la vida.
Relicario vivo de mi amor por tu mamita.*

A Cristo Rey, Señor de la vida, por las innumerables bendiciones que de Él he recibido y a su amorosa Madre, María Santísima, auxilio y fortaleza en las adversidades.

A mis padres, Bibi y Memito, porque nos han amado y su ejemplo siempre ha dicho más que las palabras. Con profunda gratitud, admiración y respeto. Sé que lo que soy ahora es gracias a ellos. Espero ser motivo de orgullo.

A mis hermanos Pilar, Gerardo, Estibaliz, Alejandro y Rodrigo con quienes comparto el valor profundo de ser familia. Por nuestros momentos, las risas y la complicidad. Su apoyo ha sido real y permanente. Los quiero mucho.

A mis abuelitos y a Mamina. Porque están presentes en mis recuerdos de infancia y en la trayectoria de mi vida.

Al Chato y a Lupita, a Giovanni, Toño, Ana y Gabriel por compartir conmigo la alegría de Rosy. A Marcos y Lucero, Sergio y Amanda, Tina, Ema, Chela y Julio, Jorge y Lourdes, al Güero y Mari, y a toda la familia por su apoyo y su cariño.

A Emilio y Dani, César y Covi, Esteban y Adri, Beto y Mónica, Roberto y Marcela, Lulú y Luis, Javier y Diana, Nacho, Carlos, Maricarmen, Ernesto, Lariza, Roger y a muchos amigos más, esperando que la vida me de la oportunidad de demostrarles todo lo agradecido que estoy por su presencia, sobre todo en los momentos difíciles.

A la Universidad Panamericana, en especial a la Facultad de Derecho y a sus catedráticos, eminentes juristas que me enseñaron la ciencia del Derecho.

A México, esperando contribuir en algo para la construcción de una Patria libre y generosa.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE	
CONSIDERACIONES DE DIVERSAS DISCIPLINAS EN TORNO AL ABORTO	7
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES DE LA BIOLOGIA Y LA MEDICINA RESPECTO DEL CONCEBIDO Y DEL ABORTO	7
1. EL ORIGEN BIOLÓGICO DE LA VIDA HUMANA	7
2. DESARROLLO BIOLÓGICO DEL EMBRIÓN	12
2.1. FECUNDACIÓN	12
2.2. ANIDACIÓN	13
2.3. DIFERENCIACION DE ORGANOS Y FUNCIONES	14
3. CONCEPTO DE ABORTO	18
4. CLASIFICACIÓN MÉDICA DEL ABORTO	19
4.1. CAUSAS ESPONTÁNEAS O NATURALES DE ABORTO	20
4.2. METODOS ABORTIVOS O DE INDUCCIÓN AL ABORTO	21
4.2.1. Instrumentación	21
4.2.2. Administración de fármacos por cualquier vía	22
4.2.3. Quirúrgicos	24
5. CONSECUENCIAS FÍSICAS Y PSICOLÓGICAS DEL ABORTO EN LA MUJER	26
CAPÍTULO II	
CONSIDERACIONES DE LA FILOSOFIA RESPECTO DEL CONCEBIDO Y DEL ABORTO	33
1. METAFÍSICA: LA GENERACIÓN Y LA CORRUPCIÓN	33
2. ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS RESPECTO DEL CONCEBIDO	38
2.1. LA VIDA	38
2.2. EL HOMBRE	43
2.2.1. El alma	45
2.2.2. El cuerpo	46
2.3. TELEOLOGÍA HUMANA	46

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.4.	LA PERSONA HUMANA Y SU DIGNIDAD	48
2.4.1.	¿Es el nasciturus persona?	55
3.	EL ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA MORAL Y LA ETICA	58
3.1.	EL VALOR DE LA VIDA HUMANA	63
3.2.	EL UTILITARISMO	67
3.3.	LA MORAL KANTIANA	68
3.3.1.	El amor a sí mismo	68
3.3.2.	La causalidad de la libertad en la naturaleza	68
3.3.3.	El imperativo categórico	69
3.4.	LA ETICA PROFESIONAL	69
4.	EL ABORTO DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	70
4.1.	SOCIEDAD, ESTADO Y DERECHO	70
4.2.	LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS CONNOTACIONES	76
4.2.1.	Derechos Humanos y Derechos Individuales	79
4.2.2.	Derechos Humanos y Derechos Fundamentales	79
4.2.3.	Derechos Humanos y Derechos Subjetivos	80
4.2.4.	Derechos Humanos y Derecho Natural	80
4.3.	EL DERECHO HUMANO A LA VIDA	83
4.4.	EL ABORTO: NEGACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA VIDA	85
CAPÍTULO III		
LAS RELIGIONES Y EL ABORTO		87
1.	EL CATOLICISMO	87
1.1.	DISCUSIÓN TEOLÓGICA SOBRE LA INFUSIÓN DEL ALMA: TRATAMIENTO HISTÓRICO DEL PROBLEMA	87
1.2.	EL HOMBRE Y SU ORIGEN DIVINO	89
1.3.	EL ABORTO EN EL DERECHO CANÓNICO	91
1.4.	EL ABORTO EN EL MAGISTERIO DE LA IGLESIA	93
1.5.	EL ABORTO EN EL NUEVO CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA	97
2.	EL PROTESTANTISMO	100
3.	EL JUDAÍSMO	102

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SEGUNDA PARTE	
EL CONCEBIDO Y EL ABORTO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	105
CAPÍTULO I	
EL NASCITURUS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO	105
1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL NASCITURUS	105
CAPÍTULO II	
EL CONCEBIDO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO	111
1. ANTECEDENTES: LA PERSONA EN EL DERECHO ROMANO	111
2. PERSONA Y PERSONALIDAD JURÍDICAS	116
2.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CONCEBIDO	119
3. LA CAPACIDAD	126
3.1. CAPACIDAD DE GOCE	128
3.1.1. La concepción	128
3.1.2. El nacimiento	130
3.2. CAPACIDAD DE EJERCICIO	131
3.3. CAPACIDAD RESTRINGIDA E INCAPACIDAD	132
4. LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO CIVIL	134
4.1. DERECHO A SER HEREDERO	135
4.2. DERECHO A SER LEGATARIO	137
4.3. DERECHO A SER DONATARIO	137
4.4. NOMBRAMIENTO DE TUTOR	137
4.5. DERECHOS REALES	137
4.6. DERECHOS DE ACCIÓN	138
4.7. DERECHO A SER CONSTITUIDO FIDEICOMISARIO	138
CAPÍTULO III	
ASPECTOS PENALES DEL ABORTO	139
1. EL DELITO	139
1.1. CONCEPTO	139
1.2. NÚCLEO, CARACTERES Y ELEMENTOS DEL DELITO	142
1.3. CLASIFICACION DE LOS DELITOS	143

1.4.	CIRCUNSTANCIAS DE LA COMISIÓN DE UN DELITO	146
1.5.	LICITUD, JUSTIFICACIÓN Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD	147
1.5.1.	La legítima Defensa	149
1.5.2.	El Estado de Necesidad	150
1.5.3.	El Cumplimiento de un deber jurídico y el ejercicio de un derecho	151
1.5.4.	Impedimento legítimo: capacidad disminuida y error invencible	152
2.	EL DELITO DE ABORTO	153
2.1.	ANTECEDENTES DEL DELITO DE ABORTO	153
2.1.1.	Código Penal de 1871	153
2.1.2.	Código Penal de 1929	153
2.2.	LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE SOBRE EL ABORTO	154
2.2.1.	Núcleo del delito de aborto	155
2.2.2.	Caracteres del delito de aborto	156
2.2.3.	Elementos del delito de aborto	157
3.	CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE ABORTO	158
3.1.	ABORTOS PUNIBLES	158
3.1.1.	Aborto Genérico	158
3.1.2.	Aborto Procurado	158
3.1.3.	Aborto Consentido	159
3.1.4.	Aborto Sufrido	160
3.2.	ABORTOS IMPUNES	161
3.2.1.	Aborto Terapéutico	161
3.2.2.	Aborto por violación	162
3.2.3.	Aborto Imprudencial	163
3.2.4.	Aborto por inseminación artificial no consentida	164
3.2.5.	Aborto Eugénésico	164
3.2.6.	Tentativa de aborto	165
4.	SISTEMAS DESPENALIZADORES DEL ABORTO	166
4.1.	SISTEMA DEL PLAZO	166
4.2.	SISTEMA DE LOS INDICADORES	168

5. EL HOMICIDIO Y SU RELACIÓN CON EL ABORTO	170
5.1. EL DELITO DE HOMICIDIO	170
5.2. NÚCLEO DEL DELITO DE HOMICIDIO	171
5.3. CARACTERES DEL DELITO DE HOMICIDIO	172
5.4. ELEMENTOS DEL DELITO DE HOMICIDIO	173
5.5. HOMICIDIO CALIFICADO	174
5.6. COMPARACIÓN ENTRE EL ABORTO Y EL HOMICIDIO	176
CAPÍTULO IV	
TUTELA DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	179
1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	179
2. DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE	180
3. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ)	181
4. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	189
5. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.	189
6. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	190
7. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	191
CAPÍTULO V	
TUTELA DEL NASCITURUS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LABORAL	193
1. LEY GENERAL DE SALUD	193
1.1. LA ATENCIÓN MATERNO INFANTIL	193
1.2. PLANIFICACIÓN FAMILIAR	194
1.3. LA INVESTIGACION PARA LA SALUD	195
1.3.1. Investigación en mujeres embarazadas	196
1.3.2. Investigación sobre reproducción asistida	197
1.3.3. Investigación con embriones y fetos	198
1.4. DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS	198
2. LEY DEL SEGURO SOCIAL	200
3. LEY GENERAL DE POBLACIÓN	201

4. LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS	202
5. LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	204
6. LEY DEL INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES	207
7. LEY FEDERAL DEL TRABAJO	209
CAPÍTULO VI	
REGIMEN PROCESAL APLICABLE AL NASCITURUS	211
1. REPRESENTACION DEL CONCEBIDO	211
2. LA GESTION DE NEGOCIOS	212
2.1. LA GESTION PROCESAL RESPECTO DEL CONCEBIDO	214
2.1.1. Gestión Judicial Civil y Mercantil	214
2.1.2. Gestión Judicial en Materia Penal, Administrativa y Fiscal	214
2.1.3. Gestión en materia de Derechos Humanos	215
2.1.4. Gestión en materia de Amparo	215
3. DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD	217
3.1. LA CONTROVERSI A CONSTITUCIONAL	217
3.2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	217
CAPÍTULO VII	
HACIA UNA PROTECCIÓN JURÍDICA PLENA DEL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	221
1. ELEVAR A RANGO CONSTITUCIONAL LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN.	225
2. REFERIR LA PERSONALIDAD JURÍDICA, SUS ATRIBUTOS Y DERECHOS, AL MISMO MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN, PARA GENERAR UNA TUTELA POR PARTE DEL DERECHO CIVIL QUE SEA ACORDE CON LA NATURALEZA DEL CONCEBIDO.	227
3. ELIMINAR EL TIPO PENAL DE ABORTO, PUES PRIVAR DE LA VIDA AL NASCITURUS ENCAJA PERFECTAMENTE DENTRO DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO.	230
4. ESTABLECER MEDIOS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL PARA EL NASCITURUS.	232
5. INCORPORAR A TODO EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO EL RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LA REALIDAD PERSONAL DEL SER HUMANO CONCEBIDO QUE NO HA NACIDO.	233

6. GENERAR EL MARCO NORMATIVO ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE PROGRAMAS PÚBLICOS QUE PERMITAN ABATIR LA PRÁCTICA DEL ABORTO. 234

CONCLUSIONES 237

BIBLIOGRAFÍA 241

iOídme, Isaías, atended, pueblos lejanos!
El Señor desde el seno materno me llamó,
desde las entrañas de mi madre pronunció mi nombre.
Is. 49,1

INTRODUCCIÓN

Si bien la vida humana es un don sublime y misterioso, también es, sin lugar a dudas, el requisito indispensable para el desenvolvimiento de la existencia, cualidad inherente al ser humano y, por tanto, preexistente a todo ordenamiento jurídico positivo.

Por eso cuando hablamos del derecho a la vida, no nos referimos en modo alguno a su construcción jurídica, sino al reconocimiento del milagro de la vida, realidad o hecho que se torna en jurídico cuando se acepta que tiene consecuencias en las relaciones interpersonales. De ahí que este derecho sea aquél natural, originario y primario que tiene todo ser humano desde que empieza su existencia hasta su muerte, anterior a cualquier legislación positiva, y propio de su naturaleza.

No cabe duda que el derecho a la vida es base y sustento de todos los demás derechos, ya que sin éste, todo esfuerzo por obtenerlos es ilusorio y su ausencia los compromete de modo irremediable. De ahí que la legislación deba tutelarlos, pero no como una concesión graciosa del legislador, postura que ha generado consecuencias desastrosas, sino como un deber de cuidado y respeto por parte de la sociedad, para garantizar una convivencia pacífica y ordenada.

En el largo proceso histórico en el que se van descubriendo, reconociendo y consagrando los derechos humanos, se ha proclamado abiertamente la defensa y salvaguarda de la persona y su dignidad; a pesar de que la gran mayoría de los países que integran la comunidad internacional se han pronunciado en ese sentido, el hecho es que en todas las latitudes se sigue atentando contra las prerrogativas esenciales de la persona humana, y especialmente se sigue vulnerando el más sagrado de los derechos humanos: el derecho a la vida.

En efecto, a pesar del supuesto progreso humano, podemos constatar como hoy en día se viene negando la importancia fundamental de la vida humana y, naturalmente, son los miembros más débiles de la sociedad los que están en mayor riesgo: los no nacidos, los niños, los enfermos, los minusválidos, los pobres, los inmigrantes, los desocupados y los refugiados.

La profunda inquietud y preocupación por esa dramática situación que confronta el mundo de nuestros días, ha sido el motivo para insistir, a través de la presente investigación, en que el respeto del derecho a la vida es el presupuesto para el respeto a todos los demás derechos humanos y para la construcción de una

PAGINACIÓN DISCONTINUA

verdadera civilización del amor a la altura de la dignidad humana; razón por la cual es indispensable y urgente encontrar los instrumentos jurídicos que nos permitan protegerla y mantenerla.

Sin embargo, en el caso del concebido que aún no nace, su protección dista mucho de ser acorde con la dignidad de la que se encuentra revestido, por eso el título de este trabajo pretende ser sugestivo, al plantear si el nuevo ser, con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente es en realidad nasciturus o moriturus. No lo sabemos. Lo que si sabemos es que debemos comprometernos hasta sus últimas consecuencias en salvaguardar el valor sagrado de la vida humana.

El 3 de febrero de 1980, con ocasión de la celebración de la *Jornada por la Vida*, Juan Pablo II expresó lo siguiente: *"No olvidemos que cuando se viola el derecho a la vida de una persona, se asesta un golpe al corazón mismo del orden moral y jurídico, que tiene como finalidad la tutela de los bienes inviolables del hombre. En esta Jornada, se confía una consigna al compromiso de cada una de las personas solícitas del verdadero bien social: 1) Acoger la vida, como un don inestimable, que hace más rica a toda la familia humana; 2) Defender la vida, especialmente la más débil e inerte, oponiéndose a todo ataque que intente humillarla, oprimirla o destruirla; y 3) Promover la vida, ofreciendo la propia colaboración generosa a toda iniciativa que favorezca su elevación hacia metas más dignas de seres humanos, llamado en Cristo, a participar de la vida misma de Dios"*.

Atendiendo a lo anterior el presente trabajo tiene los siguientes propósitos:

1. Se dirige como un llamado de atención a la conciencia, para reflexionar sobre la amplitud y gravedad de las múltiples agresiones y amenazas que existen en contra del ser humano concebido, pero también quiere ser un impulso que aliente a los hombres de buena fe a mantener y promover el respeto a la vida.
2. Busca unirse al propósito de varios juristas de poner la *"ciencia jurídica"* al servicio de causas justas y nobles.
3. Quiere ser una respuesta a la invitación que su Santidad Juan Pablo II hace a los laicos comprometidos y a los intelectuales para *"poner de relieve las razones antropológicas que fundamentan el respeto de cada vida humana"*.¹

Es un deber no permanecer callados ante campañas engañosas que pretenden defender aspectos parciales de la vida, pero que en realidad atentan directamente contra ella. No podemos cerrar los ojos ante la eliminación masiva de seres humanos inocentes por medio de la práctica indiscriminada del aborto. El tema es de incalculable trascendencia, ya que se está poniendo en entredicho el regalo más preciado con que cuenta la humanidad.

¹ JUAN PABLO II, *Evangelium Vitae*, Documentos Pontificios 44, Librería Parroquial de Clavería, México, 1996, numeral 82, p. 148

El tratamiento de este tema se justifica actualmente como consecuencia de la resolución histórica y sin precedentes, pero a la vez contradictoria, que dictó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, por virtud de la cual, se declaró constitucional la inclusión en el Código Penal del Distrito Federal, de la excusa absolutoria relativa al aborto eugenésico, así como la facultad del Ministerio Público para autorizar la interrupción de embarazos que hayan sido producto de una violación o de una inseminación artificial no consentida. Esta sentencia de modo inexplicable se sustentó única y exclusivamente en criterios jurídico-positivos dejando de lado todos los datos aportados por otras materias.

Afirmamos que esta sentencia es contradictoria porque al mismo tiempo que permite el aborto eugenésico, reconoce que la Constitución Federal protege tanto la vida humana como al producto de la concepción en tanto este último es una manifestación clara de esa vida humana independientemente del estadio biológico en que se encuentre.

La presente investigación busca abordar el tema del aborto desde diversos puntos de vista, que pretenden llegar a la comprobación, a través de distintos caminos, de una hipótesis: Que desde el preciso momento de la concepción el nuevo ser es una persona humana y por tanto merece una protección jurídica plena; además de que, al ser el derecho a la vida de tan alto valor y presupuesto para el desarrollo de los demás derechos, debe tener preeminencia sobre otros de cualquier naturaleza como el derecho a la libertad sexual, a la maternidad o al derecho de la mujer sobre su propio cuerpo. Para ello se divide en tres partes:

La primera surge de la premisa que señala que ninguna ciencia es completamente autónoma, ni siquiera la filosofía y mucho menos el Derecho, por lo tanto, al no contar con esa característica, necesariamente depende del auxilio de otras ciencias para sustentar sus construcciones normativas en verdades o realidades objetivas. Por esa razón es de suma importancia tomar en cuenta lo que otras ciencias como la historia, la medicina, la filosofía o la teología, entre muchas otras, tienen que decir respecto del concebido, en especial sobre su naturaleza humana y personal, ya que ello deberá ser reflejado en el ámbito del derecho.

En efecto, de la visión y concepto que tengamos de persona, dependerá, en mucho, la estructura social, jurídica y política que construiremos. El ser humano debe ser el destinatario de todos estos instrumentos, fomentando su desarrollo y perfección y propiciando un ambiente adecuado para la actualización de sus potencialidades, evitando todo lo que pueda dañarlo y promoviendo aquello que lo beneficie. Por ello esta parte está integrada por cuatro capítulos cuyos objetivos generales son los siguientes:

El capítulo primero busca establecer una base científica incuestionable sobre el origen de la vida del concebido y si se puede afirmar que esa vida es humana desde el momento de la concepción, todo lo anterior desde la perspectiva de la

biología; también se lleva a cabo una descripción detallada del aborto, sus técnicas y consecuencias en la salud del concebido que aún no nace y de su madre.

El segundo capítulo analiza desde el punto de vista filosófico y antropológico la naturaleza propia del ser humano y como el ser concebido comparte dicha naturaleza desde su concepción. También sustenta, desde el punto de vista ético, que el aborto provocado es una actividad intrínsecamente mala.

Este capítulo también se pretende poner de relieve la función social del Derecho como instrumento al servicio de la persona y de la sociedad. Desarrolla el tema de los derechos humanos y específicamente busca resaltar la importancia del Derecho a la vida, demostrando como el aborto provocado constituye una violación a ese derecho fundamental.

El último capítulo de esta parte aborda las posturas de las distintas religiones respecto al aborto, haciendo un énfasis especial en lo que al respecto señala la religión católica, todo lo anterior planteado desde la perspectiva de la "*verdad revelada*".

Si analizamos esta primera parte de manera integral, es decir, interrelacionando las conclusiones que nos brindan las distintas materias que en él se desarrollan, se hace evidente una paradoja de nuestra época científicista y tecnológica: el hecho de que no se reconozcan, para la construcción de un sistema jurídico, los avances de las ciencias empíricas, y se dé paso al individualismo, al relativismo y al hedonismo para satisfacer, aún a costa de esos datos objetivos y comprobables, los apetitos de poder, placer, éxito o dinero. Frente a esta postura es urgente reivindicar la verdadera naturaleza humana, su dignidad y su llamado a un destino sobrenatural.

La segunda parte consiste en un análisis sobre la manera en que se regulan los derechos del concebido en el ordenamiento jurídico positivo de México, al mismo tiempo que se revisa si la protección que se le brinda es suficiente y acorde a su naturaleza. Parte de la premisa de que la existencia de un nuevo ser no puede ser objeto de negociación, discusión o transacción, sino que debe reconocerse esa realidad y tutelarse.

El primer capítulo de esta parte aborda el tema de la protección del concebido en el derecho constitucional mexicano, y busca demostrar como su protección es tácita y requiere de un gran esfuerzo de hermenéutica para ser efectivo.

El segundo capítulo se refiere al tratamiento del concebido, su personalidad y capacidad por parte del Derecho Civil Mexicano. Busca poner de relieve como su personalidad se encuentra reconocida de una manera profundamente limitada, sin una verdadera correspondencia con la realidad de su naturaleza.

El capítulo tercero estudia los aspectos penales del aborto; hace una comparación de la tutela del bien jurídico de la vida en el tipo penal de aborto respecto del de homicidio y trata de evidenciar como la legislación penal vigente lejos de proteger

de manera adecuada a este ser humano incapaz de defenderse por sí mismo, genera una especie de discriminación legal.

El capítulo cuarto aborda el tema de la protección del nasciturus en algunos instrumentos de derecho internacional. Trata de evidenciar como esa protección no ha sido adoptada en su totalidad por el derecho interno, condicionando su efectividad a su conocimiento y aplicación por parte del juzgador.

El quinto capítulo analiza la protección que se le otorga tanto a la madre como al concebido que aún no nace nacido en distintos ordenamientos de carácter administrativo y laboral. De nuevo se pone de manifiesto la existencia de una protección insuficiente del valor de la vida humana por parte de la legislación positiva mexicana.

El capítulo sexto resalta los limitados medios procesales de defensa y representación con que cuenta el nasciturus, evidenciando la insuficiente regulación en esta materia.

El último capítulo de esta parte pretende marcar líneas generales que deriven en una protección jurídica plena del concebido no nacido. Lo anterior implica hacer una pausa para revisar el marco legal vigente y apoyándonos en las ciencias auxiliares del derecho, llegar a conclusiones apegadas a la recta razón que nos permitan desarrollar un marco jurídico en el que se reconozca de forma explícita el derecho humano a la vida del concebido no nacido.

Hoy por hoy, la falta de sentido común, la corriente feminista distorsionada y la perversidad de costumbres impulsan a mucha gente a defender el nefando crimen del aborto. Es hora de sentarnos a reflexionar por unos momentos y sustraernos del torbellino de falacias y sentimentalismos que nublan las mentes aparentemente más objetivas de nuestro tiempo, para poner las cosas en claro a la luz de la recta razón.

Por último, es preciso recordar las palabras que Su Santidad Juan Pablo II nos dirigió a todos los mexicanos en el Autódromo Hermanos Rodríguez con motivo de su segunda visita pastoral a México en 1999: *"Quiero dirigir mi pensamiento hacia el Tepeyac, a Nuestra Señora de Guadalupe, Estrella de la primera y de la nueva Evangelización de América. A ella encomiendo la Iglesia que peregrina en México y en el Continente americano, y le pido ardientemente que acompañe a sus hijos a entrar con fe y esperanza en el tercer milenio. Bajo su cuidado maternal pongo a los jóvenes de esta Patria, así como la vida e inocencia de los niños, especialmente los que corren el peligro de no nacer. Confío a su amorosa protección la causa de la vida: ¡Que ningún mexicano se atreva a vulnerar el don precioso y sagrado de la vida en el vientre materno!"*

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

PRIMERA PARTE

CONSIDERACIONES DE DIVERSAS DISCIPLINAS EN TORNO AL ABORTO

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA RESPECTO DEL CONCEBIDO Y DEL ABORTO

Es conveniente analizar el origen de la vida humana primeramente desde la perspectiva de las ciencias empíricas como la medicina, la biología, la genética, la embriología, la hematología, etc., por ser éstas fruto del conocimiento científico puestas al servicio de la recta razón que, a pesar de tener límites, cuentan con la enorme ventaja de ser disciplinas que analizan y se sustentan en hechos objetivos y comprobables sobre el desarrollo humano, que se enseñan en todas las universidades y se aplican en todos los hospitales precisamente por ser datos incuestionables y universalmente aceptados por cualquier hombre de buena voluntad abierto a la verdad, los cuales sólo pueden ser contradichos por afirmaciones sin sustento de personas que sólo desean satisfacer sus ambiciones, justificar su conducta o legitimar sus caprichos.²

1. EL ORIGEN BIOLÓGICO DE LA VIDA HUMANA

La estructura orgánica resultante del proceso biológico llamado fecundación, fertilización o concepción es cada vez más conocida y confirma la tesis de que, ya desde el primer momento nos hallamos ante la presencia de un ser vivo, humano y en etapa de crecimiento, distinto de la madre y del padre. De acuerdo con Jerome Léjeune, profesor de Genética Fundamental de la Universidad de la Sorbona *"la vida tiene una historia muy larga, pero en cada individuo tiene un inicio bien determinado: el momento de la concepción"*.³

² Cfr: ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, Entretejiendo la Cultura de la Vida: Una Aportación desde la Filosofía del Derecho, Universidad Panamericana, México, 2000, p. 17.

³ LEJEUNE, Jerome y otros, Dejadlos Vivir, Rialp, Madrid, 1980, p. 17.

El proceso reproductivo humano se inicia con la unión biológica o fusión del gameto femenino (óvulo) con el gameto masculino (espermatozoide). Cada gameto contiene 23 cromosomas y al unirse constituyen una nueva célula llamada cigoto o huevo de 46 cromosomas del cual no puede resultar más que un hombre y precisamente ese hombre. *"Lo notable es que cuando esas dos células, cuya vida esta a punto de terminar se unen en la fertilización constituyen, desde entonces, un organismo de características estructurales y bioquímicas únicas... y ha quedado ahí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir".*⁴

Por eso, en opinión de Grisez, sería más preciso preguntarnos *"cómo se transmite la vida"* en vez de *"cómo se da la vida"*, ya que la nueva vida unificada se desarrolla a partir de la unión de dos células sexuales también vivas. *"Si las células sexuales maduras no se unen para formar un nuevo individuo mueren rápidamente, ya que son incapaces de convertirse en sangre, nervio, hueso, o músculo a no ser que se unan y formen un nuevo individuo".*⁵

Numerosas autoridades científicas apoyan la idea de que la vida humana empieza con la fecundación. En 1981 el senado de los Estados Unidos consideró la propuesta Bill # 158 *"The Human Life Bill"* del senador John East, en el que autoridades nacionales e internacionales comparecieron ante el senado y testificaron que la concepción marca el inicio de la vida del ser humano.⁶ Los cambios que ocurren en el ser humano desde la fecundación hasta la vida adulta son simples etapas de desarrollo y maduración.⁷

La embriología experimental ha establecido tajantemente que desde las primeras etapas de división celular, existen en los núcleos patrones cromosómicos individualizados, con toda la información genética y específicamente humanos;

⁴ JIMÉNEZ VARGAS, J. y LÓPEZ GARCÍA, G., *Aborto y Contraceptivos. Reproducción Humana*, Pamplona, 1983, pp. 22 y ss.

⁵ GRISEZ GERMAIN, G., *El Aborto (mitos, realidades y argumentos)*, traducido por Luis Bittini, Editorial Sigueme, Madrid, 1972, p. 26.

⁶ Report, Subcommittee on Separation of Powers to Senate Judiciary Committee, S-158, 97th Congress, 1st Session, 1981, p. 7. En dicho reporte se señaló lo siguiente: *"Physicians, biologists, and other scientists agree that conception marks the beginning of the life of a human being, a being that is alive and is a member of the human species. There is overwhelming agreement on this point in medical, biological, an scientific writings"*. Además se citaron autoridades científicas como: Profesor J. Lejeune, Paris, discoverer of the chromosome pattern of Down's Syndrome: *"Each individual has a very neat beginning, at conception"*; Professor W. Bowes, University of Colorado: *"Beginning of human life? -at conception"*; Professor H. Gordon, Mayo Clinic: *"It is an established fact human life begins at conception"*; Professor M. Matthews-Roth, Harvard University: *"It is scientifically correct to say that individual human life begins at conception"*.

⁷ Willke & Willke, *Handbook on Abortion* (1971, 1975, 1979 Editions), Ch. 3 Cincinnati: Hayes Publishing Co. El primer Simposium Internacional sobre el aborto se concluyó: *"The changes occurring between implantation, a six-weeks embryo, a six-months fetus, a one-week-old child, or a mature adult are merely stages of development and maturation. The majority of our group could find no point in time between the union of sperm and egg, or at least the blast cyst stage, and the birth of the infant at which point we could say that this was not a human life"*.

esto es así porque al unirse las dos células, óvulo y espermatozoide, generan una estructura biológica que, como consecuencia de su origen, participa también de la misma naturaleza humana, propia de los agentes de la generación. Por lo tanto, desde el momento de la concepción, nos hallamos en presencia de un individuo biológicamente humano.

La carga genética del cigoto, determinada por el DNA (ácido desoxidorribonucleico), es distinta a la del resto de los seres humanos, incluso a la de sus progenitores, lo que lo hace único e irrepetible; desde el primer momento tiene una organización propia, ya que a partir de la primera célula, la cual especifica todas las proteínas del cuerpo humano, mediante sucesivas divisiones, se originan todas las demás células del nuevo ser, las cuales tienen idénticos cromosomas y comparten los mismos factores genéticos.

Las relaciones estrechas entre el organismo de la madre y el del embrión se establecen desde el momento de la anidación o implantación, cuando el blastocito se fija en el endometrio, hecho que no modifica en nada ni la estructura biológica ni la capacidad de desarrollo del cigoto, aunque es indispensable para su subsistencia. Es por ello que al aplicar estos conocimientos biológicos a las técnicas "anticonceptivas" que impiden la implantación, es evidente que estamos en presencia de verdaderas técnicas abortivas, debido a que la ciencia ha demostrado que el embrión tiene vida humana desde la fecundación y no desde la anidación.

A pesar de lo anterior, para algunos la vida humana del embrión no se produce sino hasta ese momento: el de la anidación, ya que, en primer lugar, sólo entonces puede ser diagnosticada (como si del diagnóstico dependiera su existencia); y en segundo lugar, porque hasta el decimoquinto día, aproximadamente, existe la posibilidad de que se formen gemelos monocigóticos. Por lo tanto, no hay individualidad entendida como una característica propia de la persona humana.

El fenómeno de la gemelación a partir de un solo huevo ha sido estudiado con profundidad por el Doctor Salvador Mier y Terán que señala: "*diversos experimentos hacen pensar que son dos los momentos en que puede producirse: el primero cuando el embrión está en un estadio muy precoz (entre 2 y 8 células, quizá 16); y el segundo en una etapa más avanzada (blastocito) por división precoz de la masa celular interna en porciones, cada una de las cuales, después de reparar las pérdidas, es capaz de proseguir el desarrollo ya iniciado*".⁸

El cigoto comienza su desarrollo en la dirección unívocamente fijada por el genotipo, aunque por causas diversas, entre las que parece estar comprobada la existencia de un componente hereditario, puede darse una separación de blastómeros o, más tarde, una fractura en el disco embrional. A ello puede seguirse la degeneración de la parte separada, o bien, en condiciones favorables, puede iniciar un desarrollo autónomo, dando origen en ese momento a un nuevo ser humano, genotípicamente idéntico al primero, es decir que, "a partir de la

⁸ MIER Y TERÁN, Salvador, Tesis Doctoral: El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción Asistida. Exposición Crítica, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 134.

fecundación existe un ser vivo que hemos de considerar como una persona humana, y desde el momento de la división gemelar, existe un nuevo ser vivo que es otra persona humana, formada por células que se han separado del organismo inicial".⁹

El Doctor Mier y Terán aborda el planteamiento que se formuló en el Congreso Suizo de Bioética relativo a la humanidad del embrión uni o pluricelular, en el cual se señaló que la proposición "*la vida del hombre comienza en la fecundación*" no es del todo exacta, dejando abierta la posibilidad de que sea de otro modo.¹⁰

Tanto la división gemelar, como la fusión de embriones, no implican en modo alguno que la afirmación "*el embrión es un hombre*" sea falsa, lo anterior es así porque en el caso de la gemelación es posible que un hombre haya comenzado a vivir con la fecundación y el o los otros, en el momento en que se produce la separación como un suceso biológico equivalente a la fecundación; respecto a la fusión, es suficiente admitir que uno de los dos seres muere y el otro sigue viviendo.¹¹

Técnicamente la proposición "*la vida humana comienza con la fecundación*" es correcta, ya que aún tratándose de embriones en los que se presente una o más escisiones, el origen de su existencia es inicialmente la fecundación, ya que ninguna célula del hombre, ni siquiera las germinales, pueden dar origen individualmente a un hombre bajo ninguna circunstancia, ya que es necesaria la unión de los gametos para dar origen a uno o más individuos. De lo anterior se desprende que la fecundación, forzosamente, es presupuesto indispensable para la vida e incluso para la división gemelar; sin embargo, como la vida de un hombre que proviene de una célula escindida comienza específicamente en el momento de la escisión, sería más apropiado decir que "*la vida del hombre comienza con su concepción (ordinariamente en la fecundación y extraordinariamente por procesos equivalentes como puede ser la escisión natural llamada gemelación, o artificial de un embrión bi o pluricelular).*"

No es científicamente correcto ni exacto afirmar que la posibilidad de gemelos sea inconciliable con la individualidad, ya que una vez iniciada la gemelación, se ponen en marcha los programas genéticos de dos o más embriones, los cuales se están desarrollando a la vez como sujetos distintos e individuales que poseen enteramente las características biológicas de la especie humana y de su naturaleza, aún cuando su morfología todavía no lo manifiesta; indudablemente ambos podrán convertirse en adultos humanos independientes.¹²

⁹ *Ibid.* p. 139.

¹⁰ CONGRESO SUIZO DE BIOÉTICA. *L'embryon: un Homme*", en Actes du Congrès de Lausanne, 8 y 9 de noviembre de 1986; citado por MIER Y TERÁN, Salvador, *op. cit.* p. 141.

¹¹ En lo concerniente a las almas, en la gemelación Dios infunde el mismo número de almas que de somas surgen en la escisión; en el caso de la fusión una de las almas se separa de su cuerpo, mientras la otra continúa vivificándolo.

¹² Con la gemelación no se rompe la individualidad del ser espiritual, la cual tiene como premisa el que el ser sea único, irrepetible e indivisible; ya que por la naturaleza particular de esta escisión,

La división gemelar origina una diferenciación molecular tanto en el embrión originario como en el escindido que no afecta en modo alguno la individualidad característica de cada uno de ellos; ello permite la continuidad en el desarrollo de cada gemelo monocigótico, desde el origen de su vida hasta su muerte. La experiencia nos demuestra que los hermanos gemelos, aunque muy parecidos, no son idénticos y prueba de ello es que después de nacidos las personas que conviven con ellos pueden identificarlos, por eso, la posibilidad de que se desarrollen dos o más seres humanos de un mismo cigoto, nos obliga a defenderlo con más fuerza.

A pesar de que el *nasciturus* necesita de la madre, hay pruebas científicas que demuestran que no es parte de su organismo. La primera la aporta la inmunología, ya que después de la implantación del cigoto en la pared del útero, los glóbulos blancos de la sangre materna reconocen al huevo humano como un cuerpo extraño y ponen en marcha mecanismos de defensa para destruirlo, pero el feto está dotado naturalmente de un medio de defensa para resistir esa reacción, en algunos casos la defensa no es tan eficaz como debiera y el feto es expulsado y se malogra.¹³ La segunda prueba la brinda la hematología, dado que en la mayoría de los casos el tipo sanguíneo del feto es distinto al de la madre, incluso el factor puede ser negativo en la madre y positivo en el feto, o al revés. La medicina también establece una diferencia: el hecho de que, siendo las dos personas distintas, pueda afectarse la salud de uno sin que se altere la del otro, lo cual no acontecería si fueran un mismo ser.¹⁴

Por último, hay quienes afirman que el cigoto tiene vida, pero no es humana, ya que a pesar de tener todo el material genético de un hombre, no cuenta con su facultad distintiva: la racionalidad. Sin embargo, debemos aceptar que esa afirmación carece de sustento, ya que en pleno siglo XXI el conocimiento sobre la constitución y funcionamiento del cerebro es muy limitado, más aún, la capacidad racional sigue siendo un enigma tanto para médicos, neurólogos y psiquiatras, como para filósofos y antropólogos. El hecho de que, a pesar de los adelantos tecnológicos, no seamos capaces de detectar la inteligencia en el cigoto, no nos faculta a negarle su naturaleza humana, que se evidencia gracias a los adelantos alcanzados por la biología genética, la embriología, la inmunología, la hematología y la anatomía entre otras.

cada uno de los nuevos seres conserva todas las características de la especie, cada uno es un ser individual poseedor de la naturaleza humana enteramente, ambos tienen ya un alma humana como consecuencia de la preexistencia de materia apta o dispuesta para recibirla. El embrión era una persona humana antes de la gemelación, los dos embriones después de ella lo son también.

¹³ ZAMORANO SANABRIA, L., VELAYAS, J.M. y REINOSO SUAREZ, F., El Comienzo de la Vida Humana, Madrid, 1983, p. 29.

¹⁴ El artículo 327 de la Ley General de Salud señala en el apartado relativo a la reglamentación de trasplantes de órganos y tejidos que, para realizar el trasplante de una mujer embarazada como donadora, éste podrá hacerse "siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción", así se establece una distinción médica entre ambos.

Con todo lo dicho podemos concluir terminante y absolutamente que, desde el momento de la concepción, estamos en presencia de un nuevo ser humano completo y que, cuando menos, debe tener los mismos derechos que un nacido si no es que más por su condición de ser desprotegido e indefenso.¹⁵

2. DESARROLLO BIOLÓGICO DEL EMBRIÓN

El proceso de desarrollo embrionario dentro del claustro materno, puede dividirse para fines didácticos en las siguientes fases:

2.1 FECUNDACIÓN

Cuando el óvulo esta preparado es empujado por la trompa hacia el útero, el espermatozoide que lo alcanza en este sitio, es uno de los pocos que han sobrevivido el amplio recorrido desde la vagina, a lo largo del útero y de la trompa. Muchos espermatozoides pasan de largo, al parecer no atraídos por el óvulo. Pero cuando los dos gametos están cerca se produce una serie de complejas interacciones químicas.

El óvulo no solo es mayor que el espermatozoide, sino que también esta envuelto por una membrana que se endurece al penetrar el primer espermatozoide, no permitiendo la entrada de los demás.

Esta acción revela que el óvulo no es inerte, reacciona al estar rodeado de espermatozoides; el óvulo esta tan vivo después de su relativo estado de inercia antes de que lo tocase el espermatozoide. Este primer estadio recibe el nombre técnico de activación.¹⁶

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

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

¹⁵ Así ocurre por ejemplo en el caso de la participación política de la mujer en donde se establecen cuotas de género o en el caso de las minorías étnicas en donde se les brinda una tutela especial. Ambos casos y muchos otros se circunscriben dentro de las llamadas "acciones afirmativas" por medio de las cuales, ante la presencia de una evidente desigualdad, se deben realizar acciones para garantizar una posición equitativa de las personas ante la ley.

¹⁶ GRISEZ GERMAIN, G, *op. cit.*, p. 27.

El material genético traído por el espermatozoide y el que esta en el óvulo forman dos paquetes, se atraen y se unen, de manera que se restaura el número de 46 cromosomas, 23 de la madre y otros tantos del padre. La célula en este momento recibe el nombre de "óvulo fecundado", pero no es ya un simple óvulo, sino que es una célula procedente de la madre y que contiene la mitad de la herencia genética, este óvulo fecundado también es conocido con el nombre de "cigoto".¹⁷

Con bastante rapidez el cigoto muestra que esta vivo y que es distinto de la madre. Comienza el proceso ordinario de división celular, o mitosis, aun cuando continúa su viaje hacia el útero. Las paredes del útero se preparan en cada ciclo de una mujer fértil para recibir y alimentar el embrión. Las secreciones de la mucosa del útero proporcionan alimento y oxígeno aún antes de que se lleve a cabo la implantación. La blástula se adhiere a la pared del útero después de haberse despojado de la membrana.

2.2 ANIDACIÓN

Al llegar al endometrio, la mórula se denomina blastocito, porque el tipo de células que lo conforman se llaman blastómeros. Aproximadamente del día catorce al veinte el blastocito se adhiere al endometrio del útero.

Allí, la capa exterior de las células del blastocito da lugar al trofoblasto y el centro del mismo da lugar al embrioblasto. Del trofoblasto se ha de formar la placenta y en el embrioblasto continúa el proceso de desarrollo para alcanzar la etapa en la que se le denomina al blastocito embrión.¹⁸

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

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

El intercambio de elementos de la madre al producto se realiza a través de un conjunto de estructuras (citotrofoblasto, cincicio, trofoblasto, tejido conjuntivo y

¹⁷ *Ibid.* p. 28.

¹⁸ Nótese como es del *nasciturus* de quien se forma la placenta, no de la madre.

pared vascular) que integran la barrera placentaria. Como habíamos visto, las corrientes sanguíneas materna y fetal pueden ser de distinto tipo ya que no se unen.

Durante el desarrollo embrionario a la placenta, formada inicialmente por células del nasciturus (corión frondoso), se añade un conjunto de células maternas (desidua basal).

A partir de la implantación, el embrión se desarrolla dentro del útero, medio íntimo de desarrollo del embrión relacionado únicamente con él, llamado microambiente.¹⁹

2.3 DIFERENCIACION DE ORGANOS Y FUNCIONES

Tiene cierta importancia conocer el desarrollo del embrión hasta los trece o quince días después de la fecundación toda vez que la primera diferenciación de las células que forman la masa interior se lleva a cabo cuando algunas células embrionarias de la blástula comienzan a extenderse por toda la superficie interior. Al mismo tiempo que se multiplican, las otras células embrionarias, ellas cambian la forma y se esparcen a lo largo de la superficie aplanada del blastocito.

Se forma así una placa hecha de dos capas de tejido embrionario, una de las cuales se extiende sobre las paredes de la cámara. El cuerpo se formara a partir de esta placa. A la vez, las estructuras accesorias, se desarrollan con mayor rapidez a medida que se va diferenciando el trofoblasto.

Muy pronto el saco coriónico comienza a desarrollarse (es la membrana exterior de la bolsa de aguas en que queda encerrado el niño a lo largo de todo el desarrollo en el útero). La cavidad amniótica que acabara aumentando hasta que su membrana se convierta en la superficie interior de la bolsa de aguas comienza también. Se comienza a diferenciar también el cordón umbilical. Más importante aún, el trofoblasto se diferencia y prolifera en forma de placenta primitiva.

Aunque el grado de desarrollo y diferenciación no es grande si se compara con todo el proceso desde la concepción hasta el nacimiento, sin embargo ya es considerable. El embrión no es una masa de célula indiferenciada, ni es un simple quiste en el tejido materno.

Ha empezado un proceso ordenado y regular de desarrollo, mas aún, el embrión tiene su propia estructura, cosa que no sucede con los tejidos maternos, a pesar que su tamaño no sea mayor que un décimo de pulgada, contando con las estructuras accesorias, al final de las dos semanas.

¹⁹ DEMAREST, R. J. y SCIARRA, J. J., Concepción, Nacimiento y Anticoncepción, una presentación visual, Mc. Graw Hill de México, México, 1982, pp. 3 y ss.

Los tejidos maternos cooperan con el embrión en desarrollo, en concreto por la placenta. El cordón umbilical une al niño con la placenta hasta que se corte.²⁰

La sangre del feto y la de la madre circulan a través de la unión del útero y la placenta, pero no están en contacto directo; más bien, las membranas mantienen los sistemas separados, y el alimento, oxígeno, desechos y otros factores vitales se intercambian a través de esas membranas que separan a la madre del hijo.

La placenta es un órgano verdadero del nonato y hasta el parto desempeña completamente las funciones que después se distribuirán entre los pulmones, el hígado, el aparato digestivo, los riñones y las glándulas endocrinas.

De la tercera a la sexta semana de vida del embrión se llevan a cabo una gran cantidad de cambios, en multiplicación y diferenciación de las células. Al final de la tercera semana, toda la estructura tiene quizá la largura máxima de media pulgada, el embrión ya tiene una parte derecha y otra izquierda, al final del surco hay una apertura, el disco va adquiriendo la forma de una pera, estando la parte mas pequeña en el origen del surco, siendo la parte mas ancha la cabeza del embrión y la mas pequeña la cola.

Por supuesto que no hay una cabeza en el propio sentido de la palabra al final de la tercera semana de desarrollo; pero los tejidos que formaran mas tarde el sistema nervioso comienzan a diferenciarse; el final de la cabeza comienza a doblarse, inclinándose hacia adelante y a lo largo de la espalda se abre un surco y comienzan a hacerse dos pliegues; el área en que se desarrollará el corazón esta señalada y comienzan a formarse los vasos capilares.

En la cuarta semana el embrión crece de un sexto de pulgada a un cuarto, tiene forma de "C" y el surco a lo largo de la espalda se convierte en un tubo que se cierra pronto en los dos extremos y el sistema nervioso comienza a desarrollarse en su interior, incluso en esta etapa los tejidos que serán los ojos comienzan a diferenciarse.

Mas notable es el desarrollo del sistema circulatorio; el corazón toma cuerpo a partir de un simple tubo, se forman las venas y las arterias y las células de la sangre (la del embrión), y antes de finalizar la semana el corazón comienza a latir y la sangre a circular.

Con más lentitud se desarrollan los rudimentos de los aparatos digestivo, respiratorio y urinario. El proceso es siempre ordenado y la cabeza tiende a desarrollarse más rápidamente que el resto del cuerpo.

Las dos semanas siguientes, la quinta y la sexta de la vida del embrión muestra un crecimiento y una diferenciación mucho mas rápida; aumenta de tamaño unas cuatro o cinco veces; al final de este periodo el embrión es casi de una pulgada, al comenzar este periodo aparecen los miembros incipientes y al final, ya son reconocibles las manos y comienzan a aparecer los dedos; la cara empieza a tomar

²⁰ GRISEZ GERMAIN, G, *op cit.*, p. 33.

forma, los huesos empiezan a crecer y al final de la sexta semana se endurecen los huesos largos junto con la base del cráneo.

Dentro de la cabeza, el cerebro se desarrolla rápidamente y se diferencian sus tejidos, los hemisferios del cerebro adquieren forma, primero como un pliegue en el final superior del sistema nervioso, que rápidamente llega a llenar todo el resto, no llegándose todavía a producir las circunvoluciones cerebrales y todas las funciones del cerebro.

Los ojos continúan desarrollándose, cosa que lleva largo tiempo en acabarse, y se abren los orificios nasales, los oídos, comienzan a desarrollarse, pero los nervios que los unen al cerebro están comenzando a crecer.

El corazón y el sistema circulatorio, ya en funcionamiento, continúan su función de crecimiento al mismo tiempo que trabajan para mantenerse al ritmo de los cambios del organismo que sirve, el corazón sufre muchas transformaciones.

Aunque la respiración no es una función inminente, el aparato respiratorio se forma con mucha rapidez. Al final de la sexta semana los bronquios se han dividido al menos ocho veces. La boca comienza a tomar forma y se desarrolla el esófago, el estómago y el duodeno crecen de tamaño, muy de prisa, y se colocan en su posición. Los intestinos también se desarrollan aunque aun no están abiertos por el orificio anal, el hígado y la vesícula biliar se forman muy rápidamente y de hecho, en un momento el embrión es hígado en un 10%.

El aparato urogenital y el sexo del individuo también empiezan a tomar forma; al final de la sexta semana ya es posible distinguir los embriones gracias a las glándulas sexuales.

En etapas posteriores el nuevo individuo recibe el nombre de feto, esto es a partir de la octava semana, aunque esta línea divisoria entre el embrión y el feto es arbitraria (el termino feto viene del latín, que quiere decir vástago). Con todo, hay ciertas razones para la distinción, ya que durante la sexta o séptima semana el embrión adquiere una apariencia más humana, contando ya con la mayor parte de los órganos y el proceso hasta el nacimiento es de crecimiento.

Se ha comentado algunas veces que después de doce semanas de embarazo y a partir de la última menstruación, es el límite apropiado para provocar el aborto, ya que después de ese tiempo es necesaria una operación que puede poner en peligro la vida de la madre.

El feto ya ha alcanzado unas diez semanas de desarrollo, su tamaño es algo más que una pulgada y media; posee una cabeza erecta, miembros bellamente formados, los comienzos de uñas en los dedos de las manos y de los pies, la espina dorsal tiene su forma definitiva, los órganos sexuales exteriores se hacen definitivamente masculinos o femeninos y los órganos internos se van desarrollando. Así, por ejemplo, los riñones pueden ya producir secreciones y ya esta formado el conducto anal.

Todas las células nerviosas están presentes en el nacimiento ya que de ordinario no se multiplican aunque crezcan, incluso la mayor parte del cerebro que será mielinizado no lo está del todo en el momento del parto ya que este proceso se alarga hasta dos o tres años.²¹

La necesidad de tratar los aspectos médicos del presente tema, no es sino para demostrar que el ser humano inicia su desarrollo a partir de la implantación del huevo en las paredes del útero, contando desde ese momento con todas las características genéticas que lo acompañan durante el transcurso de su vida, hasta su muerte. Además tiene a línea de crecimiento y desarrollo perfectamente estudiado, en donde se demuestra que existen reacciones químicas, movimientos circulatorios y movimientos locomotores independientes de la madre.

La individualidad biológica del nuevo ser, aún a pesar de ser dependiente de la madre durante el embarazo y los primeros años de su vida, debe de ser respetada y tutelada jurídicamente desde su inicio, ya que esta línea de desarrollo biológico es propiedad de este nuevo ser en formación.

Podemos resumir el desarrollo embrionario de acuerdo al siguiente esquema:

Primer mes. Al final de la segunda semana el huevo mide de 5 a 9 milímetros de diámetro y el embrión alcanza los 2 milímetros, el huevo es de forma oval con vellosidades coriales ecuatoriales; al final de la tercera semana el huevo tiene el tamaño de un huevo de paloma, el embrión mide un centímetro y pesa un gramo, tiene también miembros indicados por pequeñas paletas, apéndice actual, vesícula muy desarrollada y vellosidades coriales en todo el huevo.

Segundo mes. Al final de éste alcanza el tamaño de un huevo de gallina, el embrión es de 25 milímetros a 3 centímetros, comienza a tomar forma humana ya enderezar la cabeza, la cual es más de la tercera parte del cuerpo, aparece también el líquido amniótico, el peso que alcanza en este periodo es de aproximadamente 11 gramos se forman los miembros y es aquí cuando comienza a denominarse feto.

Al finalizar el tercer mes se encuentra ya formada la placenta, el feto mide 9 centímetros, comienza a establecerse el sexo y aparecen los puntos de osificación, comienza a tener movimiento y alcanza un peso aproximado de 55 gramos.

Cuarto mes, la placenta se encuentra más desarrollada, el feto mide de 16 a 20 centímetros, se observa la diferenciación de todas sus partes, tiene el sexo bien establecido y la piel fina y transparente, su peso es de alrededor de 270 gramos.

Quinto mes, el feto mide de 25 a 30 centímetros y aparece el lanugo o vello que lo cubre, presenta un unto sebáceo y su peso es de 650 gramos.

Sexto mes, el feto mide de 30 a 35 centímetros, la piel aumentó de grosor y sus párpados están despejados, su peso oscila entre 1000 y 1250 gramos.

²¹ *Ibid.* p. 39.

Séptimo mes, el producto alcanza entre 35 y 40 centímetros de tamaño, descienden los testículos al anillo inguinal, se observa la presencia de meconio en el intestino grueso y su peso es de 1750 gramos.

Octavo mes, mide de 40 a 45 centímetros, existe mayor desarrollo de panículo adiposo (grasa) el que hace que se redondeen los contornos, la piel es roja y su peso aún es de aproximadamente 2500 gramos.

Cuando finaliza el noveno mes adquiere un aspecto de feto a término, tira el lanugo que lo está cubriendo, las uñas rebasan la yema de los dedos y aparece un punto de osificación en el epífisis del fémur, llega a medir entre 35 y 50 centímetros aproximadamente y alcanza a pesar entre 3000 y 4000 gramos.

3. CONCEPTO DE ABORTO

En su sentido etimológico la palabra aborto, que significa "*sin nacimiento*",²² no expresa con exactitud la acción y efecto de interrumpir el proceso de gestación sino más bien su resultado. Es por ello que, de acuerdo con el maestro Francisco González de la Vega, para obtener una noción más amplia del término, es necesario recurrir a las definiciones que nos brindan la obstetricia y la medicina legal.²³

En obstetricia se entiende por aborto "*la interrupción, espontánea o provocada, de la gravidez, seguida o no de la expulsión del producto de la concepción del claustro materno cuando aún no es viable, es decir, cuando todavía no cuenta con el grado de desarrollo físico suficiente para continuar viviendo por sí mismo fuera del útero*".²⁴

Tradicionalmente el nuevo ser era considerado como inviable, desde el punto de vista médico, si nacía antes de los 180 días posteriores al último ciclo menstrual de la madre; pero si la expulsión ocurría después de ese tiempo (cuando ya se consideraba viable) se le denominaba "*parto prematuro*". El criterio temporal para determinar la viabilidad, a pesar de ser muy objetivo se ha vuelto impreciso, ya que los avances médicos, tecnológicos y farmacéuticos, aunados a la respuesta biológica ante condiciones adversas del nacido prematuramente, ha permitido que, en casos extraordinarios y con las atenciones suficientes sobreviva, aún naciendo antes de esa fecha y a pesar de no haber alcanzado todavía la maduración perfecta.

²² Proviene de la palabra latina "*ortus*" que significa "*nacimiento*" y de la raíz también latina "*ab*" que significa "*ausencia de o sin*".

²³ Cfr: GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1958, pp. 124-125.

²⁴ Cfr: QUIROZ CUAROM, Alfonso, Medicina Forense, Porrúa, México, 1977, p. 204.

De acuerdo con Tardieu, citado por González de la Vega, la definición que de aborto nos brinda la medicina legal, se restringe a los casos provocados por el hombre a través de su conducta intencional o imprudente que pueden ser constitutivos de delito y consiste en *"la expulsión prematura, violentamente provocada, del producto de la concepción, independientemente de todas sus circunstancias de edad, de viabilidad y aún de formación regular"*.²⁵

4. CLASIFICACION MÉDICA DEL ABORTO

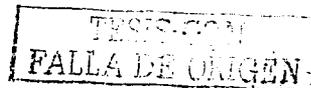
Considerando la clasificación médica que establece Manuel Mateos Cándano, el aborto se divide en dos tipos: el espontáneo y el inducido. El primero es aquel que se produce sin ninguna interferencia deliberada y el inducido es el que se verifica por la interrupción deliberada del embarazo por cualquier medio. El término de aborto espontáneo puede tener equivalencia semántica, según varios autores, con los indirectos, inducidos no intencionados o inducidos sin deliberación. Los inducidos tienen similitud y son comparables con los intencionados, provocados, voluntarios, directos y artificiales.²⁶

El aborto según lo indicada por Mateos Cándano puede obedecer a razones médicas, éticas o humanitarias, sociales y personales, presentando las siguientes formas clínicas:

- a. Aborto Esporádico. Es el que se produce en una sola ocasión.
- b. Aborto Habitual o Repetido. Es la ocurrencia de dos o más abortos espontáneos consecutivos, cuando no se intercalan entre ellos embarazos a término ni embarazos que concluyen en partos prematuros.
- c. Aborto Infechado. Es el asociado con infección de los órganos genitales.
- d. Aborto Séptico: Es un aborto infectado en el que hay diseminación de microorganismos y sus productos en el sistema circulatorio materno.
- e. Aborto Temprano o de Principio. Es aquel que se produce antes de finalizar la décima semana, es decir, antes de 69 días contados a partir del primer día de la última menstruación.
- f. Aborto Tardío. Es el que sucede a partir de la décima semana y antes de cumplirse la vigésimo segunda de gestación.
- g. Aborto Diferido, Retenido y Óbito en útero. Es aquel en el que el embrión o feto muere pero el producto de la concepción es retenido en el útero.

²⁵ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *op cit.*, p. 125.

²⁶ Véase MATEOS CÁNDANO, Manuel "Aspectos Médicos y de Salud", en, El problema del aborto en México, Luisa María Leal (coord.), Editorial Porrúa, México, 1980, pp. 22-23.



- h. Aborto Inaparente o Dudoso. Es aquel cuya evolución no ha sido conocida, generalmente se presenta únicamente un ligero sangrado transcervical de origen intrauterino sin ningún otro síntoma o signo.
- i. Aborto Franco o Demostrable. Es aquel cuya existencia es indudable.
- j. Aborto Complicado. Es el que presenta patología principalmente de índole traumática, hemorrágica o infecciosa.
- k. Aborto No Complicado: Es el que no presenta patología.
- l. Aborto Autoinducido. Es el provocado por la propia gestante y puede ser repetido, cuando hay reincidencia de acciones abortivas.

4.1 CAUSAS ESPONTÁNEAS O NATURALES DE ABORTO

Existen causas externas a la voluntad del ser humano que provocan también la expulsión del feto, la cual en estos casos toma el nombre de aborto espontáneo patológico. Entre estas causas se encuentran la endometritis, la hiperplasia, las enfermedades de tipo infectivo, las insuficiencias hormonales, etc.

La endometritis causa frecuentemente el aborto al ofrecer un mal terreno para la anidación del embrión (escasa transformación desigual), los abortos provocados por ella suceden generalmente alrededor del tercer mes de la gestación, que es cuando normalmente la caduca capsular, debe soldarse con la parietal a causa del crecimiento del huevo; al no encontrar ambas caducas una superficie sana para soldarse, no se establece la coalición y entonces el corión ovular no encuentra el riego sanguíneo suficiente en la envoltura para subvenir a las necesidades del huevo.

La hiperplasia uterina también conduce al aborto. La poca respuesta efectora de la escasa musculatura uterina a la acción estrogénica del embarazo, hace que el útero no crezca en la medida necesaria, y cuando el huevo es falto de espacio e irrigación perece y es expulsado.

Las enfermedades generales de tipo infectivo y febril conducen al aborto al provocar una acción de la temperatura sobre el útero, en donde el feto muere por acumulación excesiva de calor; además las enfermedades infecciosas crónicas como la sífilis y la tuberculosis conducen al aborto por alteración simultánea del feto y la placenta, ya que al alterarse esta última, el recambio nutritivo materno-fetal se altera y entonces el feto perece.

Son también causantes de aborto, las insuficiencias hormonales, en estos últimos años se ha hablado de la histamina, ésta substancia se produce en abundancia en el embarazo para que el útero crezca en virtud de su acción vasodilatadora, sin embargo, el exceso de esta substancia es perjudicial porque su atracción es contracturante de la fibra muscular lisa, y si una vez cumplida su misión

vasodilatadora pelviana, aún existe sustancia ésta actúa sobre el útero provocando su contracción; de esta manera, cuando la histamina se produce en exceso o se destruye en poca cantidad, sobreviene el abono.

4.2 METODOS ABORTIVOS O DE INDUCCIÓN AL ABORTO

Como se expuso en el capítulo anterior, existe el abono provocado, causado intencionalmente, el cual consiste en la interrupción violenta del embarazo en cualquier momento de la preñez. Para lograr esta interrupción se emplean los llamados métodos abortivos, los cuales podemos dividir en 3 grupos según la clasificación de la Medicina Legal.

4.2.1 Instrumentación

El primer grupo es el más utilizado y comprende el uso de dispositivos tales como sondas, cánulas, agujas, balones o globos y en general objetos punzantes que se introducen en la vagina, pudiendo producir desde erosiones en genitales externos hasta perforaciones del útero. Estos métodos pretenden: la dilatación del cuello a través de tallos de laminaria con una esponja preparada, por medio de bujías de Heggan o bien con el dedo; el desprendimiento instrumental de las membranas y del huevo el cual se realiza por varios métodos como son las sondas metálicas o de goma, las bujías medicamentosas o todo cuerpo extraño ya sea rígido o flexible; el desprendimiento de la membrana y del huevo por métodos hidráulicos, que consisten generalmente en la aplicación de inyecciones por vía vaginal de líquidos antisépticos o cáusticos, agua oxigenada, etc.; la punción del huevo con cualquier instrumento punzante como puede ser una aguja, produciendo así la salida del líquido, lo cual hace que se produzcan las contracciones uterinas y se expulse el huevo; la punción del huevo a través de la pared abdominal, lo cual se logra inyectando formalina dentro de la cavidad amniótica.

"Estas maniobras abortivas son conocidas por su variedad y se extienden desde la aplicación de duchas vaginales fuertes hasta la introducción de objetos o cuerpos extraños en el canal cervical a través de la vagina, tales como tallos de plantas, agujas de tejer, lápices, etc., que frecuentemente son aplicados por la propia mujer o por otra persona que no tiene el conocimiento adecuado de las técnicas abortivas".²⁷

Hay dispositivos más elaborados como el intrauterino o DIU. Al respecto existe una gran controversia sobre si el DIU es abortivo o no. Porque existe el grupo de investigadores que considera que su mecanismo de acción es impidiendo la

²⁷ GARCIA MAÑON, Ernesto, Aborto e Infanticidio: Aspectos Jurídicos y Médico Legales, Universidad Argentina, Buenos Aires, 1990, p. 254.

anidación del embrión y otro que considera que su mecanismo es destruyendo los espermatozoides que ascienden al interior del útero.

Existen, en la actualidad, dos clases de DIU: los inertes y los medicados. Los efectos de los DIU inertes son, en síntesis, los siguientes: reducción del número de espermatozoides que llegan a las trompas; efecto mecánico directo que dificulta la implantación; cambios en el endometrio que lo hacen hostil a la implantación y el desarrollo del blastocito; efecto estimulante de la actividad miometrial que favorece la expulsión del huevo.²⁸

Los DIU medicados o activos son liberadores de cobre o liberadores de progesterona. El mecanismo de acción del DIU de cobre se puede sintetizar así: disminución de la capacidad metabólica del endometrio dificultando la anidación; disminución de la actividad y motilidad espermática; disminución de la capacitación espermática.²⁹

En ambos casos debemos considerar al DIU como un método o dispositivo abortivo, ya que dificulta la anidación o implantación del huevo en el endometrio.

Dentro de esta clasificación también encuadran los medios violentos, que consisten en practicar traumatismos abdominales o vaginales, tales como golpes de puño en el vientre, realizar esfuerzos físicos excesivos, coitos repetidos, irrigaciones a fuerte presión, subir escaleras con rapidez, galopar a caballo, levantar pesos desmedidos, la práctica intensiva de ejercicios, provocar caídas, etc. y aunque estos métodos no son del todo efectivos, cuando no logran su finalidad abortiva, en la gran mayoría de los casos provocan una serie de complicaciones en la vida del feto y de la madre.

4.2.2 Administración de fármacos por cualquier vía

Por otro lado, la administración de sustancias y fármacos es de muy diversa índole, entre las primeras encontramos las de origen vegetal, entre las más empleadas se encuentran el apiol o esencia del perejil, la ruda, la artemisa, el enebro, el cornezuelo de centeno, etc.; las sustancias minerales como el plomo, el fósforo blanco, la cantárica, etc.; las sustancias hormonales entre las que se encuentran los estrógenos y la fuliculina, y aunque su acción como abortivos es muy discutida, se ha comprobado que cuando se utilizan en grandes dosis rebasando los límites terapéuticos pueden llegar a ser causantes del aborto. Dentro del grupo de fármacos se encuentran la erotamina y la oxitocina. *"También hay pastillas o inyecciones, comúnmente recomendadas por amigos o parientes, que contienen*

²⁸ ROMERO y BAHAMONDES, citado por BASSO, Domingo, Nacer y Morir con Dignidad: Bioética, Tercera Edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 365.

²⁹ LANDESMAN citado por BASSO, Domingo, *op cit.*, p. 367.

prostaglandinas o permanganato, para generar contracciones en la matriz y expulsar el producto".³⁰

Las prostaglandinas provocan un parto prematuro durante cualquier etapa del embarazo. Generalmente se utilizan para llevar a cabo el aborto a la mitad del embarazo y en las últimas etapas de éste. En ocasiones el bebé sobrevive, pero con graves daños. La madre también puede tener complicaciones importantes como: ruptura del útero, sepsis, hemorragias, paro cardíaco, vómito y aspiración de éste, embolia cerebral y fallo renal agudo.

En la actualidad hay dos medicamentos utilizados comúnmente para inducir abortos, estos son la pastilla RU - 486 y la pastilla llamada "del día siguiente" o "morning after", estos medicamentos son, sin lugar a dudas, los más socorridos para interrumpir un embarazo no deseado.

a. Pastilla RU - 486. Esta pastilla, cuyo nombre genérico es Mifepristone y el comercial Cytotec, es una píldora abortiva asociada conjuntamente con una prostaglandina, que es eficiente si se la emplea entre la primera y la tercera semana después de faltarle la primera menstruación a la madre. Actúa bloqueando la acción de la progesterona, que es una hormona indispensable para la gestación y así destruye al diminuto bebé privándolo de la hormona que le da el sostén para mantenerse dentro del útero materno. El aborto se produce luego de algunos días de contracciones uterinas y sangrado.³¹

Se encuentra autorizada como abortivo en pocos países como Francia, Gran Bretaña, Suecia, China y Estados Unidos; sin embargo en muchos otros se vende legalmente, ya que la píldora Mifeprex o Cytotec (conocida

³⁰ Cfr: ANSORENA MONTERO, Aixa, ¿Qué hago? ¿Qué hice? El Mundo Invisible de las Mujeres que Abortan: Estudio Antropológico sobre la Desaprobación Social del Aborto, Universidad de Costa Rica, San José, 1993, p. 75.

³¹ "Cuando se llevaron a cabo las primeras experiencias con la RU-486, se pensó que este fármaco podría servir para que las mujeres pudieran provocarse un aborto casero, en un ámbito estrictamente personal. Así, después de adquirir la píldora sin necesidad de receta médica, cualquier mujer podría administrársela en su propia casa, y tras una menstruación más o menos abundante, terminarla con el embarazo no deseado. De esta forma el aborto a través de la RU-486 podría convertirse en el más sencillo y eficaz método de planificación familiar.

De acuerdo con esta finalidad, el concepto más adecuado para su introducción en el mercado era el de un "regulador de la menstruación", pretendiendo que la palabra aborto desapareciera del entorno de la RU - 486, y con ello toda la carga ética negativa que va unida a esta palabra. Sin embargo, al confirmarse los efectos secundarios que tenía la mifepristona, se hizo obligatoria su utilización bajo vigilancia médica y en medios hospitalarios. Las complicaciones varían desde hemorragias leves hasta accidentes cardiovasculares. Puede ser peligrosa en mujeres alérgicas, en pacientes con insuficiencia suprarrenal o hepática, en casos de malnutrición, asma severa, alteraciones en la coagulación o en caso de anemia; sin descartar la posibilidad de malformaciones congénitas en el feto cuando la pastilla falla y prosigue el embarazo". Citado en <http://www.alertamexico.org.mx/LaRu.htm>

genéricamente como Mifepristone) no está registrada como medicamento abortivo, sino como protector de la mucosa gástrica.

b. Pastilla "Morning After" o "Day After". Es un fármaco que se emplea cuando se han tenido relaciones sexuales, sin método de planificación y se desea evitar un embarazo en las primeras 24 a 36 horas post coito, de allí viene su nombre. Consiste en ingerir por 24 horas dosis elevadas de medicamentos orales con el compuesto activo "levonorgestrel" que es el que recomienda la FDA (Administración de Fármacos y Alimentos de Estados Unidos); con este método se altera el endometrio (que es el tejido dentro del útero en donde se va a implantar el óvulo fecundado). Al llegar el óvulo recién fecundado y encontrar un terreno hostil no se puede implantar, muere y es expulsado por el útero. Al ser tan pequeño ni siquiera se percibe su expulsión.

4.2.3 Quirúrgicos

El tercer y último grupo incluye las maniobras efectuadas con instrumental quirúrgico, entre los métodos más utilizados se encuentran los mencionados a continuación:

a. Dilatación y Curetaje. Este método consiste en la dilatación del cuello del útero o cérvix y el raspado de las paredes interiores utilizando un instrumento denominado "curette o cucharilla" para desprender al embrión y la placenta de las paredes interiores del útero y extraerlos. La hemorragia es, casi siempre, abundante.³²

Aciprensa lo define como "un método en el cual se utiliza una cureta o cucharilla filosa en la punta con la cual se va cortando al embrión en fragmentos con el fin de facilitar su extracción por el cuello dilatado de la matriz. Durante el segundo y el tercer trimestre del embarazo el bebé es ya demasiado grande para extraerlo por succión; entonces se utiliza el método llamado por dilatación y curetaje. La cureta se emplea para extraer las porciones o restos que hayan quedado dentro de la cavidad uterina, generalmente después de que se ha provocado o inducido artificialmente un parto, en el que se expulsa el producto de la gestación. Este método está convirtiéndose en el más usual, para embarazos avanzados".³³

³² Cfr: WILLKE, J.C., Manual sobre el Aborto, Segunda Edición, EUNSA, Pamplona, 1975, p. 41. Es la traducción de la cita marcada con el número 7 en la página 7 de este trabajo.

³³ Citado en <http://www.aciprensa.com/aborto.htm#c3>

b. Succión. Esta técnica se desarrolló primeramente en China, la U.R.S.S., Israel y Gran Bretaña; Consiste en la introducción en el útero de un tubo hueco de cristal, metal o plástico unido a una botella cuya presión se reduce por medio de una bomba de succión o fuente de vacío eléctrica (28 veces más fuerte que la de una aspiradora casera), aunque en casos excepcionales la aspiración es manual generando el vacío por medio de una jeringa. La fuente succión destroza al feto y la placenta en pedazos pequeños, los absorbe y los deposita en una botella.³⁴ *"El abortista introduce luego una pinza para extraer porciones grandes, que suelen no salir por el tubo de succión. Algunas veces las partes más pequeñas del cuerpo del bebé pueden identificarse. Casi el 95% de los abortos, de embarazos mayores a 10 semanas de gestación, se realizan de esta forma, en los países desarrollados"*.³⁵ Las complicaciones del método de succión o aspiración pueden ser: infección, trauma del cérvix, peritonitis, endometritis, laceración del útero, trauma renal, inflamación de la pelvis, embolismo, trombosis, esterilidad, etc.

c. Histerotomía o cesárea. Este método es exactamente igual al de una operación cesárea y consiste en la apertura quirúrgica del abdomen y el útero de la madre para extraer al producto y la placenta. La diferencia consiste en que una vez que se ha cortado el cordón umbilical, tanto la placenta como el niño se tiran, es decir, en vez de cuidar al recién nacido se le deja morir. La cesárea en este caso, no tiene el objeto de salvar al bebé sino de matarlo. Este método se utiliza después de la decimosexta o decimoséptima semana de embarazo. El 100% de los niños abortados por histerotomía nacen vivos. Hay que dejarlos morir sin brindarles atención médica.³⁶

d. Salino (Cloruro de Sodio). Este método se utiliza a partir de la decimosexta semana, cuando se ha acumulado suficiente líquido en la bolsa que cubre al bebé;³⁷ consiste en la introducción de una larga aguja a través de la pared abdominal y el útero de la madre, hasta llegar dentro de la bolsa amniótica, inyectando así una solución concentrada de sal que se mezcla con el fluido amniótico. El feto respira e ingiere esta solución que le producirá la muerte 12 horas más tarde por envenenamiento, deshidratación, hemorragia cerebral y de otros órganos. Esta solución también produce quemaduras graves en la piel del bebé por el efecto corrosivo de la sal. Este líquido al ser tan concentrado también produce alteraciones dentro del útero, que derivan en contracciones. Aproximadamente un día después se presentan las señales

³⁴ WILLKE, J.C., *op cit.*, p. 41.

³⁵ Citado en <http://www.aciprensa.com/aborto.htm#c3>

³⁶ Cfr: WILLKE, J.C. A., *op cit.*, p. 42.

³⁷ Citado en <http://www.aciprensa.com/aborto.htm#c3>

de parto y la madre da a luz un hijo muerto. En ocasiones algunos niños nacen vivos.³⁸ Las complicaciones de este método pueden ser la ruptura del útero, embolismo pulmonar, la aparición de coágulos intravasculares, etc.

e. Legrado. Se emplea desde la séptima hasta la duodécima semana y se hace por medio de un afilado cuchillo. Se llega al útero a través de la vagina, el cérvix se dilata forzándolo, posteriormente el cirujano picotea el feto y raspa la placenta para desprenderla de las paredes del útero. Es prácticamente igual al método de dilatación y curetaje, sólo que aquí el puncionar y descuartizar al feto es lo que provoca directamente su muerte, no su desprendimiento.

f. Aborto de nacimiento parcial. En Estados Unidos, país que tiene la ley de abortos más liberal del mundo, se practica el espantoso método de aborto de nacimiento parcial. Este procedimiento, se realiza en los últimos meses del embarazo. Si bien es cierto que por medio de los otros métodos de aborto también se asesina de un modo cruel y doloroso a seres humanos inocentes, en el caso de este método abortivo se termina con la vida de un niño ya grande y totalmente formado, a quien, si se le permitiera terminar de nacer podría sobrevivir.

El procedimiento del aborto de nacimiento parcial se realiza del siguiente modo: Se extrae al niño tirándole de las piernas pero dejando la cabeza adentro del útero materno. En la base del cráneo se le abre un agujero para introducir una cánula de succión, con la cual se extrae el cerebro. Se aplasta entonces la cabeza y se extrae con el resto del cuerpo del niño, ya muerto. Todo esto se realiza sin darle anestesia al niño.³⁹

5. CONSECUENCIAS FÍSICAS Y PSICOLÓGICAS DEL ABORTO EN LA MUJER

Para muchas mujeres el aborto parece ser la decisión correcta en ese momento, y la mayoría de las veces se explica el aborto como un procedimiento quirúrgico clínicamente seguro.⁴⁰ Sin embargo a estas mujeres, por lo general, no se les informa acerca de los posibles efectos psicológicos que pueden arrastrar como secuela, para el resto de sus vidas, ni del deterioro físico permanente que puede dejar como resultado.

³⁸ WILLKE, J.C., *op cit*, p. 42.

³⁹ Citado en <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto.html>

⁴⁰ Hemos tomado como base para el desarrollo del presente apartado, por su profundidad y seriedad, la siguiente obra: ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 32-38.

Es por eso que afirmamos que la práctica del aborto atenta gravemente no sólo contra los derechos del niño, sino también contra los de la mujer, ya que al privar de la vida al niño en su vientre, ya sea con o sin su consentimiento, se originan padecimientos de distinta índole. El estudio de las secuelas que deja el aborto en las mujeres, así como los daños clínicos que les produce, ha sido muy difícil,⁴¹ en primer lugar por el interés que existe por evitar que se conozcan y después porque no existen los métodos científicos ni el seguimiento clínico necesarios para tener tanto estadísticas confiables como pruebas contundentes sobre los daños ocasionados en la mujer por el aborto. Sin embargo, se han hecho numerosos estudios sobre el tema y se ha llegado a conclusiones generalmente aceptadas en el sentido de que hay consecuencias inmediatas y de largo plazo, las cuales pueden ser de tipo físico o psicológico entre las que destacan:

- a. Dificultad de las mujeres que han abortado para lograr un embarazo y parto normales. *"...a study of 11,057 pregnancies in Jerusalem, of whom 752 had had previous abortions, showed that those with abortions were more likely to report bleeding in the first 3 months of this pregnancy, less able to have a normal delivery, and more needed manual removal of the placenta or other intervention in the third stage of labor. There was a significant increase in low birth weight, a 3 to 4 times increase in neonatal deaths, and an increase in fetal malformations".*⁴² *"The relative risk of secondary infertility among women with at least one induced abortion and no spontaneous miscarriages was 3 to 4 times that among non aborted women".*⁴³
- b. La incontinencia urinaria en mujeres que han abortado se ha duplicado respecto de las que han llevado un embarazo normal, del doce punto seis por ciento al veintitrés punto siete por ciento.
- c. Las mujeres que han abortado sufren consistentemente cambios en sus ciclos menstruales que se manifiestan de manera excesiva.
- d. Cuando se practican abortos tempranos por el método de succión, las mujeres se hipersensibilizan al factor Rh negativo, de modo que en subsecuentes embarazos los bebés de estas mujeres sufrirán muchos problemas; necesitarán transfusiones sanguíneas y ocasionalmente nacerán muertos.
- e. Las mujeres que han abortado presentan un aumento excesivo en la masa de la placenta, lo que provoca la obstrucción del canal de nacimiento del bebé

⁴¹ No trataremos todas las consecuencias dañinas del aborto en la mujer, sino que nos limitaremos a enunciarlas y explicar brevemente las más importantes, ya que el objeto de esta exposición es tan sólo mostrar una realidad tan ignorada, en algunos casos por negligencia, pero en la gran mayoría por desinformación, que propician quienes se favorecen con la cultura de la muerte.

⁴² S. Harlap et al., *"Late sequel of induced abortion"* AMJ of Epid (1975) p. 217 citado por ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op cit.*, p. 33.

⁴³ D. Trichopoulos et al., *"Induced abortion & secondary infertility"*, British Hour, OBGYN, vol 83, Aug-1976 pp. 645-650, citado por ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op cit.*, p. 34.

siendo necesaria la cesárea; según el doctor Barrett, de la Universidad de Vanderbilt, estos cambios son permanentes e irreversibles.

- f. Después de un aborto es común que se presente el llamado Síndrome de Asherman que se caracteriza por la aparición de adherencias de tejido dentro del útero, las cuales producen síntomas clínicos entre los que destacan las anormalidades menstruales y la indebida implantación del embrión en la pared uterina, provocando que se implante en el cuello del útero o en las trompas de Falopio (embarazo ectópico) y/o que ocurra un aborto espontáneo, lo que a la larga acarrea infertilidad. Una de las principales causas de este síndrome es el aborto de dilatación y curetaje. Este síndrome se hace más pronunciado si existe una infección en la operación abortiva o después de ella.
- g. Después de un aborto aumenta el riesgo de embarazos ectópicos (extrauterinos) no relacionados con las adherencias típicas del Síndrome de Asherman, ocasionando la pérdida del bebé y la ruptura de las trompas con el consecuente sangrado interno e intervención quirúrgica. De acuerdo con el "Center for Disease" desde que el aborto fue legalizado en los Estados Unidos de América se han incrementado en un seiscientos por ciento este tipo de embarazos. En Atenas más de la mitad de los embarazos extrauterinos son atribuidos a abortos previos y el riesgo de que se presente uno de estos embarazos aumenta un treinta por ciento después del primer aborto y un ciento sesenta por ciento después del segundo.⁴⁴
- h. Después de un aborto aumenta el riesgo de mortandad. En los Estados Unidos de América en 1986 de 100,000 nacimientos 9.1 causaron la muerte de la madre y de ellos 4.7 fueron como consecuencia de un aborto,⁴⁵ ello a pesar de que no todas las muertes causadas por abortos son reportadas.
- i. Según estudios científicos recientes existen serios indicios para determinar una posible correlación entre el aborto y el cáncer de pecho, ya que de acuerdo con la "American Cancer Society" en 1962 había 63,000 casos de cáncer; en 1972 eran 90,000, en 1982 120,000 y para 1992 180,000. Según un estudio hecho por H.L. Howe en el estado de Nueva York investigando el cáncer de pecho, concluyó que las mujeres que habían tenido un aborto incrementaban 1.7 veces el riesgo de desarrollar este tipo de cáncer y las que habían abortado más de una vez incrementaban su riesgo en 4.0 veces.⁴⁶
- j. Los efectos psicológicos del aborto son un hecho comprobado científicamente pues, según datos proporcionados en 1992 por la Junta de Doctores Irlandeses, en el cincuenta por ciento de la mujeres que han abortado se presentan estos

⁴⁴ Panayotou et al., "Induced abortion & ectopic pret", AM J. OB-GYN, 1972, AM J. Public Health, 72: 253-6, 1982 citado por ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op cit.*, p. 35.

⁴⁵ "Induced Termination of Pregnancy", Council on scientific Affairs, AMA JAMA, dec 9, 1992, vol 268, no. 22, p.3231 citado por ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op cit.*, p. 35.

⁴⁶ Howe HL, Senie RT, Bzduch H, Herzfeld P. et al., 1989, Int J. Epidemiol citado por ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op cit.*, p. 37.

trastornos, siendo el disturbio psíquico marcado, severo o persistente en un rango que va del diez al treinta y dos por ciento.⁴⁷

Para David C. Reardon de la universidad de Springfield el noventa por ciento de las mujeres que abortan sufren severos daños a su autoestima, el cincuenta por ciento aumentan sus tendencias (o bien las inician) hacia el abuso de la droga y el alcohol, el sesenta por ciento experimenta tendencias suicidas y el veintiocho por ciento lo intenta.⁴⁸

- k. Las mujeres que se practican un aborto, sufren un trastorno psíquico conocido con el nombre de "Síndrome post-aborto", cuyos síntomas se han reunido bajo las siglas PAS (*Post-Abortion Síndrome*). El cuadro clínico que caracteriza a este síndrome puede surgir inmediatamente después del aborto y permanecer latente por un largo tiempo, manifestando sus síntomas de modo diferido. Se considera que al cabo de 5 o 6 años se puede observar su manifestación clínica de modo acabado. Es el cuadro más discutido, y, paradójicamente, más relevante en la comunidad científica, pues recibe de ella mayor atención y ocupa el mayor espacio en la bibliografía existente.⁴⁹

Al realizar una investigación sobre el tema se reconocieron los siguientes comportamientos y síntomas psicológicos que se manifiestan en las mujeres a consecuencia del aborto:⁵⁰

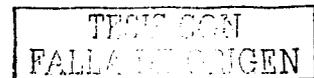
- i. Trastornos emocionales/ afectivos: baja autoestima, inestabilidad emocional, sentimiento de culpa, angustia, tristeza, desasosiego, ansiedad, sentimiento de fracaso, dolor, pena, depresión;
- ii. Trastornos de la comunicación o relacionales: agresividad, irritabilidad, baja tolerancia a la frustración, incapacidad para establecer vínculos duraderos y una buena relación interpersonal, ruptura de la relación de la cual surgió el embarazo, rechazo hacia la figura masculina, incapacidad y rechazo hacia el compromiso afectivo;
- iii. Trastornos de la alimentación: pérdida del apetito, anorexia, bulimia;
- iv. Trastornos neuro-vegetativos: malestares abdominales, dolores de cabeza, mareos, disrupción de bio-ritmo;
- v. Trastornos en la esfera sexual: pérdida o disminución de la libido o energía sexual, problemas con la propia sexualidad, frigidez;
- vi. Trastornos del sueño: insomnio, pesadillas, sueños recurrentes;

⁴⁷ Cfr: Dagg: The psychological sequel of induced abortion. AM J Psychiatry 148:578-585, 1991 citado por ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *Ibidem*.

⁴⁸ REARDON, David C. "Making abortion rare: A healing strategy for a divided nation". University of Springfield, 1996.

⁴⁹ PAVIA, Carolina, PAS: Una figura olvidada por las políticas de salud reproductiva. Universidad Internacional de Verano, Ciencia y Vida, Simposio 3: Biogenética y dignidad, México, 2000, p. 3.

⁵⁰ *Ibidem*



- vii. Trastornos de tipo obsesivo: ideas recurrentes de muerte, auto-reproches, sentimiento de culpa, evitación de estímulos que recuerden el hecho del aborto, "visitación" del niño abortado;
- viii. Trastornos de tipo depresivo: Pérdida de interés por las cosas de la vida, tristeza, depresión, crisis de llanto, angustia existencial, ideas y/o tentativas suicidas;
- ix. Trastornos típicos: Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) la incidencia del trauma post aborto para las mujeres puede llegar a alcanzar hasta el 91% de los casos.⁵¹ Además señala que son precisamente las mujeres que se practican abortos por razones psiquiátricas, las que corren mayor riesgo de problemas mentales, una vez realizado el mismo; aquellas mujeres que se han practicado un aborto por razones de violación, incesto, salud, etc., tienen aún más probabilidades de sufrir problemas emocionales y psiquiátricos severos que las que se lo han practicado por razones socioeconómicas.

Poco más del 85% de las mujeres que abortan son presa del síndrome post aborto. Así lo determina un estudio del médico y sexólogo costarricense Mauro Fernández Sandí (...) *"Los datos plantean que la mayoría se dedica a actividades religiosas, la adopción de niños, tener muchos hijos o esquivar su pasado mediante diversas actividades. Otras sufren los que los expertos llaman "niño fantasma" y durante toda su vida recuerdan al niño, la edad que tendría, si estaría o no en la escuela, adónde tendría su cuarto, a quién se parecería o cómo se llamaría. Estas mujeres les celebran el cumpleaños calculando la edad, y hasta compran cosas. Esto es terriblemente traumático, porque no pueden explicar lo que viven a los demás, pues lo que hicieron una vez fue en secreto. Un secreto que no revelarán nunca, pero con el que viven en trauma siempre, dijo el médico"*.⁵²

- i. Existe otro trastorno psíquico conocido como "síndrome del aniversario", expresándose, por un lado, a través de la aparición incomprensible de malestar físico y/o psicológico con estado de ánimo depresivo o irritable, que, bajo la guía psicoterapéutica, logra fácilmente asociarse con la cercanía de la fecha del aborto; y por otro lado, frente a la proximidad de la supuesta fecha de nacimiento del niño abortado, el surgimiento de pensamientos e ideas asociadas carácter culposo, lo que genera en muchos casos exacerbación de cuadros psiquiátricos precedentes y propensión al aumento o iniciación en el consumo de drogas o alcohol.

El estudio realizado también señala que la manifestación de los síntomas descritos, su intensidad y el momento en que surjan, no será exactamente igual en todas y cada una de las mujeres. Dependerá de varios factores que

⁵¹ La Sombra del Aborto. Periódico La Nación. Sección Viva. 7 de abril de 1999. p.6 citado en <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/PAS.html>

⁵² PAVIA, Carolina, *op cit.*, pp. 5-6.

constituyen la personalidad de la mujer, tales como, el número de pérdidas anteriores, la habilidad para racionalizar o negar sus sentimientos, la determinación para suprimir y evitar todo tipo de pláticas relacionadas con el aborto, etc.

- m. Es muy posible, que los efectos negativos del aborto en la mujer, lleguen a afectar también a su esposo o pareja. Precisamente entre los efectos negativos emocionales del aborto en la mujer, están la aversión hacia su pareja; una desarmonía general en sus relaciones interpersonales. De hecho, un 70% de estudios realizados, indican que las parejas se separan en el término de un año después de haber ocurrido el aborto. En Estados Unidos, donde se permite a la mujer abortar sin el consentimiento de su pareja, es común que la práctica de un aborto afecte profundamente la relación matrimonial. Sin embargo, en muchos casos, es el hombre quien empuja a la mujer a realizarse el aborto, negándole todo tipo de apoyo, ayuda y amenazándola con el abandono. Todo esto, va no sólo en un deterioro de la mujer, sino de la misma institución del matrimonio y familia.
- n. El aborto también repercute en los hijos que ya se tienen o que nacen después, ya que uno de los efectos emocionales negativos del mismo en la mujer es precisamente la frustración de su instinto maternal. Así se dan casos de superprotección por parte de la madre que ha abortado los hijos que posteriormente llega a tener, a quienes ella causa daños emocionales. Es importante mencionar que el maltrato infantil ha aumentado en los Estados Unidos en un 500% después de la legalización del aborto.⁵³

Es importante señalar, que si el aborto criminal se realiza inadecuadamente, ya sea por insalubridad, impericia o falta de material y/o medicamentos adecuados, se producen complicaciones físicas que pueden resultar en esterilidad o muerte de la mujer, entre las más frecuentes se encuentran:

- a. Las hemorragias uterinas que producen anemia aguda y llevan a la muerte;
- b. Lesiones en la vagina, cuello uterino o cuerpo de la matriz, en este caso, perforaciones;
- c. Embolia gaseosa por entrada de aire en la inserción placentaria;
- d. Quemaduras por cáusticos o líquidos calientes;
- e. Infecciones uterinas, como la peritonitis, septicemia, gangrenas, etc., y;
- f. Muerte súbita por inhibición a consecuencia de la dilatación del cuello del útero en el momento de la maniobra;

⁵³ Citado en <http://www.wels.net/wfl/spanish/complica.html>

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES DE LA FILOSOFÍA RESPECTO DEL CONCEBIDO Y DEL ABORTO

La filosofía pretende reforzar con una verdad más sublime y más perfecta los postulados científicos de la medicina y la biología. El filósofo tiene la ineludible tarea de iluminar las distintas realidades humanas por medio de su reflexión; tarea que expresa muy bien Marcel cuando señala que *"el primero y tal vez el único deber del filósofo hoy, es el de constituirse en defensor del hombre contra el hombre mismo, contra esa extraordinaria tentación de lo inhumano a la que tantos seres sucumben, casi sin darse cuenta de ello"*.⁵⁴

1. METAFÍSICA: LA GENERACIÓN Y LA CORRUPCIÓN

Este apartado destaca por la contundencia del argumento filosófico de Aristóteles que viene a perfeccionar y sublimar el argumento médico relativo a la vida humana, pues coincide plenamente con éste en cuanto al principio de que no hay nada que se le agregue al ser humano desde el momento de la concepción hasta el momento del parto, siendo aplicables, por tanto, los principios de que de la nada, nada sale, y de que nadie da lo que no tiene. Retomaremos algunos de sus postulados para demostrar que no hay ningún cambio en el ser humano desde la concepción (generación), hasta la muerte (corrupción).

Para entender el concepto de cambio debemos recurrir al concepto de movimiento en Aristóteles. Él establece cinco elementos esenciales del movimiento: el motor, el móvil, el tiempo, el momento inicial (*ex quo*), el momento final (*ad quem*) y el lugar. Además establece que el cambio por necesidad implica la confrontación de dos opuestos, esto se puede dar de la siguiente manera: del sujeto al sujeto, del no sujeto al no sujeto, del sujeto al no sujeto y del no sujeto al sujeto. Elimina la hipótesis del no sujeto al no sujeto pues entre dos negaciones ni existe contradicción ni son opuestos.

El cambio de no sujeto a sujeto se denomina generación, por el contrario, la mutación de sujeto a no sujeto es la corrupción.⁵⁵ En la medida en que esta generación o corrupción sea substancial será absoluta, y en la medida en que sea accidental será relativa o *secundum quid*.

⁵⁴ citado por GAFO, Javier, Dilemas Éticos de la Medicina Actual, UPCM, Madrid, 1986, p. 279.

⁵⁵ En virtud de que algo toma forma substancial se dice que se genera absolutamente y en virtud de que toma forma accidental se genera relativamente. In de generatione... lect 9. no. 6.

Santo Tomás concluye que estos cambios, es decir, la generación y la corrupción, entendidos como el paso del no ente al ente y viceversa, no son movimientos, puesto que lo que no es, *"lo que carece absolutamente de existencia determinada, no puede moverse de ningún modo"*.⁵⁶ Pero hace la salvedad con respecto al no ente en acto, en tanto éste si es, efectivamente, un ente en potencia.

Aristóteles explica que el tipo de cambio que si es movimiento es el que se da de sujeto a sujeto; pero dicho cambio de sujeto a sujeto no puede referirse al ser, ya que su opuesto es el no ser y estaríamos en los supuestos de cambio del sujeto al no sujeto y viceversa. Por eso afirma que, en principio, el único cambio posible de sujeto a sujeto es el accidental, en cuanto a su cualidad, cantidad, lugar, etc.

Ahora bien. ¿Cómo puede darse entonces la generación absoluta? Ya que de darse la generación absoluta, esto querría decir que un ente sale del no ente, pero si el no ente no existe esto es imposible pues *"De la nada, nada sale"* y si se genera a partir de un ente entonces no hay generación absoluta.

Aristóteles responde brillantemente. Efectivamente *"De la nada, nada sale"*, así pues la generación absoluta se da a partir de un no ente relativo que es la potencia. Los entes pueden ser en acto una cosa pero en potencia otra, potencia que con la generación absoluta se va a actualizar para dar paso a un nuevo ente sustancialmente diferente de aquel ser anterior en acto. Es decir que, *"en un sentido, hay generación a partir del no ente absoluto, mientras que, en otro, siempre tiene lugar a partir de lo que es. En efecto, lo que es en potencia, pero no en acto forzosamente debe ser considerado como preexistente a la generación..."*⁵⁷

Un ejemplo que puede ilustrar la generación absoluta es el del viviente, que es tal precisamente por ser "no muerto"; al corromperse pasa de viviente a no viviente, al transformarse de no muerto en muerto. Es esencial recalcar que nos encontramos frente a dos sujetos esencialmente diferentes, dos sustancias distintas, y en ese sentido es que se dice que la generación es absoluta, no porque haya un tránsito radical del ser al no ser entendido como la nada, sino porque se transforma en un ser sustancialmente distinto pero que sigue "siendo", por lo menos en el aspecto material.

Por lo tanto, es necesaria la permanencia de la materia, en las diversas formas que adopta, pues si la generación implicara el paso del no ente al ente, concluiríamos que algo sale de la nada y eso no es posible; del mismo modo, si la corrupción implicara la destrucción de lo que existe concluiríamos que la materia se va acabando y esto implicaría el fin de lo que existe; esto confirma el postulado de que *"la materia no se crea ni se destruye, sólo se transforma"*. En virtud de que la materia recibe una forma sustancial específica, distinta a la que tenía, pero que se

⁵⁶ Hace la salvedad con respecto al no ente accidental que puede ser un ente en potencia en la sustancia de que depende. In de metafísica, lect 11, no. 3.

⁵⁷ Generación Bk 317b 14-18

estaba en aptitud y disposición de recibir, es que se dice que hay una generación absoluta.

Así pues, es indispensable considerar que el paso de la generación y de la corrupción es un paso del no ente absoluto, en tanto este ente es algo en potencia que no es absolutamente en acto, al ente absoluto en acto.⁵⁸

Héctor Velázquez Fernández concluye en su trabajo acerca de la generación absoluta que "... la problemática inicial sobre la aparente imposibilidad de hablar de una generación o corrupción absoluta es zanjada por Aristóteles apelando a los diferentes matices que se han de tener en cuenta al hablar del no ente. Y es que, si se salva la analogía de los sentidos del ente, el planteamiento parmenídeo tendría razón: la nada no existe, no puede ponerse como contrario del ser porque los contrarios comparten un mismo género de realidades respecto de las cuales son extremos en la contradicción. La nada en cambio, no puede estar en género alguno de cosas, por lo que solo existe el ser, en sus diversas acepciones. Por ello, la generación absoluta, la cual parte del absoluto no ente, en realidad tiene como antecedente una determinada sustancia, pero no a la nada; así como la semilla es un no árbol, y el árbol va a parar a carbón en la combustión; con lo cual de nuevo se obtendrá un no árbol. Hablar de que sólo existe la generación relativa sería tanto como aceptar que toda la realidad es una sola sustancia y que las diferencias entre todos los seres es únicamente accidental; lo cual es más difícil de sostener que la posibilidad de la generación y corrupción absolutas tal y como las expone Aristóteles".⁵⁹

Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa, encontramos que la gran utilidad de este planteamiento radica en establecer que hay un cambio del esperma y del óvulo que se convierten en un ser humano, este cambio es una generación absoluta, pues constituye el paso del no ente (no ser humano) a ente (ser humano), y por otro lado, es una corrupción absoluta, pues es el paso del ente (esperma y óvulo) al no ente (no esperma y no óvulo).

En efecto, el esperma y el óvulo son no entes absolutos respecto del ser humano, pero son entes en tanto esperma y óvulo que están en potencia de ser seres humanos (sustancialmente diferentes del esperma y el óvulo), potencia que se actualiza con la generación, en el momento de la concepción.

Ahora bien, si el cambio no se da en la materia como materia, pues esta sigue existiendo, debemos concluir que el cambio se da en la forma de la materia. De hecho, ese cambio es posible por la forma, que informa y determina a la materia y en los seres vivos la hace actuar ya que es principio de las operaciones vitales. La generación y la corrupción lo son pues respecto de la forma, no respecto de la materia.

⁵⁸ Cfr: Generación... Bk 318° 15-19 e In de Generatione... lect 7 No. 10.

⁵⁹ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Héctor, La generación absoluta, según la exposición aquiniana de Aristóteles, Universidad Panamericana, Tópicos No. 11, 1996, p. 22.

Es por eso que, en un ser vivo, la forma substancial determina las operaciones vitales y la organización de la materia, esto es, que por medio de la forma se desarrolla el nuevo ser buscando la perfección, es decir, va cambiando a lo largo de su vida a través del crecimiento y desarrollo, pero es un ser perfecto en cuanto a que está informado y el cambio entonces no es absoluto, sino accidental.

En el caso que nos ocupa, es evidente que la materia no desaparece y surge una nueva materia, sino que la forma de la materia esperma y óvulo cambia para dar lugar a la nueva forma de ser humano, forma que sale de los seres en acto esperma y óvulo, y que cambia haciendo actuar a la nueva forma de ser humano cómo tal. Podemos afirmar pues, que hay ser humano desde que se corrompe la forma de esperma y óvulo para generar la forma del ser humano, y podemos conocer que la forma ha cambiado pues esa materia actúa como ser humano, es decir, podemos conocer la forma por sus actividades (*operatur sequitur esse*).⁶⁰

Si dejáramos aislados al esperma y al óvulo, estos nunca se desarrollarían como un ser humano pues carecen de la forma humana, por el contrario desde la concepción, el producto de la fusión de ambas células, empieza un comportamiento de ser humano al iniciar un desarrollo que se manifestará externamente a través de las divisiones celulares primero y la formación de todos sus órganos después, hasta llegar al nacimiento, de ahí seguirá su desarrollo hasta llegar a su plenitud como hombre y finalizará con su muerte, corrupción, en donde perderá su forma humana y se generarán nuevas formas (gusanos, minerales, etc...)

En efecto, una vez que por virtud de la generación absoluta ha surgido un nuevo ser humano, éste no tendrá una forma humana perfecta y acabada, sino que por el contrario, tendrá una forma sumamente imperfecta e incompleta si bien en potencia tendrá todas las actividades de la forma perfecta e irá actualizando ésta, poco a poco, en una sucesión de generaciones relativas. Estas generaciones relativas se presentan precisamente porque el ser humano permanece y sólo van cambiando sus accidentes, su apariencia, su tamaño, desarrollo físico e intelectual, hasta llegar a su plenitud, como forma perfecta, e iniciar su declive deteriorándose su forma volviendo a ser imperfecta hasta su corrupción absoluta.

Ahora bien, los seres para su desarrollo necesitan de elementos externos como lo son sustancias químicas, medio idóneo, alimentación, etc. En el caso del *niño*

⁶⁰ Santo Tomás de Aquino nos explica en la Suma Contra los Gentiles que en el caso del hombre, el alma humana es una sustancia intelectual que se une al cuerpo como forma, de modo que el hombre es uno constando de materia y forma donde la sustancia intelectual comunica su ser a la materia pues ésta es recipiente de la sustancia intelectual que es principio de la naturaleza humana. Y señala que mientras más noble sea la forma mas sobrepasa en su ser a la materia, de donde la forma cuya operación excede la condición de la materia superará también por la dignidad de su propio ser a la materia. De aquí que la generación del ser humano tenga un carácter especial por la dignidad de la forma que se imprimirá en la materia objeto de esta generación, siéndole en lo demás aplicable en todo lo que Aristóteles señala en cuanto a la generación y la corrupción. Citado por ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op cit.* p. 179.

concebido el vientre materno, una adecuada alimentación de la madre, etc. Pero el hecho de que en un momento dado carezca de estos elementos, no quiere decir que no sea ser humano; así los niños que son el fruto de fecundaciones artificiales cultivados en probetas, son plenos seres humanos pues ya tienen la forma humana con todas sus operaciones, algunas en acto, la mayoría en potencia. Del mismo modo, el niño con retraso mental es ser humano aunque no tenga las condiciones materiales necesarias para manifestar sus operaciones humanas en un grado perfecto y acabado. Por esto, es grave atentado contra el ser humano el privar o modificar culpablemente las condiciones materiales que ayudarán a la forma humana, a ese nuevo ser humano al llegar a su desarrollo pleno.

No hay que confundir la generación y la corrupción de la forma, con la percepción de esa generación y esa corrupción. Así hay quienes definen al ente y al no ente por el ser o no percibido, de modo que resulta que lo conocido es y lo no conocido no es (ya que la percepción posee para ellos poder de ciencia). El Doctor Angélico comentando al estagirita establece que *"...algo se dice verdadero por lo que es, si consistiera el ser de las cosas sólo en ser sentidas, ninguna verdad estaría en las cosas, sino sólo en el que las siente. Pero esto no es verdadero, porque ninguna verdad está en las cosas. Por lo que eliminando la verdad de las cosas no dicen verdad"*.⁶¹

De hecho, uno de los argumentos más esgrimidos por parte de los abortistas es ese: el "feto" (como ellos lo denominan) no es persona humana y afirman esto por que no les *parece* persona humana. Con esto afirman que la generación del ser humano se da en el momento en que lo perciben, es decir, en el momento del nacimiento, y mientras no lo perciban no será ser humano y por tanto están legitimados para eliminarlo.

En conclusión, la concepción constituye el momento de la generación absoluta (en sentido filosófico) del ser humano a partir de la corrupción absoluta del esperma y el óvulo. Una vez generado el ser humano sufrirá constantes generaciones relativas que lo irán perfeccionando hasta llegar a su forma plena y completa, a su cenit, en donde será totalmente actual como ser humano y a partir de ahí comenzará su declive hasta llegar a su corrupción absoluta con la muerte.

Entre el momento de la concepción y el del nacimiento no se da ninguna generación absoluta, toda vez que no cambia la forma del *niño concebido* con respecto a la del niño nacido y esto es demostrable a través de sus operaciones y su desarrollo. La filosofía coincide aquí totalmente con la ciencia médica al afirmar que *no hay ningún cambio sustancial* entre el niño concebido y el niño nacido como no lo hay entre éste último y el joven de 20 años o el anciano de 80. La forma humana del ser humano, empieza pues con la concepción y acaba con la muerte.

Por lo tanto, lo que el hombre es, desde el punto de vista óntico, se define desde el mismo momento de la concepción, ya que el sustrato de los accidentes es

⁶¹ In de generatione... lect 8, No. 19.

inmutable en sí mismo, y lo que cambia son precisamente los aspectos físicos que están sujetos indisolublemente al núcleo del ser, a su esencia.

2. ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS RESPECTO DEL CONCEBIDO

2.1 LA VIDA

La vida humana es un misterio. El hombre es un ser viviente, al igual que otros muchos. Sobre el origen de la vida, señala Eugenio Trueba Olivares, parece que predominan en número las hipótesis evolucionistas. Hace mucho se viene diciendo que la vida surge en nuestro planeta en virtud de las transformaciones naturales de la materia. Su caldo de cultivo sería el agua en estado líquido. Durante un periodo que supera los mil millones de años una fortuita acumulación de acontecimientos propiciaría el fenómeno vital.⁶²

Existen muchos científicos, señala el mismo autor, que no confían en este transformismo mecánico de la materia para explicar el origen de la vida. El fenómeno es tan remoto que pudo haber culminado hace más de tres mil millones de años y ello cancela toda posibilidad de comprobación empírica, de acuerdo con los reclamos de la ciencia. Resulta también difícil de admitir que de ese suceso, no acreditado, hayan derivado noventa y ocho millones de especies diversas hasta llegar al "*Homo Sapiens*".

Es inherente a cualquiera de las ciencias la comprobación por la observación. Ninguna investigación ha conseguido pasar de la mera especulación en la búsqueda del origen de la vida. De allí que varios biólogos hayan reconocido que los principios de la ciencia experimental no son aprovechables en este tema. Es algo que sale de su campo y que reclamaría, en todo caso, un planteamiento de orden filosófico.

Por su parte, Francis Crick, escribe que *"a pesar de nuestra incertidumbre acerca de cómo empezó la vida, es indudable que ésta existe ahora y en inmensa escala. La vemos en torno nuestro. Seguramente, podría aducirse que, habiendo ocurrido una vez, podemos confiar en que volverá a suceder. Por supuesto, en la mayor parte de los casos es improbable que vuelva a comenzar. A parte de que las condiciones actuales son muy diferentes de las predióticas, parece muy verosímil que cualquier nuevo sistema que se intentara implantar en estos tiempos rápidamente sería absorbido por los miembros del sistema que ya existiera"*.⁶³

Sin embargo, el mismo autor acaba por reconocer que *"no va a ser fácil obtener apoyo experimental para algo que muy bien pudo haber sido una fortuita*

⁶² TRUEBA OLIVARES, Eugenio, El Hombre, la Moral y el Derecho, JUS, México, 1972, p. 17.

⁶³ CRICK, Francis, La Vida misma, su Origen y Naturaleza, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 100.

secuencia de rarísimas reacciones".⁶⁴ Y más adelante concluye diciendo que "una persona honrada, que contara con todo el conocimiento de que hoy disponemos, únicamente podría decir que, en cierto sentido, el origen de la vida parece ser, por el momento, casi un milagro, debido a que son tantas las condiciones que tuvieron que satisfacerse para que tuviera comienzo".⁶⁵

En resumen, las teorías evolucionistas sobre el origen de la vida de carácter simplemente mecanicista o materialistas, parten todas de ciertas y variadas suposiciones no comprobadas histórica ni objetivamente y hasta ahora no se han podido respaldar siquiera por inducciones lógicas, debido a que a las primeras hipótesis siguen otras más, igualmente improbables, en contra, incluso, de los acontecimientos más avanzados sobre los fenómenos físico-químicos y particularmente contra la ley de entropía.⁶⁶

Para muchos científicos el evolucionismo mecanicista no tiene bases sólidas, al menos hasta hoy, por lo que consideran pertinente admitir la posibilidad de una creación. Tanto los evolucionistas como los creacionistas, derivan la vida (incluido el hombre) de la tierra o del polvo. Unos creen que fue un suceso fortuito y consecuentemente, sin propósito. Otros creen que se debió a un acto creativo de Dios, preñado de propósito y de amor. Las diferencias son manifiestas.

Cabe advertir que el evolucionismo no siempre adopta carácter casual, fortuito y ocioso. Hay opiniones creacionistas que admiten la evolución como uno de los muchos medios de que la acción creadora pudo haberse valido para cumplir sus propios designios. Dios pudo haber implicado las determinantes de las transformaciones a través del orden preestablecido en las leyes del cosmos. Regis Jolivet opina que *"la exclusión sistemática de la hipótesis evolucionista obligaría a admitir la creación inmediata por Dios".⁶⁷* Aunque esto no es imposible, acota Trueba, también cabe considerar una evolución que desde su origen encerraba, como potencia inminente, todos los seres vivientes que fueron surgiendo a través del tiempo.

Santo Tomás de Aquino precisó, contra la opinión de Avicena, que si bien se ha de conceder a la materia, la capacidad de producir la vida, esta capacidad no deriva de la esencia de la materia, sino que en ella hay un poder especial que le dio Dios en el momento de la creación. Este texto de Santo Tomás no consagra la evolución pero tampoco la niega, sino que aparece como posible, aunque vinculada a la creación.

Si bien no hubo generación espontánea (ni al principio) no es desatinado hablar, en cambio, de la llegada de las condiciones que hicieron posible la vida por las razones que los escolásticos aducen.

⁶⁴ *Ibid.* p. 120.

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ Cfr: TRUEBA OLIVARES, Eugenio, *op cit.*, pp. 18-22

⁶⁷ Citado por TRUEBA OLIVARES, Eugenio en *op cit.*, p. 21.

Aunque San Agustín no planteó el problema de la evolución, nos dice Trueba, cuando alude a las "*Rationes Seminales*" connota con ellas el movimiento que Dios imprimió a los primeros elementos. Estos fueron el germen dinámico del desarrollo posterior a la creación. Parece que San Agustín da con ello pie a suponer que la forma de la aparición de cada una de las realidades ya estaba contenida en la creación primordial y sólo faltaba el tiempo preciso para su debido desenvolvimiento. Dios está presente en la creación que evoluciona a su perfección. El mismo San Agustín tiene el siguiente texto bastante sugerente: "*a mi entender Dios, en el origen, ha creado todos los seres a la vez, a unos realmente, a otros en sus principios... Del mismo modo que en la semilla se haya reunido, de una manera invisible, todo lo que deberá desarrollarse con el tiempo en un árbol, así debemos de imaginar que el mundo, en el momento en que Dios creó simultáneamente todas las cosas, contenía las cosas que la tierra ha producido virtualmente y causalmente antes de que se desarrollaran en el tiempo, tal como la conocemos*" Este texto no es muy diverso al siguiente de San Gregorio de Niza: "*desde el primer impulso creador, todas las cosas existieron virtualmente, como una especie de fuerza espermática proyectada para el nacimiento de todas las cosas del universo. Pero ninguna tenía aún existencia profunda y actual*".⁶⁸

Concluye Trueba que, al menos en estas opiniones, no hay saltos inmotivados o azares que desmientan las leyes de la termodinámica, pues todo estaba ya dado en potencia y sólo sobrevino un desarrollo "precodificado" impreso en los elementos anteriores a la vida manifestada. En otras palabras, la vida ya existía como existe el árbol en la semilla, en espera sólo del tiempo fertilizante.⁶⁹

El fixismo, a diferencia del evolucionismo teísta, considera que las especies son inmutables y que los seres vivos fueron creados sin evolución. Esta idea prevaleció en la antigüedad, pero no ha desaparecido del todo. Aduce, la referida teoría, que la evolución creacionista encierra un contrasentido, ya que si todo cambio obedece a un principio superior, cualquiera que sea el momento en que aparece, no es posible hablar de evolución.

En laboratorio han tenido éxito algunos ensayos para producir por síntesis bioquímicas combinaciones orgánicas más o menos complejas. No se puede afirmar que en el futuro no se logre elaborar materia viva. Esta posibilidad, dice Aguayo Spencer, citado por Trueba, en nada alteraría ni afectaría las tesis creacionistas, en caso de actualizarse. "*¿Qué de extraño tendría que un día el hombre llegara a captar el "Modus Operandi", la manera, la forma como Dios hizo la vida?*" Sería un jubiloso ascenso de la inteligencia humana.⁷⁰

La vida no puede definirse, pero sí describirse. Por lo que ve a la vida humana, posee diversas características: "*es movimiento autónomo y auto posesión o*

⁶⁸ TRUEBA OLIVARES, Eugenio, *op. cit.* pp. 23-24.

⁶⁹ *Ibid.* p. 24.

⁷⁰ *Ibid.* pp. 26-27.

capacidad de auto dirigirse por él mismo hacia su propia perfección".⁷¹ N. Blázquez dice que "cuando hablamos del derecho a vivir se entiende a vivir como seres humanos determinados por la racionalidad".⁷²

Walter Brugger, en su Diccionario de Filosofía dice que "vida" significa ante todo, como actividad vital, una acción interna, "hacia dentro", en oposición a la acción externa, "hacia afuera", dirigida únicamente a producir o modificar otras cosas, la cual poseen también los seres inanimados. La vida se manifiesta en la naturaleza exterior, en el brotar, crecer, verdear, florecer, fructificar en las plantas; en el crecer, multiplicarse y moverse de los animales, y en el desarrollo de las especies que rebasa los organismos individuales, produciendo siempre nuevas formas a lo largo de los siglos. Vista desde el interior, la vida se nos aparece en las vivencias propias, en el consciente ver, sentir, apetecer, cuya fuerza ciertamente depende del vigor y energía de los órganos corporales. En ambos casos, la vida se presenta como un devenir continuo y un desplegarse de dentro hacia afuera, inagotablemente multiforme en oposición a la rigidez y uniformidad de los cuerpos sin vida, especialmente de las máquinas..."⁷³

Todos los seres vivos, y por tanto también los hombres, se diferencian de los inertes en que tienen vida, lo cual puede resumirse en cinco características:⁷⁴

- a. Autonomía, por medio de la cual el viviente se mueve a sí mismo, sin necesidad de un agente externo que lo impulse;
- b. Unidad, por medio de la cual los seres son únicos y no pueden dividirse o partirse en sus elementos esenciales sin que mueran o dejen de existir;
- c. Inmanencia que significa quedar dentro, por medio de esta características las acciones del sujeto tienen efecto en sí mismo;
- d. Autorrealización, que se refiere a la finalidad específica del viviente, cuya realización corre a cargo de él mismo; y
- e. Ritmo cíclico y armónico, ya que todo viviente nace, crece, se reproduce y muere.

Ahora bien, aunque los seres vivos comparten las características mencionadas con anterioridad, no todos son iguales, ya que hay entre ellos diferentes grados de perfección en sus formas de vida, que son los siguientes:

- a. **Vida Vegetativa.** Es propia de las plantas y todos los animales superiores a ellas.⁷⁵ Tiene tres funciones principales: la nutrición, el crecimiento y la reproducción.

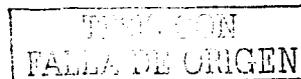
⁷¹ *Ibid.* p. 269.

⁷² Citado por TRUEBA OLIVARES, Eugenio, *op cit.*, p. 269.

⁷³ BRUGGER, Walter, *Diccionario de Filosofía*, Editorial Herder, Barcelona, 1978, pp. 534-535.

⁷⁴ YEPES STORK, Ricardo, *Fundamentos de Antropología*, EUNSA, Navarra, 1996, p.26.

⁷⁵ Cfr YEPES STORK, *op cit.*, p. 27.



b. Vida Sensitiva. Se caracteriza porque el viviente hace suya la causa externa de sus movimientos, gracias a su capacidad de conocer. Por los sentidos, el animal se relaciona con las cosas externas, haciéndolas suyas en cierta manera, en cuanto las conoce y se las representa de una manera objetiva.⁷⁶ Mediante su vida sensitiva, el animal no se propone los fines ni escoge los medios adecuados para lograrlos, sino que los sigue instintivamente de acuerdo con lo que le impone su propia naturaleza.

c. Vida Intelectiva o Racional. Tradicionalmente se han distinguido dos potencias de la vida racional, el entendimiento por medio del cual el hombre es capaz de conocer la verdad, y la voluntad que es la inclinación racional al bien, siendo el bien aquello que nos conviene.

Brugger señala que *"la vida vegetal es ya por esencia superior a toda acción de los cuerpos inorgánicos dirigida sólo hacia afuera, no cabe explicarla por las solas fuerzas de la materia, sino que supone un principio (principio vital) de algún modo inmaterial. Por eso tampoco es posible comprender el origen de la vida recurriendo a las fuerzas materiales, sino únicamente a una inmediata intervención del creador de la naturaleza. De manera análoga, los grados esencialmente superiores no pueden derivarse causalmente de los que siempre son inferiores, en especial la vida intelectual de la orgánica"*.⁷⁷

Con anterioridad se proporcionaron algunas noticias sobre el fenómeno de la vida en general y el fenómeno de la vida humana en particular. Se señaló que la vida no puede definirse, pero sí describirse. Es un concepto sacado del acto de vivir. Para que haya vida como lo indica Brugger, es indispensable un principio vital de la sustancia viva, un principio animador o vivificador del cuerpo. En el caso del hombre ese principio es el alma racional.⁷⁸ No basta, pues, que haya órganos, ni los factores físico - químicos son suficientes para explicar la vida.⁷⁹

Santo Tomás de Aquino insiste en que el acto de vivir no es más que el acto del ser del viviente⁸⁰. Lo cual no significa que el vivir se identifique con el ser sin más. En todo caso, el vivir se identifica con un principio vital conocido con el nombre de alma. De allí que, cuando los seres vivientes llegan a ser, se dice que nacen y cuando dejan de ser, entonces mueren. Un niño, por ejemplo, no nace si primero no es; de igual manera, un hombre no muere si antes no ha sido. El nacer es la presencia del ser vivo ya existente como individuo ante nosotros.

"Siendo la vida humana una de las formas más elevadas del ser, resulta por eso mismo un bien de alto rango. Sabemos que la muerte no es vida, pero sólo lo

⁷⁶ ADAME GODDARD, Jorge, *Filosofía Social para Juristas*, 1ª ed., McGraw-Hill, UNAM, Serie Jurídica, México, 1998, p.28.

⁷⁷ BRUGGER, Walter, op. cit., pp. 535-536.

⁷⁸ El tema del Alma en general y del alma racional en particular será tratado con profundidad en el punto 2.3 del presente capítulo.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ S. Th. 1, q. 18, a. 2.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sabemos desde la vida. Poseemos nuestro ser como una gran resistencia a la destrucción y por eso negamos la definitividad de la muerte. Anhelamos nuestra plenitud y sabemos que no la alcanzamos en nuestro tiempo biológico, de ahí nuestra sed de supervivencia".⁸¹

"La muerte puede ser una situación límite, pero no necesariamente. La esperamos no para morir, sino para sobrevivir. El hambre de salvación no es en el fondo sino la consiente apertura y lanzamiento de nuestro ser hacia el ser infinito de Dios".⁸²

Podrán o no aceptarse estas ideas, "pero reconozcamos que necesariamente hay gran diferencia entre quien asume su trascendencia, y quien cree que su muerte es la nada. Según Pasteur, identificar la muerte con la nada es el peor insulto que se nos puede hacer. Creer o no creer en Dios no es una simple cuestión especulativa. Las consecuencias serán enormes en uno y otro caso... Sin absoluto ¿qué me detendrá o que me impulsará? Si mis acciones se agotan aquí y ahora, sólo el aquí y el ahora me importarán. Nada será moralmente bueno o malo y mi tarea consistirá en vencer al prójimo y no en amarlo... Bien distinta será la conducta del hombre que se sabe interminable. La convicción de esta esencia eterna, es como un apetito natural, no concebido en vano, sino para cumplirse, todo el comportamiento estará entonces conducido por un teleologismo trascendente".⁸³

2.2 EL HOMBRE

El hombre es un ser reflexivo, es decir, que puede volver hacia su interior para intentar desentrañar aspectos de su propio ser, y es así que desde la antigüedad se ha dado a la ardua tarea de profundizar cada vez más en el conocimiento de sí mismo.

Sin embargo, a pesar de ese esfuerzo, podemos afirmar que en ninguna época como en la nuestra las opiniones sobre la esencia y el origen del hombre han sido tan múltiples, imprecisas o incluso antagónicas; ello debe ser un acicate para profundizar en el estudio del hombre mismo y así llegar a comprender que posee una categoría real y objetiva, llamada dignidad, que reclama ante sí y ante los demás estima, custodia y realización.

Dentro de ese cúmulo de opiniones destaca, en muchos sectores del pensamiento, la presencia de un dualismo antropológico, de inspiración cartesiana, el cual considera al hombre como *un sujeto pensante*, pero sin naturaleza, ya que se relega *la corporalidad* al mundo de lo meramente natural – objetivo, quitándole así su significación personal.

⁸¹ TRUEBA OLIVARES, *op cit.*, pp. 269-270.

⁸² *Ibid.* p. 270.

⁸³ *Ibid.* pp. 270 y 271.

Frente a esta concepción se levanta el realismo antropológico, que considera al hombre como un ser integral, reconociendo en él, entre otras muchas realidades, *la razón, la voluntad y el afecto, el alma y el cuerpo, lo individual y lo social, lo temporal y lo eterno.*⁸⁴

Ambas posturas tienen consecuencias diametralmente opuestas para el hombre y la valoración ética de su conducta, cuando son asumidas y expresadas a través de una postura existencial.

El dualismo antropológico genera una escisión profunda entre mente y cuerpo, al considerar que el ser humano no *es* cuerpo, sino que *tiene* cuerpo, y por tanto, éste último, es un objeto del cual se puede disponer sin limitación alguna; en este sentido las realidades corporales no pertenecen al ámbito *del respeto*, sino que son cosas sometidas a los criterios de uso, manipulación o eficacia. En este contexto, no existe una ética de la corporalidad, ya que el criterio ético está, no en lo que el hombre es, sino en lo que deseamos que sea.

En cambio, la antropología realista establece que el reconocimiento previo de todos y cada uno de los elementos que integran la realidad personal del hombre, es una condición indispensable para el respeto a su dignidad, ya que una visión unitaria de la persona, como base de la ética real, evita la manipulación del hombre por el hombre mismo y ordena los avances tecnológicos en función del ser humano entendido este como una realidad compleja.

Esta última postura tiene su fundamento en el propio ser del hombre, integrado por dos coprincipios: el alma y el cuerpo, los cuales no se oponen ni rivalizan entre sí, sino que en una armonía perfecta dan lugar al compuesto humano. Esto es precisamente lo que la filosofía escolástica quiere expresar cuando dice que, en el hombre, el cuerpo y el alma están unidos en una naturaleza: es un alma encarnada o un cuerpo espiritualizado o informado por el alma.

En el hombre el concepto de unidad hace alusión a dos realidades distintas: 1. Por un lado, el ser humano por el hecho de ser (característica esencial junto con la bondad, verdad y belleza) es uno, es decir, solo hay una naturaleza humana, y esta naturaleza humana es la misma en todos los hombres; 2. Por otro lado, hay que tomar la afirmación de unidad en el hombre como unidad entre los elementos que lo conforman: el cuerpo y el alma, de manera que si quisiéramos referirnos al hombre sólo como cuerpo o sólo como espíritu, en realidad estaríamos hablando de un animal irracional, o bien de un espíritu puro, de un ángel. El hombre es pues, cuerpo y alma, un ser que, desde un punto de vista está vinculado al mundo exterior y, desde otro, lo trasciende. Que el hombre sea espíritu encarnado nos permite entender porque el hombre se distingue del resto de las criaturas.

⁸⁴ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Introducción a la Doctrina Social Cristiana*, IMDOSOC, Cuaderno no. 2, México, 1986, p. 12.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.2.1 El alma

Es el principio incorpóreo y subsistente,⁸⁵ que informa al cuerpo dándole vida. Se encuentra en todas y cada una de las partes del cuerpo, formando un todo y al mismo tiempo le permite realizar todas sus capacidades o potencias (operaciones) entre las que se encuentran:

- a. **Potencia vegetativa.** Por medio de ella se realizan las operaciones vitales relativas a la conservación de la vida, al crecimiento o desarrollo del cuerpo y a la generación que está relacionada con la perpetuación de la especie. Esta última función, es la más noble de esta potencia, pues convierte al ser en un medio para la transmisión de la vida (nótese que por naturaleza el hombre está hecho para dar la vida, no para quitarla).
- b. **Potencia sensitiva.** Utiliza los cinco sentidos corporales, vista, oído, gusto, tacto y olfato, para captar los objetos exteriores (único medio humano de acceso al conocimiento y por tanto a la verdad) y, además, los sentidos internos - sentido común, imaginación, estimativa y memoria.
- c. **Potencia intelectual.** La inteligencia humana es como una tabla rasa en la que nada está escrito, pero en la cual todo puede estar escrito.⁸⁶ La inteligencia utiliza un proceso de argumentación y razonamiento para comprender. Es de razón superior, cuando se dirige a comprender las verdades eternas por lo que se le atribuye sabiduría, y es de razón inferior, cuando se dirige a comprender verdades temporales por lo que se le atribuye ciencia. La Inteligencia es la potencia del alma que nos lleva a conocer la realidad a través de los sentidos. El hombre no realiza esfuerzo para conseguirla aunque sí para desarrollarla. Está orientada al conocimiento de la verdad.
- d. **Potencia apetitiva o volitiva.** Esta potencia apetitiva se describe bajo diversos aspectos:
 - i) Como apetito general, por el cual el hombre tiene un deseo intelectual que está naturalmente inclinado a buscar y poseer el bien; en contraste con el apetito sensible que se dirige hacia los objetos conocidos por los sentidos.
 - ii) Como sensualidad, o sea, como apetito de las cosas que conciernen al cuerpo. El hombre puede, por medio del conocimiento y de la reflexión, decidir inclinarse o no a la sensualidad;
 - iii) Como voluntad, la cual nos proporciona decisión para hacer algo que nos lleva a la felicidad, por medio de la inteligencia el hombre conoce la verdad y por el ejercicio de la voluntad, el hombre decide aceptar la verdad llegando al bien (*decidere*).

⁸⁵ El alma tiene principio pero no fin, es decir, que tiene una vocación a la eternidad.

⁸⁶ SANTO TOMAS de Aquino, Compendio de la Suma Teológica, Editorial Tradición, México, 1983, p. 95

El fruto de la conjunción entre la inteligencia y la voluntad es la libertad o libre albedrío, ya que la inteligencia conoce la verdad y la voluntad se inclina hacia el bien y cuando el hombre decide inclinarse por esa verdad presentada por la inteligencia por medio de su voluntad entonces es cuando está ejerciendo su libertad, sino estaríamos en presencia del libertinaje, por lo tanto la libertad consiste en escoger de entre dos bienes el mejor. De este modo, el verdadero reto del hombre está en prepararse para conocer la verdad y en educar la voluntad para que libremente se adhiera al bien mayor para que así sea el hombre capaz de responder por sus propios actos. Aquí surge otro elemento inseparable de la libertad que es la responsabilidad, que consiste en aceptar y asumir las consecuencias de nuestros actos.

Santo Tomás nos dice que la libertad es una manifestación de la voluntad, porque querer expresa la tendencia hacia un objeto deseable, y escoger precisa la tendencia hacia un objeto preferido a otro, o a causa de otro.⁸⁷

El hombre, como dice González Uribe, *"en cuanto a su naturaleza material, participa de los reinos mineral, vegetal y animal, pero por su espíritu trasciende y va más allá de estos estratos ónticos y se sitúa en el plano más elevado del universo, en el de la razón y la libertad. Es un ente individual con categoría única..."*⁸⁸

2.2.2 El cuerpo

Es la materia prima del hombre que recibe la forma sustancial. Para que el alma pueda percibir el mundo material que lo rodea, y de ahí abstraer sus conceptos y conocimientos, necesita de los sentidos, por lo tanto, está unida a algo material, vivo y animado, que experimenta y retiene sensaciones. El cuerpo humano es el mejor organizado, perfecto y delicado de los cuerpos animales (si bien no el más fuerte y resistente).

2.3 TELEOLOGÍA HUMANA

Todos los seres tienen una causa final, pero en el caso del ser humano, esta causa tiene una particular importancia por el carácter eterno del alma. El hombre fue creado para la felicidad y en ella radica su finalidad última, por lo que todas las finalidades intermedias que el ser humano tenga en su vida deben estar ordenadas hacia esa felicidad absoluta traducida en ansias de perfeccionamiento, en actualizar todas las potencialidades y en eliminar los obstáculos que obstruyen esa actualización.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 158.

⁸⁸ GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría Política*, Porrúa, México, 1987, p. 111.

Ahora bien, entender que la finalidad del hombre es su felicidad, su perfeccionamiento, es relativamente sencillo, el problema está en dar contenido a esa afirmación abstracta y encontrar aquello que le puede dar al ser humano la felicidad plena, que puede realizarlo y perfeccionarlo en sumo grado. Este problema filosóficamente se resuelve al afirmar que el ser solo será perfecto en la medida que posea la verdad, la unidad, la bondad y la belleza, es decir, en la medida que "sea" o que se acerque al "ser". Como por la propia naturaleza de la materia corruptible y finita el hombre no puede "ser" plenamente, sino que su ser es imperfecto, el hombre será más perfecto en la medida en que se acerque más al "ser absoluto" en quien todo "es", es decir, a Dios, al que ES.

Por eso estamos de acuerdo con el Papa Pío XII cuando afirma categóricamente que *"la naturaleza humana no puede ser conocida ni siquiera aproximadamente en su perfección, dignidad y elevación y en los fines que gobiernan y dirigen sus acciones, sin la conexión ontológica con la cual está ligada a su causa trascendente"*.⁸⁹

Cada ser tiene un fin de acuerdo a lo que es, de acuerdo a su naturaleza. El hombre, se presenta también marcado por la inquietud de la tensión entre la temporalidad y la eternidad. Esta experiencia, surgida del testimonio de la finitud de todo ser vivo que se mueve entre el nacimiento y la muerte, genera una aspiración invencible e ilimitada, movida por una fuerza innata: el deseo de ser.⁹⁰

Por su sensibilidad y voluntad, el hombre es atraído hacia todo lo que pueda satisfacer sus anhelos de felicidad, bienestar y placer. Pero la misma experiencia de estos bienes le revela que nunca podrá conseguir de manera plena y total el quietamiento de su aspiración. En consecuencia, mientras camine en el tiempo hacia la eternidad, será siempre, como desde sus orígenes, un "ser de deseo".

La aspiración del hombre a la trascendencia no puede atribuirse a una falacia psicológica, sino que es un elemento constitutivo del espíritu humano con fundamento ontológico. Este deseo es expresión de la paradoja del espíritu encarnado, el cual implica limitación e insuficiencia, pero al mismo tiempo infinitud y eternidad.

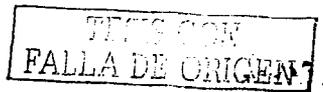
El cristianismo ha iluminado esta realidad, haciendo saber al hombre que es portador de un germen de vida eterna y que para comprender su esencia no se puede hacer una abstracción del aspecto escatológico que encierra, de su vocación a la inmortalidad. Por lo tanto, el destino del hombre trasciende el tiempo y se realiza en la eternidad.

San Agustín se encarga de recordarnos este fin y este destino último cuando dice: *"feciste nos ad te et inquietum est cor nostrum, donec requiescat in te"*.⁹¹

⁸⁹ PÍO XII, *Discurso a los Juristas Católicos Italianos*, 6-11-49, en GUTIÉRREZ, J.L., Documentos Jurídicos, BAC, Madrid, 1960, p. 298, n. 7.

⁹⁰ LOBO, Ricard, *Una moral para tiempos de crisis*, Sigüeme, Salamanca, 1975, p. 86.

⁹¹ SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, 5ª ed., BAC, 1968, L. 1, c. 1, n. 1. "Nos hiciste, Señor, para Ti, y nuestro corazón estará inquieto hasta que descance en Ti".



2.4 LA PERSONA HUMANA Y SU DIGNIDAD

Hablar de persona humana, en definitiva, es hablar del hombre mismo en su totalidad, sin embargo consideramos pertinente tratar este tema en un inciso independiente para desglosar cada uno de los elementos de la definición clásica de persona, sin dejar de lado lo que han manifestado otros pensadores al respecto.

El concepto de persona tiene sus orígenes etimológicos en la antigüedad clásica griega en la palabra "*prosopon*" y más probablemente en la voz etrusca "*phersu*", que significaba, al igual que el término latino "*personae*", la máscara que utilizaba el actor en una obra para interpretar su papel, haciendo referencia directa a la "*hypóstasis*", palabra griega que puede traducirse al castellano como "*subsistencia*, o sea lo que es en sí, como sujeto independiente, que no existe en otro y no necesita de otro para existir".⁹² Pero en el nivel ontológico, el concepto de "persona" es patrimonio del cristianismo cuando se enfrentó con el problema de tratar de explicar racionalmente, misterios como los de la Santísima Trinidad o la naturaleza de Jesucristo; después este concepto fue asumido por la tradición jurídica que la consideró como el sujeto de derechos y obligaciones.

En el mundo latino, Severio Boecio da la definición clásica de persona: "*rationalis naturae individua substantia*",⁹³ definición que encuentra eco en Santo Tomás cuando dice: "*Omne individuum rationalis naturae dicitur personae*".⁹⁴

Jorge Adame Goddard explica que, al decir que la persona es una sustancia, se indica que se trata de un ser que es en sí mismo y no en otro. Se le califica como individual para denotar que constituye una unidad distinta de cualquier otra. Pero lo que la distingue o especifica de otras sustancias es su naturaleza racional, que hace que tenga una existencia completamente original en comparación con cualquier otra sustancia individual o sujeto.⁹⁵

Hervada opina que en la definición de Boecio, "*naturaleza racional equivale a espiritual, esto es que, al decir que el hombre es persona estamos afirmando que éste, además de su dimensión material-corpórea, posee una dimensión espiritual, que es lo que le proporciona el conocimiento racional o intelectual*".⁹⁶ Rahaim dice que por persona se debe entender "*El sujeto al cual se atribuyen las acciones de*

⁹² PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Panorama, México, 1985, p. 16.

⁹³ BOECIO, Severio, De Duabus Naturis et Una Persona Christi, citado por PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 2º ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 82.

⁹⁴ S Th. I, 29, 3 ad 2um. (Todo individuo racional es por naturaleza persona)

⁹⁵ ADAME GODDARD, Jorge, Filosofía Social para Juristas, *op cit.*, p.84.

⁹⁶ HERVADA, Javier, Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho, 1º ed., Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, p. 437.

los hombres..."⁹⁷ y Preciado Hernández añade que la persona "es el hombre integralmente considerado, alma y cuerpo unidos, espíritu encarnado".⁹⁸

Quando se hace alusión a la "sustancia individual" Boecio se refiere a una sustrato completo, que es en sí y no en otro, autónomo en su ser y obrar y perfectamente incomunicable en cuanto a su esencia. Ello hace que la persona permanezca invariable en lo más íntimo de su ser, a pesar de los vaivenes de la vida; aunque cambie en su aspecto físico, en lo accidental, el hombre sabe que en lo más íntimo de su ser hay una unidad óptica que subyace inalterable a todos esos cambios.

Pero además la persona es el ser que, por racional e inteligente, es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí; es libre, lo que le da la responsabilidad de alcanzar los fines trascendentes e inherentes a su naturaleza.

Para el maestro Javier Hervada "toda persona humana se pertenece a sí misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona. Este dominio radical se manifiesta en el dominio real y libre de sus actos. Ahora bien, esta manifestación puede venir obstaculizada por enfermedades y defectos (dementes, subnormales, etc.); en estos casos cabe una tutela o cuidado, pero no un verdadero y propio dominio -pertenencia en sentido estricto- sobre la persona, ya que en su radicalidad ontológica, toda persona se pertenece a sí misma".⁹⁹

Para Pío XI, "el hombre tiene un alma espiritual e inmortal, es una persona adornada admirablemente por el Creador con dones de cuerpo y espíritu, un verdadero microcosmos, esto es, un pequeño mundo, que excede con mucho en valor a todo el mundo inanimado".¹⁰⁰

Hervada expresa que la dignidad de la persona supone que el ser humano posee una excelencia o eminencia ontológicas, que tiene una superioridad en el ser. Asimismo, menciona que la dignidad comprende una relación de comparación respecto de otros seres. En ese sentido, la dignidad de la persona humana se predica con una cierta dimensión relativa, en relación con los demás seres terrestres. No es un animal de la especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por eminente y excelente.¹⁰¹

Adame escribe que la dignidad del hombre es una dignidad o supremacía ontológica o metafísica porque está en el ser mismo de la persona, en su naturaleza racional, que es superior a la de cualquier otro ser corpóreo.¹⁰²

Marciano Vidal opina que la comprensión correcta de la grandeza y dignidad del hombre tiene que aceptar los siguientes contenidos:¹⁰³

⁹⁷ RAHAIM MANRIQUEZ, Salomón, Compendio de Filosofía, 4ª ed., Limusa, México, 1985, p. 172.

⁹⁸ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁹ HERVADA, J., Introducción Crítica al Derecho Natural, Editora de Revistas, México, 1985, p. 63.

¹⁰⁰ PIO XI, Divini Redemptoris, n. 27, Ediciones Paulinas, México, 1979, p. 37.

¹⁰¹ HERVADA, Javier, Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho, *op. cit.*, p. 449.

¹⁰² ADAME GODDARD, Jorge, Filosofía Social para Juristas, *op. cit.*, p.105.

1. Que la persona es algo original en el orden de la creación, supone una cualidad nueva en el orden de los seres; supone una especie de "salto cualitativo" en relación a los demás seres; y
2. Que la persona es valor ético en su doble vertiente de realidad "privada" y de realidad "pública", pero entendiendo estas dos vertientes como una referencia dialéctica permanente.

Spaemann menciona que la dignidad del hombre es inviolable en el sentido que no puede ser arrebatada desde fuera. Únicamente puede ser lesionada por otra en la medida en que no es respetada. Quien no la respeta, no se apropia de la dignidad del otro, sino que pierde la propia. Lo que puede ser arrebatado a otros es, en todo caso, la manifestación externa de la dignidad.¹⁰⁴

Ahora bien, la dignidad humana puede ser considerada en dos aspectos: el primero como un elemento integrante de la estructura esencial metafísica del hombre, que posee de antemano y que se identifica con su propio ser; el segundo, como algo que se tiene la misión de realizar y conquistar, como un punto de llegada.

Al ser el hombre persona, le es propio tener grandes perfecciones pero también múltiples imperfecciones; por eso al hablar de que la dignidad debe ser una conquista, nos viene a la mente que, por virtud de la libertad, el ser humano ha sido capaz de alcanzar las más excelsas cumbres del heroísmo y de la santidad, pero también ha podido llegar, por el desenfreno de sus pasiones, a los mayores abismos de la perversidad y degradación. De allí que el Concilio Vaticano II señale que *"el hombre logrará enarbolar su dignidad cuando, liberado totalmente de la cautividad de las pasiones, tienda a su fin con la libre elección del bien y se procure medios adecuados para ello con eficacia y esfuerzo crecientes"*.¹⁰⁵

En la Sagrada Escritura encontramos un texto muy iluminador respecto a lo que hemos descrito: *"¿Qué es el hombre para que te acuerdes de él, el hijo del hombre para que de él te preocupes? Lo hiciste poco inferior a los ángeles, lo coronaste de gloria y dignidad"*.¹⁰⁶

En la Encíclica *"Pacem in Terris"*, de Juan XXIII, se señala que *"en toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su*

¹⁰³ VIDAL, Marciano, *Moral de la Persona y Bioética Teológica*, Moral de Actitudes II, 1ª Parte, 8ª Edición, Covarrubias, Madrid, 1991, p. 358.

¹⁰⁴ SPAEMANN, R., *Sobre el concepto de la dignidad humana*, citado por MASSINI, C.I. y SERNA, P., *El Derecho a la Vida*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1998, p. 87.

¹⁰⁵ CONCILIO VATICANO II, *Constitución Gaudium et Spes*, promulgada el 7 de diciembre de 1965, texto incluido en n. 17 de la obra *Ocho Grandes Mensajes*, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 1971, p. 281.

¹⁰⁶ Sal. 8, 5-6.

propia naturaleza. Estos derechos y deberes, sigue diciendo el Santo Padre, son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto".¹⁰⁷

Más adelante el mismo documento pontificio penetra aun más en la fuente de la personalidad humana, en los siguientes términos: *"si, por otra parte, consideramos la dignidad de la persona humana a la luz de las verdades reveladas por Dios, hemos de valorar necesariamente, en mayor grado, aún esta dignidad, ya que los hombres han sido redimidos con la sangre de Jesucristo, hechos hijos y amigos de Dios por la gracia sobrenatural y herederos de la gloria eterna"*.¹⁰⁸

En esta misma línea de pensamiento Jacques Maritain nos dice que *"la personalidad humana es un gran misterio que reside en cada uno de nosotros"*,¹⁰⁹ y agrega que *"un rasgo esencial de una civilización que merezca tal es el sentido y el respeto hacia la dignidad de la persona humana; sabemos que para defender los derechos de la persona humana, como para defender la libertad, hay que estar pronto a dar la vida. ¿Cuál es, pues, se pregunta Maritain, para merecer tal sacrificio, el valor involucrado en la personalidad del hombre? ¿Qué designamos con exactitud cuando hablamos de la persona humana?"*¹¹⁰

El mismo pensador francés da respuesta a sus propias interrogantes, mediante las siguientes consideraciones: *"Cuando decimos que un hombre es una persona, queremos decir que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual en la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante son elementos individuales de la naturaleza. ¿Dónde está la libertad, dónde está la dignidad, dónde están los derechos de un trozo individual de materia? No tiene sentido que una mosca o un elefante den su vida por la libertad, la dignidad, los derechos de la mosca o del elefante, el hombre es un animal y un individuo, pero no como los otros. El hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y más elevada, sobrexiste espiritualmente en conocimiento y en amor. Es así, en cierta forma, un todo, y no solamente una parte; es un universo en sí mismo, un microcosmos, en el cual el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros "él mismo", relación a la cual es imposible encontrar equivalente en todo el universo físico"*.¹¹¹

Y no hay duda de que esto es así porque la persona humana, por mucho que dependa de los menores accidentes de la materia, existe con la existencia misma de su alma, que domina al tiempo y a la muerte. La raíz de la personalidad es el espíritu. Con cuanta razón dice Maritain que *"este misterio de nuestra naturaleza*

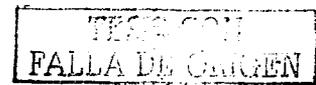
¹⁰⁷ JUAN XXIII, Encíclica Pacem in Terris, Ocho Grandes Mensajes, BAC, Madrid, 1981, no. 9.

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ MARITAIN, Jacques, Los Derechos del Hombre, Editorial La Pleyade, México, 1972, p.66.

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ *Ibid.*, p. 12.



es el que el pensamiento religioso designa diciendo que la persona humana es la imagen de Dios. El valor de la persona, su libertad, sus derechos, surgen del orden de las cosas naturalmente sagradas que llevan la señal del Padre de los seres y tienen en sí el término de su movimiento. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización".¹¹²

Aquí está precisamente el meollo de la personalidad humana; pero no se puede negar, como lo reconoce el propio Maritain, *"que hombres extranjeros a la filosofía cristiana pueden tener un sentido profundo y auténtico de la persona humana y de su dignidad, y hasta mostrar a veces en su conducta un respeto práctico de esa dignidad que muy pocos sabrían igualar... Pero la descripción que he esbozado aquí de la persona es, creo, la única que, sin que tengan conciencia de ello, da una completa justificación racional de sus convicciones prácticas".¹¹³* Por otra parte, reconoce el mismo autor, *"esa descripción no es monopolio de la filosofía cristiana (Bien que la filosofía cristiana lleva a un punto superior de realización), es común a todas las filosofías que, de una u otra manera, reconocen la existencia de un "Absoluto" superior al orden del universo, y el valor supratemporal del alma humana".¹¹⁴*

En el mismo orden de ideas, Joseph Höffner, por su parte dice que *"hombre es persona y sólo desde la personalidad puede comprenderse su sociabilidad natural".¹¹⁵* Y el mismo autor señala que para tener acceso a la comprensión de la sociabilidad, es necesario conocer las características de la personalidad humana, y al efecto desarrolla diez enunciados sobre dichas características, que a continuación me permito resumir:

- Persona significa la participación del hombre en la luz de la inteligencia de Dios. Por su razón, llevada a plenitud mediante la sabiduría, supera el hombre "al mundo material".
- Persona significa unicidad. El hombre es el mismo con este cuerpo y esta alma, distinto y separado de todo otro ser; jamás repetido, jamás repetible. Ha nacido dotado de originalidad, aunque a veces concluya sus días como simple remedo de hombre.
- Persona significa independencia. No constituimos parte de otro, como la mano es parte de nuestro cuerpo. Existimos en nosotros mismos, aunque haya en nosotros diversos estratos: corpóreo-vital y espiritual. Pero propiamente no tenemos un cuerpo y un alma como se poseen las cosas ajenas, sino que somos un todo corpóreo y espiritual.
- La persona humana es portadora de su pensar, obrar y omitir. Todas nuestras acciones son nuestras, aunque se repartan en muchos decenios de nuestra

¹¹² *Ibid.*, p 13.

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹¹⁵ HÖFFNER, Joseph, Manual de Doctrina Social Cristiana, Rialp, Madrid, 1974, p.20.

vida. Podemos, sin duda, arrepentirnos de falsas decisiones y pecados y superarlos interiormente; pero jamás podremos hacer que dejen de ser actos nuestros. De nuestra personalidad reciben inamovible carácter de referencia al yo.

- Persona significa libertad. La libertad que procede del núcleo esencial, espiritual de la persona humana es la capacidad de decidirse autónomamente de una u otra forma frente a posibilidades diversas. Sin libertad personal es imposible la responsabilidad moral y perderían su sentido la culpa y la expiación, el premio y el castigo, el arrepentimiento y la satisfacción.
- Persona significa responsabilidad. Al hombre le está vedado el refugio en la responsabilidad ajena. A la responsabilidad por la propia decisión va íntimamente vinculado el tener que atenerse a las consecuencias, lo que significa un compromiso, a veces, tremendo. Resulta así una cierta correlación entre libertad, responsabilidad y compromiso.
- Persona significa conciencia moral. Precisamente en la llamada de la conciencia moral, que en último término procede de Dios, se hace el hombre consciente de su personalidad.
- Persona significa soledad. Libertad, responsabilidad y conciencia moral dejan al hombre solo consigo mismo en el fondo de su persona. La soledad es una vivencia fundamental del hombre.
- Persona del hombre significa conciencia de su origen ajeno y de la certeza su muerte. El hombre sabe, sin duda, que tiene que responder de sus decisiones; pero que no es responsable de su existir.
- Persona significa vocación del hombre a la comunión con Dios.¹¹⁶

A la doctrina filosófica que recoge estos postulados de la persona humana se le da el nombre de personalismo, que el Dr. Virgilio Ruiz la caracteriza como *"la posición tanto especulativa como práctica que, atendiendo a la naturaleza y fines de la persona humana, considera como supremos los valores trascendentes de la persona y a ellos subordina los de la vida social, cultural, económica, y jurídica"*.¹¹⁷ El mismo autor agrega que *"el personalismo tiene sus raíces ontológicas, en el mismo ser del hombre, y abundantes manifestaciones axiológicas y éticas en el dominio de la vida individual y colectiva"*.¹¹⁸

El González Uribe, por su parte, hace una magistral exposición del concepto de persona humana, que en un resumen integral, se puede expresar de la siguiente forma: el ser humano en su parte más elevada, la actividad mental, volitiva y afectiva, no es sólo un conjunto de actos dispersos, sino una persona, o sea, un sujeto individual, permanente, de naturaleza racional y libre, capaz de ejecutar las

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 20-25.

¹¹⁷ RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, Los Derechos del Hombre en la Nueva Legislación de la Segunda Posguerra del Siglo XX, Universidad Iberoamericana, México, 1989, p. 179.

¹¹⁸ *Ibidem*.

más complicadas operaciones intelectuales, realizar los más altos valores éticos y asumir las responsabilidades más graves.¹¹⁹

Tan excelsa es la persona en su ser, que desde el punto de vista óntico es irreductible a ser instrumento o medio de nadie; siempre es un fin para sí mismo y para las criaturas inferiores, razón por la cual ningún hombre puede nunca, ni debe, tratarse a sí mismo o tratar a los demás como un medio o instrumento, sino que siempre debe de tratarse y tratar a los demás como fines en sí; sin embargo, el hombre, dueño de sus actos, tiene la capacidad de actuar a espaldas de su propio ser o incluso de su creador, por el uso de su libertad, la cual el mismo Dios respeta.

La persona humana, en lo que tiene de persona, substancia individual de naturaleza racional, según la clásica definición de Boecio, esta dotada de múltiples perfecciones en el orden psicológico, en el metafísico y en el moral, pero en el que tiene de humana participa de las imperfecciones, limitaciones y miserias de todo ser contingente y de aquí nace la permanente paradoja del ser humano y su íntima tragedia, de la coexistencia, en un mismo ente, de cualidades y defectos aparentemente contradictorios.

La más importante de estas oposiciones, que, sin embargo, es superada en la síntesis de la persona humana, es la que se da entre individuo y espíritu. Individuo es la unidad más perfecta en un ser, dentro de su esencia, y es de suyo cerrada e incommunicable. Pedro es siempre Pedro, y sus características propias son únicas e incambiables. En cambio el espíritu, por su esencia misma, es universalidad y apertura. ¿Cómo puede, pues, el hombre, como persona, ser un "individuo de orden espiritual"?

¿Cómo puede estar totalmente cerrado en sí mismo, y tiene la capacidad y la tarea de "realizarse"? Es, pues, y como tal es ya un fin, una meta, y no un simple medio para algo posterior, por lo cual pudiera ser sustituida. Este es el fundamento de la dignidad de la persona humana.

La historia del hombre, en medio del mundo material, no es la de una hormiga o una abeja, que jamás ha logrado variar su modo de vivir, fruto de su instinto. Sino que es la historia de la cultura, o sea, del mundo circundante. Es la historia de un continuo progreso en el dominio de la naturaleza. El hombre es el único ser del universo capaz de planear y proyectar de antemano lo que va a hacer y de realizar después sus acciones conforme a lo proyectado. Y de negar lo que le piden sus instintos o modificarlo según lo indica su voluntad libre.

Por esta cualidad suya, *"el hombre es capaz de hacer la historia y no simplemente de sufrirla. Al hombre en realidad no le suceden las cosas, como algo que se le impone inexorablemente desde fuera, sino que él mismo forja los acontecimientos. Es el artífice de su propio destino. De aquí la naturaleza peculiar de sus potencias,*

¹¹⁹ Cfr: GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *op cit.*, p. 258.

*que no son simples fuerzas físicas o biológicas, sino espirituales. Son posibilidades que le abren un mundo siempre cambiante".*¹²⁰

El hombre está en relación con otros seres que son más importantes para él que las cosas. Coexiste con otros seres racionales, con otros hombres. Está abierto a la sociabilidad y a la comunicación con sus semejantes. La dimensión social es una propiedad o atributo característico de la naturaleza humana. Se ha tratado de explicarla con el clásico argumento de la indigencia del ser humano, de su falta de suficiencia o autarquía. Y es evidente que este argumento es correcto y está perfectamente fundado, porque el hombre, sin la sociedad, es prácticamente nada. Ni siquiera podría sobrevivir, ya que carece de los recursos y protección de que la naturaleza ha dotado a otros seres vivientes. En caso de que sobreviviera, no podría alcanzar el pleno desarrollo de su naturaleza, ni material, ni culturalmente. Sería un ser perpetuamente indigente y miserable, o bien un ser que no fuera humano: un bruto o un dios, como dice Aristóteles. Pero este argumento, con ser exacto y estar plenamente comprobado por la experiencia, no es el único, ni siquiera el principal, para probar la necesidad de la sociedad humana para el hombre. Hay otra razón más fuerte que demuestra que el hombre esta hecho para la comunicación con sus semejantes, y es el de la riqueza del espíritu y la exigencia de su expansión.

2.4.1 ¿Es el nasciturus persona?

Como dice Lombardi Vallauri, *"el embrión no es un ser humano en potencia, sino un ser humano con potencialidad"*.¹²¹

El no-nacido es persona en sentido ontológico y en sentido jurídico. Así pues desde el momento de la concepción, podemos hablar con toda propiedad, de persona en sentido ontológico y en sentido jurídico.

La cuestión es, pues, mostrar que el no-nacido es una substancia individual de naturaleza racional y como consecuencia de ello, que es sujeto de derechos.

a) El *nasciturus* es substancia individual, porque subsiste en sí mismo y no en otro. Este punto es particularmente delicado, por cuando el no-nacido presente claras relaciones de dependencia. Pero ser substancia no es lo mismo que ser autárquico. De serlo, con razón se concluiría que el no-nacido es un accidente del cuerpo de la madre.

Suponer que el no-nacido es accidente de la madre porque depende de ella, equivale que sólo aquel ser que se basta a sí mismo de un modo absoluto, es

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 259-262.

¹²¹ LAOMBARDI VALLAURI, citado por MIER Y TERÁN, Salvador, Noción de Persona y Derecho a la Vida, en Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 15, Escuela Libre de Derecho, México, 1991, p. 418.

substancia. Pero de conceder esta premisa, tendríamos que negar el estatuto substancia a todo ser vivo, desde un vegetal hasta el ser humano, pues ni el vegetal vive sin la tierra ni el ser humano sin el aire o sin los alimentos.

Ser accidente significa ser en otro, existir en un sujeto. Pero esto debe ser entendido en un sentido metafísico, y no topológico. Ser accidente implica participar de la esencia individual del sujeto en que se inhiere, en definitiva, conlleva unidad ontológica con el sujeto. Pero el no-nacido, aunque topológicamente hablando está en el cuerpo de la madre, tiene una individualidad distinta. Se trata de una evidencia experimental, pues el patrimonio genético del no-nacido y de la madre son distintos. Por lo tanto, podemos afirmar, que el nasciturus y la madre son dos substancias individuales distintas.

b) El no-nacido tiene naturaleza racional. Esta afirmación puede parecer desmentida por la evidencia sensible para algunos, ya que es manifiesto que el no-nacido no se expresa racionalmente, pero ello no es así. Además de que por este camino terminaríamos negando la naturaleza racional de los niños, entre otras, conviene recordar la noción de naturaleza.

Aunque la naturaleza es principio de operación, tener tal o cual naturaleza no implica estar operando siempre. Si un ente opera racionalmente, se puede inferir legítimamente que posee una naturaleza racional. Pero sería ir contra las más elementales leyes orgánicas, el negar la naturaleza racional porque no se exteriorizan operaciones racionales, máxime cuando se sabe que tiene el patrimonio genético propio de un ser racional. De los perros nacen perros, y de los hombres nacen hombres, y si esto último no se manifiesta racionalmente no hay motivo para desconocer su naturaleza racional. Por el contrario, hay que suponer legítimamente que existe algún impedimento para tal manifestación; Tomás de Aquino en su obra "Suma Contra los Gentiles", es esclarecedor al respecto:¹²²

"Una cosa es decir que uno tiene potencia para obrar antes de tener la naturaleza por la que obra, y otra decir que tiene potencia, cuando, teniendo la naturaleza es impedido de obrar activamente... El niño es inteligente, es potencia, no como si todavía no tuviese la naturaleza para entender, sino como teniendo impedimento para entender por diversos movimientos existentes en él, como se dice en el libro VII de la Física. Luego, si se dice que es capaz de entender, no es precisamente porque el entendimiento posible, que es principio de entender, pudo unírsele, sino porque, teniéndolo ya, está impedido para su propia acción; de donde quitado el impedimento, inmediatamente entiende".

"No se puede concluir que no existe una persona por el hecho de no haber los típicos signos personales o constatarse la ausencia de sus operaciones específicas".¹²³

¹²² SANTO TOMÁS DE AQUINO, Suma Contra los Gentiles, Libro 2, capítulo 60, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1967, p. 574

¹²³ POSSENTI, V., Sobre el Estatuto Ontológico del Embrión Humano, El Derecho a la Vida, Ed. EUNSA, 1998.

El concebido, así pues, es de naturaleza racional, ya que, al pertenecer a la especie humana, su esencia como principio de operación es racional. Volvemos a enfatizar que el hecho de no estar presente aún el uso de razón, como tampoco lo está, por cierto, en el niño de dos años, no significa que no sea un ser racional. Su principio de operación racional está inscrito, por así decirlo, desde el momento de la concepción, y se irá manifestando a lo largo de la vida del individuo.

Al afirmar que el concebido es una substancia individual de naturaleza racional, es decir, es persona en sentido ontológico, nos parece claro que desde el momento de la concepción el cigoto es titular de todo derecho inherente a su condición de ser humano.

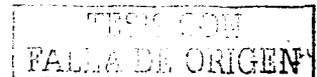
En resumen, el no-nacido, aunque no tenga uso de dominio ni uso de razón, sí tiene de un modo actual la naturaleza humana; y dado que la naturaleza humana sólo existe a modo de persona, el no-nacido es persona ontológica, y por lo mismo, puede ser con templado desde la perspectiva de lo debido, es decir, desde el punto de vista jurídico.¹²⁴

Y aunque aun en el supuesto caso extremo de que no se pudiese demostrar apodícticamente que el *nasciturus* es persona, sino que *"subsistiese la duda, dice lombarda, esto bastaría para excluir intervenciones destructivas o instrumentalizantes, del mismo modo que yo debo abstenerme de disparar en la oscuridad a una figura humana que no distingo bien y que podría ser un hombre"*.¹²⁵

Resulta paradójico que el poderío tecnológico, puesto con frecuencia al servicio del poder político, esté invadiendo progresivamente sectores cada vez más amplios de lo que constituye el núcleo más íntimo de ese centro de autoposición ontológica, psicológica y moral que es la realidad personal del hombre. Por eso afirmamos con el jurista Efraín González Morfín que *"en contra de posiciones erróneas y endeables acerca de la realidad ontológica de la persona hay que insistir incansablemente en que el niño no nacido es persona por su ser. A este niño se le aplica la afirmación ontológica, ética y jurídica de que toda persona humana, incluso el niño en el vientre materno, es persona por su ser de sustancia individual, de naturaleza espiritual. Toda persona humana es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su propio ser; tampoco por la conducta que desarrolle en su vida personal, ni por las características positivas que los demás le atribuyan en la vida social. En este sentido, es persona humana el niño en el vientre de su madre, como también el hombre dormido o enfermo disminuido de sus facultades mentales o hasta privado totalmente de conciencia. Es persona humana el hombre consciente y educado, que procura aumentar su autoposición mediante grados cada vez más perfectos de conciencia, y también es persona el hombre irresponsable, culpablemente inculto e impreparado, eterno fugitivo de sí mismo e incapaz de entrevistas serias y frecuentes con su propia realidad. Es persona*

¹²⁴ MIER Y TERÁN, Salvador, Noción de Persona y Derecho a la Vida, *op cit*, p. 423.

¹²⁵ *Ibid*, p. 424.



humana el santo y el que, sin llegar a serlo, hace esfuerzos congruentes de conversión integral, como también es persona el pecador impenitente, que contradice de manera constante la dignidad de su propia personalidad. Es persona humana el hombre estimado y aprobado por los demás en la vida social y hasta puesto de ejemplo para los demás por su sobresaliente educación, pero también es persona el mediocre menospreciado por los demás y el criminal rigurosamente juzgado por su conducta antisocial. Somos personas por nuestro propio ser, no por nuestros grados de conciencia ni por la congruencia psicológica o ética de nuestra conducta, ni por la opinión aprobatoria que los demás tengan de nosotros".¹²⁶

De lo anterior se desprende que el valor intrínseco de la persona no le viene ni por la cultura, ni por su formación ética, sino por lo que es, por el tipo de ser que tiene y que le ha sido dado; al ser llamado a la existencia por Dios, el hombre es dotado desde el principio de una esencia completa e irreductible, que lo hace ser del modo que es y no de otro distinto, en sí mismo subsistente, autónomo e incomunicable.

La dignidad del hombre viene de su ser, de su naturaleza, de ahí que no esté condicionada, en modo alguno, a la eficiencia o capacidad que tenga para contribuir al progreso y desarrollo de un pueblo o en referencia a cualquier otro aspecto de la vida social, el hombre es valioso por el sólo hecho de existir independientemente del estadio físico y de desarrollo en que se encuentre.

3. EL ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA MORAL Y LA ÉTICA

Desde el punto de vista etimológico, las palabras moral y ética comparten la misma significación,¹²⁷ sin embargo, existe una distinción entre ambos conceptos, ya que la moral, en un sentido muy amplio y general, puede ser considerada continente de la ética, mientras que la ética sería el contenido de la moral.

Podríamos definir a la moral como el conjunto de normas o principios, dictados por la recta razón y reconocidos como válidos tanto por el hombre como por la sociedad, los cuales facilitan la convergencia de diversas conductas hacia un bien común objetivo al vislumbrar de una manera natural entre lo bueno y lo malo.

Antonio Royo Marín, nos da un concepto de moralidad diciéndonos que *"en general, no es otra cosa que la conformidad o disconformidad del acto humano con la regla de las costumbres, que es la recta razón"*.¹²⁸ Precisamente por ser la naturaleza humana el origen y sustento de estos principios es por lo que se puede afirmar que tienen una validez intrínseca, razón por la cual de la sujeción que se

¹²⁶ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, Introducción a la Doctrina Social Cristiana, op cit., pp. 42-43.

¹²⁷ Moral proviene de la palabra latina "mos, moris" que significan costumbre y ética de la palabra griega "ethos" que también significa costumbre.

¹²⁸ ROYO MARÍN, Antonio, Teología Moral para Seglares, T. I, BAC, Madrid, 1972, p. 210.

tenga a éstos dependerá, en buena parte, la realización de la persona. Ello explica también que casi todas las sociedades, desde las más primitivas, hayan considerado al aborto como una ofensa grave y como tal la hayan repudiado y penado, ya que atenta contra las exigencias de la propia naturaleza.

Si ser moral significa atender las exigencias de la propia naturaleza en consonancia con la recta razón, entonces lo propio de una conducta moral, será la congruencia que guarde con esas exigencias, lo que le permitirá realizar sus potencialidades y en última instancia encaminarse hacia la perfección.

Pero la moral no se queda en el ámbito individual, sino que lo trasciende, al interesarse en la conducta del hombre en relación con los demás, en función de la perfección del individuo en sociedad para lograr su fin último; por eso *"para el saber popular, es decir, para aquel conocimiento no científico que es patrimonio de las personas que no han hecho estudios, no podría haber una verdadera convivencia humana sin principios de moralidad"*.¹²⁹

Ello explica la estrecha conexión que existe con el Derecho, porque a pesar de ser distintas, son disciplinas normativas y obligatorias, lo que genera, en no pocas ocasiones, dificultades para delimitar con precisión sus alcances. La relación entre ambas se hace evidente si observamos que la gran mayoría de los ciudadanos se adhieren ordinariamente a las normas de Derecho por tener éstas un contenido moral.

Es tan natural a la mente humana considerar al Derecho como un instrumento de la justicia que se puede decir, sin exageración alguna, que, desde los tiempos más remotos hasta la moderna época de las preocupaciones científicas, imperaron siempre nociones morales del derecho. Más aún, en los tiempos modernos nunca han faltado ni autores ni escuelas que han seguido sosteniendo una noción moral del derecho.¹³⁰

Esto es así porque la moral dota al mundo jurídico de un contenido axiológico que lo proyecta hacia la realización concreta, aquí y ahora, de virtudes que le son propias como la justicia, el orden y la paz. Ese contenido hace que el derecho se oriente hacia la vertiente de la *"autoritas"* dejando de lado la *"potestas"*, merced de la validez material, que no formal, de los principios que postula.

Esta normativa, la moral, regula las acciones en referencia con los juicios de valor que aporta la ética, es por ello que podemos afirmar que las reglas éticas informan a la moral.

Por su parte, la Etica es la ciencia racional, normativa y práctica¹³¹ que estudia la esencia o causas supremas de los actos humanos,¹³² pues trata de esclarecer cuáles son sus características.

¹²⁹ VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1980, p. 15.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Es racional porque fundamenta sus conclusiones por medio de juicios que califican la bondad o maldad de una conducta específica; normativa porque busca establecer "lo normal" entendido no

Al igual que cualquier otra entidad, los actos humanos tienen un valor ontológico derivado del hecho real y objetivo de su existencia, es decir que metafísicamente son buenos en tanto que participan del ser; pero la bondad, entendida como calificativa de los actos humanos, dependerá de las cualidades específicas de dichos actos, de su aptitud para perfeccionar la naturaleza humana y hacer feliz al hombre,¹³³ ello sin dejar de lado las circunstancias en las que se ejecutan, como son, entre muchas otras, la intención,¹³⁴ la libertad¹³⁵ o el grado de conciencia. Esta distinción es la que hace posible hablar de juicios de existencia (Juan está vivo) y de juicios de valor (Juan es honrado). Estos últimos se basan en normas generales o principios que establecen que la virtud es laudable y el vicio deleznable para, de ahí, derivar otros principios como el que establece que matar es malo.

Dicho de otro modo, cuando el hombre tiene la posibilidad de realizar varias conductas, será valiosa la que permita su integración y satisfaga su hambre de desarrollo y plenitud. Por tanto podemos afirmar que existe una polarización: el atractivo de los valores por un lado y la precariedad humana por el otro. En este sentido, se puede afirmar que el valor es el satisfactor normal de la naturaleza humana imperfecta y necesitada, el ente que se adecua a la persona dada su calidad de ente en desarrollo y evolución para complementarla.

En la práctica, hablamos de actos nobles, heroicos o desinteresados que se encuentran en la esfera del concepto bien, pero también hablamos de actos

como lo común, sino como lo que "debe ser"; y práctica porque escudriña en lo más íntimo de las operaciones humanas para vislumbrar allí los aspectos de bondad, perfección o valor y orientarlos a la acción.

¹³² En contraposición con los actos humanos se encuentran los llamados "actos del hombre", los cuales no son objeto de la ética por ser manifestaciones vitales, funciones vegetativas o animales, que no admiten juicio axiológico alguno.

¹³³ La felicidad ha estado relacionada con la ética desde los tiempos de Aristóteles y consiste en la actualización de las potencias humanas, es decir, la realización y el ejercicio de las facultades y demás capacidades del hombre. Desde el punto de vista de la Filosofía y la Psicología, ella es la consecuencia normal de un funcionamiento armonioso del ser humano, es el fin propio del hombre. Cfr: ARISTÓTELES, Historia Animalum, Editorial Libertad, Barcelona, 1975.

¹³⁴ La intención por la cual se realiza una acción puede hacer que dos actos idénticos difieran profundamente en su contenido axiológico. Al hablar de intención podemos referirnos al fin intrínseco del acto (es el que posee la acción misma de acuerdo con su propia naturaleza) o al fin del sujeto que ejecuta el acto (lo que busca el autor de la acción, que en algunas ocasiones difiere con respecto a la finalidad del acto). En este último sentido debe considerarse el fin próximo (es el que se subordina a otros), el fin último (no se subordina a ningún otro) o el fin intermedio (participa de los dos, o sea, se subordina al fin último y él mismo mantiene subordinado al fin próximo).

¹³⁵ La libertad humana consiste en la "autodeterminación de la persona hacia el bien". Cuando el hombre no puede orientarse hacia los valores que previamente ha asimilado o lo hace de manera limitada o disminuida, ya no puede decirse que es el verdadero autor de su conducta. Para ello es menester que se desarrolle paralelamente al sentido axiológico y al de responsabilidad, ya que de no ser así se convierte en libertinaje. El psicólogo conductista Skinner, fue el principal exponente del determinismo, postura que niega la libertad en función de los condicionamientos en que vive inmersa la mayoría de la gente. Son actos morales sólo los que realizamos consciente y voluntariamente, y por ello se inscriben en la esfera de la ética.

infames o egoístas los cuales se pueden calificar de malos. En ambos casos, al valorar dichos actos, tenemos conciencia de que esa valoración no depende de nuestro capricho, sino más bien de la naturaleza misma del acto, lo que pone en evidencia el hecho de que nuestra valoración, se rige por el objeto que verificamos y no por el sujeto que verifica, con lo cual se puede afirmar que hay juicios de valor universalmente válidos que rigen a todo ser inteligente capaz de reflexión.

A pesar de existir una relación de adecuación entre la persona y el valor objetivo, es posible que la persona añada por su cuenta un elemento de preferibilidad (subjetividad) que se le conoce como valorización, la cual, en muchas ocasiones, no coincide con el valor, o bien se confunde con él. De donde resulta que el descubrimiento de los valores es una tarea ardua que debe ejercitarse para apreciar adecuadamente la realidad y no perder la capacidad para distinguir entre lo bueno y lo malo objetivo.

Cuando una persona capta un valor con su inteligencia, se ve solicitada por dicho valor, y entonces la inteligencia propone a la voluntad su realización; se trata pues de una exigencia de la razón sobre la voluntad, frente a un valor objetivo, pero sin suprimir el libre albedrío ni menospreciar la autonomía personal. Esa cualidad objetiva es la que hace que el sujeto que la percibe, si se guía por la razón, se imponga la obligación moral de realizarla.

Ahora bien, es claro que no tiene el mismo valor lo material que lo espiritual, lo animal o lo intelectual, lo humano o lo divino, lo estético o lo moral; esta distinción hace necesario establecer una jerarquía entre los distintos valores de mayor a menor grado o calidad, utilizando el siguiente criterio: un valor será más importante y ocupará una categoría más elevada en tanto perfeccione al hombre en un estrato cada vez más íntimamente humano.

Existen valores, comunes a otros seres, que perfeccionan al hombre en sus estratos más inferiores como el placer, la fuerza o la agilidad; hay otros específicamente humanos, y así, hablamos de valores económicos como la riqueza o el éxito, noéticos como la ciencia o la técnica, estéticos como la belleza o el arte, o morales como la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza. Estos últimos, son jerárquicamente superiores a los otros, en primer lugar, porque dependen exclusivamente del libre albedrío a diferencia de los demás (la riqueza puede heredarse) y en segundo lugar, porque perfeccionan al hombre en su totalidad, mientras los otros lo perfeccionan parcialmente (como profesionista, artista, deportista, etcétera).

Por su parte, los valores religiosos o sobrenaturales como la santidad, la caridad y, en general, las virtudes teologales, son un regalo de la Gracia Divina a las potencias naturales del hombre, que lo perfeccionan de un modo superior en tanto provienen de Él.¹³⁶

¹³⁶ Estos valores en tanto provienen de Dios, son estudiados específicamente por la Teología Moral.

Para el desarrollo de todos estos valores debe existir un presupuesto fundamental: la vida, que es valiosa en la medida que constituye la base y fundamento sobre la cual se desarrollan todos los demás valores. "La vida física, señala Javier Elizari, no garantiza automáticamente una vida en libertad, en solidaridad con los demás y abierta a Dios, pero sin ella queda radicalmente comprometido todo proyecto personal".¹³⁷

Marciano Vidal afirma, y coincidimos con él, "que la persona humana inicia y desarrolla su itinerario en el mundo mediante la vida física; ésta no agota todo el valor de la persona ni representa el bien supremo del hombre llamado a la eternidad; sin embargo, en cierto sentido constituye el valor fundamental, precisamente porque sobre la vida física se apoyan y desarrollan todos los demás aspectos de la persona. Así, pues, la consideración antropológica proporciona esta doble apreciación: la vida física no totaliza el significado de la persona, pero ésta no tiene sentido sin el fundamento permanente de aquella".¹³⁸

La Ética es una ciencia práctica ya que busca encarnarse en la conducta humana, mostrando lo normal de derecho para su realización hasta convertirse en lo normal de hecho. Su obligatoriedad surge de la fuerza que la razón ejerce sobre la voluntad para que escoja o lleve a cabo el valor propuesto, si es así, se actualiza el llamado "acto honesto"¹³⁹, que difiere de la virtud en la medida que ésta última es la voluntad constante, estable y adquirida de realizar actos honestos.¹⁴⁰

¹³⁷ ELIZARI BASTERRA, F. Javier; López, A. Eduardo y otros, Praxis cristiana, (2. Opción por la Vida y el Amor), Ediciones Paulinas, Madrid, 1981, p. 54.

¹³⁸ VIDAL, Marciano, El Don de la Vida; Ética de la Procreación Humana, Ed. PS., Madrid, 1987, p.98.

¹³⁹ El acto honesto tiene las siguientes propiedades: 1. *Responsabilidad*. Es la propiedad del acto humano por la cual el sujeto que lo ejecuta como consecuencia de una elección libre, debe dar cuenta de él, es decir, participar de los beneficios, si el acto es honesto o reparar los perjuicios si el acto es deshonesto. 2. *Mérito*. El mérito condigno o de estricta justicia es el derecho que tiene el autor de un acto honesto de recibir una recompensa por parte de las personas que se han beneficiado con su acción. El mérito congruo es el derecho a una recompensa en virtud de su ofrecimiento por la realización de una determinada conducta. También se entiende por mérito el incremento de valor moral de un sujeto, en virtud de los actos honestos ejecutados por él. 3. *Sanción*. Es el premio o castigo, como consecuencia del cumplimiento o violación de la ley. Puede ser intrínseca entendida como la satisfacción o reproche por parte de la conciencia o extrínseca cuando las consecuencias son señaladas expresamente por el legislador. Tiene dos finalidades: una preventiva que busca inclinar a los hombres hacia el bien y apartarlos del mal y otra medicinal que trata de corregir al que ejecuta actos deshonestos para que no reincida. 4. *Progreso Moral*. Consiste en el mejor conocimiento y más fácil aplicación de las normas morales; puede registrarse a nivel tanto personal como social y su consecuencia es la virtud.

¹⁴⁰ La virtud es: 1. *Una Cualidad*. No deben confundirse la virtud y el acto honesto. Una persona puede realizar actos honestos y no ser virtuoso. El hombre virtuoso es aquel que habitualmente realiza actos honestos, es una propiedad del ser que inclina y facilita la realización de dichos actos. 2. *Adquirida*. No son innatas, sino fruto del esfuerzo y repetición; como todo valor, depende de la actuación voluntaria y libre del sujeto. Otros valores pueden heredarse, pero la virtud no. 3. *Estable*. Las virtudes son hábitos buenos, se adquieren y poseen cierta estabilidad en la persona, son, además, susceptibles de incrementarse lentamente de modo positivo o negativo. 4. *Facilita el acto*

Las virtudes pueden ser naturales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza)¹⁴¹ o sobrenaturales (fe, esperanza y caridad), según que corresponda al nivel humano o estén por encima de las capacidades propias de la naturaleza del hombre. También se dividen en intelectuales (prudencia, ciencia, arte, sabiduría e intuición) y morales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza), según residan ya sea en la inteligencia o en los apetitos.

Las virtudes morales hacen al hombre bueno. No es posible usarlas mal. En cambio las virtudes intelectuales sólo hacen bueno al hombre en cierto aspecto, y, en algunos casos, podrían estar en contra del valor moral. Por ejemplo: la justicia siempre es un valor moral positivo. En cambio, el arte o la ciencia podrían utilizarse incorrectamente (crimen, guerra, pornografía o aborto), proporcionando al sujeto valores morales negativos. Solamente la prudencia es al mismo tiempo intelectual y moral.

3.1. EL VALOR DE LA VIDA HUMANA

Como se ha dicho con anterioridad, el respeto a la vida aparece como uno de los principios fundamentales y evidentes en todas las ideologías y culturas. Su justificación no necesita de gran esfuerzo racional, ya que el sentido común nos enseña que este valor es presupuesto indispensable para el desarrollo de otros valores, tanto individuales como colectivos; en palabras de López Azpitarte diríamos que "*no es posible ningún tipo de relación humana, y resultan inútiles todas las demás exigencias y obligaciones si falta este presupuesto fundamental y primario*".¹⁴² Pero a pesar de la evidencia de ese principio, aportada por el sentido común, el hombre, a lo largo de la historia, ha intentado justificar racionalmente su invalidez, como si esa intuición generalizada no fuera del todo convincente o fuera demasiado ambigua.

En relación con la vida del ser humano en el seno materno, independientemente de los cuestionamientos que muchos hacen para justificar el aborto, ya sea en la animación, la hominización o muchas otras, el ser que se está desarrollando en el claustro materno, por su propia teleología apunta a ser persona; es decir que

honesto. Ese es el efecto de la virtud. Quien la posee tiene mayor facilidad para actuar bien; lo hace con agrado y, además, puede realizar actos que sin ella no podría.

¹⁴¹ 1. *Prudencia*. Es la virtud de la razón, por la que el hombre sabe lo que hay que hacer o evitar en un momento específico. 2. *Justicia*. Es la virtud constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo. La justicia conmutativa rige las relaciones entre los particulares, la distributiva rige las relaciones entre el soberano y el súbdito y la legal rige las relaciones del individuo con respecto a la sociedad en atención al bien común. 3. *Fortaleza*. Es la firmeza del alma capaz de vencer las dificultades. 4. *Templanza*. Es la virtud cuyo objeto consiste en moderar los placeres sensibles. Puede tomar la forma de sobriedad, en lo que se refiere al gusto por los alimentos y la bebida; o bien, castidad, cuando modera el instinto sexual. La humildad es también una forma de templanza, puesto que modera el gusto excesivo por la propia fama y gloria.

¹⁴² LÓPEZ AZPITARTE, E., *Ética y Vida (desafíos actuales)*, Ed. Paulinas, Madrid, 1990, p. 11.

también el sentido común está presente aquí, ya que nadie espera que de la unión entre un hombre y una mujer nazca un animal o una planta, sino precisamente un ser humano. Es más, denunciamos categóricamente que quienes buscan justificar el aborto lo hacen precisamente porque están seguros que de la fecundación nacerá un ser humano y no otro ser y buscan evitar las consecuencias de ello.

De lo anterior, podemos concluir que el hombre ama la vida y la juzga espontáneamente digna de ser amada porque es en sí misma teleológica, es decir, encierra una finalidad, un significación, por lo cual se afirma como un valor, pues como dice Marciano Vidal *"la vida humana participa del misterio de la persona y no puede ser reducida a consideraciones parciales, ya que, sobre todo para el creyente, ella se abre al misterio trascendente de Dios"*.¹⁴³

Todas las vidas no sólo son básicamente valiosas, sino que son igualmente valiosas, es decir, poseen la misma dignidad y deben ser igualmente protegidas. Por eso, el atentar contra la vida del hombre es atentar contra el hombre mismo, puesto que una es inseparable de la otra y sólo respetándola puede el ser humano asumir su destino sobrenatural.

La explicitación ética del valor de la vida humana, según Marciano Vidal, se concreta en torno a tres núcleos: su justificación, su contenido y su rango.¹⁴⁴

- La justificación del valor ético de la vida humana es de signo apriorístico. La dimensión ética del vivir surge mediante el "reconocimiento" respetuoso de lo que existe. El reconocimiento del "otro" y el reconocimiento de uno mismo hacen pasar la vida humana de bien pre-moral a valor ético. El hecho de que el vivir humano no resulte "indiferente", introduce la vida humana en el sistema de preferencias básicas que configuran el universo de la Ética; en la cual, el vivir es la primera preferencia que se expresa del siguiente modo: "vivir es preferible a no vivir". Este *a priori* ético del valor de la vida humana, es tal, que nos trasciende y permanece por encima de todas las diferencias accidentales. Esto es tan fundamental, que al suprimir la referencia a este *a priori*, a este valor de la vida humana anterior a todas sus calificaciones –sociales o individuales–, todos los crímenes estarían permitidos: porque dicho valor no se encuentra ni radica en la salud, en la conciencia o en la felicidad; sino en lo que es en sí mismo y esto es y debe ser objeto de respeto incondicional.

- El contenido del valor ético de la vida humana abarca mucho más que el mero vivir biológico. El vivir que es merecedor de preferencia axiológica es el que se extiende desde la subsistencia fáctica hasta la plena "calidad de vida humana". De ahí que el valor ético de la vida haya de ser entendido y formulado en clave de "humanización". La exigencia de "humanizar" al máximo el vivir es el núcleo del *ethos* de la vida. A partir de esta opción global la ética de la vida insiste en los aspectos siguientes: formula la preferencia axiológica en relación con la vida

¹⁴³ VIDAL, Marciano, El Discernimiento Ético (Hacia una Estimativa Moral Cristiana), Ed. Cristiandad, Madrid, 1980, p.79.

¹⁴⁴ VIDAL, Marciano, Moral de la Persona y Bioética Teológica, op. cit., pp. 349-350.

propriadamente humana; destaca la importancia que tiene toda vida humana ya que la preferencia del vivir es al mismo tiempo una afirmación de la igualdad valorativa de todo ser humano; expresa el valor más en forma positiva que negativa, en lugar de hablar en términos de "límites", formula la exigencia de despliegue de todas las potencialidades del vivir; conduce a un proyecto de acción en orden a que la exigencia de humanización se verifique realmente, la ética se prolonga así en una praxis al servicio de la vida humana.

- El rango del valor ético de la vida humana se mide por su puesto en una hipotética escala de moralidad. No dudamos en colocarlo en el puesto primero. Esto no indica que no se encuentre en determinadas ocasiones en conflicto con otros valores, con otros bienes. En tales situaciones conflictivas, el discernimiento y la acción han de plantearse desde una opción metodológica de "juicio preferencial". Ello ha de expresarse en una formulación normativa del valor ético de la vida humana, que tenga las siguientes características: ser positiva y no negativa; ser teleológica (teniendo en cuenta las consecuencias); ser absoluta (inviolabilidad de la vida) pero abierta al juicio preferencial (conflicto de valores).

Con el transcurrir del tiempo y de la historia humana se puede ver un cambio de mentalidad, palpable y operante en amplios sectores sociales sobre el valor de la vida fetal, pero que es tan brutal como sorprendente y contradictorio y sería injusto no tener en cuenta la contrapartida como reacción contra tan extraño fenómeno. Pueden, en efecto, cambiar las ideas sobre la vida del feto humano, pero no por ello cambia la naturaleza del mismo. Han cambiado las formas de convivencia social y con ellas las maneras de abortar, pero no desaparece la interrogante fundamental sobre la esencia de la vida humana en sí misma. Es cierto que cambian las ideas, pero es más cierto todavía que nuestras ideas no podrán cambiar jamás el valor en sí de una vida concreta, como es la del feto humano en el vientre de su madre. Por eso, con toda razón señala el Concilio Vaticano II, *"que cuanto atenta contra la vida, homicidios, genocidios, aborto, eutanasia; todas esas prácticas y otras parecidas son en sí mismas infamantes, degradan la civilización humana, deshonoran más a sus autores que a sus víctimas"*.¹⁴⁵

En consonancia con lo anterior, *"reconocer el valor en sí, y la inviolabilidad de la vida humana -afirma J. Gafo- es un principio ético fundamental, que brota de la percepción del otro, como semejante a mí mismo y que goza, por tanto, de mis mismos derechos personales. Se trata de una experiencia ética fundamental que se impone con absoluta evidencia. Esta percepción del otro como semejante lleva necesariamente al reconocimiento del valor de su existencia humana, como un valor en sí, con independencia de las circunstancias concretas que caracterizan su ser humano. El otro se me presenta como una realidad humana "inmanipulable" e insubordinable a otros valores, por muy altos que estos puedan ser"*.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Gaudium et spes, n. 27, Nueve Grandes Mensajes, Ed. BAC, Madrid, 1986.

¹⁴⁶ Cfr.: GAFO, J., El aborto y el comienzo de la vida humana, Ed. Sal Terrae, Santander, 1979, p. 233.

Al reconocer la existencia humana del otro, como un valor en sí, aceptamos ciertas responsabilidades, pues del hecho de que tal existencia sea especialmente vulnerable e incapaz de una existencia independiente, no se sigue la disminución de su valor, sino que, por el contrario, exige de nosotros un mayor respeto y una mayor manifestación de amor en su acogida.

Por otra parte, si admitimos y aceptamos la inviolabilidad de la vida humana ya nacida, por lógica, debemos también sostenerla y regresarnos a la vida humana embrionaria, ya que sin ésta aquella no podrá tener actualidad ni realización.

La afirmación anterior, de que toda vida, y por supuesto la vida embrionaria, debe ser objeto de especial cuidado y protección, se refiere desde luego al momento decisivo de la fecundación; de esa manera, *"la valoración de la vida del feto queda sustraída a los gustos, las costumbres, manipulaciones y arbitrariedades que pueden amenazar la vida en ausencia de criterios objetivos"*.¹⁴⁷

Ahora bien, la vida del hombre no se queda en el plano de mero valor, sino que trasciende a la categoría de lo sacro, lo que quiere decir que se encuentra *"sustraída al poder del hombre, pero protegida por una potestad superior que no es la del hombre y defendida por la ley de Dios"*.¹⁴⁸

Por todo lo anterior, podemos decir con Niceto Blázquez *"que la supresión de una vida naciente o ya dada a luz viola, ante todo, el principio moral sacrosanto al que debe hacer siempre referencia la concepción de la existencia humana: la vida humana es sagrada desde el primer momento de su concepción y hasta el último instante de su supervivencia natural en el tiempo. Es sagrada. Esto quiere decir que queda excluida de cualquier arbitrario poder supresivo, que es intocable, digna de todo respeto, de todo cuidado, de cualquier sacrificio debido"*.¹⁴⁹

Paulo VI, el 4 de octubre de 1965, señaló a este respecto *"nadie puede osar atentar contra la vida del hombre que es sagrada; En vuestra asamblea, incluso en lo que concierne al problema de la natalidad, es donde el respeto a la vida debe encontrar su más alta profesión y su más razonable defensa. Vuestra tarea es actuar de tal suerte, que el pan sea lo suficientemente abundante en la mesa de la humanidad, y no el favorecer el control artificial de los nacimientos, que sería irracional, con vistas a disminuir el número de comensales en el banquete de la vida"*.¹⁵⁰

Nadie, por lo tanto, tiene autorización para interrumpir el proceso iniciado en la fecundación; por lo mismo se excluye el derecho del Estado o de cualquier otro poder para interrumpir o intervenir en la vida del ser humano en esta etapa inicial.

¹⁴⁷ ELIZARI BASTERRA F. Javier; López, A. Eduardo y otros, op. cit. p. 97.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ BLÁZQUEZ, Niceto, *El Aborto (No Matarás)*, Ed. BAC popular, Madrid, 1977, p. XV.

¹⁵⁰ Concilio Vaticano II, *Constituciones, Decretos y Declaraciones*, Ed. BAC, Madrid, 1967, p. 1054.

3.2 EL UTILITARISMO

El utilitarismo no entiende el valor de la vida en términos de lo que es intrínseco y propio de la persona humana, sino en términos de lo que es extrínseco; la dignidad no cuenta para esta doctrina, sino el "valor relativo" que algo representa para alguien. De este modo se pone precio a cada hombre y se le transforma en un objeto, es decir, que al no haber una noción respecto a ciertos deberes que se tiene obligación de cumplir siempre, se puede justificar cualquier acto por perverso o malo que este sea, si es que con ello se dan consecuencias útiles en un momento dado.

Planteada así la cuestión debemos sostener este principio: poner en duda el valor fundamental del derecho del feto a la vida, es lo mismo que poner en duda el derecho de cualquier ser humano, en cualquier estadio de su vida. Ya que, como dice Grisez, *por ser personas no nos podemos comparar en dignidad y tenemos el mismo derecho a la vida, el principio que protege nuestra vida también protege la del feto,*¹⁵¹ ya que no hay hombres de segunda. Por eso, cualquier motivo supuestamente razonable para aprobar moralmente la eliminación del feto, será también válido para acabar con la vida de cualquier persona en otro periodo o condiciones de su existencia, ya que, como se vio en los fundamentos metafísicos, el feto es ser humano y persona.

Ahora bien, aún en el supuesto de que no esté suficientemente sustentada la personalidad del feto, es importante considerar que para poder matarlo, debe quedar absolutamente demostrada la falta de personalidad de él. Esto es así, porque si a la ética le interesa tratar de la responsabilidad moral de los actos del hombre, su bondad o maldad, consecuencia de nuestra voluntad, y no de lo que está más allá de nuestro conocimiento, ya sea actual o posible, no nos podemos considerar inocentes si queremos matar lo que puede ser una persona, aún en el supuesto sin conceder de que no lo sea. En consecuencia, si se mata al embrión se acepta matar lo que puede ser persona, mientras no se demuestre fehacientemente que no lo es, y por consiguiente estar dispuesto a matar lo que puede ser una persona significa estar dispuesto a matarla si lo fuera.

Por lo tanto, debemos mantener con firmeza, que la muerte de un embrión, es la muerte de una persona y no podremos eludir la responsabilidad moral de matarla si aceptamos la responsabilidad de permitir el aborto.

Ahora bien, regresando al utilitarismo, es importante señalar, que al hablar de ética de responsabilidades, nos referimos no sólo a las acciones, sino a los efectos que ellas producen. Esta ética de fines es fundamental, ya que la calificación más formal del acto humano es el fin por el cual obra el hombre, el fin que le impulsa a realizar o no determinada conducta. Dicho fin puede ser el placer, la utilidad, el bienestar o la felicidad; pero todos ellos serán relativos y egoístas, si no se refieren

¹⁵¹ GRISEZ GERMAIN, G., *op cit.*, p. 463.

al último fin en el cual todos los anteriores encontrarán su sentido, y este fin último es el Bien absoluto, que precisamente se convierte en fin por que se le considera como valioso.

"Si tuviéramos una actitud moral justa, es decir, una apreciación verdaderamente realista de cada bien humano, nunca actuaríamos contra la consecución de un bien fundamental, y tampoco obraríamos de una manera directamente destructiva contra la realización de un bien fundamental. Pues obrar de esa manera contra un bien es subordinarlo a lo que nos conduce a elegir esa forma de actuar. Sería convertir un fin en medio y un aspecto de la persona en un objeto de valor calculable".¹⁵²

3.3 LA MORAL KANTIANA¹⁵³

La moral kantiana no es una excepción para considerar el "aborto" como un crimen, algo intrínsecamente malo. Kant, inspirador del positivista Kelsen, también condena esta práctica. A pesar de no compartir sus puntos de vista expondré muy someramente sus tres principales argumentos a modo de silogismo para derivar de ello que, incluso, esta moral de formalidad excesiva reprueba el aborto.

3.3.1 El amor a sí mismo

Premisa Mayor. Los motivos para provocar un aborto son motivos derivados del amor a sí mismo (comodidad, no tener un hijo no deseado, etc.); de este modo, tal acción está fundada en motivos de sensibilidad, que no son legales y por lo tanto morales.

Premisa Menor. Es así que una acción fundada en motivos sensibles no es moral, porque no sigue el imperativo categórico, es decir, el deber por el deber sin intromisión de elementos de placer o dolor.

Conclusión. Luego, provocar un aborto no es una acción moral.

3.3.2 La causalidad de la libertad en la naturaleza

Premisa Mayor. Ningún acto puede ir en contra de la causalidad propia de la naturaleza. Un acto que contravenga las leyes naturales puede ser realizado, pero dicho acto no es moral ni se puede convertir en ley moral. Por ejemplo, el suicidio puede cometerse, pero no es una acción moral porque contraviene las leyes

¹⁵² *Ibid.*, p. 483.

¹⁵³ Cfr: ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op cit.*, pp. 158-168

naturales. Además, no puede convertirse en ley moral porque eso representaría la extinción de la especie humana.

Premisa Menor. Es así que el aborto es una acción que contradice las leyes naturales, porque interrumpe el proceso natural de gestación.

Conclusión. Luego, el aborto no es una acción moral, ni puede convertirse en una ley moral, porque, suponiendo que fuese una ley moral, esto representaría la extinción de la especie humana.

3.3.3 El imperativo categórico

Premisa Mayor. La ley moral - el imperativo categórico - implica la sumisión y humillación de las inclinaciones del hombre para ennoblecerlo y realizar su dignidad. A través del imperativo, se reconoce que los hombres son fines en sí mismos y nunca medios; el obrar debe encausarse a ese fin considerando al hombre como persona. Por ello, en toda acción moral, el hombre debe respetarse a sí y a sus semejantes.

Premisa Menor. Es así que en el aborto se pierde el respeto por el hombre, porque se considera al hombre como medio y no como persona (el niño concebido).

Conclusión. Luego, el aborto es una acción inmoral e ilegal, porque significa la ruptura del principio moral supremo, el imperativo categórico.

3.4 LA ETICA PROFESIONAL

La profesión puede definir como *"la actividad personal, puesta de una manera estable y honrada al servicio de los demás, ¹⁵⁴ a impulsos de la propia vocación ¹⁵⁵ y con la dignidad que corresponde a la persona humana". ¹⁵⁶*

¹⁵⁴ La finalidad del trabajo profesional es el bien común, pero también el beneficio propio, expresado en la satisfacción personal y en la retribución económica y social con sujeción a los principios morales, ya que sin este horizonte la profesión se convierte en un medio de lucro o de honor, o simplemente en el instrumento de la degradación moral. Es por ello que un profesional debe ofrecer una preparación especial en un triple sentido: 1. *Capacidad Moral*. Es el valor del profesional como persona, el cual dota de dignidad, seriedad y nobleza a su trabajo; abarca no sólo la honestidad en el trato y en los negocios o el sentido de responsabilidad en el cumplimiento de lo pactado, sino, especialmente, la capacidad para abarcar y traspasar su propia esfera profesional y comprometerse con las personas que no poseen su ciencia para la defensa de causas legítimas. 2. *Capacidad Intelectual*. Es el conjunto de conocimientos que dentro de su profesión, lo hacen apto para desarrollar trabajos especializados, debiendo tener el cuidado de actualizarse para que esa capacidad esté vigente. 3. *Capacidad Física*. Se refiere principalmente a las cualidades corpóreas que debe tener para poder desarrollar una actividad específica de manera adecuada.

¹⁵⁵ La vocación debe entenderse como la inclinación y disposición que hace al sujeto especialmente apto para una determinada actividad profesional.



En virtud de su profesión, el sujeto ocupa una situación que le confiere deberes y derechos especiales. Con respecto a los deberes profesionales podemos afirmar que son de diversa índole,¹⁵⁷ pero destaca la exigencia de actuar conforme a criterios morales, evitando defender causas injustas, usar de los conocimientos como instrumento de crimen, vicio o beneficio exclusivo, producir artículos o dar servicios de mala calidad, proporcionar informes falsos, etcétera.

La decisión libre de actuar o no conforme a esos criterios genera dos extremos en el ejercicio de cualquier profesión en general, entre las que destacan, en relación al tópico que nos ocupa, las ciencias biológicas y medicas: el antihumanismo tecnocrático o la tecnología al servicio de la integridad y dignidad personal.

La ética iluminadora e impulsora del ejercicio recto de la profesión, incide de lleno en el campo del domino específicamente humano y, por lo mismo, se hace presente en el centro de la alternativa planteada con anterioridad, para llevar al hombre hacia una auténtica autoposesión ontológica, psicológica y moral.

Es decir, que la Etica no comparece en el escenario de la experimentación científica como un elemento accesorio, sino que se hace presente para que esas mismas ciencias coloquen al hombre como sujeto creador y a la vez destinatario de sus resultados y de sus múltiples aplicaciones.

La Etica es el instrumento que permite que el principio que enuncia la obligación de *respetar la dignidad de la persona humana*, transite de su proclamación meramente formal al terreno de las realidades concretas y dejen de ser, como son frecuentemente, principios devaluados, que no retienen de su significación original más que el nombre.

4. EL ABORTO DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

4.1 SOCIEDAD, ESTADO Y DERECHO

El hombre es un ser social por naturaleza, ya que por sí solo no puede satisfacer sus necesidades, aún las más elementales, ni lograr su perfección, es decir, en

¹⁵⁶Cfr: DUEÑAS RODRÍGUEZ, Armando, Universidad La Salle, Cancún, Quintana Roo, México, en <http://www.monografias.com/trabajos6/etic/etic2.shtml>.

¹⁵⁷ Además del mencionado destacan entre los deberes profesionales: el secreto profesional por virtud del cual, el profesionista tiene la obligación de no divulgar información que le fue confiada para poder llevar a cabo su labor para no perjudicar al cliente o evitar graves daños a terceros. El profesional también debe propiciar la asociación de los miembros de su especialidad, ya que la solidaridad es uno de los medios más eficaces para incrementar la calidad del nivel intelectual y moral de los asociados. Cuando un profesional tiene una conducta honesta, dentro y fuera del ejercicio de su profesión, le atraerá confianza y prestigio, lo cual no deja de ser un estímulo que lo impulsará con más certeza en el recto ejercicio de su carrera.

forma natural requiere de los demás. Desde que nace forma parte de una comunidad, la sociedad, a través de la cual coincide con otros en una finalidad común externa y objetiva.

A lo largo de la historia, se han conformado muy variadas formas de organización política que han sido y son realidades complejas y cambiantes las cuales, al estar conformadas por seres humanos, entrañan, entre otros, aspectos históricos, sociológicos, culturales, políticos y jurídicos y se encuentran encaminadas a establecer un orden que estructure y ordene a la sociedad, para que, trascendiendo intereses individuales específicos, se genere un ambiente imprescindible para la consecución de las metas comunes.

Entre dichas formas de organización política se encuentra el Estado, el cual de acuerdo con el Maestro Francisco Porrúa Pérez *"es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes"*.¹⁵⁸

La soberanía, entendida como adjetivo de poder, es el instrumento a través del cual quien o quienes la detentan determinan la forma de ser del Estado, pero ello no es suficiente ya que de ser así, estaríamos en presencia de un hecho de coercitividad; razón por la cual se hace necesario trascender ese fenómeno de poder a través de la sumisión al Derecho, que implica regular su estructura y funcionamiento por medio de un orden jurídico imprescindible, que será el instrumento que encause el Estado hacia sus fines y lo limite. En virtud del orden jurídico la organización política moderna se constituye en un "Estado de Derecho".

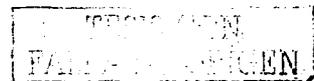
Los límites marcados por el Derecho provienen de la misma naturaleza del Estado, se derivan de su fin y su misión. Un Estado sin poder soberano es inconcebible y un Estado con poder soberano que no esté sometido al Derecho es, como hemos mencionado, un fenómeno de fuerza. Por eso en opinión del maestro Porrúa Pérez *"la teleología del Estado es un elemento intrínseco del mismo, que lo caracteriza y distingue de otras sociedades humanas"*.¹⁵⁹

Existen diversas teorías en referencia a los fines del Estado:

- a. Hay teorías que sostienen que el único fin de todo Estado es la conservación del bienestar de los individuos manteniendo el orden y la seguridad, ya no se habla de bien común sino de bien individual;
- b. Otras afirman que el Estado es el fin y los individuos son el medio; el bien común será determinado discrecionalmente (en realidad arbitrariamente) por el Estado, sin consideración alguna a la naturaleza y necesidades de las personas; esta postura sostenida por Hegel es la raíz ideológica de los Estados totalitarios, con sus desastrosas consecuencias.

¹⁵⁸ PORRÚA PEREZ, Francisco, Teoría del Estado, 12ª Edición, Porrúa, México, 1987, p. 180.

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 441.



- c. Las que afirman que el fin del Estado es el Bien Común, entendido como el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que cada hombre alcance su perfección; reconoce que los hombres tienen derechos inherentes a su naturaleza.

Esta última postura resulta la más adecuada para la promoción de la persona, ya que el Estado no debe ser entendido como una abstracción, sino como un ente real, con esencia, naturaleza y fines propios; cuyo origen y justificación es el perfeccionamiento de la comunidad humana en lo individual y colectivo. Es por eso que el Estado deberá realizar toda actividad necesaria para que la persona humana pueda perfeccionarse y alcanzar sus fines.

El Maestro De Castro afirma que *"La soberanía del Estado, tiene un límite racional y objetivo constituido por la misión del Estado, por el fin hacia el cual se orienta su actividad y este límite se traduce en la competencia delineada por el Derecho. Pero el límite más importante a la Soberanía del Estado es la esfera de autonomía de la persona humana, constituida por su libertad y su dignidad"*.¹⁶⁰ Es decir que la persona es fundamento tanto del Estado como del Derecho. Por eso el Estado que no respeta, invade o anula la esfera de derechos naturales primarios de la persona humana, niega su propia naturaleza y su finalidad. Para decirlo con la cita de Cicerón *"ipse se fugiet"*.¹⁶¹

El Humanismo plantea reconocer tanto la realidad del Estado como la realidad del hombre, con sus naturalezas y fines respectivos, cuyos valores no son antitéticos sino complementarios. El Estado no puede quedar subordinado a los intereses de individuos en específico, pero tampoco puede ignorar los derechos inherentes a la naturaleza humana actuando de manera despótica. Para ello precisamente existe el orden jurídico.

A pesar de ser pretencioso, consideramos necesario intentar aproximarnos a una definición de lo que es el Derecho, a fin de establecer su dimensión adecuada respecto del Estado y del hombre individualmente considerado.

La palabra "derecho" deriva del latín "directum" cuyo significado es lo que está conforme a la regla, a la norma o a la ley; lo que no se desvía, lo que es recto. El término es análogo, es decir, se aplica a dos o más ideas, parte en el mismo sentido, parte en diverso, lo cual implica serias dificultades para llegar a una definición que abarque todos los aspectos.

El problema de la definición ha dado lugar a diversas teorías y corrientes filosóficas, pero independientemente de la posición que se adopte, es posible observar, en lo general, al menos cuatro acepciones de la palabra:

- a. Derecho Objetivo o Normativo. Es el derecho como norma o sistema de normas jurídicas. Es objetivo porque es estudiado por sí mismo, con total

¹⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., Derecho Civil de España, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 21.

¹⁶¹ Se destruye a sí mismo.

independencia de los sujetos sobre los que recae. Así se habla del Derecho Mexicano o del Derecho Romano. Se caracteriza por estar conformado por normas de carácter imperativo –atributivas, es decir, frente al obligado por una de dichas normas encontramos siempre a otra persona facultada para exigir su cumplimiento. De ahí que también se hable de la “obligatoriedad vinculatoria” de las normas jurídicas, puesto que entrelaza a los hombres entre sí; siempre hay uno o unos facultados para exigir su cumplimiento y otro u otros obligados a cumplirla.¹⁶²

- b. Derecho Subjetivo. Es el derecho como la facultad, poder o potestad moral de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás. Recibe el nombre de subjetivo, por atender al sujeto que tiene dicha facultad o poder. Ejemplos de derechos subjetivos son el derecho a la vida, a la libertad, etc.
- c. Derecho como ideal Ético o Moral de Justicia. Se refiere a lo justo objetivo, o sea a la conducta y a la cosa que se debe a otro. Es el orden intrínsecamente justo existente por encima de todas las demás acepciones.
- d. Derecho como Ciencia. Es el estudio sistemático y metódico de las normas jurídicas por sus causas.

El Padre Villoro Toranzo, en su “*Introducción al Estudio del Derecho*”, parte de dos ideas fundamentales: la primera, la correlación existente entre los diversos sentidos del Derecho; la segunda, la validez de la diferenciación de estos sentidos, pero sin perder de vista su unidad fundamental.¹⁶³ Asimismo considera que los tres últimos sentidos adquieren su significado por referencia al primero: la Ciencia del Derecho estudia las normas jurídicas; las facultades o derechos subjetivos se fundan en normas jurídicas y los ideales de justicia se expresan y dan origen al Derecho Objetivo.¹⁶⁴

Por su parte, Eduardo García Máynez considera que las diferentes acepciones de la palabra derecho no se excluyen entre sí, pero tampoco se implican recíprocamente, sino que pueden o no estar contenidas en una misma norma o en un mismo sistema jurídico, por lo que concluye la imposibilidad de llegar a una definición que abarque a todas las acepciones.¹⁶⁵

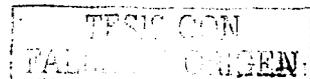
Sin embargo, la posición del Padre Villoro en este punto es opuesta a la de García Máynez, puesto que él considera que si es posible llegar a una definición de la palabra derecho que abarque todos los sentidos que se le han dado, la cual debe incluir tanto las notas comunes, aplicables a todos los sentidos, como las notas esenciales, de tal suerte que las más importantes se apliquen a todos los sentidos de la palabra. La definición que él propone es la siguiente: “*Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad,*

¹⁶² VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 8.

¹⁶³ *Ibid.* p. 5.

¹⁶⁴ *Ibid.* p. 6.

¹⁶⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1988, p. 44.



por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica".¹⁶⁶

- *"Un sistema racional"*. Es un conjunto de normas jurídicas homogéneas, construido a través de la razón.
- *"De normas de conducta"*. Las normas integrantes del sistema expresan un "deber ser", y deben de descansar sobre el presupuesto de la libertad, puesto que sólo se puede estar obligado a una conducta determinada en cuanto que puede realizarse la conducta contraria.
- *"Sociales"*. La correlación de derechos y deberes de la norma se da entre todos los miembros de la sociedad y a la vez se dirige a su mejor ordenamiento.
- *"Declaradas obligatorias por la autoridad"*. Esta declaración puede ser expresa, a través de la promulgación de leyes, o tácita, a través de la costumbre.
- *"Por considerarlas soluciones justas"*. Todos los Estado buscan incluir en sus normas jurídicas a la justicia, cuando esto deja de suceder se esta ante la presencia de la tiranía.
- *"A los problemas"*. El fin del derecho es práctico y consiste en resolver los problemas, ya sea positivos o negativos.
- *"Surgidos de la realidad histórica"*. Por realidad histórica debe de entenderse a la realidad física, biológica, psicológica, sociológica, histórica, médica, política y económica.

Partiendo de lo anterior, nuestro autor distingue entre dos clases de Derecho Objetivo: el Derecho Natural y el Derecho Positivo. *"El Derecho natural está compuesto de aquellos principios y normas morales que rigen, según el criterio formal de justicia, la conducta social de los hombres y que son conocidos por la recta razón escrita en todos los corazones por estar impresos en la naturaleza humana y conformarse al orden natural de las cosas"*. Por su parte, el Derecho positivo es *"el emitido por una autoridad competente, a través de un mecanismo preestablecido para tal efecto y que tiene aplicación en un lugar y en un tiempo determinado"*.¹⁶⁷

Ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados: todos los derechos positivos tienen su fundamento en los derechos naturales, y a su vez, estos se expresan por medio de aquellos. Sin promoción de los derechos naturales o de lo justo objetivo, las normas se desprestigian.

Efraín González Morfín advierte sobre la tentación de atender, tanto en el estudio y aplicación del Derecho en general como en el caso de los derechos humanos, *"a uno sólo de los significados del Derecho con exclusión de los demás. Sin embargo, dada la índole fundamental de los derechos humanos, tiene especial importancia*

¹⁶⁶ VILLORO TORANZO, Miguel, *op cit.* p. 127.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 5.

en ellos la consideración completa de los tres significados para evitar la eliminación destructiva de elementos esenciales de la relación jurídica".¹⁶⁸

A pesar de que los tres conceptos son complementarios, no es posible soslayar la conexión y dependencia jerárquica del Derecho Positivo respecto de la moral, lo que no significa confusión; la ley moral está por encima de las organizaciones humanas porque está provista de una objetividad, que deja de lado el querer subjetivo de los hombres. A este respecto señala De Castro que la "*conducta del hombre está medida conjuntamente por tres reglas: la de la moral, la del Derecho natural y la del Derecho positivo*".¹⁶⁹

Moral y Derecho positivo están relacionados, por medio del Derecho natural, que completa, señala la ruta y mide con un criterio de justicia a la norma jurídico-positiva. Una norma injusta o inmoral jamás puede ser considerada como Derecho; lo que nos permite afirmar que existe una relación directa entre el grado de perfección de un ordenamiento positivo con el grado de moralización que éste logra imprimir a una sociedad determinada, ya que también es una finalidad del Derecho la educación moral del pueblo mediante el establecimiento de un "deber ser", no formal sino material, es decir, referido a un contenido.

Señala Rommen, que "*el principio de que la moral es una norma superior al Derecho positivo, constituye una convicción tan universal, que todos aquellos que elaboran o investigan el Derecho se apoyan siempre en ella y todo revolucionario recurre a un Derecho y a una justicia superiores, que pone en contraposición al Derecho escrito, para legitimar su actividad. La moral debe ser, pues, un absoluto, y ha de dar a la jerarquía de valores una base y un coronamiento en un valor y en un bien supremos. La moral funda sus leyes en la jerarquía del ser y de los bienes. El rango y el valor propio de esos bienes están proporcionados a su utilidad en relación con el fin supremo*".¹⁷⁰

La corriente *iuspositivista*, cuyo máximo exponente es Hans Kelsen, afirma que "*es Derecho única y exclusivamente la norma que sigue todos y cada uno de los procedimientos formales para su creación y finalmente es promulgada por una autoridad competente*". Las consecuencias de esta última postura son a tal grado desastrosas que el individuo se diluye en el Estado, el cual se convierte en un ente con tal poder que puede legitimar, vía legalidad, cualquier violación a los derechos naturales de los hombres que lo integran, al no reconocer límite alguno, es decir, es Derecho cualquier norma promulgada por autoridad competente, independientemente de su contenido.

¹⁶⁸ Cfr: GONZÁLEZ MORÍFN, Efraín, Temas de Derechos Humanos en Introducción al Estudio del Derecho, Revista Jurídica Jalisciense, No 4, septiembre - diciembre de 1992.

¹⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO F., Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil, Derecho de la Persona, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 53.

¹⁷⁰ Cabe destacar el hecho de que existen normas jurídicas amoraless, como son las que determinan el monto y forma de cálculo de las contribuciones fiscales, los reglamentos de policía y tránsito, etc. Cfr: ROMMEN, E., Derecho Natural: Historia y Doctrina, Jus, México, 1957, p. 40.

Por eso el Derecho positivo entendido como conjunto de normas jurídicas promulgadas por una autoridad competente será verdadero derecho en la medida en que se apegue al Derecho natural, sino perderá su carácter jurídico.

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

También hay un sentido negativo del Derecho que consiste en la exigencia de aquello de lo que uno puede ser defraudado. Es decir, que el Derecho no se proclama ni se afirma, sino porque la dignidad humana está en peligro. En la realidad, en la existencia concreta, cuanto más defraudada está una persona en su dignidad, más motivos tiene para exigir los derechos que le competen como persona. Así pues, como hemos dicho, la dignidad humana es "*a priori*", mientras sus exigencias son *a posteriori* siempre. De igual manera, si la dignidad es proclamación de un valor incondicional, el Derecho es el reconocimiento de que este valor no es reconocido, que es humillado, que es traicionado. De esta manera, el Derecho viene a constituirse en un llamamiento a la restauración del valor humano.

4.2 LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS CONNOTACIONES

Una vez explorado desde el punto de vista filosófico y antropológico el concepto de persona sustrato de todo Derecho (incluidos los derechos humanos), conviene preguntarse por el concepto específico, el contenido, las fuentes y los límites de los derechos humanos.

Tanto en sentido activo como pasivo llamamos derechos humanos, dice Eduardo Bonnin Barceló, "*a los que brotan no de un pacto entre diversas personas o que son otorgados por la autoridad, sino que surgen del hecho de pertenecer a la especie humana*".¹⁷¹ Hablar de derechos humanos "*es afirmar que existen derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia*

¹⁷¹ BONIN BARCELÓ, Eduardo. Los Derechos Humanos, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cirstiana, México, 1987, p. 43.

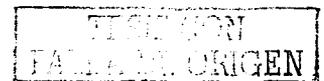
naturaleza y dignidad, que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados".¹⁷²

En efecto, como lo enseña la Encíclica *Pacem in Terris*, "el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanán inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza".¹⁷³ A partir de este supuesto filosófico y antropológico, la propia Encíclica desarrolla un nuevo catálogo sobre los derechos humanos, de una riqueza doctrinal insuperable:

1. Derecho a la existencia y a un decoroso nivel de vida. Observamos que el hombre tiene un derecho a la existencia, a la integridad corporal, a los medios necesarios para un decoroso nivel de vida, como el alimento, el vestido, la vivienda, el descanso, la asistencia médica y los servicios indispensables que a cada uno debe de prestar el Estado; el hombre también posee el derecho a la seguridad personal en caso de enfermedad, invalidez, viudez, vejez, paro y cualquier otra eventualidad que lo prive, sin culpa suya, de los medios necesarios para su sustento.
2. Derecho a la buena fama, a la verdad y a la cultura. El hombre exige, además, el debido respeto a su persona, a la buena reputación, a buscar libremente la verdad y, dentro de los límites del orden moral y del bien común, manifestar y difundir sus opiniones y ejercer una profesión cualquiera, así como a disponer de una información objetiva de los sucesos públicos. También es un derecho natural del hombre el acceso a los bienes de la cultura, lo que hace necesario que reciba una educación fundamental común, y una formación técnica o universitaria en concordancia con el progreso cultural de su propio país.
3. Derecho al culto divino. Es la facultad para venerar libremente a Dios, según la recta norma de su conciencia, y a profesar la religión en privado y en público.
4. Derechos familiares. Los hombres tienen pleno derecho a elegir el estado de vida que prefieran, y por consiguiente, a fundar una familia, en la cual hombre y mujer tengan los mismos derechos y deberes, o a seguir la vocación religiosa. Por lo que toca a la familia, la cual debe de fundarse en el matrimonio libre, uno e indisoluble, es necesario considerarla como la semilla primera y natural de la sociedad humana. De lo anterior, nace el deber de atenderla con suma diligencia en el aspecto económico, social, cultural y ético. Todas estas medidas tienen como fin consolidar a la familia y ayudarla a cumplir su misión, sin embargo, es a los padres a quienes corresponde, antes que a nadie, el derecho y el deber de mantener y educar a los hijos.
5. Derechos económicos. El hombre tiene el derecho natural a que se le facilite la posibilidad de trabajar y a la libre iniciativa en el desempeño de su trabajo, por tanto ha de retribuirse al trabajador con un salario justo, que le permita tanto a él como a su familia mantener un nivel de vida adecuado a su dignidad. El

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Juan XXIII, *op cit.*, No. 9.



derecho de exigir condiciones de trabajo que no debiliten las energías del cuerpo, ni comprometan la integridad moral, ni dañen el normal desarrollo de la juventud. Respecto a la mujer, hay que darle la posibilidad de trabajar en condiciones adecuadas y equitativas. De la dignidad de la persona humana nace también el derecho a ejercer las actividades económicas, salvando el sentido de la responsabilidad social.

6. Derecho a la propiedad privada. Surge de la naturaleza humana el derecho a la propiedad privada de los bienes, incluidos los de producción. Este derecho constituye un medio eficiente para garantizar la dignidad de la persona humana y el ejercicio libre de la propia misión en todos los campos de la actividad económica, y es, finalmente, un elemento de tranquilidad y de consolidación para la vida familiar.
7. Derechos de reunión y de asociación. De la sociabilidad natural de los hombres se deriva el derecho de asociación y el derecho de reunión; el de dar a las asociaciones la forma más idónea para obtener los fines propuestos; el de actuar dentro de ellas libremente. Es fundamental la creación de organismos intermedios a través de los cuales el hombre pueda alcanzar aquellos fines que por sí mismo no podría.
8. Derechos de residencia y emigración. Debe de respetarse íntegramente el derecho de cada hombre a conservar o cambiar su residencia dentro de los límites geográficos del país; es necesario que le sea lícito, cuando haya motivos justificados, emigrar a otros países y fijar allí su domicilio.
9. Derecho a intervenir en la vida pública. Con la dignidad de la persona humana concuerda el derecho a tomar parte activa en la vida pública y contribuir al bien común.
10. Derecho a la seguridad jurídica. A la persona humana corresponde también la defensa legítima de sus propios derechos; defensa eficaz, igual para todos y regida por las normas objetivas de la justicia.

La expresión "*derechos humanos*" aparece generalmente ligada a otras denominaciones que, en principio, parecen designar realidades muy próximas entre sí, por lo que conviene determinar las relaciones respectivas entre cada una de ellas y la noción de los derechos humanos.

El vocablo "*derechos humanos*", advierte Carlos R. Terrazas, lleva consigo una redundancia, pues no hay derechos que no sean humanos, sin embargo "*se le ha empleado desde algún tiempo y hasta el presente en un sentido específico, con relación a determinados derechos, diferenciados de los demás y que son humanos por antonomasia*".¹⁷⁴ El mismo autor citado indica que acorde con diversas épocas, han sido diversos los derechos aludidos y también sus denominaciones. Así, se les

¹⁷⁴ TERRAZA R., Carlos, Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México, Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial México, 1991, p.13.

ha llamado: "*Derechos naturales*", "*Derechos innatos u originales*", "*Derechos individuales*", "*Derechos del hombre y del ciudadano*", "*Derechos fundamentales*", "*Derechos esenciales del hombre*", "*Libertades públicas*", "*Derechos públicos subjetivos*", "*Derechos de la personalidad*".¹⁷⁵ Nosotros preferimos llamarlos "derechos humanos", porque es la denominación universalmente consagrada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

4.2.1 Derechos humanos y Derechos Individuales

Los derechos humanos tienen un titular: el hombre. Se hace referencia al hombre en singular y no a los hombres en plural, lo cual supone que éste es sujeto de esos derechos por ser un individuo de la especie humana, y por ello cada uno de los hombres los titulariza individualmente.¹⁷⁶ Esta idea originó el término "*derechos individuales*", en el entendido de que el uso del singular no se refiere a un hombre en particular, sino a la generalización universal e igualdad de derechos.

El término derechos individuales sirve para significar la pertenencia individual de estos, sin embargo, pierde importancia cuando se acepta al hombre no sólo como a un individuo, sino también como a una persona humana. "*Sin extraviar su individualidad, sin dejar de ser individuo, sin dejar de compartir la individualización que es propia de cada unidad de una especie, ese individuo humano es una persona, a diferencia de cada ser existente en el resto del mundo animal*".¹⁷⁷ De ahí que sea mejor hablar de derechos humanos, de derechos de la persona humana o de derechos del hombre.

4.2.2 Derechos Humanos y Derechos Fundamentales

La expresión "*Derechos fundamentales*" fue usada por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y se refiere al sistema de relaciones entre el individuo y el Estado como fundamento de todo orden jurídico-político.¹⁷⁸ De ahí que gran parte de la doctrina entienda a los Derechos fundamentales como los derechos humanos positivados en las constituciones de los Estados.

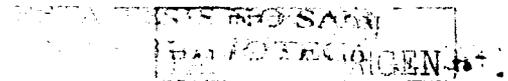
No hay uniformidad en el uso del término, aunque hay una vaga tendencia a reservarlo para los derechos positivados a nivel interno, dejando el término

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.14.

¹⁷⁶ BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1989, p.13.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 14.

¹⁷⁸ PEREZ LUÑO, Antonio E., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 30.



derechos humanos al ámbito de las declaraciones internacionales y de las convenciones. A pesar de lo anterior los iusnaturalistas hacen coincidir la fundamentalidad con su carácter de derechos propios y naturales del hombre.

4.2.3 Derechos Humanos y Derechos Subjetivos

En páginas anteriores definimos a los derechos subjetivos como la facultad, poder o potestad moral de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás, y mencionamos que reciben el nombre de subjetivos, por atender al sujeto que tiene dicha facultad o poder, que en todo caso será la persona humana.

Por lo tanto, sin detenernos a hacer un análisis filosófico acerca de los derechos subjetivos, puede establecerse que los derechos humanos son derechos subjetivos porque se subjetivizan en la persona humana.¹⁷⁹ Es aquella facultad que tiene el sujeto, *erga omnes*, de disponer del "mínimo necesario" para su desarrollo personal.

4.2.4 Derechos Humanos y Derecho Natural

La relación entre los derechos humanos y el Derecho natural reviste especial importancia, ya que este último es fundamento de los primeros. Para el Doctor Miguel Villoro Toranzo, a partir del Cristianismo, que naturalmente asume toda la aportación del pensamiento clásico, la noción del Derecho natural resulta totalmente transformada *"ya no es el orden de la naturaleza en cuanto a existencia real, el orden inflexible e inhumano que se impone igualmente a hombres y animales; sino es el orden del plan divino sobre los hombres, orden ideal normativo, impreso por Dios en la naturaleza humana, orden que se puede razonar pero que fundamentalmente se descubre en los dictámenes de la conciencia"*.¹⁸⁰

San Agustín reafirma, en *"La Ciudad de Dios"*, los principios del derecho natural, como una ley escrita por Dios en el corazón de los hombres, estableciendo como principio básico una de las afirmaciones fundamentales del Cristianismo: *"lo que no quieras que a ti se haga, no lo hagas tú a los demás"*.¹⁸¹

Santo Tomás de Aquino distingue entre los términos "derecho" y "ley". Para él, el Derecho es la justicia misma, mientras la ley es sólo una expresión o una

¹⁷⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *op cit.* p. 27

¹⁸⁰ VILLORO TORANZO, Miguel, *op cit.* p. 39.

¹⁸¹ PORRÚA PÉREZ, Francisco, *op cit.*, p 128.

formulación del Derecho, de ahí, que las normas jurídicas valgan por formular exigencias de justicia y no por la autoridad que las promulga.¹⁸²

Asimismo, en el *"Tratado de la Ley"* que forma parte de la *"Suma Teológica"* distingue entre ley eterna, temporal, natural, humana y divina, sin dejar de reconocer que todas ellas deben de ser un medio de expresión de la justicia y, por lo tanto, que no se contraponen sino que se complementan.

La Esencia Divina (o, hablando humanamente la razón y voluntad de Dios), en cuanto tiene desde toda la eternidad un plan providencial sobre la creación, se llama ley eterna; en cuanto que dirige la ejecución de ese plan, se llama ley temporal, porque se realiza en el tiempo. Por su parte la ley natural es la participación de la ley eterna en el ser racional. Esa participación puede llevarse a cabo de dos formas: la primera de ellas es a través de la tendencia natural del ser humano hacia su propio fin, y la segunda, es por medio de la razón. Finalmente, la ley humana consiste en las interpretaciones o determinaciones a casos particulares y concretos de los principios generales de la ley natural. Por lo tanto, si toda ley humana se deriva de los principios de la ley natural, siempre aquélla deberá de ser justa, y cuando se aparte de la justicia, ya no podrá hablarse de ley, sino de corrupción de la Ley.

El maestro Rafael Preciado Hernández enseña que respecto del contenido del Derecho natural, se deben evitar dos extremos: *"Aquel en que incurren quienes lo amplían exageradamente haciendo entrar en él cualquier regla razonable de la actividad social, aún cuando no constituya un principio necesario para organizar de acuerdo con la razón, la conveniencia humana; y el error no menos peligroso de quienes lo reducen, como Renard, a un mínimo de normas tan generales que sólo representan una orientación. La verdad es que el derecho natural no es un código ideal de normas deducidas de una noción abstracta de la naturaleza humana, que se apliquen siempre de modo idéntico a todos los pueblos y en todos los lugares; pero tampoco es la sola idea de justicia o de finalidad en el derecho. El derecho natural comprende los criterios supremos rectores de la vida social, así como todos los principios necesarios para la organización de la convivencia humana, fundados en la naturaleza racional, libre y sociable"*.¹⁸³

De acuerdo con Preciado Hernández los principios del derecho natural están inmersos en todas las ramas del derecho, en los siguientes términos: *"En cada rama del derecho es fácil descubrir, cómo los principios del derecho natural están presentes, ora en forma expresa, o bien implícitamente, pero constituyendo siempre los sillares en que descansan las Instituciones comprendidas en ese sector de lo jurídico. No se puede prescindir de esos principios, porque la construcción se viene abajo al faltarle los cimientos. ¿Qué sería del derecho de las obligaciones si se desconocieran estos principios de derecho natural: los que nos mandan respecto de los convenios, cumplir las promesas, pagar las deudas, asumir las*

¹⁸² VILLORO TORANZO, Miguel, *op cit.* p. 39.

¹⁸³ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 247-248.

consecuencias de nuestros actos, no causar daño a otro, no enriquecernos a costa del prójimo sin justa causa? ¿Sería posible elaborar un derecho positivo de las obligaciones fundándose en principios contrarios a los enunciados? Ni podría elaborarse, ni mucho menos practicarse. ¿Y cómo se puede estructurar un derecho constitucional desconociendo el principio de la necesidad del Estado y de la autoridad política? ¿O un derecho procesal que no se apoye en los principios según los cuales nadie debe ser juez y parte en la misma causa, y nadie debe ser juzgado sin ser oído? Estos ejemplos nos muestran que el derecho natural no es un código ideal de normas, ni el mero sentimiento de justicia, ni un orden de sistema independiente del derecho positivo, sino un conjunto de criterios racionales supremos que rigen la vida social y que constituyen los fines propios de toda ordenación jurídica de la sociedad, así como de principios y normas implicados en ellos o que se deducen lógicamente de tales criterios, y que representan la estructura permanente y necesaria de toda construcción jurídica positiva".¹⁸⁴

De acuerdo con Javier Hervada¹⁸⁵ el Derecho natural, lo justo natural, es el Derecho debido a un sujeto por título de su naturaleza entendida como la esencia en cuanto principio de operación, es decir, debido al hombre porque es persona.

Al respecto resulta muy ilustradora la tragedia escrita por uno de los más grandes dramaturgos de todos los tiempos, Sófocles, quien en su obra "Antígona", pone de manifiesto la supremacía del derecho natural por encima del derecho escrito promulgado por el Estado. En ese drama inmortal Antígona desafía, en nombre de leyes superiores, las leyes de su ciudad, Tebas, y la orden del tirano Creonte, que le prohibían sepultar el cadáver de su hermano, por considerarlo traidor a su patria. He aquí el diálogo:

Creonte (Dirigiéndose a Antígona): *"Responde sin rodeos y en una palabra. ¿Sabías que estaba prohibido?"*.

Antígona: *"Lo sabía, ¿cómo no había de saberlo? La orden estaba clara"*.

Creonte: *"¿Y te atreviste, con todo, a violar tales leyes?"*.

Antígona: *"No era Zeus quien imponía tales ordenes, ni es la Justicia que tiene su trono con los dioses de allá abajo la que ha dictado tales leyes a los hombres, ni creí que tus bandos habían de tener tanta fuerza que habías tú, mortal, de prevalecer por encima de las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Que no son de hoy ni de ayer, sino que viven en todos los tiempos y nadie sabe cómo aparecieron".¹⁸⁶*

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

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 250-251.

¹⁸⁵ HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, op. cit., pp. 86-89

¹⁸⁶ SÓFOCLES, *Tragedias Completas*, M. Aguilar Editor, México, 1976, p. 156.

- i. Si las tesis positivistas fueran verdaderas, no podríamos hablar de regímenes políticos ni de leyes injustas, porque aparecería como justo todo lo promulgado por la autoridad, siempre que se hayan seguido las formalidades establecidas para tal efecto. Y no es así, el hombre, por su propia naturaleza distingue entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto; no requiere para hacerlo de una declaración del legislador, lo cual nos lleva a pensar que existe un criterio objetivo de justicia, grabado en la propia naturaleza de las personas.
- ii. *"Nada puede hacer o recibir un ser para lo cual no está ontológicamente capacitado"*.¹⁸⁷ Llegamos así a una aporía positivista insalvable: *"o el hombre es persona y por ese hecho tiene derechos naturales, o no lo es y entonces los derechos positivos no son propios y verdaderos derechos"*.
- iii. El hombre, por su naturaleza es persona y toda persona por el simple hecho de serlo, tiene derechos que le permiten cumplir sus fines. Si el Derecho positivo desconoce los derechos inherentes a la persona humana, no promoverá el perfeccionamiento de cada hombre, miembro de la comunidad en que rige, por lo tanto no puede alcanzar el Bien Común, fin esencial de cualquier ordenamiento jurídico, y de todo Estado de Derecho ya que el Bien Común es el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que los hombres logren su perfeccionamiento y alcancen sus fines trascendentales.

4.3 EL DERECHO HUMANO A LA VIDA

Derivado de lo anterior debemos admitir, sin mayores reservas, que la vida es una expresión del ser digna de preservarse. Por lo tanto, surge el derecho de conservarla y el imperativo de respetarla. Se trata de un derecho que la vida misma genera, con independencia de cualquier acto legislativo. Está antes y por encima de cualquier voluntad humana. La voluntad sólo interviene para acatar (o violar) el derecho, no para crearlo. El derecho a la vida es un derecho -fundamento de todos los demás derechos humanos; es obvio, que sin vida no puede haber ni derechos ni libertades humanas.

El maestro Efraín González Morfín, al hablar del derecho a la vida va al fondo de la cuestión al señalar que *"como imagen y semejanza de Dios, participa el hombre de la plenitud de la vida. La máxima realización de la vida se encuentra en la vida espiritual y esta tiene su perfección infinita en el Dios vivo. El ser humano por encima de la vida vegetativa y sensitiva y en profunda relación con ellas, tiene la vida del espíritu en el orden natural y ha recibido de Dios, el llamamiento sobrenatural a participar en la vida divina. La gloria de Dios, dice San Ireneo, es el*

¹⁸⁷ La capacidad para tener verdaderos derechos postula la condición ontológica de persona, pues únicamente el ser dueño de sí es capaz de tener un verdadero y propio dominio sobre algo, sea interior o exterior a él.

hombre viviente".¹⁸⁸ Como corolario de estos principios sustentadores, el autor citado, expresa que *"con fuerza y congruencia se pueden estructurar los derechos humanos en torno del derecho a la vida"*.¹⁸⁹

Del Derecho a la existencia dimanaban otros como el derecho a la integridad corporal, a los medios necesarios para un decoroso nivel de vida, al alimento, el vestido, la vivienda, el descanso, la asistencia y finalmente, los servicios indispensables que a cada uno debe prestar el Estado. De lo cual se sigue que el hombre posee también el derecho a la seguridad personal en caso de enfermedad, invalidez, viudedad, vejez, paro y, por último, cualquier otra eventualidad que le prive, sin culpa suya, de los medios necesarios para su sustento".¹⁹⁰ Y por tanto, debe condenarse también todo maltrato, tortura, mutilación o pena infamante, pues ello atenta contra la salud y la dignidad de la persona.

Ello justifica el derecho a la legítima defensa, reconocido incluso por la Iglesia Católica en el Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica, promulgado por Juan Pablo II en 1992, al señalar que *"la legítima defensa puede ser no solamente un derecho, sino un deber grave, para el que es responsable de la vida del otro, del bien común de la familia o de la sociedad"*.¹⁹¹ La venganza privada ha sido suprimida de los ordenamientos jurídicos, pues corresponde a la sociedad, a través del Estado y conforme a ciertas normas y procedimientos, reprimir cualquiera acción atentatoria de nuestros derechos, pero hay ocasiones en que esa acción no puede prestarse con oportunidad y eficacia, en cuyo caso es el particular el que debe valerse por sí mismo para evitar un daño que puede ser irreparable. La legítima defensa no constituye, propiamente hablando, una autorización para matar o dañar a otro, sino a proteger a nosotros mismos y a los que están bajo nuestra custodia. El acto puede tener dos efectos, de los cuales uno sólo se hace con intención, lo cual explica, como dicen los penalistas, la licitud de la defensa, siempre que esta sea proporcional a la agresión. Esto es así porque "el legítimo amor a sí mismo (individuo o sociedad), enseña Francisco Cantú, constituye un principio fundamental de moralidad. Es más, la defensa de la propia vida, aún a costa de la del injusto agresor, no sólo puede ser un derecho, sino un grave deber, para quienes, por ejemplo, son responsables de la vida de otros. Naturalmente, lo que se busca en estas acciones individuales o sociales (piénsese en una injusta invasión militar de un país a otro) no es tanto la muerte del agresor cuanto la defensa del agredido".¹⁹²

¹⁸⁸ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos, Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, no. 19. México, 1988-1989, p. 350.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Cfr: AZUELA, Mariano Derecho Sociedad y Estado, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, 1991, p. 104.

¹⁹¹ Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica, Librería Juan Pablo II, Santo Domingo, República Dominicana, 1992, no. 2265.

¹⁹² CANTÚ A, Francisco, La Pena de Muerte en el Catecismo de la Iglesia Católica, Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre Pena de Muerte, organizado por la Comisión

Siendo la vida un gran bien y el que fundamenta a todos los demás derechos del ser humano, es evidente que merece el máximo cuidado desde la concepción hasta su muerte. Esto se deduce de un deber ético que expresa: en razón de la dignidad de la vida, quien la posee no es dueño absoluto de la misma, sino sólo su poseedor y administrador. Por eso podemos afirmar con el Dr. Alberto Pacheco que "El Derecho a la vida es un derecho natural que deriva directamente de la naturaleza humana. No es un derecho otorgado por nadie, ni ha sido producto de la evolución de las culturas".¹⁹³

4.4 EL ABORTO: NEGACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA VIDA

Hemos analizado como el don más misterioso, personal y grande que hemos recibido es el de la vida, sin el cual los demás dones no se conciben. Por el hecho de existir el ser humano tiene derechos y deberes que no pueden ser derogados por ninguna ley o decreto. Podrá pisotearlos, pero nunca despojar al ser de ellos, ya que la dignidad humana es, independiente de cualquier filiación política o religiosa, de cualquier condición social, de cualquier nacionalidad.¹⁹⁴ De lo expresado anteriormente, se desprende que el aborto debe de condenarse, puesto que atenta contra el derecho humano a la vida.

Por su parte, el maestro Trueba Olivares afirma que "el derecho a la vida se extiende al ser humano que todavía no ha nacido. Por lo tanto el aborto voluntario lo prohíbe la justicia. En la actualidad las ciencias biológicas han probado, sin residuo alguno de duda, que a partir de la concepción hay vida humana correspondiente a un nuevo individuo de la especie".¹⁹⁵

Uno de los hechos que respaldan dicha conclusión científica, explica Trueba Olivares, fue el descubrimiento del código genético o DNA de Mirsky Vendrely, descrito en 1953 por Watson y Crick. En la actualidad, se ha comparado este factor, el cual es resultado inmediato de la concepción, con un "banco de datos" donde se encuentra una extensa información que constituirá al nuevo ser. Por lo tanto, los biólogos concluyen, que desde que tiene lugar la fecundación todo un ser humano esta allí.

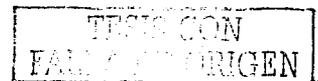
A partir de ese momento se produce un desarrollo planificado, de conformidad con las "instrucciones" previamente establecidas por el principio vital que ya anima al nuevo ser. *"Somáticamente el embrión aparece ya conformado a las tres semanas. A los veintiún días comienza a latir el corazón y al cabo de un mes ya se aprecia la*

Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1992.

¹⁹³ PACHECO, Alberto, El Derecho a la Vida y el Aborto, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho No. 15, México, 1991, p. 492.

¹⁹⁴ Cfr: Aborto y Despenalización, Conferencia del Episcopado Mexicano, México, 1983.

¹⁹⁵ TRUEBA OLIVARES, Eugenio, *op cit.*, p. 275.



cabeza. La columna vertebral y el canal raquídeo están prácticamente formados y empiezan a aparecer brazos, piernas, ojos. A los cuarenta y dos pueden registrarse impulsos electrocerebrales".¹⁹⁶ Ante la evidencia de la vida humana intrauterina, puntualiza el mismo autor, debe concluirse que el respeto que nos merece es indiscutible.¹⁹⁷

De ahí que pueda afirmarse que al provocar un aborto, se viola un derecho humano natural y se quita la posibilidad de realización personal a un ser que ha comenzado su proceso de vida, truncándolo, cuando no tiene siquiera posibilidad de defenderse y sí necesidad de todo y de todos.

Como se mencionó anteriormente, se ha querido justificar el aborto por muchas razones como consecuencia de una mentalidad antinatalista y se ha buscado la legalización del mismo. Pero una cosa es cierta, y hay que decirlo con la crudeza y la claridad posible: privar de la vida a un ser inocente que ha comenzado el proceso de su existencia es un crimen (no en sentido técnico penal, sino en el sentido más extenso posible de la palabra), que las leyes deben castigar y no justificar. Es por eso que hoy sólo se habla de "despenalizar" el aborto, es decir, el Estado no niega la maldad del acto, pero renuncia a castigar, penar o sancionar, pero con ello mina la esencia de la protección. Lo que es crimen no puede ser justificable ni por el decreto o ley promulgadas, ni por el voto de las mayorías. La ley natural y divina no pueden ser abrogadas por leyes positivas humanas.

Una discriminación fundada sobre los diversos periodos de la vida, no se justifica más que otra discriminación cualquiera. El derecho a la vida debe permanecer íntegro en un anciano, por muy reducido de capacidad que esté; un enfermo incurable no la ha perdido. No es menos legítimo en un hombre que acaba de nacer que en un hombre maduro. Por lo tanto en realidad el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo, queda inaugurada una vida que no es ni del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegará a ser nunca humano, sino que entonces ya lo es.¹⁹⁸

Ramella señala que constituye un contrasentido y una muestra de hipocresía y fariseísmo considerar que existe delito cuando se mata a un grupo de negros por ser negros, a un grupo de blancos por ser blancos, a un grupo de judíos por ser judíos, o a un grupo de cristianos por ser cristianos, y que no solamente no se considera crimen sino que se legitima la matanza de seres humanos inocentes en gran escala, nada más porque todavía no nacen.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Ibid., p. 276.

¹⁹⁸ Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el Aborto Provocado, Ediciones Paulinas, México, 1988, pp. 16 y 17.

¹⁹⁹ RAMELLA, A., Pablo, Crímenes contra la Humanidad, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 81.

CAPÍTULO III

LAS RELIGIONES Y EL ABORTO

1. EL CATOLICISMO

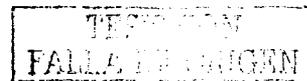
En todos los tiempos de su existencia, la Iglesia Católica ha penado el aborto, por constituir un pecado que viola el quinto mandamiento de la Ley de Dios que postula categóricamente: "No matarás". La razón fundamental de esa prohibición y su consecuente sanción eclesiástica radica en el resultado obtenido a través de la maniobra abortiva, que consiste en la privación de la vida humana. Al respecto Juan XXIII escribió: *"La vida humana es sagrada. Desde su inicio revela la mano creadora de Dios. Todos los hombres deben reconocer ese hecho. Aquellos que violan sus leyes, no sólo ofenden a la Divina Majestad y se degradan a ellos mismos y a la humanidad, sino que también socavan la vitalidad de la comunidad política de las cuales son parte"*.²⁰⁰

Esta doctrina ha sido enseñada constantemente por los padres de la Iglesia, sus pastores y doctores a través del devenir de su historia dos veces milenaria. Incluso las discusiones de carácter científico, filosófico y teológico sobre el momento preciso de la infusión del alma humana en el cuerpo nunca han provocada la mínima duda sobre la condena del aborto. A pesar de esa postura firme, han surgido en su seno importantes reflexiones sobre el tema, entre las que destacan: la especulación teológica sobre la animación; el origen del hombre y su dignidad a partir de la verdad revelada; el tratamiento del aborto en el derecho canónico y en el Magisterio, así como la determinación de su grado de malignidad moral.

1.1 DISCUSIÓN TEOLÓGICA SOBRE LA INFUSIÓN DEL ALMA: TRATAMIENTO HISTÓRICO DEL PROBLEMA

El problema del aborto en el catolicismo se remonta al surgimiento de la Iglesia en Galilea y Judea. Cuando la evangelización se extendió al Imperio Romano se topó con ciertas costumbres incompatibles con el significado del mensaje que predicaba. Uno de los principales problemas morales que tuvo que afrontar la Iglesia primitiva fue el desprecio de los romanos por la vida de la criatura no nacida. Este desprecio se vio reflejado tanto en la literatura clásica romana (Juvenal y Ovidio) como en la propia ley, la cual, a pesar de condenar el aborto en

²⁰⁰ JUAN XXIII, *op cit.* No. 9.



ciertos casos, no lo hacía para proteger al nonato, sino para salvaguardar el patrimonio del "paterfamilias". Ello propició que desde el amanecer de la era cristiana surgiera como un imperativo moral la condena al aborto, la cual fue secundada, entre otros, por Tertuliano y Cipriano en los siglos II y III d.C.

El Concilio de Elvira (305 d.C.), fue el primer concilio de occidente en legislar sobre el tema, castigando a cualquiera que destruyera lo que había sido concebido; por su parte, el primer Concilio de oriente en condenar el aborto fue el de Ancira (314 d.C.), castigando a las mujeres que mataban a sus hijos o que trataban de destruirlos dentro de su vientre. Las leyes subsecuentes siguieron la influencia de estos concilios y durante los primeros mil cien años de cristianismo, se mantuvo el castigo en contra de quienes destruían al feto en cualquier etapa de formación.

La prohibición moral contra la supresión de la vida después de la concepción permaneció firme hasta el siglo XII pero, desde ese momento y hasta prácticamente el siglo XIX, se dio validez a una distinción que venía del siglo V entre feto formado y no formado. Ello generó una polémica filosófica y teológica para determinar en qué momento el alma humana informaba al cuerpo conformando así al nuevo ser, de la cual surgieron básicamente dos teorías: la animación inmediata y su opuesta: la animación mediata.

La primera de ellas consideraba que el alma, como principio, existe y se fusiona con el cuerpo desde el momento de la concepción, dando al organismo el carácter de ser humano desde ese momento.

La segunda, la de la animación mediata, sostuvo que el alma es infundida en el cuerpo cuando éste se encuentra en aptitud de recibirla, es decir, a partir del momento en que tiene forma humana y posee los órganos vitales básicos e indispensables, considerando que antes de ese momento existe un ser vivo, como un animal o una planta, pero de naturaleza diversa a la humana.

Los grandes pensadores medievales, entre los que destaca Santo Tomás de Aquino, sostuvieron esta teoría, fundamentándose en el hilemorfismo aristotélico según el cual, el ser humano es el resultado de la unión del alma humana, entendida como la forma substancial del hombre, con la materia prima debidamente dispuesta para recibirla, es decir, cuando estuviera formado el cuerpo específicamente humano.

Ellos creían, con base en los limitados conocimientos científicos de la época, que lo que crecía en el útero materno durante las primeras etapas de la preñez no era un ser humano real, por lo que no podía ser animado por un alma humana, y si bien sabían que este organismo en desarrollo se convertiría en un cuerpo humano, que virtual y potencialmente lo era, no admitían que un alma humana actual, pudiera existir en un cuerpo humano virtual.

La Iglesia Católica adoptó oficialmente esta postura en el Concilio de Viena de 1312, prohibiendo a sus fieles, por siglos, bautizar cualquier nacimiento prematuro en donde el nuevo ser no mostrara, por lo menos, cierta forma o rasgos humanos.

Desde entonces sólo la muerte del feto formado fue contemplada como homicidio, con excepción de los tres años del pontificado de Sixto V (1588-1590) que marcó un breve retorno a la postura anterior, pero en 1591, Gregorio XIV restableció esa distinción.

A principios del siglo XVII, los católicos adoptaron la teoría de la performación, compatible con la concepción hilemórfica, la cual sostuvo que el desarrollo orgánico consistía tan sólo en el incremento de tamaño de los órganos y estructuras que están presentes, desde el principio, considerando así que había un ser humano desde las más tempranas etapas de la preñez; de donde concluyeron que si había un cuerpo humano, por diminuto que fuera, había también por necesidad un alma de igual naturaleza.

Esta nueva teoría fue reemplazada eventualmente por la de la epigénesis, la cual postula que el embrión humano, lejos de estar preformado microscópicamente desde el principio, desarrolla sus partes por medio de un complejo proceso de crecimiento, segmentación, diferenciación y organización.

Finalmente en 1856, Pío IX eliminó definitivamente la distinción entre feto animado e inanimado y, una vez más, impuso la pena de excomunión por cualquier aborto que se practicase después de la concepción, regresando a la doctrina tradicional que sostiene que lo que hace que un organismo vivo sea humano, es el alma espiritual la cual se encuentra presente desde el momento de su infusión en el cuerpo en el momento preciso de la unión de los gametos.

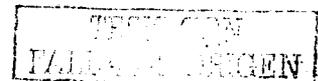
Tanto la Encíclica *Mater et Magistra* (15 de mayo de 1961) como el Concilio Vaticano II (1965), subrayaron de nuevo el hecho de que en la doctrina católica, desde el momento de la concepción la vida debe ser preservada con el máximo cuidado, en tanto que el aborto y el infanticidio son crímenes nefandos.

La Iglesia Católica, maestra de la humanidad, siempre ha enseñado: *"Dios, Señor de la vida ha confiado a los hombres la excelsa misión de conservar la vida, misión que deben cumplir de modo digno del hombre. Por consiguiente, se ha de proteger la vida con el máximo cuidado desde la concepción; tanto el aborto como el infanticidio son crímenes abominables"*.²⁰¹

1.2 EL HOMBRE Y SU ORIGEN DIVINO

Este tema ya ha sido abordado en capítulos precedentes, ya sea desde la perspectiva de la medicina o la biología, o a través del enfoque de la filosofía o la antropología, sin embargo es necesario señalar que esas ciencias no cuentan con las herramientas suficientes para contestar de manera contundente las preguntas sobre el origen del hombre, por lo tanto es necesario recibir el auxilio de la verdad

²⁰¹ CONCILIO VATICANO II, *Constitución Gaudium et Spes*, texto incluido en n. 51 de la obra Ocho Grandes Mensajes, op. cit., p. 438.



revelada, que por provenir de Dios mismo, quien no puede engañarse ni engañarnos, expresa contundentemente la verdad sobre el hombre al propio hombre.

Para un cristiano, dice Pío XII, *"el hombre es totalmente obra del Creador"*.²⁰² Esta afirmación es universal y válida para todos los hombres, ya que las palabras por medio de las cuales el creador lo llama a la existencia: *"hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza"*²⁰³ son distintas a las utilizadas para separar los elementos y dar la existencia a los demás seres, manifestando claramente con ello, la dignidad excepcional de la nueva criatura. Ello es así, gracias a la participación especial, personal y directa que tiene Dios al llamarla a la existencia, pero además, ese acto creador está constantemente presente, ya que la sostiene en la existencia a través del *"actus essendi"* o acto de ser que asegura en todo momento la permanencia e identidad del hombre pero al mismo tiempo evidencia una dependencia radical y directa respecto de Dios.

Hemos dicho que el hombre es un ser personal, cuya naturaleza se compone de cuerpo y alma, pero además tiene una vocación al orden sobrenatural que le permite participar de la naturaleza y vida divinas, ya que *"el hombre sólo alcanzará su perfección por completo abismándose en Aquél que Es, en una apertura hacia el infinito"*.²⁰⁴

Ahora bien, cuando hablamos de dignidad del hombre no nos referimos exclusivamente a su alma, sino también a su cuerpo como elemento constitutivo de su esencia. Esta es una verdad fundamental de la Fe católica relacionada con la creencia de la resurrección de la carne. Tanto el cuerpo como el alma son obra del creador, a Él pertenecen y por tanto tiene derecho sobre ambos, los cuales, por proceder de Él, son substancialmente buenos y merecedores de respeto absoluto. El apóstol San Pablo ilustra esta afirmación de un modo magistral a través de una analogía que le permite subrayar la dignidad del cuerpo al escribir: *"así como Cristo amó a su Iglesia, así los varones deben amar a sus mujeres, como si se tratase de su propio cuerpo, pues nadie tuvo jamás odio a su carne, sino que la nutre y vigoriza como Cristo a la Iglesia"*.

En los capítulos 9, 10 y 11 de *"De Continentia"*, San Agustín rebate a los Maniqueos quienes predicaban la maldad substancial del cuerpo en contraposición a la bondad natural del espíritu. Argumenta que no sería posible lograr la armonía, el amor y el orden propuestos por el espíritu al cuerpo si no procediesen de un mismo y común artifice, ni existiría un cuerpo templado por la virtud.²⁰⁵

²⁰² PÍO XII, Discurso a los Juristas Católicos Italianos, 6-11-49, en GUTIÉRREZ, J.L., Documentos jurídicos, BAC, Madrid, 1960, p. 299, n. 7.

²⁰³ Gn 1:26

²⁰⁴ DELAYE, Persona y Sociedad, traducción de Héctor González Uribe, Ed. Jus, México, 1947, p. 14.

²⁰⁵ PALOMO GONZÁLEZ, Constanco, El aborto en San Agustín, citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Delitos contra la vida y la integridad personal (lecciones de Derecho Penal. Parte Especial), Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 347 y 348.

De toda la construcción agustiniana es posible extraer las siguientes conclusiones:²⁰⁶

1.- El cuerpo y el alma son creación de Dios y los padres no son sino el instrumento del que Él se vale para engendrar, pero incluso la facultad generativa de los padres es obra de Dios.

2.- Igualmente los hijos procedentes de una unión ilegítima (adulterio y fornicación), así como los deformes o discapacitados son obra de Dios y, por tanto, no puede negarse la bondad de su existencia.

3.- También el hombre malo, incluso los que habrán de condenarse, son obra de Dios, pues en cuanto seres, reciben el bien de su naturaleza.

Por último el Obispo de Hipona distingue entre el nacimiento corporal (*de visceribus*) y la aparición del ser en el útero materno (*in visceribus*) y de esa distinción deriva la imposibilidad para considerar al feto, como lo hacía el Derecho Romano, una *pars matris*, ya que ese nuevo ser tiene vida propia, distinta a la de la madre, de manera que si ésta ha recibido el bautismo durante el embarazo, no puede decirse que el nasciturus lo ha recibido también.

1.3 EL ABORTO EN EL DERECHO CANÓNICO

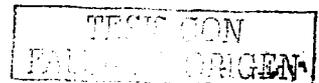
El Derecho Canónico ha sido definido como el sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones internas y externas de la Iglesia y que aseguran las condiciones de la comunidad de vida cristiana para cumplir los fines de la Institución. En sentido subjetivo entendemos por Derecho Canónico las facultades atribuidas por el derecho objetivo a los miembros de la Iglesia, clérigos y legos.

Con respecto al aborto, la disciplina canónica establece la diferencia entre aborto culpable, voluntario y maternal. El primero es producido por terceros sin consentimiento de la mujer; el segundo es el procurado por la propia madre y el último se produce por causas independientes a la voluntad: por conducta indebidas de la madre o de otra persona, pero sin que hubiere procedido voluntad de causarlo.

El Código de Derecho Canónico de 1917 establecía para el aborto, en su Canon 2350, la pena de excomunión. Dicho ordenamiento indicaba en su primer párrafo: "*Los que procuran el aborto incluso la madre, incurren, si el aborto se verifica, en excomunión y si son clérigos deben además ser depuestos*".

Con respecto a la excomunión el Canon 2257 señala que "*es una censura por la cual se excluye a alguien de la comunión de los fieles con los efectos que se enumeran en los cánones que siguen y que pueden separarse*". Entre tales efectos

²⁰⁶ *Ibid.* p. 349.



se puede mencionar la prohibición de asistir a los divinos oficios, de recibir los sacramentos o participar en las indulgencias o en las preces públicas de la Iglesia.

También la nueva legislación canónica se sitúa en esta dirección al sancionar en el Canon 1398: *Qui abortum procurat, effectu secuto, in excommunicationem latae sententiae incurrit.*" Esto significa: quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión *latae sententiae*,²⁰⁷ es decir automática. La excomunión afecta a todos los que cometen este delito si es que conocían la pena, incluyendo también a los cómplices sin cuya cooperación el delito no se hubiera producido.

Penal *latae sententiae* es aquella en que se incurre desde el momento en que se comete el delito, sin que medie sentencia alguna de la autoridad judicial. Esta pena es de las más duras y es aplicada excepcionalmente. Esto da a entender la gravedad del aborto.

El texto del Canon 1389 establece la excomunión para "quien procura el aborto", esto es que puede ser cualquier persona, sin cuya colaboración activa, no sería posible realizar el aborto. Procurar el aborto significa causar directa e intencionalmente, mediante una acción física o moral, la expulsión del feto del seno materno. Este nos remite al canon 1329 que establece:

"1. Los que con la misma intención delictiva concurren en la comisión de un delito, y no son mencionados expresamente en la ley o precepto por hallarse establecidas las penas *ferendae sententiae* contra el autor principal, quedan sometidos a las mismas penas, o a otras de la misma o menor gravedad.

2. Los cómplices no citados en la ley o en el precepto incurrir en la pena *latae sententiae* correspondiente a un delito, siempre que éste no se hubiera cometido sin su ayuda y la pena sea de tal naturaleza, que también a ellos les pueda afectar; en caso contrario, pueden ser castigados con penas *ferendae sententiae*".²⁰⁸

Además, se exige como elemento del crimen, que el aborto se haya realizado y tenga como consecuencia la muerte del feto. El sólo intentararlo, sin obtener el resultado deseado, sería pecado mortal, pero exime de la pena.

Si el aborto se realiza y se obtiene la consecuencia deseada, se comete un pecado grave, y no solo por quien se practicó el aborto, sino también los demás colaboradores activos estarán en estado de excomunión, esto es, que un católico queda privado de recibir los sacramentos mientras no le sea levantada la pena: no se puede confesar válidamente, no puede acercarse a comulgar, no se puede casar por la Iglesia, etc.

El excomulgado queda también privado de desempeñar cargos en la organización de la Iglesia. El Canon 1323 fracción primera establece "*No queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o precepto: aún no había cumplido*

²⁰⁷ Código de Derecho Canónico, 13ª ed., BAC, Madrid, 1995, p. 682.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 641.

dieciséis años, desconocía que infringía esa ley o los que lo hacen por miedo grave o con el fin de evitar un grave perjuicio”.

En resumen, para que se pueda dar el delito de aborto desde el punto de vista de la Iglesia Católica se requiere: a) Que se dé la expulsión de un feto humano vivo pero no vital, esto es que si hubiese estado ya muerto antes de cualquier intervención, no se puede hablar de este delito; y b) La conducta tiene que ser imputable.

Para obtener la absolución de dicho pecado, se requiere el arrepentimiento, recibir la absolución del obispo, del canónigo penitenciario o de otro sacerdote autorizado por el obispo. Es importante aclarar que, si es muy duro para el penitente permanecer en estado de pecado el tiempo necesario para que el sacerdote obtenga el permiso para poder dar la absolución, el confesor puede suscitar el "caso de urgencia", esto es, que cualquier sacerdote, esto incluye al mismo confesor, puede darle la absolución. Una vez que se dé éste caso, el confesor, quien sea que lo haya sido, tiene la obligación de comunicar al Ordinario del lugar, con reserva absoluta acerca de la identidad del penitente absuelto.²⁰⁹

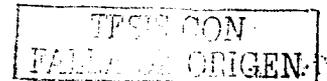
Ya correctamente lo señala la Congregación para la Doctrina de la Fe *"Los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado. Entre estos derechos fundamentales es preciso recordar a este propósito el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte".*

Resulta interesante destacar el planteamiento que surgió por primera vez en la historia eclesiástica en el Código de Derecho Canónico de 1977, respecto a la necesidad de bautizar al feto viable.

1.4 EL ABORTO EN EL MAGISTERIO DE LA IGLESIA

La Tradición Cristiana, como bien señala la declaración emitida al respecto por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, es clara y unánime, desde los orígenes hasta nuestros días, al considerar al aborto como desorden moral particularmente grave. Desde que entró en contacto con el mundo grecolatino, en el que estaba difundida su práctica, la primera comunidad cristiana, como hemos mencionado con anterioridad, se opuso radicalmente con su doctrina y praxis a las costumbres difundidas en aquella sociedad. Entre los escritores eclesiásticos del área griega, Atenágoras recuerda que los cristianos consideran como homicidas a

²⁰⁹ FERNÁNDEZ, Aurelio, citado por HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, Verónica en Derecho a la Vida y Derecho a la Muerte, Universidad Panamericana, México, 1998, p. 47.



las mujeres que recurren a medicinas abortivas porque los niños aún estando en el seno de la madre son ya "*objeto de la providencia de Dios*". Entre los latinos, Tertuliano afirma: "*Es homicidio impedir el nacimiento, poco importa que se suprima el alma ya nacida o que se le haga desaparecer en el nacimiento. Es ya un hombre aquél que lo será*".²¹⁰

A pesar de lo anterior es el Magisterio Pontificio más reciente el que ha reafirmado con gran vigor esta doctrina común en contra del aborto.

En 1930 el Papa Pío XI declaró en la Encíclica *Casti Connubii*, que la vida de la madre y del feto son igualmente sagradas, que nadie tiene el poder, ni puede recibir autoridad que les permita destruirlos: "*Para una conciencia perfectamente recta que ha meditado el no matarás, no hay ni puede haber ninguna circunstancia. Ninguna indicación absoluta que dé licitud a un aborto directamente provocado. Las excepciones previstas no existen, y sólo pueden ser desfallecimiento de la conciencia nacidas de una falsa misericordia*".²¹¹

El Concilio Ecuménico Vaticano II, convocado por el Papa Juan XXIII señaló: "*Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario; todo lo que viola la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, las torturas corporales y mentales, incluso los intentos de coacción psicológica; todo lo que ofende a la dignidad humana, como las condiciones infrahumanas de vida, los encarcelamientos arbitrarios, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas y de jóvenes; también las condiciones ignominiosas de trabajo en las que los obreros son tratados como meros instrumentos de lucro, no como personas libres y responsables; todas estas cosas y otras semejantes son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador*".²¹²

En la Constitución "*Gaudium et Spes*", específicamente en su número 51, se señala que "*la vida desde su concepción ha de ser salvaguardada con el máximo cuidado; el aborto y el infanticidio son crímenes abominables*".²¹³

Es de suma importancia hacer referencia a la Encíclica *Humanae Vitae* de su Santidad Paulo VI, ya que al abordar el tema sobre la regulación de la natalidad, también expresa de forma vigorosa la posición oficial de la Iglesia Católica sobre el aborto "*debemos una vez más declarar que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso*

²¹⁰ Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el Aborto Provocado, op. cit., pp. 7 y 8.

²¹¹ DAISACRE, Juan y Rollier Dourlen; *Por y Contra el Aborto*, Garnica Editor, Colección Libertad y Cambio, Buenos Aires, 1971, p. 68.

²¹² Encíclica *Evangelium Vitae*, op. cit., p. 7.

²¹³ CONCILIO VATICANO II, *Constitución Gaudium et Spes*, texto incluido en n. 51 de la obra Ocho Grandes Mensajes, op. cit. p. 441.

generador ya iniciado y sobre todo, directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas".²¹⁴

En 1974 fue publicado por el Papa Paulo VI el documento llamado *Quaestio de Abortu* como inmediata respuesta reprobatoria de la Iglesia a las discusiones que se estaban llevando a efecto en la Asamblea Nacional Francesa y que terminaron con una nueva ley que autoriza el aborto. Este documento establece que la vida debe ser salvaguardada con extremo cuidado y que el aborto y el infanticidio son crímenes abominables, que la vida del nuevo ser se establece desde el momento de la fecundación y que éste es un ser que se desarrolla por sí mismo, independiente de los padres.²¹⁵

De este mismo documento se obtienen las siguientes conclusiones fundamentales de la posición de la Iglesia Católica al respecto: es preciso el respeto irrestricto a la voluntad de Dios en los designios de la vida humana con negación absoluta de la razón humana para decidir sobre su propio destino, igualmente sostiene que se debe aceptar la voluntad de Dios en las cosas de la tierra con la esperanza o el temor del premio o el castigo en la vida ultraterrestre.

En su Carta Encíclica *Evangelium Vitae* el Papa Juan Pablo II, manifiesta: "*el aborto procurado es la eliminación deliberada y directa, como quiera que se realice, de un ser humano en la fase inicial de su existencia, que va de la concepción al nacimiento*"; "*... ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la ley de Dios, escrito en el corazón de cada hombre, reconocible por la misma razón y proclamada por la Iglesia*".²¹⁶

"*Pues Dios, Señor de la vida, ha confiado a los hombres la insigne misión de proteger la vida, que se ha de llevar a cabo de un modo digno del hombre. Por ello, la vida ya concebida ha de ser salvaguardada con extremados cuidados; el aborto y el infanticidio son crímenes abominables*".²¹⁷

"*Tengan todos entendido que la vida de los hombres y la misión de transmitirla no se limita a este mundo ni puede ser conmesurada y entendida a este solo nivel, sino que siempre mira al destino eterno de los hombres*".²¹⁸

Siguiendo la tradicional doctrina de la Iglesia, nos dice Pablo A. Ramella, Juan Pablo II fustigó las prácticas abortivas hablando a los 600 médicos italianos que se niegan a realizarlas, pese a la ley que las autoriza, en su locución del 28 de diciembre de 1978, simbólicamente en el día en que se conmemora a los Santos Inocentes por orden de Herodes. "*Quiero expresar mi sincera admisión -dijo el Papa- por todos los saludables esfuerzos que, siguiendo los dictados de sus*

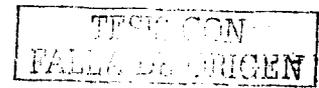
²¹⁴ Paulo VI, *Humanae Vitae*, Ediciones Paulinas, México, 1970, p. 13.

²¹⁵ Cfr: MURARO, Jose Marie, *El aborto y la Fe Religiosa en América Latina*, en *Mujeres e Iglesia, Sexualidad y Aborto en América Latina*, Distribuciones Fontamara, México, 1989, p. 87.

²¹⁶ *Evangelium Vitae*, op. cit., p. 143.

²¹⁷ *Ibid.* p. 180.

²¹⁸ *Ibidem.*



*conciencias, realizan los médicos, resistiendo diariamente las tentaciones, las presiones, las amenazas y también la violencia física, para no manchar a través de su comportamiento en alguna forma dañina el bien sagrado que es la vida humana".*²¹⁹

La Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado, señala que la ley civil no puede imponer una opinión por encima de otra, pero afirma categóricamente que la vida del niño prevalece sobre todas las opiniones, ya que no se puede invocar la libertad de pensamiento para arrebatarla. Por el contrario, la ley puede contribuir a una reforma de la sociedad, a favorecer condiciones de vida para que siempre y en todas partes se pueda dar una acogida verdaderamente humana a toda criatura que viene a este mundo.²²⁰

En el mensaje pastoral "Aborto y despenalización", la Conferencia del Episcopado Mexicano expone que *"una sociedad que no proteja principalmente a los más débiles de los caprichos de los prepotentes, es una falsa sociedad destinada a la descomposición y a la muerte"*. Y añade que *"una sociedad bien conformada tiene necesidad de leyes eficaces que garanticen los derechos de todos, ya que toda ley promulgada por un Estado debe tener la finalidad de alcanzar y procurar el bien común, el cual resulta inalcanzable si se violan los derechos de la persona, que equivale a conculcar los Derechos de Dios. Por eso a la promulgación de la ley ha de seguir la promulgación de la sanción, ya que una ley sin sanción se vuelve ineficaz e impide la distinción ostensible entre el bien y el mal"*.²²¹

Enfatiza que si se comienza a eliminar la vida humana que se inicia, por cualesquiera razones, nadie podrá detener el crimen en cualquier grado. Sostiene rotundamente la inmoralidad del aborto *"porque es la injusticia más grave que pueda ser cometida contra el hombre... porque la persona tiene origen, radicalmente, en la concepción, y por tanto con el aborto se conculca el derecho a la existencia humana personal, derecho primordial en el cual se fundan todos los demás derechos, e irrecuperable una vez que se ha perdido"*. Y asevera que privar de la vida a un ser inocente que ha comenzado el proceso de su existencia es un crimen que las leyes deben castigar drásticamente, ello no admite excepciones. *"Si el aborto es pues, un crimen, no puede ser aceptado por ninguna ley"*.²²²

²¹⁹ RAMELLA, A., Pablo, *op. cit.*, p. 76.

²²⁰ Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el Aborto Provocado, *op. cit.*, p. 12.

²²¹ Cfr: Conferencia del Episcopado Mexicano, Mensaje Pastoral Aborto y Despenalización, Ediciones Paulinas, México, 1988, pp. 17 - 18.

²²² *Ibid.* p. 20.

1.5 EL ABORTO EN EL NUEVO CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA

Para la Iglesia Católica, quienes aprueban el aborto, han descartado de su código moral la inviolabilidad de la vida y de la persona humana, y están lejos de apreciar la dignidad y los derechos del individuo que son fundamentales en toda la teología judeocristiana. Afirman que tal acción se identifica con la malignidad moral del homicidio puesto que implica la voluntad de acabar con una vida humana. Todos los hombres son creados iguales y son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los que esta el derecho a la vida.

Respecto al tema que nos ocupa es fundamental tomar en cuenta lo que, respecto a la vida humana, el homicidio y el aborto, establece el *"Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica"* en los siguientes numerales:

2258. *"La vida humana es sagrada, porque desde su inicio es fruto de la acción creadora de Dios y permanece siempre en una especial relación con el Creador, su único fin. Sólo Dios es Señor de la vida desde su comienzo hasta su término; nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente"* (CDF, instr. *"Donum vitae"* intr. 5).

2259. La Escritura, en el relato de la muerte de Abel a manos de su hermano Caín (cf Gn 4, 8-12), revela, desde los comienzos de la historia humana, la presencia en el hombre de la ira y la codicia, consecuencias del pecado original. El hombre se convirtió en el enemigo de sus semejantes. Dios manifiesta la maldad de este fratricidio: *"¿Qué has hecho? Se oye la sangre de tu hermano clamar a mí desde el suelo. Pues bien: maldito seas, lejos de este suelo que abrió su boca para recibir de tu mano la sangre de tu hermano"* (Gn 4, 10-11).

2260. La alianza de Dios y de la humanidad está tejida de llamamientos a reconocer la vida humana como don divino y de la existencia de una violencia fratricida en el corazón del hombre: *"Y yo os prometo reclamar vuestra propia sangre... Quien vertiere sangre de hombre, por otro hombre será su sangre vertida, porque a imagen de Dios hizo él al hombre"* (Gn 9, 5-6).

El Antiguo Testamento consideró siempre la sangre como un signo sagrado de la vida (cf Lv 17, 14). La validez de esta enseñanza es para todos los tiempos.

2261. La Escritura precisa lo que el quinto mandamiento prohíbe: *"No quites la vida del inocente y justo"* (Ex 23, 7). El homicidio voluntario de un inocente es gravemente contrario a la dignidad del ser humano, a la regla de oro y a la santidad del Creador. La ley que lo proscribe posee una validez universal: obliga a todos y a cada uno, siempre y en todas partes.

2262. En el Sermón de la Montaña, el Señor recuerda el precepto: *"No matarás"* (Mt 5, 21), y añade el rechazo absoluto de la ira, del odio y de la venganza. Más aún, Cristo exige a sus discípulos presentar la otra mejilla (cf Mt 5, 22-39), amar a los enemigos (cf Mt 5, 44). El mismo no se defendió y dijo a Pedro que guardase la espada en la vaina (cf Mt 26, 52).

2268. El quinto mandamiento condena como gravemente pecaminoso el *homicidio directo y voluntario*. El que mata y los que cooperan voluntariamente con él cometen un pecado que clama venganza al cielo (cf Gn 4, 10).

El infanticidio (cf GS 51, 3), el fratricidio, el parricidio, el homicidio del cónyuge son crímenes especialmente graves a causa de los vínculos naturales que destruyen. Preocupaciones de eugenesia o de salud pública no pueden justificar ningún homicidio, aunque fuera ordenado por las propias autoridades.

2269. El quinto mandamiento prohíbe hacer algo con intención de provocar *indirectamente* la muerte de una persona. La ley moral prohíbe exponer a alguien sin razón grave a un riesgo mortal, así como negar la asistencia a una persona en peligro.

La aceptación por parte de la sociedad de hambres que provocan muertes sin esforzarse por remediarlas es una escandalosa injusticia y una falta grave. Los traficantes cuyas prácticas usurarias y mercantiles provocan el hambre y la muerte de sus hermanos los hombres, cometen indirectamente un homicidio. Este les es imputable (cf Am 8, 4-10).

El homicidio *involuntario* no es moralmente imputable. Pero no se está libre de falta grave cuando, sin razones proporcionadas, se ha obrado de manera que se ha seguido la muerte, incluso sin intención de causarla.

2270. La vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida (cf CDF, instr. "Donum vitae" 1, 1).

Antes de haberte formado yo en el seno materno, te conocía, y antes que nacieses te tenía consagrado (Jr 1, 5; Jb 10, 8-12; Sal 22, 10-11).

Y mis huesos no se te ocultaban, cuando era yo hecho en lo secreto, tejido en las honduras de la tierra (Sal 139, 15).

2271. Desde el siglo primero, la Iglesia ha afirmado la malicia moral de todo aborto provocado. Esta enseñanza no ha cambiado; permanece invariable. El aborto directo, es decir, querido como un fin o como un medio, es gravemente contrario a la ley moral.

No matarás el embrión mediante el aborto, no darás muerte al recién nacido. (Didajé, 2, 2; Bernabé, ep. 19, 5; Epístola a Diogneto 5, 5; Tertuliano, apol. 9).

Dios, Señor de la vida, ha confiado a los hombres la excelsa misión de conservar la vida, misión que deben cumplir de modo digno del hombre. Por consiguiente, se ha de proteger la vida con el máximo cuidado desde la concepción; tanto el aborto como el infanticidio son crímenes abominables (GS 51, 3).

2272. La cooperación formal a un aborto constituye una falta grave. La Iglesia sanciona con pena canónica de excomunión este delito contra la vida humana.

"*Quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión latae sententiae*" (CIC can. 1398), es decir, "*de modo que incurre ipso facto en ella quien comete el delito*" (CIC can. 1314), en las condiciones previstas por el Derecho (cf. CIC can. 1323-1324). Con esto la Iglesia no pretende restringir el ámbito de la misericordia; lo que hace es manifestar la gravedad del crimen cometido, el daño irreparable causado al inocente a quien se da muerte, a sus padres y a toda la sociedad.

2273. El derecho inalienable de todo individuo humano inocente a la vida constituye un *elemento constitutivo de la sociedad civil y de su legislación*:

"*Los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado. Entre esos derechos fundamentales es preciso recordar a este propósito el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte*" (CDF, instr. "Donum vitae" 3).

"*Cuando una ley positiva priva a una categoría de seres humanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el Estado niega la igualdad de todos ante la ley. Cuando el Estado no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del Estado de derecho... El respeto y la protección que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos*". (CDF, instr. "Donum vitae" 3).

2274. Puesto que debe ser tratado como una persona desde la concepción, el embrión deberá ser defendido en su integridad, cuidado y atendido médicamente en la medida de lo posible, como todo otro ser humano.

El *diagnóstico prenatal* es moralmente lícito, "*si respeta la vida e integridad del embrión y del feto humano, y si se orienta hacia su protección o hacia su curación... Pero se opondrá gravemente a la ley moral cuando contempla la posibilidad, en dependencia de sus resultados, de provocar un aborto: un diagnóstico que atestigua la existencia de una malformación o de una enfermedad hereditaria no debe equivaler a una sentencia de muerte*" (CDF, instr. "Donum vitae" 1, 2).

2275. Se deben considerar "*lícitas las intervenciones sobre el embrión humano, siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual*" (CDF, instr. "Donum vitae" 1, 3).

"Es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados como «material biológico» disponible" (CDF, instr. "Donum vitae" 1, 5).

"Algunos Intentos de intervenir en el patrimonio cromosómico y genético no son terapéuticos, sino que miran a la producción de seres humanos seleccionados en cuanto al sexo u otras cualidades prefijadas. Estas manipulaciones son contrarias a la dignidad personal del ser humano, a su integridad y a su identidad" (CDF, instr. "Donum vitae" 1, 6).

2318. *"Dios tiene en su mano el alma de todo ser viviente y el soplo de toda carne de hombre" (Jb 12, 10).*

2319. Toda vida humana, desde el momento de la concepción hasta la muerte, es sagrada, pues la persona humana ha sido amada por sí misma a imagen y semejanza del Dios vivo y santo.

2320. Causar la muerte a un ser humano es gravemente contrario a la dignidad de la persona y a la santidad del Creador.

2321. La prohibición de causar la muerte no suprime el derecho de impedir que un injusto agresor cause daño. La legítima defensa es un deber grave para quien es responsable de la vida de otro o del bien común.

2322. Desde su concepción, el niño tiene el derecho a la vida. El aborto directo, es decir, buscado como un fin o como un medio, es una práctica infame (cf GS 27, 3), gravemente contraria a la ley moral. La Iglesia sanciona con pena canónica de excomunión este delito contra la vida humana.

2. EL PROTESTANTISMO

Esta religión profundamente arraigada en la tradición cristiana reconoce el derecho supremo de nacer; sin embargo, en ciertos casos, asigna una mayor importancia a otros factores como: la necesidad de una decisión personal, el cuidado de la integridad física y psicológica de la mujer, la necesidad de evitar al niño por nacer condiciones de vida intolerables, sea en razón de graves anomalías físicas u otras causas susceptibles de afectarlo.

El aborto terapéutico no es sancionado en los casos de peligro grave para la salud o la vida de la futura madre. De igual forma, se desprende en base a los factores sostenidos como determinantes para permitir el aborto, su aceptación en el caso de una afectación psicológica de la futura madre, sin especificar el criterio o límite que lo califique. También el hecho de existir condiciones de vida intolerables motiva a propiciar una apertura total a la libre y absoluta determinación de la mujer que con fundamento en cualquiera de estas circunstancias justifique su conducta.

Después de las conferencias de Lambeth en 1930 y 1958, habiéndose permitido el aborto por "necesidad médica", los protestantes empezaron a inclinarse favorablemente a la contracepción. La postura más abierta en este sentido, ha sido la de los bautistas norteamericanos que consienten el aborto a petición de la mujer durante el primer trimestre del embarazo y posteriormente por indicación médica. Otra tendencia es la de los Unitarios Universalistas, que dejan la decisión en manos del paciente y del doctor titulado.

Algunos protestantes pugnan por la aceptación del aborto tendiente a salvar a la mujer de un cruel destino o de serios desórdenes psíquicos. Piensan que existen situaciones en la vida en las cuales es conveniente terminar un embarazo. Señalan que "el aborto autorizado cuando la vida de la mujer está en peligro debe ampliarse y contemplar la salud de la mujer seriamente deteriorada con trastornos psíquicos severos".

Por su parte, hay quienes se pronuncian en el sentido de que el representante eclesiástico, legal o médico, es aquél que puede determinar las condiciones para interrumpir el embarazo; sin embargo, otros señalan que esta situación es destructiva para la ética porque suprime la responsabilidad de la mujer.

Los protestantes afirman que el aborto se encuentra en el conjunto de decisiones posibles y responsables tomadas dentro de una comprensión cristiana de "sí mismos". Esta decisión deriva de la convicción cristiana (protestante) de que es posible la alianza con Dios a través del establecimiento de una relación con Él que es lo que permite hablar de "santidad de la vida humana". Es así que existe la obligación de establecer y mantener esa relación mediante un patrón de conducta y de vida y es igualmente parte de la acción cristiana el ejercer el poder recibido de Dios para reconocer una situación que no dirige la creación hacia la "santificación" y por tanto eliminarla. Esto significa que crear la vida indiscriminadamente no forma parte de la responsabilidad cristiana, pues no se puede cumplir el pacto de alianza con Dios hacia la dinámica de la santidad.

Para el protestantismo, la creación (en su más amplio sentido) deviene en un acto libre y responsable en virtud de una solicitud a Dios. Para llegar a esta conclusión, se basa en las siguientes consideraciones: "En el siglo XX, tenemos antibióticos para prevenir o curar una infección y anestésicos que hacen cualquier procedimiento quirúrgico relativamente indoloro; por razón de estos avances médicos, el hecho de terminar un embarazo durante el primer trimestre, es estadísticamente más seguro que una operación de amígdalas. La tasa de mortandad por terminación del embarazo en las primeras semanas es un mil por ciento más bajo que la tasa de mortalidad por parto".²²³

Por último, critican la actitud de la Iglesia Católica, en el sentido de que cualquier conducta sexual no dirigida a la procreación es poco deseable o pecaminosa (lo cual es falso, porque la Iglesia Católica no sostiene tal actitud) y concluyen que el

²²³ ELLISON H., Harriet, Teología del Aborto, Ponencia editada por University of Chicago, The Divinity School, E.U.A., 1972, p. 3.

problema de definir cuándo comienza la vida es una cuestión tecnológica y no teológica.

3. EL JUDAÍSMO

Si bien para la fe judaica existe la obligación de no matar, la cual se expresa de manera clara como un imperativo en los diez mandamientos, toda la cuestión del aborto depende del difícil problema de cómo considerar al feto: si es una entidad espiritual por sí y en sí misma entonces el mandamiento de no matar será aplicable al feto, pero por el contrario, si se estima que sólo contiene una potencialidad de vida por ser parte de otro ser humano, entonces el derecho a abortar sería legítimo y legal.

En el Éxodo, 21: 22-23, se lee: "22. Si armando pendencia algunos hombres, uno de ellos hiriere a una mujer preñada y esta abortase, pero no muriese, resarcirá el daño según lo pidiese el marido de la mujer y juzgaren los árbitros; 23. Pero si siguiere la muerte de ella, pagara vida por vida". De este principio bíblico se dedujo que la destrucción del feto, equivaldría a daño en propiedad ajena, no a homicidio, puesto que el feto era parte de su madre; sin embargo, si le seguía la muerte de la madre, entonces sí se convertía en pena capital.

Como consecuencia de lo anterior, la religión judía no se preocupó por indagar la existencia del alma en el feto, ya que no lo considera como una entidad humana independiente de su madre. "El feto forma parte del cuerpo de su madre y así como una persona puede determinar el sacrificio de uno de sus miembros para curarse una enfermedad, del mismo modo puede suprimirse el feto por el bien de la madre".

En el supuesto de que una mujer presentara un parto difícil, se encontraba autorizada a cortar el cordón umbilical del feto en el útero y extraerlo pues la vida de la madre se valoraba más importante que la del concebido. Sin embargo, si ya ha aparecido la cabeza de la criatura o gran parte de su cuerpo, no se puede destruir al niño para salvar a la madre, pues el Talmud precisa: "Si una mujer tiene gran dificultad en dar a luz a su hijo, se permite destruir al hijo para salvar la vida de ella. Si la criatura ha sacado la cabeza o la mayor parte de su cuerpo, ya no podrá ser destruida para salvar a su madre, porque una vida no debe ser sacrificada por otra".²²⁴

En la terminología rabínica se le llama al feto "ayver ymo hoo pars viscera matrum" que significa que "el concebido forma parte del abdomen o vientre de la madre"; el cual, en extrema urgencia puede ser destruido, pero si ya formado se

²²⁴ MARGOLIS, Israel F., El Punto de Vista de un Rabino Reformista, El aborto en un mundo cambiante, Buenos Aires, 1989, p. 45.

estima como una vida independiente, tiene para la tradición judía el mismo valor que el de la madre.

Los registros talmúdicos relatan que tanto el ser en gestación como la madre, pertenecían al marido y su trasgresión equivalía a un daño patrimonial, específicamente contra la propiedad. La sujeción de la mujer era perpetua, bajo el poder del tutor: padre, esposo y Estado, poder que se extendía a sus bienes, a su persona y consecuentemente al ser concebido. La ingerencia del Estado llegó a ser tal en la vida familiar, que el feto fue considerado no sólo como un bien particular, sino estatal.

Es importante destacar la opinión liberal de reconocidos judíos, entre los que sobresalen los siguientes:

En el siglo XVIII, el rabino Josué Falk declaró: *"Mientras el feto está dentro del cuerpo de la madre podrá ser destruido aunque esté vivo, pues todo feto que no salga, o que no haya salido a la luz del mundo, no es descrito como un nefesh (alma viva)"*.

En esta misma época, Jacobo Emden, manifestó: *"no sólo es permitido practicar un aborto para salvar la vida de la madre, sino aún para evitarle tortura excesiva al dar a luz"*.²²⁵

Salomón Skola (autor del Bet Shlomo), en el siglo XIX, afirmaba que no podía haber objeción alguna respecto del aborto realizado dentro de los primeros cuarenta días de gestación y además podía llevarse a cabo en cualquier tiempo si amenazaba la vida de la madre.

El doctor en filosofía, Israel R. Margolis, sostiene: *"Hasta que una criatura en realidad nazca al mundo, es literalmente parte del cuerpo de su madre y pertenece sólo a ella y a su cónyuge. No pertenece para nada a la sociedad, ni ha entrado en ninguna fe. Su existencia es entera y exclusivamente el asunto y la preocupación de sus padres, estén o no casados. Son los hombres y las mujeres, sólo ellos quienes deben decidir si quieren o no que su unión lleve al nacimiento de una criatura, no la Sinagoga, ni la Iglesia y tampoco definitivamente el Estado"*.²²⁶

²²⁵ Ibid. p. 38.

²²⁶ Ibid. p. 46.

**TESIS CON
FALLA DE LENGUAJE**

SEGUNDA PARTE

EL CONCEBIDO Y EL ABORTO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

CAPÍTULO I

EL NASCITURUS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL NASCITURUS

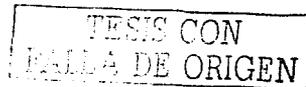
El Derecho Constitucional ha sido definido magistralmente por André Hauriou como *"la ciencia y la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco jurídico"*.²²⁷ Por su parte Ignacio Burgoa señala que *"las prescripciones constitucionales como normas jurídicas tienen como substancia los principales aspectos ontológicos, deontológico y éticos de un pueblo"*.²²⁸

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene supremacía jerárquica sobre cualquier otra norma, por lo cual no debe ser contradicha y en caso de que así sucediera, cuenta con los medios necesarios y suficientes para garantizar su cumplimiento. Al respecto su artículo 133 señala lo siguiente: *"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados"*.

Por su parte el párrafo primero del artículo 41 Constitucional señala que *"El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes*

²²⁷ HAURIUO, André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Reus, Madrid, 1971, p. 27.

²²⁸ BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1973, p. 35.



interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”.

Tales preceptos fundamentan la superioridad jerárquica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto de leyes y tratados, los cuales están jerárquicamente al mismo nivel y por encima del resto de las normas que conforman el sistema jurídico mexicano.

No cabe duda que de lo señalado en capítulos precedentes se puede afirmar que el origen de la vida humana se encuentra en la concepción y en consecuencia el no nacido es un hombre, un individuo que goza de las Garantías Individuales consagradas en nuestro Pacto Federal.

El problema es que la anterior es una interpretación favorable al concebido que no se impone siempre debido a que la protección que se le brinda al nasciturus no es expresa, es decir, no hay un solo precepto que lo contemple dentro del texto normativo, por lo que su protección sólo es posible ampliando los supuestos a través de interpretaciones judiciales favorables o de aplicaciones de la norma que sean acorde a la naturaleza del concebido. Lo anterior implica que, de acuerdo con algunos autores, tampoco hay obligación por parte de los Estados o de las leyes Federales de arreglarse a esa interpretación.

Sin embargo el Dr. Salvador Mier y Terán no comparte esa postura, ya que señala que *“aunque los preceptos de referencia de nuestra Carta Magna (garantías individuales) son especialmente limitaciones al poder público frente al derecho de los individuos, lo cierto es que también ponen de relieve que el respeto a la vida es una decisión política fundamental de nuestra Constitución, o sea, uno de los principios inviolables, que toda Constitución contempla, y que sólo puede esclarecerse, ampliarse o robustecerse pero nunca disminuirse o suprimirse, de acuerdo al reconocido postulado en materia de garantías individuales: “favorabilia amplianda, odiosa restringenda”. Ello hace jurídicamente posible una interpretación expansiva de los artículos mencionados, que incluya la protección a la vida desde el momento de la concepción”.*²²⁹

El estatus jurídico del concebido no nacido en el Derecho Constitucional Mexicano no es del todo claro, sin embargo consideramos que hay preceptos que le pueden ser aplicados con fundamento en lo señalado por el Dr. Mier y Terán en relación con la interpretación favorable.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1º establece que *“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.*

²²⁹ MIER Y TERÁN, Salvador, El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción Asistida, op. cit., pp. 26 y 27.

Este artículo determina el Principio General de Igualdad y Seguridad Jurídica otorgado y reconocido a todo individuo.

El Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española define la voz individuo de la siguiente manera: "1. Individuo, dua. (Del lat. *individuus*.), adj. individual. / 2. Que no puede ser dividido. / 3. m. Cada ser organizado, sea animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece. / 4. Persona perteneciente a una clase o corporación./ 5. fam. La propia persona u otra, con abstracción de las demás. / 6. m. y f. Persona cuyo nombre y condición se ignoran o no se quieren decir. / 7. f. despect. Mujer despreciable".

Ahora bien, es evidente que el *nasciturus*, es persona, tiene dignidad y merece el mismo respeto que cualquier otro hombre, pero también es individuo y en consecuencia debe entrar en la protección que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos brinda. Por eso al señalar que todo individuo gozará de las garantías, también, entra el concebido ya que aunque este en el vientre de su madre, éste ya es un individuo aparte y no un órgano más de ella.

El párrafo segundo del artículo 3º constitucional establece: "*la educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano...*" por otra parte la fracción II de dicho artículo ordena que dicha educación (y también la que impartan los particulares por mandato expreso de la fracción IV) se base en los resultados del progreso técnico.

En capítulos anteriores se comprobó que la ciencia ha demostrado que el origen de la vida humana se inicia precisamente en el momento de la concepción, por lo tanto, el educando tiene derecho a saber, por ejemplo, que abortar es matar a un hombre. Además, como se pueden desarrollar armónicamente las facultades del ser humano si se le priva de ese sustrato o acto de ser que soporta todas las potencialidades, si se le priva de la vida.

En la misma fracción II del artículo 3º bajo el inciso c) se ordena "*contribuir a la mejor convivencia humana aportando elementos con el fin de robustecer el aprecio para la dignidad de la persona*"; esta afirmación es de una importancia trascendental, ya que significa el reconocimiento a nivel constitucional y político de la dignidad personal del hombre.

El tercer párrafo del artículo 4º constitucional señala que "*toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos*"; éste artículo tradicionalmente ha sido el estandarte constitucional de las corrientes proabortistas. Pero carece de sustento, ya que una cosa es decidir libre y responsablemente sobre el número y el espaciamiento de los hijos y otra, muy distinta, es autorizar a los padres o a la madre a matar a un hijo. En el primer caso estarnos ante la posibilidad de decidir sobre la concepción o no de un hijo, en el segundo estarnos ante los terribles casos de aborto e infanticidio.

El último párrafo del precitado artículo 4º constitucional señala que "*es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus*

necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.

La primera parte de este párrafo rompe con toda técnica jurídica en materia de garantías individuales, ya que impone una obligación a los particulares frente a sus hijos, lo cual es un error que debe subsanarse mediante reforma a la Constitución, ya que como hemos visto, las garantías individuales son límites jurídicos al Estado frente a los derechos naturales de los particulares. Sin embargo, el precepto es muy claro al establecer que son los padres quienes tienen la obligación primaria de brindar sustento y atención a sus hijos, aunado a la obligación del Estado y específicamente del Congreso de la Unión (art. 73, fracción XVI) de hacer una ley reglamentaria para determinar los apoyos a la protección de los menores y así ofrecer opciones a las madres, para que nos sucumban ante la tentación del aborto.

Por su parte el artículo 5º constitucional señala que *“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...”*; Es decir que la libertad de profesión y oficio consagrada en esta garantía tiene como límite la licitud, por lo cual, con fundamento en este artículo y motivado en el derecho a conservar la vida del concebido y la correlativa obligación del Estado, éste puede de oficio prohibir todo tipo de actividades profesionales y oficios relacionados con la práctica de abortos en mujeres con, sin o contra su consentimiento.

Los artículos 6º y 7º establecen como límite a la libertad de manifestación de las ideas, entre otros, los derechos de terceros. En este sentido la ley de imprenta, reglamentaria de los precitados artículos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1917 señala en sus artículos 2º fracción II, 8º y 33º lo siguiente:

“Art. 2º.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública: ...II.- Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente a la anarquía...”

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

Art. 33º.- Los ataques al orden o a la paz públicas se castigarán: ...II.- En los casos de provocación a la comisión de un delito, si la ejecución de éste siguiere inmediatamente a dicha provocación, se castigará con la pena que la ley señala para el delito cometido, considerando la publicidad como circunstancia agravante de cuarta clase. De lo contrario, la pena no bajará de la quinta parte ni excederá de la mitad de la que correspondería si el delito se hubiera consumado”.

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

El artículo 14 Constitucional, señala que *"a ninguna ley se dará efecto retroactivo es perjuicio de persona alguna. Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."*

Recordemos que la vida se inicia, según se ha demostrado, en el momento de la concepción, por lo tanto, el aborto provocado viola la garantía a la vida consagrada en este precepto, ya que mediante él se priva de la vida a un inocente sin previo juicio y sin que hayan, ya no formalidades del procedimiento, sino procedimiento siquiera. Por lo anterior considero indispensable, para disipar dudas, que se especifique la protección del concebido y se haga explícita su personalidad jurídica.

Según la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra nadie significa: 1. Nadie. De nada. pron. indet. Ninguna persona. / 2. m. fig. Persona insignificante. Por eso aunque en la redacción de este artículo se omite mencionar al individuo o a la persona y en su lugar se expresa la palabra nadie, es natural que se refiera a ningún hombre, ningún individuo, o ninguna persona y en esa expresión incluye obviamente al concebido, independientemente de que la legislación secundaria lo considere o no persona desde la concepción. Es decir, se tutela al ser humano como individuo, como persona, ya que nadie puede ser privado de la vida sin antes haber sido oído y vencido en juicio y el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a conservar la vida de todos los hombres.

El primer párrafo del artículo 16 establece que *"nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."*

Por su parte, el primer párrafo del artículo 17 señala que *"ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho"*.

Y el artículo 21 señala claramente que *"la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial"*.

En el primer párrafo del artículo 25 de nuestra Constitución se establece: *"Corresponde al estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la*

dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución..."

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

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

El artículo 123 expresa claramente la preocupación del Constituyente por la salud de la mujer embarazada y por el desarrollo adecuado del concebido, al otorgarle toda la protección necesaria, dicho artículo es del tenor siguiente:

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

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

A: Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

Fracción IV.- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

CAPÍTULO II

EL CONCEBIDO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

1. ANTECEDENTES: LA PERSONA EN EL DERECHO ROMANO

Los antecedentes de lo que en la actualidad se considera personalidad jurídica deben buscarse en el Derecho Positivo Romano o *Ius Civile*. De acuerdo con algunos autores en Roma el término "*persona*" se utilizó en tres sentidos: el primero referente al individuo que podía ser considerado sujeto de derecho ya que reunía ciertos requisitos referentes a la libertad, ciudadanía y situación familiar;²³⁰ El segundo se utilizó para señalar al individuo independientemente de su capacidad, como lo prueba el hecho de que Gayo, en el libro primero de sus Instituciones, dedicado al *ius quod ad personas pertinet*, incluye entre las personas a los esclavos quienes eran considerados como objetos de derecho.²³¹ Por último también se consideraba como personas a las entidades colectivas, denominadas hoy en día personas jurídicas.²³² En Roma, el sujeto de derechos era aquél que reunía cuatro condiciones:

a. Existencia del hombre. Para que el hombre fuera considerado como existente debía reunir los siguientes requisitos:²³³

- **Nacimiento efectivo:** El nuevo ser debía estar totalmente desprendido del claustro materno, es decir, que ya estuviera cortado el cordón umbilical, y por lo tanto, ya no dependiera, para su existencia, de la ayuda de su madre; es decir, que se pudiera considerar como un ser independiente e individual.
- **Nacimiento con vida:** En cuanto a este punto, hubo diversidad de opiniones: Los Proculéyanos exigían que el nuevo ser emitiera gritos, mientras que los Sabinianos consideraban suficiente la expresión de cualquier signo de vida, por ejemplo, la simple respiración.
- **Parto viable:** El parto debía ser de término, es decir que no hubiera sido prematuro. La no viabilidad se refería a la situación en la cual el feto no hubiera

²³⁰ LETE DEL RÍO, José M., Derecho de la persona, Tercera Edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1996, p.22.

²³¹ En el Derecho Romano el esclavo era a la vez un hombre y una cosa (*res mancipi*) en propiedad de su dueño.

²³² V. ARIAS, J. citado por PÉREZ VARGAS, Víctor, Derecho Privado, Tercera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A., Costa Rica, 1994, p. 25.

²³³ LETE DEL RÍO (José M.), *op cit.*, p.43.

alcanzado en el claustro materno, el desarrollo suficiente para seguir viviendo después del parto. Es decir, la incapacidad orgánica del feto para continuar con vida. Por lo tanto, el parto debía acontecer tras una gestación mínima de seis meses completos.²³⁴

- **Recién nacido con forma humana:** Este era un requisito indispensable, ya que se cuestionó si el recién nacido sin forma humana o "*non humanae figurae*" podía considerarse como hijo; esto para los efectos de la "*Lex Iula*" y "*Papia Poppaea*". Por lo tanto, no se adquiría ninguna clase de derechos por parte del ser procreado contrariando la naturaleza, ya que se consideraba que la mujer había procreado un monstruo.

Todos estos requisitos fueron aplicados hasta el inicio del Derecho Justiniano, pues a partir de éste se suprimen las cuestiones respecto a la madurez del parto y a la figura humana. Sin embargo, para algunos efectos jurídicos, se retrocede a una época anterior al nacimiento y se tiene también en cuenta al no nacido, pero ya concebido, llamado en el derecho romano "*Nasciturus*".

b. Estado de libertad (Status Libertatis).²³⁵ La libertad en sentido jurídico se definió en las *Institutas* como: "*aquella facultad de hacer lo que se quiere, menos lo que está prohibido por el derecho o impedido por la violencia*"; es decir, es la facultad de disponer como se quiera de uno mismo y de sus actos, en los límites establecidos por el Derecho. El estado de libertad se adquiría por el nacimiento ("ingenuo") o por la liberación de la esclavitud ("libertos"). Los que nacían fuera del matrimonio seguían la condición de la madre.

c. Estado de ciudadano (Status Civitatis).²³⁶ En Roma, la ciudadanía era requisito para ser sujeto de derechos. Entre los mismos habitantes de la ciudad se

²³⁴ Para algunos autores "*es muy discutible que el Derecho Romano señalase el requisito de la viabilidad*", y añade que "*quienes entienden que tal requisito fue exigido por el Derecho Romano, estiman que éste atendió, para fijar la viabilidad, a la duración normal de la gestación, considerando viables a los infantes que la madre pleni temporis pariat*". LETE DEL RÍO, José M., *op. cit.*, p.43.

²³⁵ Los libertos son esclavos liberados es decir es una renuncia del amo a la potestad que tiene sobre el esclavo, y el término que designaba la potestas en el derecho era *manus*, por lo que a esta figura se le conoce como manumisión, ya que por esta renuncia, cesa la sujeción del esclavo a su amo y además el esclavo adquiere la plena capacidad jurídica y se hace libre y ciudadano. En el derecho clásico existieron tres especies de tales negocios: El Testamento, la *Manu Missio Censu* y la *Manu Missio Vindicta* como aplicación de la *In Iure Cessio*.

²³⁶ El ciudadano romano tenía los siguientes derechos de carácter público, derivados de los deberes militares y por tanto exclusivo de los varones: el *ius suffragii* o derecho a votar las leyes y elegir a los magistrados, el *ius honorum* o derecho a ser elegido magistrado, senador, etc., y el derecho a servir en las Legiones. También contaba con los siguientes derechos de carácter privado: el *conubium* o derecho a contraer matrimonio legítimo, el *commercium* o derecho a celebrar actos jurídicos, el *civis Romanus* o derecho a comparecer en juicio mediante el uso de las fórmulas procesales concebidas por la ley y el *testamentifáctio* o facultad para redactar testamento, y ser designado heredero o legatario.

daba una distinción, y solamente los de la clase dominante eran ciudadanos de pleno derecho, los otros se encontraban en una situación de sujeción con respecto a los anteriores, es decir, podrían llamarse ciudadanos de rango inferior.

En cuanto a los no ciudadanos, estos se dividían en peregrinos y latinos. Los peregrinos eran los vecinos de Roma, los que habitaban a la otra orilla del Tíber.²³⁷ En ningún caso eran sujetos de derechos; sin embargo, si eran capturados pasaban a ser esclavos. Los latinos eran los habitantes de "Latium" y sus derechos variaban según su clase.²³⁸ Podían adquirir la ciudadanía desempeñando en sus ciudades magistraturas o formando parte del Senado Municipal.

d. No estar sujeto a la autoridad familiar (Status Familiae). "El Status Familiae es la situación en que se encuentra un hombre libre y ciudadano con relación a determinada familia".²³⁹ Es la expresión correspondiente a Status Civitatis o Civitas. Este indica el ser miembro de una familia romana; sin embargo, no están incluidos solamente todos los que actualmente constituyen una familia y que están sujetos a un *pater familias* común, sino a todos aquéllos que hubieran constituido una misma familia, si el *paterfamilias* no hubiese muerto. El vínculo que los enlaza se llama agnación; los miembros agnados.²⁴⁰

La familia en el Derecho Civil, es la llamada agnática, o sea el conjunto que constituyen todas aquellas personas que se hallan unidas entre sí por la común sujeción a la patria potestad.²⁴¹ Agnados son aquéllas personas que están

La ciudadanía se adquiría por: nacimiento, *manumitio* y por concesión expresa del Estado Romano.

²³⁷ Los peregrinos se dividían en dos clases, según pertenezcan a una ciudad preexistente a la conquista romana y cuya subsistencia permitió Roma (*Peregrini Aliculus Civitatis*) y los que no se encuentren organizados en una comunidad política, bien porque ésta no haya existido nunca, o porque existió y fue disuelta por Roma en castigo a su resistencia (*Peregrini Dediticii*).

²³⁸ Los Latinos podían ser: 1. *Latini Veteres o Prisci*. Eran los antiguos habitantes del Latium que formaron con los romanos una confederación latina, y además los miembros de las colonias fundadas por la confederación o por Roma hasta el año 486 A.C.; 2. *Latini Coloniarum*. Esta denominación alude al régimen inferior impuesto a partir del año 486 D.C. al estado de *Ariminum* y a once colonias más, y que designa a los ingenuos. 3. *Latini Iuniani*. La *Lex Iunia Norbana* (919 D.C.) establecía que adquirirían la libertad pero no la ciudadanía los manumitidos en forma no solemne, los manumitidos por parte de quien no tiene capacidad para hacerlo y los manumitidos sin observancia de lo establecido por la *Lex Aelia Sentia*.

²³⁹ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel, Barcelona 1982, p. 153.

²⁴⁰ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, p.55.

²⁴¹ La familia romana, está integrada por un conjunto de personas libres sujetas a la soberanía doméstica del jefe de la misma llamado *paterfamilias* o jefe de la *domus*. Estas personas son los descendientes inmediatos y mediatos del *paterfamilias*.

La denominación *paterfamilias* significa el estado de persona sui iuris, pero se emplea generalmente para designar a los adultos que gozan de plena capacidad de obrar.

El nombre de familia se aplica, a los parientes por línea viril que se encontraron sujetos a la misma potestad o que se hallarían sujetos si la muerte u otras circunstancias no hubieran sobrevenido.

sometidas a la patria potestad o que lo estarían si viviese aún el común *paterfamilias*.²⁴²

Lo anterior nos permite apreciar como para el Derecho Romano el *nasciturus* no era considerado persona, sino sólo una expectativa de persona, ya que se estimaba que antes del parto carecía de autonomía y formaba parte de las vísceras de su madre (*partus antequam edatur mulieris partio est vel viscerum*) y, en consecuencia, podía suprimirse el proceso de gestación.²⁴³ Ello debía hacerse con el consentimiento del *paterfamilias* el cual tenía un vasto poder sobre los integrantes de la *Domus* para imponer las penas o castigos que estimara convenientes, pues ejercía el *ius vitae necisque* sobre hijos y nietos, razón por la cual incluso "se le permitía colaborar en el aborto de sus hijas".²⁴⁴

A pesar de lo anterior, la ley tuteló esa expectativa y se dispuso su protección anticipada respecto de los derechos que le corresponderían al nacer, pero no en atención a su personalidad, sino como una cuestión de contenido estrictamente patrimonial. Ello dio origen al adagio popular "*conceptus o nasciturus pro iam natus habetur*", sin embargo Pedro Bonfante menciona que el verdadero principio es: "*El concebido no es actualmente persona; siendo, empero, siempre una persona eventual, in fieri, se le reservan y se tutelan aquellos derechos que le corresponderán al nacer*".²⁴⁵

Hay una tendencia general a considerar al principio "*nasciturus pro iam natus habetur*", de origen cristiano y no romano, debido a que Tertuliano afirmaba que los cristianos no podía matar a los hombres o a los niños, ni tampoco deshacer la sangre que estaba estructurando al embrión; el problema consiste en que este principio jurídico, ya se encuentra en Gayo (1, 147)²⁴⁶ y Paulo (D.50, 16, 231)²⁴⁷. Floris Margadant señala que sería temerario afirmar que esos dos autores eran

Para que exista agnación no es necesario que se de un vínculo de sangre entre los parientes agnaticios. Por la adopción se crea la patria potestad de modo ficticio mediante un adecuado negocio jurídico. En este caso la agnación se da con todos los agnados del padre.

También existe el parentesco cognaticio o parentesco materno, éste se produce por la línea materna, es únicamente un parentesco natural y no jurídico. La cognación no puede crearse artificialmente, como en la agnación.

²⁴² SANTA CRUZ TEIJEIRO, José, *Instituciones de Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p.23.

²⁴³ Cfr: BERNALDO DE QUIROZ, Constancio, *Derecho Penal (Parte Especial)*, Editorial José M. Cajiga Jr., México, 1957, p. 85.

²⁴⁴ ORTIZ VAGLIO, Gilda María, *El Aborto*, Revista de Ciencias Jurídicas, Número 26, mayo-agosto, Universidad de Costa Rica, San José, 1975, p.159.

²⁴⁵ Cfr: BONFANTE Pedro, op. cit., pp. 38-39.

²⁴⁶ GAI INSTITUTIONUM COMMENTARIUS PRIMUS: "147. *Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos enim etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit*".

²⁴⁷ D. 50, 16, 231 Paulus I.S. ad sc tert. "Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus".

TESTES CON
FALLA DE ORIGEN

cristianos y que se necesita una evidencia muy sólida para llegar a admitir que esta regla se introdujo en la legislación romana a través de modificaciones posclásicas de inspiración cristiana en textos clásicos paganos.²⁴⁸ Tertuliano se refiere a un tema de naturaleza penal: el aborto, mientras que el principio de referencia es de carácter civil, por lo que es más prudente atribuir su origen al pensamiento jurídico secularizado.

Con base en lo anterior, el Derecho Romano admitió que el magistrado nombrase a petición de la madre encinta un curador llamado *curator ventris* con la finalidad especial de salvaguardar los intereses del *nasciturus*, entre los que se puede mencionar su derecho a ser instituido heredero en testamento confiriendo la posesión de los bienes a la mujer encinta.

*"A los hijos póstumos, carentes de testamentifacción pasiva en el derecho antiguo por su carácter de personas inciertas, se les reconoció gradualmente capacidad para ser instituidos por testamento. Así es que, en el derecho clásico, se admite la institución de los sui nacidos después del otorgamiento del testamento (postumi sui) y con Justiniano se llega a reconocer capacidad a los concebidos fuera de la familia del testador (postumi alieni)".*²⁴⁹

El hijo póstumo²⁵⁰ no adquiere ningún derecho hasta que nace, pero desde la noticia de su concepción, se definen sus expectativas hereditarias, a esto se refiere la equiparación del *nasciturus* con el nacido para todo lo que beneficie sus intereses. Si el llamado a la *bonorum possessio* no ha nacido todavía se decreta *ventris nomine una missio in possessionem* con el correspondiente nombramiento de un *curator*.²⁵¹ El *nasciturus* podía ser instituido además de heredero, legatario (Ulp. D. 37, 9, 1, 17).²⁵² Con esto *"El status personarum u hominum se resuelve para el nacido con referencia al momento en que sólo era concebido"*.²⁵³

²⁴⁸ FLORIS MARGADANT S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, 10ª ed., Esfinge, México, 1981, pp. 115-137.

²⁴⁹ GUZMAN PEÑA, A., Derecho Romano, Tipográfica Editora Argentina, Tomo II, Buenos Aires, 1962, p. 613.

²⁵⁰ Puede ser por un nacimiento posterior al testamento o incluso a la muerte del testador, o por otra causa, como la adopción *conventio in manum*, premoriencia del ascendiente intermedio, *postliminium*, etc. La aparición de un *suius* póstumo deja sin valor el testamento.

²⁵¹ Es un medio coactivo general que decreta el pretor para preservar ciertos derechos (los hereditarios en el caso del concebido), es decir, consiste en un embargo precautorio; en algunos casos no se refiere a bienes determinados, sino a todo el patrimonio de una persona, a esto se le llama *Missio in Bonis*, que por su carácter generalmente provisional no concede una verdadera posesión sino una simple detención de los bienes para su vigilancia, salvo que el pretor conceda la protección posesoria, en cuyo caso se vuelve definitiva.

²⁵² D. 37, 9, 1, 17 *"Ulpianus 41 ad ed. Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret"*.

²⁵³ IGLESIAS, Juan, op. cit., p. 121.

Entre los romanos el aborto era un asunto sin relevancia para la vida pública, ya que se consideraba que su comisión afectaba más bien intereses individuales, era una cuestión de derecho familiar. Pese a lo anterior "los derechos de los no natos no eran del todo desconocidos, la *Lex Regia* (763-715 a.C.), exigía que se practicase un corte cesáreo, cuando moría una mujer embarazada a fin de rescatar al *nasciturus*. La *Ley de las XII Tablas* (451-450 a.C.) establecía que el hijo concebido que aún no nacía, podía heredar al igual que los que ya habían nacido. En el año 443 se estableció que un marido que ordenaba o permitía que su mujer abortase sin que existiera razón suficiente, estaba sometido a la censura política y social. La *Lex Cornelia* (hacia 85 a.C.) tenía en cuenta las penas de los que trataban con venenos, incluyendo las substancias abortivas".²⁵⁴

Cicerón (106-43 a.C.), narra como una mujer de Mileto que consintió en destruir a su hijo fue condenada a muerte, aprobando esta pena por las razones siguientes: "*ella destruyó la esperanza de un padre, la memoria de un hombre, el sostén de una raza, el heredero de una familia y un ciudadano del Estado*".²⁵⁵

Con la llegada del cristianismo al mundo latino cambia radicalmente la actitud frente al aborto, inicialmente en el pensamiento y posteriormente en la legislación. La tesis central del cristianismo era que a partir del momento de la animación, ya sea inmediata o retardada,²⁵⁶ se constituye una vida humana, que posee dignidad y honor similares a los de cualquier ser humano ya nacido. El pensamiento cristiano ejerció una gran influencia en las grandes codificaciones.

2. PERSONA Y PERSONALIDAD JURIDICAS

Desde el punto de vista filosófico, persona es el individuo, único, irrepetible e indivisible dotado de libertad, entendimiento, voluntad y conciencia; y es precisamente por esa naturaleza que se encuentra en aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, para establecer relaciones jurídicas, trascendiendo su esfera individual.

²⁵⁴ GRISEZ GERMAIN, G, op. cit., p. 286.

²⁵⁵ CHÁVEZ CHÁVEZ, Casimiro, El Aborto según la Historia, la Razón y el Derecho, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, p. 15.

²⁵⁶ Este tema fue abordado con mayor amplitud en capítulos precedentes, por ahora cabe señalar que de acuerdo a la tesis de la animación inmediata el embrión recibe directamente de Dios su alma racional en el mismo momento de la concepción; por el contrario, la tesis de la animación retardada sostiene que el alma se integra al cuerpo cuando el embrión humano está lo suficientemente conformado para recibirla. A partir de esta última postura se distinguió la muerte del feto que aún no tenía alma de aquél en el que ya residía. La controversia respecto del momento de la animación terminó con el Papa Pío IX quien el 12 de octubre de 1869 publicó el acta "*Apostolica Sedis*", documento que castiga con la excomunión el aborto producido en cualquier momento del embarazo; considerándolo injustificable desde la moral cristiana.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por eso "desde el punto de vista técnico jurídico, el vocablo persona tiene una connotación particular, ya que al derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquélla que el derecho toma en cuenta para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido, se dice que es Persona el Sujeto de Derechos y Obligaciones. Esta definición, aceptable desde el punto de vista formal requiere de una explicación más detallada, porque el sujeto de la relación de derecho es un concepto creado por la técnica jurídica".²⁵⁷

Es decir que lo que hace el derecho para derivar un concepto jurídico de persona, es tomar los datos que la filosofía le aporta, pero enfocándose únicamente en la aptitud natural del hombre para participar en las diversas relaciones jurídicas como sujeto de derechos y obligaciones.

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

Villoro Toranzo define a la Persona Natural como "todo ser real racional capaz de una conducta libre"; y a la Persona Jurídica como "todo ser naturalmente capaz de derechos y obligaciones".²⁵⁸

Para algunos autores, y compartimos su postura, el concepto de persona es para el derecho un presupuesto netamente filosófico-antropológico, el cual da sustento al concepto propiamente jurídico que es la personalidad. Jorge Adame Goddard, citando a Alvaro D'Ors confirma esta línea de pensamiento al señalar que "corresponde al Derecho determinar las condiciones y formas en que las personas pueden representar los distintos papeles en la vida jurídica, es decir, le corresponde reglamentar su personalidad jurídica, pero nunca definir su condición de personas".²⁵⁹

La afirmación que le niega al derecho autonomía para definir el concepto de persona limitándolo a determinar solamente el concepto de personalidad puede ser controvertida, sobre todo si se consideran evidencias históricas como la de la práctica de la esclavitud en determinadas épocas; sin embargo hay que señalar que el hecho de negarle personalidad a un ser humano no le quita en modo alguno su calidad de persona. La historia más bien confirma que cuando se ha pretendido negar a los hombres su calidad de personas ha sido para legitimar atropellos a la dignidad humana por así convenir a los intereses de quienes tienen el poder en un tiempo y lugar determinado.

²⁵⁷ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Panorama, México, 1985, p. 16.

²⁵⁸ VILLORO TORANZO, Miguel, op. cit., p. 440.

²⁵⁹ ADAME GODDARD, Jorge, Persona Humana y Persona Jurídica, Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Número 14, México, 1995.

Dicho de otro modo, si la persona es presupuesto para el Derecho, y el concepto que sigue a la persona en el mundo jurídico es el de "personalidad", el Derecho en ningún caso deberá negar la personalidad a persona alguna, reconociendo de este modo que todos los seres humanos por el hecho de serlo, tienen injerencia en la vida jurídica de la sociedad, con derechos y obligaciones más o menos regulados dependiendo de la propia legislación y la etapa y grado de desarrollo del ser humano en cuestión.

Es por ello que el Doctor Pacheco señala que *"ni la ciencia jurídica es una ciencia aislada del saber humano, ni son válidas las conclusiones que parten de unas premisas que han eliminado todo concepto ontológico y metafísico pretendiendo construir una ciencia del Derecho con solo conceptos jurídicos positivos. La persona es una realidad meta jurídica, es un supuesto anterior al Derecho que éste no crea ni elabora, sino que reconoce"*.²⁶⁰

Si la palabra persona se ha estado utilizando a lo largo del tiempo como sinónimo de hombre o ser humano, ¿por qué pretende el derecho encuadrar dentro de ella una realidad distinta? Si la ciencia Jurídica busca limitar el goce de ciertos derechos a los hombres que reúnan determinadas características, debería utilizar un vocablo que, por no tener un uso más extenso en el lenguaje, impidiera caer en confusiones, por lo tanto, en mi opinión, los tratadistas debieron haber utilizado exclusivamente la voz creada por la técnica jurídica de personalidad para designar al sujeto de derechos y obligaciones.

Es verdad que jurídicamente existe la posibilidad de que las denominadas *"personas morales"* puedan participar en el tráfico jurídico, pero esto es así porque el derecho, a través de una ficción y como consecuencia de los fines que con ella buscan alcanzar los hombres que la conforman, le otorga ciertos atributos de las personas humanas y por tanto las considera sujetos de derechos y obligaciones. Es decir que estas personas morales son tan sólo otra de las formas en que los seres humanos pueden concurrir en el mundo jurídico.

Ciertamente, el concepto jurídico de persona, entendida como sujeto de la relación, es una noción que puede llegar a justificarse como instrumento de la técnica jurídica cuya existencia obedece a una necesidad lógico-formal, pero ello no puede ser pretexto para negar en modo alguno la naturaleza de persona que tiene todo ser humano por el simple hecho de serlo.

El Derecho gira en torno a la persona y sólo por causa de ella se concibe ese orden jurídico. El hombre como sujeto de derechos y obligaciones, es el objetivo último de todo ordenamiento jurídico, porque la persona, el ser humano, para realizar sus propias y particulares finalidades, no puede prescindir en ninguna manera de su calidad de miembro del grupo social y como tal está sujeto a la normativa jurídica.²⁶¹

²⁶⁰ PACHECO, Alberto, *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, op. cit., p. 136.

²⁶¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *La Persona y el Derecho*, Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo García Maynez, Porrúa, México, 1996, p. 253.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El Sujeto de derecho, dice Eugenio Trueba, "es la persona humana a la cual es posible imputarle obligaciones jurídicas y concederle derechos subjetivos".²⁶²

El mismo autor acabado de citar señala que suele distinguirse entre la idea de persona en general y sujeto de derecho, y que aún se ha dicho que no toda persona es sujeto y que la regla puede poner, quitar, modificar y restringir esta última categoría. La historia del derecho positivo brinda varios ejemplos sobre este particular. Hay tiempo y legislación en que la persona no tiene en su favor el complejo de derechos subjetivos mínimos para adquirir verdadero perfil jurídico - social. La esclavitud, en sus diversos grados o modalidades así lo demuestra.²⁶³

Debemos aclarar, expresa el mismo Eugenio Trueba, que lo que verdaderamente dibuja o caracteriza al sujeto de derecho, es el acervo mínimo de facultades frente a otros, pues son los derechos subjetivos los que le dan relevancia y mediante los cuales se reconocen sus libertades fundamentales.²⁶⁴ Por tal motivo, concluye dicho jurista, "no basta que alguien sea susceptible o apto de tener algunos derechos y deberes concretos para asignarle esta alta categoría normativa. Es necesario precisar que el sujeto jurídico es una proyección o determinación de la persona humana, a la que no se puede dejar a la deriva, esperando que un acto legislativo positivo, más o menos discrecional o generoso, le reconozca sus derechos fundamentales.²⁶⁵ Los tiene de suyo, originalmente, y aunque de hecho se le puedan desconocer en un momento dado, es sujeto de relaciones jurídicas por ser persona y nunca a la inversa".²⁶⁶

En resumen, el sujeto de derecho es la persona humana en relación y se significa por el interés que tiene de alcanzar sus fines, pudiendo, válidamente, exigir que no se le estorbe en tan vital actividad.

2.1 LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CONCEBIDO

Una vez que hemos analizado de manera general el tema de la persona y la personalidad jurídicas, es necesario analizar las diversas teorías que se han elaborado para explicar la personalidad jurídica del concebido, a fin de estar en aptitud de discernir cual o cuales adopta el derecho civil mexicano. Entre las principales teorías se encuentran las siguientes:

a. Teoría de la ficción. En esta teoría la ley simula que el parto ya sucedió (se tiene por nacido), cuando aún no ha acontecido ese hecho, es por tanto

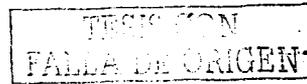
²⁶² TRUEBA, Eugenio, Derecho y Persona Humana, Editorial Jus, México, 1966, p. 93.

²⁶³ *Ibid*, p. 94.

²⁶⁴ *Ibid*, pp. 93-94

²⁶⁵ Lo considere, como señala Hans Kelsen, centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos.

²⁶⁶ TRUEBA, Eugenio, Derecho y Persona Humana, op cit., p. 95.



una ficción jurídica que coloca al concebido en un plano de igualdad con el nacido; se genera una presunción iure et de iure por la cual se considera, sin la posibilidad de admitir prueba en contrario, que la criatura en el seno materno reúne todos los requisitos abstractos creados por los juristas como personalidad y capacidad jurídica; es decir, que por una ficción o presunción el nonato se adapta a los conceptos jurídicos.

Para favorecer al nacido, su personalidad se remonta hasta el día de su concepción, por tradición tomada del Derecho romano, del *adagio: infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable). Es por ello que el concebido no nacido puede recibir una herencia, un legado o una donación, circunstancias que se cumplen siempre y cuando el concebido nazca vivo.

La expresión "para todo lo que le favorezca..." plantea algunos problemas en cuanto a su interpretación ya que lo que haya de entenderse por favorable al concebido es una cuestión que generalmente deberá resolverse en cada caso concreto interpretando aquellos negocios jurídicos que lo afecten.

Desde luego, la frase no puede interpretarse en el sentido de que en cada situación haya que separar o se pueda deslindar lo favorable de lo adverso. La posibilidad que se otorga al concebido de llegar a adquirir derechos es algo favorable, pero tampoco hay duda de que dicha adquisición (en el caso que llegue a producirse) puede llevar consigo una carga o un gravamen (desfavorable) y sin embargo, dicha situación no es separable; es el caso, por ejemplo, de la sucesión en las deudas del causante.²⁶⁷

Asimismo, De Castro opina que con el término "efectos favorables" no ha de entenderse que en cada situación que afecte al concebido haya que separar la parte favorable de la desfavorable. Significa, según el autor, darle una facultad favorable, de adquirir derechos. Entonces, por ejemplo, según el supuesto anterior, la herencia la adquiere el concebido, pero con las cargas y gravámenes impuestos por el testador.²⁶⁸

La mayoría de las legislaciones de origen romanista han incorporado a sus textos legales el aforismo latino que establece "*Infans conceptus pronato habetur quoties de commodis ejus agitur* (Al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable)."

José Puig se opone a esta teoría estableciendo que "*existen ciertos criterios favorables a la teoría de la ficción, pero si se tiene en cuenta que tal teoría en realidad escamotea el problema de la condición jurídica del concebido en vez de resolverlo, parece conveniente enfocar la cuestión desde un punto de vista esencialmente jurídico*".²⁶⁹

²⁶⁷ LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 48.

²⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p.233

²⁶⁹ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Primera Parte, Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, 1979, p.39.

b. Personalidad provisional o de condición resolutoria. Otros autores consideran que el concebido ostenta una personalidad condicional o provisional. No se trata de una ficción de personalidad, sino de un sujeto con una capacidad condicionada, es decir, sujeta a un hecho futuro de realización incierta, que generalmente consistirá en el nacimiento.

Para un sector doctrinal es la concepción y no el nacimiento lo que determina la personalidad. Los derechos serán adquiridos desde la concepción, estando sometidos a condición resolutoria para el caso de que el concebido no llegue a nacer con los requisitos legales.²⁷⁰

Diego Espín Cánovas, considera que es el nacimiento el que determina el principio de la personalidad, pero pueden retrotraerse sus efectos jurídicos al tiempo de la concepción mediante una ficción, considerando al concebido como nacido; sistema que fue seguido por el Derecho romano para todo lo que le fuere favorable y que ha pasado al derecho moderno atribuyéndole capacidad al sujeto, condicionada a que nazca vivo.²⁷¹

c. Personalidad de condición suspensiva. La personalidad jurídica del concebido queda sometida a una condición suspensiva: debe nacer vivo y viable, o sea, capaz de vivir una existencia separada de su madre.²⁷²

M. Lete del Río, opina que la situación del concebido implica una situación de interinidad, en la que la masa de bienes o derechos que se le destinan y puede llegar a adquirir, si nace, se encuentra en una situación de pendencia; la cual no siempre se resolverá a favor del concebido, solamente si llega a nacer y retroactivamente al nacimiento con los requisitos legales; o sea, es cierto que el concebido, si llega a nacer, será titular de dichos bienes o derechos, pero también lo es que pueden serlo aquellas personas a las que corresponderán los bienes si aquél no llega a nacer.²⁷³

Asimismo, Puig concluye que la naturaleza jurídica del concebido se determina conforme al concepto de pendencia de la relación jurídica, la cual supone que la misma se constituye transitoriamente entre unos determinados sujetos, en espera de que queden determinados los sujetos definitivos de la relación jurídica creada con el carácter de interina. El autor la clasifica como una relación jurídica interina, que vive en estado de pendencia o bajo el signo de la limitación por tener una finalidad transitoria, porque desde su nacimiento a la vida del derecho viven pendientes de que al ocurrir un

²⁷⁰ LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 47.

²⁷¹ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, citado por CRUZ PONCE, Lisandro, El Nasciturus, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXIII, N° 67, enero- abril, UNAM, México, 1990, p. 42.

²⁷² DELEURE, Edith, citado por CRUZ PONCE, Lisandro, *op.cit.*, p. 49.

²⁷³ LETE DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 47-48.

determinado hecho queden eliminadas o también para que desaparezcan para dar paso a una relación jurídica definitiva.²⁷⁴

Entonces, aplicando el concepto de pendencia de la relación jurídica, puede explicarse satisfactoriamente la posición jurídica del concebido, sin necesidad de tener que acudir a ficciones.

d. Derechos sin sujeto. Otra tesis es la que parte de la premisa de que entre la concepción y el nacimiento hay determinados bienes o derechos que al ser atribuidos al concebido carecen aún de sujeto, ya que para ellos el concebido aún no es persona, por lo que lo que hay son derechos sin sujeto.²⁷⁵

Señala Sessarego que ésta, es una ficción que no encuadra en la realidad del Derecho - que es relación entre sujetos de derecho existentes-. *"En principio, salvo casos de excepción, somos contrarios al uso de la ficción o fingimiento en el Derecho, ya que ello supone cercenar de la experiencia jurídica aquello que es fundamental y primario, como es la realidad sociológico-existencial, a partir de la cual es posible valorar y regular normativamente una determinada situación. Siempre, detrás de un patrimonio, es posible encontrar un sujeto titular de algún derecho sobre dicho patrimonio, sin necesidad de recurrir a un innecesario fingimiento que desconoce la experiencia jurídica como realidad"*.²⁷⁶

Puig Brutau citado por Ordoqui define los "derechos expectantes" como aquellos que están sujetos a un plazo o condición, a un acontecimiento futuro e incierto. No puede haber condición si no existe quién tenga derechos o expectativas sobre dicha condición, pues si antes de ella no existía nada, la condición no puede nunca se vista como futura".²⁷⁷

Queda claro que la existencia de una "condición" presupone la presencia de un titular y que, además de una condición no se puede hacer depender la existencia o validez del negocio o del derecho, sino que de ella dependerá su eficacia.

Actualmente, ante los resultados indiscutibles que presentan los estudios científicos, es irracional cuestionarse si el concebido es o no un ser humano con vida, o si se puede disponer de él como un simple objeto. En este mismo sentido establece Julio César Rivera: *"El derecho a la vida, como derecho personalísimo que es, pertenece a la persona por su sola condición humana. Es un derecho*

²⁷⁴ PUIG BRUTAU, José, *op. cit.*, p.39.

²⁷⁵ LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 47.

²⁷⁶ SESSAREGO FERNÁNDEZ, Carlos, Tratamiento Jurídico del Concebido. Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1998, pp.152-153.

²⁷⁷ ORDOQUI, Gustavo, La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano: Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas, Universidad Externado de Colombia, Grupo Editorial 87, Colombia, 1995, p.281.

*esencial e innato que corresponde a la persona desde su origen, desde que ella existe como tal, lo cual biológicamente ocurre a partir del momento de la concepción.*²⁷⁸ Ello debe ser íntegramente reconocido por el Derecho.

Por eso consideramos que ninguna de estas doctrinas corresponde a la realidad, ya que buscan encuadrar la protección jurídica del concebido a los conceptos abstractos creados por el derecho de persona, sujeto de derecho, personalidad y capacidad, cuando estos conceptos son los que deberían adaptarse a la realidad del concebido, es decir, que es persona humana desde la unión de los gametos. Si somos congruentes tenemos que aceptar que el concebido debe entrar bajo la protección de la ley desde ese momento, ya que el derecho a la vida es el mismo para todas las personas y se remonta al mismo momento en que se engendra un nuevo ser.

La gran mayoría de los autores consideran que la personalidad del concebido en el Derecho civil mexicano es condicional, ya que se encuentra sujeta al acontecimiento futuro e incierto de que, una vez desprendido del seno materno, viva veinticuatro horas o bien sea presentado vivo al Registro Civil.²⁷⁹ "Por lo tanto, la criatura humana tiene, desde su concepción, una personalidad condicional. Condicional, puesto que no existe más que si el concebido nace vivo y viable, pero es bastante para que sea necesario, desde la concepción de la criatura, velar por sus intereses".²⁸⁰

El problema surge en determinar que tipo de condición es la que rige al concebido, ya que hay diversidad de opiniones, sin embargo, hay coincidencia respecto de que en nuestro Código Civil no se especifica ninguna, únicamente se señala que el concebido para adquirir la personalidad jurídica está sujeto a la *condición* de nacer vivo y viable.

Para Rafael Rojina Villegas, la personalidad del concebido está sujeta al acontecimiento futuro e incierto de la vida extrauterina (viabilidad), pero determinado en forma negativa, es decir, que el concebido no nazca vivo y viable o mejor dicho que no se presenten las circunstancias legales señaladas por el artículo 337 del Código Civil.

²⁷⁸ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, Volumen II, Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires Argentina, 1995, p.31.

²⁷⁹ Artículo 1938 del Código Civil Federal. "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto". Artículo 1939 del Código Civil Federal. "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación". Artículo 1940 del Código Civil Federal. "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido". Artículo 1941 del Código Civil Federal: "Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación, o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidos a fecha diferente".

²⁸⁰ MAZEAUD, *Derecho Civil. Los Sujetos de Derechos. Las Personas*, Ediciones Jurídicas Europeo-americanas, Buenos Aires, 1959, p. 10.

El establecer que no se reputará nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo al registro civil realiza la función importantísima de reconocerle personalidad al embrión humano, por tanto, no creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa consistente en que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria).²⁸¹

Los autores alemanes como Mazeaud, consideran que la personalidad del concebido se encuentra sujeta a una condición suspensiva, ya que los derechos del concebido se suspenden hasta el momento en que nace vivo y viable, es decir, los efectos de los derechos del concebido están suspendidos en el tiempo hasta el momento en que, éste nazca vivo y viable.²⁸²

En lo personal considero que el tratamiento que le da el Código Civil Federal de México al concebido no es condicional, sino el de una ficción, ya que menciona que "se tiene por nacido para los efectos declarados en el propio código". Nótese que no utiliza la fórmula clásica de que se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, sino que limita esa ficción a los supuestos que el propio Código establece con la consecuente restricción de su personalidad para los demás supuestos. Es decir, que sólo en algunos supuestos muy específicos se considera ficticiamente al concebido sujeto de derechos y obligaciones, es decir que no se le reconoce por el ordenamiento una personalidad completa e integral; pero al ser una característica de la personalidad la indivisibilidad, no se puede hablar de una verdadera personalidad, aunque esté sujeta a una condición resolutoria negativa.

Además, el establecer que la condición resolutoria negativa consiste en que el concebido no viva o no sea viable, ello necesariamente implica que la condición es que muera, pero la muerte no puede ser considerada como una condición, ya que si bien es un acontecimiento futuro no es incierto, puesto que estamos ciertos que ocurrirá y lo único que no sabemos es en qué momento.

Si acaso lo que puede estar efectivamente sujeto a condición, es el nacimiento biológico, es decir, que para reputarse como jurídico el nacido debe vivir 24 horas o ser presentado vivo al registro civil antes de ese lapso de tiempo.

La concepción, así como la naturaleza del concebido, son datos que el jurista debe tomar de ciencias auxiliares como la medicina, la biología o la antropología, a fin de estar en aptitud de generar un ordenamiento jurídico justo acorde con la realidad.

²⁸¹ Cfr: ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción: Personas y Familia, Porrúa, México, 1983, p. 161.

²⁸² MAZEAUD, *op cit*, p. 12.

Hemos analizados diversas teorías médico-biológicas acerca del surgimiento de la vida propiamente humana, la primera considera dicho surgimiento, desde el momento mismo de la fecundación, otra afirma que es necesaria la implantación o anidación del embrión en el útero materno, la tercera señala que es menester la actividad cerebral registrable y la última entiende que el ser humano, para existir, tiene que ser capaz de vivir fuera del útero. Después del análisis correspondiente hemos llegado a la sólida conclusión de que *"desde el momento de la fecundación está viviendo una persona – allí hay alma y cuerpo- en cualquiera de las fases del desarrollo embrionario y fetal, sin diferencias de ninguna clase en cuanto a la existencia, si bien hay fuertes diferencias estructurales y funcionales, aunque no más grandes que las que hay entre un recién nacido y un anciano"*.²⁸³

Lo anterior nos obliga a afirmar que la protección jurídica que debe recibir el concebido ha de ser integral y desde el mismo momento en que se tenga noticia de la concepción. Ahora bien, esta noticia es un hecho que aporta la medicina y que es jurídico en la medida en que tiene consecuencias de derecho.

Diagnosticar la existencia de una gestación, desde la óptica de la medicina, es fácil en la mayoría de los casos, pero pueden existir obstáculos para determinarla, ya que en sus inicios puede confundirse con algunos procesos ginecológicos tales como el mioma uterino, el quiste ovárico, etc. Existen pruebas de laboratorio para diagnosticar el embarazo, pero también signos clínicos del mismo, unos llamados de certeza, que aparecen tardíamente y consisten en la aparición de movimientos activos del feto notados por el observador, la apreciación por palpación de partes fetales y la auscultación de los ruidos cardíacos del corazón fetal; los otros signos son llamados de probabilidad y tienen gran valor presuntivo si se recogen ordenadamente y entre ellos figuran: la amenorrea, los subjetivos de gravidez (náuseas, vómitos, etc.), las pigmentaciones (aereolar, la línea morena, cicatrices), la aparición de calostro en las mamas, el aumento de volumen de las mamas y del abdomen, la consistencia, forma y volumen del útero y la coloración morada de la mucosa.

Es decir que, si queremos ser congruentes, debemos proteger la vida desde el momento de la concepción, ya sea que se tenga una noticia cierta o una presunción de ella ya que como bien advierte Juan Ramón Lacadena, *"la vida humana es un proceso ya que, a partir del momento en que empiece el primer gen en dicha célula inicial única (cigoto), la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto"*.²⁸⁴

Ahora bien, estamos ciertos que el tratamiento ficticio que le da el Código al concebido no responde en modo alguno a su realidad, razón por la cual haremos una propuesta de regulación respecto a este tema más adelante.

²⁸³ CARRASCOSA citado por HERRERA JARAMILLO, Francisco José, El derecho a la Vida y el Aborto, EUNASA, Pamplona, España, 1984, p.153.

²⁸⁴ LACADENA, Juan Ramón, citado por SESSARREGO FERNÁNDEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 149.

3. LA CAPACIDAD

Como se ha dicho anteriormente la personalidad es un concepto jurídico que obedece a la proyección de la persona en el mundo del Derecho, pero para que pueda intervenir de manera efectiva en el tráfico jurídico es necesario que tenga ciertas cualidades, características o atributos que son propios de la personalidad entre los que se encuentran el nombre, el domicilio, el patrimonio, el estado civil, la nacionalidad y la capacidad.

De todos los anteriores nos limitaremos en esta investigación al estudio de la capacidad por estar directamente relacionada con el concebido, sin embargo pensamos que todos los atributos son aplicables al concebido. El término capacidad viene del latín "*capacitas*" que significa aptitud o suficiencia para alguna cosa. Los antecedentes de la capacidad se encuentran en el derecho romano que la definía como la aptitud para ser titular de derechos y poder ponerlos en ejecución, de aquí surge la distinción clásica entre capacidad de goce o legal y capacidad de ejercicio o de obrar. En principio la capacidad jurídica se identificaba con la personalidad, ya que al igual que ella, requería pertenencia al *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*. Es decir aquél que obtenía la condición de libre, ciudadano y *sui iuris* era aquél que tenía la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Sin embargo había una distinción, que consistía en que las personas que padecían alguna incapacidad no podían actuar en ningún negocio jurídico, es decir, carecían de "*capacidad de obrar o la aptitud necesaria para poder producir, por propia determinación, algún acto con eficacia jurídica*".²⁸⁵

La incapacidad podía ser jurídica o de derecho y de obrar o de hecho según que la persona carecía de la aptitud legal para ser titular de derechos o de la necesaria aptitud para ejercerlos por sí misma.

Para Paul Jors en su libro "Derecho Privado Romano" existían tres tipos de incapacidad de obrar o negociar que eran:²⁸⁶

- 1.- La falta de edad o madurez sexual. Sin embargo en el derecho romano las mujeres nunca alcanzaban ni por la edad, ni por la madurez sexual, la capacidad.
- 2.- Los dementes permanecían en estado de incapacidad de obrar mientras durasen sus trastornos mentales. Sin embargo los negocios realizados en intervalos lúcidos eran totalmente válidos.
- 3.- La prodigalidad, es decir, las personas que dilapidaban la fortuna heredada de su padre poniendo a su familia en peligro de indigencia. En este caso, el sujeto podía ser privado de la administración de sus bienes.

²⁸⁵ Cfr: GUZMÁN PEÑA, A., *op. cit.*, p. 355.

²⁸⁶ JORS, Paul, Derecho Privado Romano, Traducción de Luis Prieto Castro, Barcelona, 1965, pp 88-90.

En la actualidad el concepto permanece intacto, ya que se considera a la capacidad como aquel atributo de la personalidad, de hecho el más importante, que consiste en la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Nuestro Código Civil Federal señala en su artículo 22:

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

Y el mismo Código señala en su artículo 2°:

"Hombres y mujeres tendrán la misma capacidad, por lo que la mujer no queda sometida por cuestión del sexo a ninguna incapacidad y solamente tendrán incapacidad legal aquellas personas que el mismo Código señala".

Hemos dicho que la personalidad es la proyección de la persona en el mundo del derecho, es decir, el reconocimiento jurídico del hombre; por su parte la capacidad es, por un lado, la aptitud de una persona para adquirir derechos y obligaciones, y por otro, la posibilidad de que dicha persona ejerza esos derechos y cumpla con sus obligaciones por sí mismo.

Utilizando como criterio de distinción el aristotélico de la potencia y el acto, es que podemos afirmar que la personalidad es la potencia de la persona humana para involucrarse en el mundo de derecho, y cuando de hecho se involucra, entonces estamos en presencia de la capacidad, por medio de la cual se adquieren, ya sea por sí mismo, ya por medio de un tercero, derechos y obligaciones concretas.

La distinción es útil, aunque muchos tratadistas no lo consideren así, ya que si no se consideran como dos cosas distintas, una, la personalidad, presupuesto de la otra, la capacidad, se llega a absurdos como el de la legislación mexicana que considera que el niño concebido no tiene personalidad (peor aún que no es persona), pero reconoce su capacidad, aunque sea condicionada al otorgarle el derecho de heredar, recibir legados o donaciones, evidenciando con ello la profunda contradicción entre el concepto positivista de persona y la realidad filosófica, médica y biológica que existe en torno al ser humano.

Aplicada esta distinción en la regulación civil, se debe reconocer la personalidad desde el momento de la concepción y la capacidad, consecuencia de aquélla, en cuando es conocida y está por tanto, en posibilidad de entrar en el mundo de las relaciones jurídicas.

Ahora bien, la capacidad es acto en sus dos acepciones, solo que la capacidad de goce es un "acto pasivo", en donde el sujeto no realiza ningún acto positivo, por lo menos por sí mismo, sino que se limita a recibir los beneficios o cargas de los derechos y obligaciones; por otra parte, la capacidad de ejercicio, entendida como "la posibilidad de ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones por sí mismo"

es un "acto activo", pues implica la intervención positiva y voluntaria de un sujeto en el mundo del Derecho.

3.1 CAPACIDAD DE GOCE

Los sujetos de derecho, dotados de personalidad, son aptos para ser titulares de derechos y obligaciones, a esto se le conoce como capacidad de goce y es a la que se refiere el citado artículo 22 del Código Civil cuando dice que "*se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte*". Toda persona goza de capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, esto en principio, ya que la capacidad puede tener limitaciones pero nunca puede ser suprimida.

Para Rafael Rojina Villegas la capacidad de goce "*es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones*".²⁸⁷ Para Bonnecase es "*la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación*".²⁸⁸

Para Ignacio Galindo Garfias "*la capacidad de goce corresponde a toda persona y es parte integrante de la personalidad*".²⁸⁹ Estamos de acuerdo con la definición del maestro Galindo Garfias, sin embargo es importante señalar que, de acuerdo con la distinción que hemos venido utilizando entre personalidad como potencia y capacidad como acto, sólo se puede considerar a la capacidad como parte integrante de la personalidad en tanto la primera es consecuencia de la segunda, así como el acto es consecuencia de la potencia, íntimamente ligadas en un mismo sujeto y no como una misma cosa.

Ahora bien respecto del concebido se establece en el artículo 22 del Código Civil Federal que "desde el momento de la concepción se le tiene por nacido para los efectos declarados en el código", por ello, para estar en aptitud de comprender en su totalidad lo establecido por el citado ordenamiento es necesario desglosar dos conceptos: el de concepción y el de nacimiento.

3.1.1 La concepción

Los médicos han establecido que la concepción ocurre entre el lapso de 180 y 300 días previos al parto viable, por lo que se considera que la concepción ocurrió

²⁸⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 158.

²⁸⁸ BONNECASE, J., Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, p. 337.

²⁸⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, 5ª ed., Porrúa, México, 1982, p. 389.

aproximadamente en los 120 primeros días de ese lapso. Esto quiere decir que los médicos consideran que un embarazo viable puede durar como mínimo 180 días y como máximo 300. Los plazos señalados son amplios, ya que es raro, pero no imposible, que una criatura nazca viva y viable el día 180 después de su concepción y es todavía más difícil que un embarazo se prolongue 300 días.

La fecha de la concepción es muy importante en Derecho de Familia, ya que se establece como presunción de filiación.

De acuerdo con el artículo 324 del Código Civil Federal, el hijo de matrimonio no tiene que probar quien es su padre, ya que se presume que serán hijos del marido los que haya dada a luz la mujer casada durante el matrimonio; también son considerados hijos de matrimonio los hijos nacidos dentro del plazo de 300 días contados a partir de la disolución del vínculo matrimonial o de la separación material de los esposos. Esta presunción no puede ser fácilmente destruida por ninguno de los cónyuges.

Para excluir de la paternidad al marido, no basta que la madre lo diga, ya que mientras éste viva, solamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio (Artículo 345 del Código Civil Federal). El marido tendrá que probar que durante los 120 primeros días, de los 300 que precedieron al parto, le fue físicamente imposible tener cópula con su mujer (Artículo 325 del Código Civil Federal) y sólo se admiten como prueba dos casos: cuando el marido sufra de impotencia y cuando se encuentre alejado físicamente de su mujer, excepto que exista prueba de que los cónyuges se reunieron alguna vez dentro del período de 120 días a que se refiere el precitado artículo 325 del Código Civil, o que se pruebe plenamente que la mujer fue inseminada artificialmente con el semen del marido.

Sólo hay tres casos en que el hijo nacido antes de 180 días de celebrado el matrimonio es considerado hijo de matrimonio (Artículo 328 del Código Civil Federal): Cuando se prueba que el marido antes del matrimonio tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, es necesario un principio de prueba por escrito; cuando el marido ha concurrido al levantamiento del acta de nacimiento y la ha firmado o ésta contiene su declaración de no saber firmar; y si el padre ha reconocido expresamente al hijo como suyo.

A pesar de que nuestro Código únicamente ha tomado interés en la fecha de la concepción del *nasciturus* en lo relativo a la filiación, consideramos que sería de gran importancia regularlo, porque de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil Federal desde ese momento empieza la protección que la ley otorga; esta laguna debe ser subsanada e incluir este concepto en lo relativo a la personalidad del concebido.

3.1.2 El nacimiento

Desde el punto de vista biológico, el nacimiento consiste en el desprendimiento del feto de las entrañas maternas al momento del parto; mientras esto no ocurra, ya sea por medios naturales o artificiales, se considera que el feto no ha nacido.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico el concepto de nacimiento es distinto, ya que el artículo 337 del Código Civil Federal estipula que *"para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil, faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad"*.

El artículo 303 del Código Civil de 1884, daba el mismo tratamiento que el Código actual respecto al nacimiento, pero todavía mantenía el viejo prejuicio de no considerar persona al que nacía sin figura humana, dicho artículo señalaba: *"sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y que, o vive veinticuatro horas, o es presentado vivo al Registro Civil"*.

Estas estipulaciones nos advierten que el concebido adquiere su capacidad de persona al momento de su nacimiento pero sujeto al cumplimiento de los dos requisitos siguientes:

1. Que esté vivo. Para algunos autores como Mazeaud *"el requisito de la vida es comprobado si la criatura respira, es decir con la presencia del aire en sus pulmones"*.²⁹⁰ También se considera vivo si presenta signos vitales como el latido del corazón o el pulso, pero consideramos que ello es consecuencia de que ha respirado. A contrario sensu, se considera que el nacido que no respira y, en consecuencia, no presente signos vitales, ha nacido muerto.

2. Que sea viable. La viabilidad ha sido correctamente definida por la Doctrina como la aptitud orgánica que el nacido debe tener para seguir viviendo. Consiste en que el nacido tenga sus órganos vitales correctamente formados, y si se llega a presentar un defecto orgánico éste no debe impedirle seguir viviendo.

Galindo Garfias nos dice que *"la viabilidad posee dos sentidos, aunque este autor a lo que se refiere es a la distinción que hay entre la viabilidad intrauterina y la viabilidad extrauterina"*.²⁹¹

La viabilidad Intrauterina o propia alude al tiempo necesario, que de acuerdo con la experiencia médica es entre 180 y 300 días después de la concepción, para considerar que el feto ha adquirido el desarrollo, formación y la fuerza vital necesarias dentro del seno materno para poder seguir viviendo después

²⁹⁰ MAZEAUD, *op. cit.*, p. 10.

²⁹¹ Cfr: GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso, op. cit.*, pp. 301-319.

del parto. A este concepto es al que se refieren los autores del Código Civil Francés, así como los juristas romanos de la antigüedad cuando hablaban de "*Partus Pertecturs*"

La viabilidad extrauterina o impropia no considera la formación del feto, sino únicamente su fuerza vital para sobrevivir después del parto por un periodo que puede ser más o menos largo.

La legislación mexicana anula la distinción y resuelve estas cuestiones de manera terminante, al estipular en el precitado artículo 337 que el feto se reputará nacido cuando viva 24 horas o sea presentado vivo al Registro Civil antes de que transcurra ese plazo; por lo tanto, tal viabilidad no presupone que el infante nazca sano y con posibilidades de persistir en la vida, sino que basta el simple hecho de la vida, aún cuando haya de fallecer a la vigésima quinta hora de su natalicio o a los pocos minutos de ser presentado al Registro Civil.

El criterio de viabilidad puede decirse que es el vínculo que une estrechamente a la Teoría de la Persona Jurídica Positiva con la del *nasciturus*, porque la viabilidad es el requisito legal esencial que el *nasciturus* debe satisfacer al nacer para que se le otorgue la personalidad jurídica y es por eso que, aunque nazca vivo, si no es viable no se le reconoce a éste la cualidad de persona ni se le otorga la capacidad jurídica.

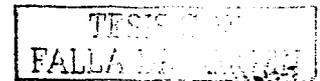
3.2 CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio podría definirse como la aptitud de la persona de ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por sí mismo. *"Esta capacidad implica que la persona que disfruta de ella tenga la madurez mental necesaria para responder por sus actos y disfrutar de sus derechos sin necesidad de que otra persona lo realice por él. Supone, por tanto, la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, y de contraer y cumplir sus obligaciones, como quedó dicho por sí mismo".*²⁹²

Toda persona con salud mental o por lo menos con intervalos lúcidos, en el momento de alcanzar la mayoría de edad, comienza a disfrutar de la capacidad de ejercicio, contando a partir de ese momento con la capacidad para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por sí mismo.

El artículo 23 del Código Civil Federal establece: *"El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes salvo las limitaciones que establece la ley"*. Por lo que podemos decir que una persona goza

²⁹² DEL VAL MATARREDONDA, María Teresa, En busca de una Legislación más justa para el Incapaz, Universidad Iberoamericana, México, 1994, p. 36.



de capacidad de ejercicio cuando ha alcanzado la edad que se considera necesaria para discernir y comprender el alcance de sus actos, no ha sido declarado en estado de interdicción o no tiene una incapacidad legal.

Es importante distinguir el concepto de capacidad del de legitimación. Se entiende por legitimación un presupuesto legal de eficacia en los contratos, pues en su ausencia se impide que el contrato produzca sus efectos, aunque reúna todos los elementos de existencia y de validez, en atención al defecto de una cualidad sea en el sujeto, sea en el objeto o en ambos.²⁹³

3.3 CAPACIDAD RESTRINGIDA E INCAPACIDAD

Se dice que una persona es incapaz cuando actualiza los supuestos normativos que contempla la legislación para considerarla como no apta para hacer valer sus derechos por sí misma, es decir, carente de capacidad de ejercicio.²⁹⁴ Esta determinación debe tomar en cuenta parámetros lógicos que determinen la conveniencia o no de privar a determinada persona de su capacidad de intervenir de manera activa en el tráfico jurídico.

El criterio legal usual en este tema es el relativo a la edad de las personas, pero hay otros supuestos en los cuales el criterio que prevalece no es el cronológico, sino que se atiende fundamentalmente a dos aspectos: el primero es el grado de madurez y el segundo la seguridad jurídica.

El ser incapaz significa que el individuo se encuentra en una situación de desventaja y, por lo tanto, la ley tiene la finalidad de proteger a ciertas personas contra su inexperiencia o su estado mental. Los menores, los enajenados, los sujetos a interdicción civil, no ejercen por sí mismos sus derechos; el padre o el tutor del incapaz son quienes los representan.

Rafael Rojina Villegas hace una clasificación sobre los grados de incapacidad, basándose en el artículo 24 del Código Civil (ahora Federal) que establece que *"el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus*

²⁹³ DE LA PEZA, José Luis, De las obligaciones, Porrúa, México, 2002, p. 37, una distinción importante entre los incapaces respecto de quienes no se encuentran legitimados consiste en que los incapaces pueden suplir su voluntad por medio de la representación, mientras que los que no se encuentran legitimados, no pueden superar dicho obstáculo legal.

²⁹⁴ Artículo 450 del Código Civil: Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad.

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

III y IV (Se derogan).

bienes, salvo las limitaciones que establece la ley", así como en el artículo 1798 del citado ordenamiento que señala: "*son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley*". Dicha clasificación es la siguiente:

a.- El grado mínimo de incapacidad existe en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código de que nazca vivo, viva 24 horas o sea presentado al Registro Civil. Esta capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural. Sin embargo requiere la representación de quienes ejerzan la patria potestad.

b.- Incapacidad en relación a los menores de edad. En los menores de edad tenemos la capacidad de goce pero con ciertas restricciones en cuanto al ejercicio de esta capacidad. El menor mientras no sea emancipado, sólo puede hacer valer sus derechos por medio de un representante.

c.- La incapacidad en los menores de edad emancipados, es únicamente parcial, ya que pueden realizar por sí mismos algunos actos como, por ejemplo, lo relativo a sus bienes muebles e inmuebles sin necesidad de un representante, pero sin embargo requiere autorización judicial para enajenar dichos bienes.

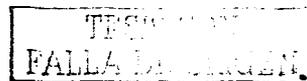
d.- En los mayores de edad la incapacidad se presenta cuando existe una declaración judicial de interdicción por estar privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentren perturbadas.

Pero además hay ciertas restricciones a la capacidad de goce enumeradas en diversos ordenamientos jurídicos, los cuales responden a criterios de madurez, orden público, protección a ciertas personas, o bien, a sanciones que se imponen como serían, entre otros, los casos siguientes:

a.- La fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, limita el derecho de los extranjeros para adquirir el dominio de las tierras, aguas y accesiones a la autorización por parte del Estado, y les prohíbe adquirir inmuebles en una franja de 100 km. a lo largo de la frontera y de 50 km. en las playas; lo que significa que no están en aptitud de ser titulares de los derechos y obligaciones inherentes al derecho de propiedad sobre esos inmuebles.

b.- El artículo 33 Constitucional establece otra restricción al señalar que los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en asuntos políticos del país. Por lo que se les priva de los derechos reservados a los mexicanos.

c.- El artículo 110 Constitucional establece como sanción por responsabilidad de los servidores públicos la destitución del servidor o su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público sin perjuicio de las sanciones de carácter penal.



d.- Los artículos 228 y 231 del Código Penal Federal establecen sanciones por responsabilidad profesional, que consisten en la suspensión en el ejercicio profesional.

e.- Con base en el artículo 22 del Código Civil Federal se puede decir que el concebido como individuo es persona y se protege desde el momento de su concepción, pero tiene una capacidad limitada o condicionada a que nazca vivo y viable, por lo tanto su capacidad de goce, desde el punto de vista positivo, no puede considerarse plena. La capacidad que se inicia con la concepción del ser se va ampliando en la medida que la persona física aumenta su edad.

g.- El artículo 23 del Código Civil Federal previene en su última parte que "*los incapaces pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes*". La representación tiene por objeto suplir la deficiencia, o la inmadurez, de algunas personas para ejercer por sí mismos sus derechos y cumplir sus obligaciones.

h.- El artículo 646 del Código Civil Federal establece que "*la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos*"; y el artículo 647 del mismo ordenamiento dispone que "*el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes*". La excepción es la adopción, ya que de acuerdo con el artículo 390 del Código Civil Federal, para adoptar no es suficiente la mayoría de edad, sino que se tiene que tener 25 años y una diferencia con el adoptado de 17 años. Sin embargo, a pesar de no haber cumplido la mayoría de edad el menor tiene, por ministerio de ley, las siguientes prerrogativas (todas relativas a la capacidad de ejercicio, ya que la capacidad de goce es plena y se ejerce a través del representante): esponsales, matrimonio, autorización judicial para contraer matrimonio, capitulaciones matrimoniales, donaciones antenupciales, reconocimiento de hijos, consentimiento de adopción a los catorce años, nombramiento de tutor por oposición de intereses, solicitar el aseguramiento judicial de sus bienes, designar tutor testamentario, etc. intereses opuestos, administración de bienes

4. LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO CIVIL

El Derecho conserva a favor del concebido no nacido, la expectativa de derechos que está en posibilidad de adquirir, al establecer que se le tendrá por nacido desde el momento de la concepción. Esto quiere decir que la ley simula en ciertos casos, no sólo que el niño ya fue parido, sino que vivió 24 horas, cuando en realidad no ha sido así, por tanto estamos, como hemos mencionado, en presencia de una ficción jurídica.

Sin embargo, esa ficción no es total, sino únicamente para los efectos declarados específicamente en el código, por lo tanto, el no nacido recibe determinados beneficios que no implican en modo alguno el reconocimiento total e integral de su

personalidad. De hecho ley más que atribuir derechos al concebido tiende a limitar los de los demás en atención a un bien futuro que pudiera corresponderle al nacer y no como consecuencia de su naturaleza de persona humana.

Ahora bien, consideramos que el establecimiento de derechos, aunque sean mínimos, en los que el concebido es el sujeto pasivo de los mismos, puede implicar el reconocimiento absoluto de su personalidad; por eso estamos de acuerdo con el Maestro Rojina Villegas cuando dice que *"Podemos sentar el principio de que la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad"*.²⁹⁵ Desde el momento de la concepción, el ser humano es considerado como sujeto de derecho, y aunque tiene su capacidad restringida es evidente que su personalidad no, ya que la capacidad puede limitarse, pero no así la personalidad, proyección de la persona en el mundo jurídico.

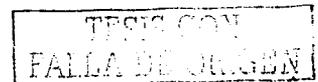
El Código Civil mantiene a la cabeza de la teoría del *nasciturus* una declaración de tipo general, que da tónica a todo el sistema: el concebido se tiene por nacido y por tanto queda bajo la protección de la ley. Esa declaración (ficción) jurídica que produce un principio general puede permitir, al aplicarse a casos no previstos en preceptos concretos, extender la teoría y servir de fundamento y trabazón a todo un sistema. Entre los efectos declarados por el Código Civil, como lo expresa el artículo 22 del mismo ordenamiento, comúnmente se mencionan los siguientes:

4.1 DERECHO A SER HEREDERO

El derecho hereditario atiende a la concepción para determinar la existencia de la persona jurídica. Basta que dichos causahabientes hubieren sido concebidos antes de la muerte del autor de la sucesión para que se generen en su favor diversos derechos. A continuación transcribimos los artículos del Código Civil Federal relacionados:

- *Artículo 1313. Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes: I. Falta de personalidad;...*
- *Artículo 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.*

²⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 158.



- *Artículo 1315. Será, no obstante, válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador.*
- *Artículo 1375. El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.*
- *Artículo 1377. No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.*
- *Artículo 1638. Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.*
- *Artículo 1639. Los interesados a que se refiere el precedente artículo pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es. Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor, ni a la libertad de la viuda.*
- *Artículo 1640. Háyase o no dado el aviso de que habla el artículo 1638, al aproximarse la época del parto la viuda deberá ponerlo en conocimiento del juez, para que lo haga saber a los interesados. Estos tienen derecho de pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento; debiendo recaer el nombramiento precisamente en un médico o en una partera.*
- *Artículo 1641. Si el marido reconoció en instrumento público o privado la certeza de la preñez de su consorte, estará dispensada ésta de dar el aviso a que se refiere el artículo 1638; pero quedará sujeta a cumplir lo dispuesto en el artículo 1640.*
- *Artículo 1642. La omisión de la madre no perjudica a la legitimidad del hijo, si por otros medios legales puede acreditarse.*
- *Artículo 1643. La viuda que quedare encinta, aun cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria.*
- *Artículo 1644. Si la viuda no cumple con lo dispuesto en los artículos 1638 y 1640, podrán los interesados negarle los alimentos cuando tenga bienes; pero si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez, se deberán abonar los alimentos que dejaron de pagarse.*

- *Artículo 1645. La viuda no está obligada a devolver los alimentos percibidos aun cuando haya habido aborto o no resulte cierta la preñez, salvo el caso en que ésta hubiere sido contradicha por dictamen pericial.*
- *Artículo 1648. La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez; más los acreedores podrán ser pagados por mandato judicial.*

4.2 DERECHO A SER LEGATARIO

El legado se rige como el testamento en virtud del artículo 1391 del Código Civil Federal que establece que *"Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos"*.

4.3 DERECHO A SER DONATARIO

El concebido puede ser donatario, pero aquí sí, en los términos que establece Rafael Rojina Villegas de una condición resolutive negativa, ya que el artículo 2357 del Código Civil Federal manda que *"Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337"*.

4.4 NOMBRAMIENTO DE TUTOR

El artículo 470 del Código Civil Federal señala que *"el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo"*.

4.5 DERECHOS REALES

Al tener los concebidos el derecho subjetivo o capacidad de heredar, recibir legados o donaciones, tienen como consecuencia el de propiedad. Tienen también capacidad para heredar derechos personales o de crédito, y para recibir garantías reales constituidas, pues al tener capacidad para recibir el derecho de propiedad, pueden recibir el accesorio de garantía.

4.6 DERECHOS DE ACCIÓN

Tienen la posibilidad de actuar ante tribunales, y en caso dado interponer el juicio constitucional de amparo, con las limitaciones legales que analizaremos más adelante, a través de su representante legal en protección a su persona y patrimonio.

Al efecto el artículo 23 del Código Civil Federal establece que *"la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes"*.

Los preceptos transcritos ponen de manifiesto la situación jurídica del *nasciturus* al confirmar la personalidad que ostenta, reconocida por la ley, que evidentemente se deriva de la interpretación (a contrario sensu) de los mismos. Es así, como el ser humano tiene personalidad jurídica aún antes de nacer. En apoyo a lo anterior, para ser heredero, legatario o donatario se necesita tener personalidad jurídica, ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales.²⁹⁶

4.7 DERECHO A SER CONSTITUIDO FIDEICOMISARIO

Si bien este no es un derecho de carácter civil, sino mercantil, por ser el único que se regula en la materia respecto del concebido consideramos necesario incluirlo dentro del catálogo de prerrogativas que otorga el derecho privado al *nasciturus*. En materia mercantil, aplicable en toda la República de conformidad con lo dispuesto por la fracción X del artículo 73 Constitucional, encontramos disposiciones aplicables al *nasciturus* únicamente en el capítulo V, del Título II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, intitulado "Del Fideicomiso", ya que la ley permite designar como fideicomisarios a los concebidos (Artículos 348 y 359, fracción II).

El artículo 348 establece que: *"pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica..."* Al concebido se le considera con la capacidad para recibir los provechos del fideicomiso.

Por otra parte, el artículo 359, fracción II señala: *"Quedan prohibidos: I. Los fideicomisos secretos; II. Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, al muerte del fideicomitente;..."*

²⁹⁶ PLANIOL MARCEL y JORGE RIPERT, Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo I, Oxford University Press, México, 1999, p. 124.

CAPÍTULO III

ASPECTOS PENALES DEL ABORTO

1. EL DELITO

1.1 CONCEPTO

El hombre se expresa a través de conductas, entendidas éstas como acciones trascendentes, es decir, que afectan a otros individuos; y es precisamente en este hecho donde se localiza la raíz del Derecho, el cual se desentiende de lo que ocurre en el reducto interno del hombre, en su conciencia, hasta que ésta se expresa mediante acciones que influyen, condicionan o comprometen a otros y que en la medida que son susceptibles de valoración jurídica pueden dar origen a la *ilicitud jurídica*.

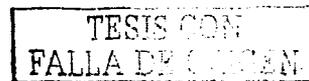
Y es precisamente es en este ámbito, el de la ilicitud jurídica, en donde se circunscribe el delito, el cual, por ser una conducta irregular e intolerable que atenta contra el orden jurídico establecido, ha generado y sigue generando reacciones intensas en el devenir histórico de las diversas culturas.

En este sentido Francisco Pavón Vasconcelos señala que *"el delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético – social y su especial estimación legislativa"*.²⁹⁷

Podemos observar una doble perspectiva referente al orden punitivo: la primera, de fondo, establece la prevención de delitos naturales, que atacan aspectos intrínsecos del ser humano como puede ser la vida misma, y artificiales o contingentes, que sólo afectan formas históricas en que éste se organiza, sin que exista precepto alguno en nuestra legislación que establezca esta distinción, pero que tiene su origen en un determinado sistema ético, social, político o jurídico; la segunda, la formal, establece el dogma de la legalidad, el cual constituye, en ocasiones, una barrera que el poder público debe respetar.

En nuestra legislación, la legalidad penal se contempla explícitamente en diversos ordenamientos de la Constitución General de la República, que establecen, *la existencia previa de la ley aplicable al delito de que se trata, la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, la existencia de juicios seguidos ante*

²⁹⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 163.



tribunales competentes e instituidos previamente, el estricto apego a la ley para ser privado de la vida, libertad o posesiones, así como la prohibición de aplicar pena alguna por analogía o mayoría de razón.

Todo lo anterior implica que no hay lugar para la discrecionalidad, ni por parte del Poder Legislativo, quien no puede diseñar tipos penales de manera torpe, abierta o extemporánea, ni del Poder Judicial, el cual tiene prohibido generar tipos delictivos o interpretar de manera diferente a la estricta, y tampoco por parte del Poder Ejecutivo, que se debe limitar a hacer cumplir las leyes y sentencias precisamente en sus términos, sin estar facultado para formular o interpretar la tipicidad penal.

El Dr. Sergio García Ramírez nos recuerda que *"el más importante dogma del penalismo moderno, dueño de implicaciones que van de lo científico a lo filosófico y a lo político, defendido con calor o repudiado en razón de estas mismas implicaciones, conforme lo aconsejan los designios de la ideología en turno, y que se formula escuetamente como sigue: nullum crimen, nulla poena sine lege; es decir, no hay crimen, delito ni pena sin ley. Entendido así, este principio se conecta con la exigencia de que sea la ley, precisamente, la única fuente del derecho represivo"*.²⁹⁸

Es importante considerar que todas estas cuestiones tienen un origen común bien definido, que es el respeto a la libertad y dignidad de la persona humana, buscando hacer compatible la seguridad y custodia de ciertos bienes que a través del tipo penal se tutelan, con el orden y tranquilidad colectivos.²⁹⁹

Al establecer un tipo penal, entendido éste como el continente de la punición, se busca proteger bienes que se consideran jurídicamente valiosos a través de la incriminación de una determinada conducta, que el propio tipo describe, por considerar precisamente que atenta contra esos bienes, generando con ello, por lo menos desde el punto de vista formal, la noción de delito.

Para Rossi: *"Es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos"* es el derecho a castigar por parte del Estado, para mantener la estabilidad del ordenamiento jurídico.³⁰⁰

Eugenio Cuello Calón estudia el delito en su noción formal, para él, sólo es sancionable en cuanto *"es una acción prohibida por la Ley bajo amenaza de una pena"* pero éste no explica la esencia del delito.³⁰¹

Por su parte Pessina, lo define: *"como la acción humana que la ley considera como infracción del derecho, y que por tanto prohíbe bajo la amenaza de un castigo"*.³⁰²

²⁹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Los Derechos Humanos y el Derecho Penal, Miguel Ángel Porrúa, librero - editor, México, 1988, p. 86.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada, Segunda Edición, Buenos Aires, 1958, p. 29.

³⁰¹ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Bosch Casa Editorial, Tercera Edición, Barcelona, 1961, p.201.

³⁰² *Ibid.*, p.278.

Las tres definiciones anteriores consideran a la punibilidad como base y fundamento del delito.

El Dr. Raúl Carrancá y Trujillo señala que *"han sido inútiles los esfuerzos para elaborar una definición filosófica del delito, independiente de tiempo y lugar. Esto significa que el delito hunde sus raíces en las realidades sociales y humanas, que cambian según los pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política"*.³⁰³

Francesco Carrara define al delito como *"la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"*.³⁰⁴

Edmundo Mezger define al delito como *"la acción típicamente antijurídica y culpable"*. En su sentido más extenso lo define como *"la acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena"*.³⁰⁵

Para Luis Jiménez de Asúa consiste en *"un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"*.³⁰⁶

El Diccionario Jurídico Mexicano lo define como *"la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal"*.³⁰⁷

Pavón Vasconcelos señala que un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal, y nos propone la siguiente definición: *"es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible"*.³⁰⁸

Raúl Carrancá y Trujillo, señala con respecto al concepto jurídico de delito plasmado en los códigos penales lo siguiente: *"numerosos códigos modernos no definen lo que es delito, sin embargo nuestros códigos no comparten tal criterio, con excepción del Proyecto de 1949 que optó por no definirlo. El Código Penal de 1871, en relación estrecha con el código penal español de 1870, lo definía como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda" (art. 1º); concepto idéntico al de "acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley" (art. 1º del Código Penal español de*

³⁰³ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, T. I., Antigua librería Robredo, séptima edición, México, 1965, p. 170.

³⁰⁴ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, Temis, Bogotá, 1956, p. 43.

³⁰⁵ MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 153.

³⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La Ley y el Delito, Curso de Dogmática Penal, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1945, p. 256.

³⁰⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed. Porrúa, México, 1993, T. II, p. 868.

³⁰⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op cit.*, p. 165.

1870) , aunque más imperfecto que él, pues el delito, no viola la ley penal, sino que posibilita su aplicación".³⁰⁹

Finalmente, el Código Penal de 1929 definió al delito como "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal", tomando en cuenta sólo sus efectos, absteniéndose de circunscribirlo dentro de las acciones humanas. Nuestro Código Penal de 1931, que es el que actualmente está vigente, define al delito en su artículo 7º como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales" siendo ésta exclusivamente formalista, que expresa poco, pero suficiente para expresar el principio de legalidad.

1.2 NÚCLEO, CARACTERES Y ELEMENTOS DEL DELITO

De las definiciones que nos ofrecen los distintos doctrinarios del Derecho penal surgen los conceptos tanto de núcleo del delito como sus caracteres y elementos específicos.

Con respecto al núcleo podemos señalar que éste lo constituye la voluntad libre del ser humano manifestada externamente mediante una acción o una omisión, es decir que la conducta, ya sea positiva o negativa, es base y centro del delito; como consecuencia de lo anterior podemos afirmar que el pensamiento que no ha sido exteriorizado por medio de actos no es susceptible de castigo.

Ahora bien, no basta con que se exteriorice la voluntad a través de una conducta, sino que es necesario, para catalogarla de delictiva, que esté dotada de los siguientes caracteres:

a. Tipicidad. Es la conformidad de una acción u omisión determinada, respecto de todos y cada uno de los elementos que la ley describe como integrantes de la conducta delictiva. Para Carrancá y Trujillo, el tipo es la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos, y cuya realización va ligada a la sanción penal; es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.³¹⁰

b. Antijuridicidad o ilicitud. Es la contradicción de una acción u omisión determinada respecto del ordenamiento jurídico vigente, cuando no existen en él preceptos que la autoricen o permitan, es decir, causas de justificación tales como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho. Es, según Pavón Vasconcelos, "la relación entre la acción y el orden jurídico que establece diferencia objetiva entre una y otro".³¹¹

c. Culpabilidad. Es la posibilidad de reproche que se hace a quien ha cometido acciones u omisiones típicas y antijurídicas, siempre y cuando fuera exigible al

³⁰⁹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, p. 175.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 217.

³¹¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano, *op. cit.*, p. 365.

sujeto a quien se dirige la imputación una conducta distinta, es decir, conforme a derecho. Para Carrancá y Trujillo la culpabilidad está fundada "*en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenando el tipo legal; condiciones que prueban que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por éste y amerita un juicio de reproche*".³¹²

d. Punibilidad. Es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social y que surgen de la propia definición de delito (acción u omisión que sancionan las leyes penales); la acción típica, antijurídica y culpable, para ser inculpaible ha de ser conminada con la amenaza de una pena.³¹³

Con respecto a los elementos del delito, la doctrina sostiene que éstos son tres:

a. Sujeto Activo. El sujeto activo del delito es la persona que realiza una conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, constituyéndose con ello en autor material del delito; o bien la que participa en su comisión como autor intelectual, contribuyendo a su ejecución al proponer, instigar o compeler a su realización; o simplemente la que se limita ser cómplice o encubridor del autor con anterioridad a su realización o después de ella.³¹⁴

Como consecuencia de los principios de *imputabilidad y de personalidad de la pena*, es que se puede afirmar categóricamente que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito; siendo este el criterio adoptado por el Código Penal vigente al prescribir en su artículo 10 que "*la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados en la ley*".

b. Sujeto Pasivo. El sujeto pasivo, ofendido o paciente es la persona física o jurídica, según sea el caso, sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito.³¹⁵

c. El objeto. El objeto del delito es la persona, cosa, bien o interés jurídico penalmente protegido. La doctrina distingue dos especies de objeto: el jurídico, que es el bien tutelado por la ley penal mediante la amenaza de sanción, y el material, que consiste en la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictuosa.³¹⁶

1.3 CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Según su gravedad, las distintas legislaciones penales se adhieren a uno de los sistemas siguientes: tripartito o bipartito. El primero diferencia las infracciones

³¹² CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *op cit.*, p. 228.

³¹³ Cfr: PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op cit.*, p. 453.

³¹⁴ *Ibidem*

³¹⁵ Cfr: CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *op cit.*, p. 191.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 192.

penales en crímenes, que vulneran derechos naturales, delitos, que sólo lesionan derechos dimanantes del pacto social y contravenciones, que se refieren a la infracción de preceptos o reglamentos administrativos. Este sistema es criticado porque "en vez de derivar la gravedad de las acciones de la naturaleza del hecho en sí, la deduce de la gravedad de la pena, sin inquietarse en absoluto de la inmoralidad del hecho".³¹⁷

La clasificación bipartita divide los hechos en delitos y contravenciones, ya que entre los crímenes y los delitos no hay una diferencia esencial, sino sólo de cuantía. Los delitos son infracciones inspiradas por una intención maliciosa, vulneradoras de intereses individuales o colectivos, las contravenciones son hechos distintos, por lo general carentes de inmoralidad, perpetrados normalmente sin perversidad, constitutivos de un simple peligro para el orden jurídico y que se sancionan a título preventivo. La principal objeción a ésta divisiones la gran dificultad en delimitar con claridad la frontera entre ambas infracciones.³¹⁸

En cuanto a la manera de manifestarse la voluntad los delitos se pueden clasificar como de acción o de omisión. Los de acción son aquellos que violan una norma penal prohibitiva con un acto material o positivo (manifestado con un movimiento corporal del agente), es decir, el delincuente hace lo que no debe hacer. En los delitos de omisión se viola una norma preceptiva (que impone determinada conducta) por la abstención o inactividad del agente; es decir el delincuente no hace lo que debe hacer. Los delitos de comisión por omisión, constituyen una tercera categoría agregada por la doctrina, en estos se viola una norma prohibitiva por la conducta inactiva del agente, es decir, el delincuente vulnera una norma de no hacer con un no hacer de su conducta (por ejemplo, en el homicidio, norma prohibitiva de matar, la madre que priva de alimentos a su hijo pequeño, de manera que éste muere).³¹⁹

Porte Petit señala que *"si la omisión como forma de la conducta consiste en un no hacer, en una inactividad, o sea lo contrario a la acción, considerando la esencia de las formas de conducta: el hacer o el no hacer, es inconcebible sostener la existencia de un no hacer mediante un hacer, lo que constituye una contradictio in terminis"*.³²⁰

Delitos de lesión y de peligro. Los delitos de lesión son los que, una vez realizados, producen un daño efectivo y directo en los intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma vulnerada (El aborto o el homicidio y la vida). Los de peligro no producen un daño efectivo y directo en los intereses o bienes protegidos, pero propician una situación de amenaza de daño para ellos, pueden

³¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. Cit., tomo III, p. 138.

³¹⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal: Parte General, 2ª Edición, Trillas, México, 1990, p. 137.

³¹⁹ Ibid p. 138.

³²⁰ PORTE PETIT C., Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, 8ª Edición, Porrúa, México, 1983 p. 372.

ser colectivos (envenenamiento de aguas) o individual (abandono de deberes filiales).³²¹

Por la unidad o pluralidad en la acción delictiva, pueden ser instantáneos o permanentes. Son instantáneos aquellos en los que la violación jurídica se produce simultáneamente con la consumación de los mismos (homicidio) y son permanentes aquellos en los que la violación jurídica continúa ininterrumpidamente después de la consumación (secuestro).

Al respecto el tercer párrafo del artículo 7° del Código Penal Federal establece que el delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

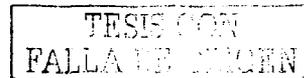
Por el resultado los delitos pueden ser formales o materiales. Son formales aquellos que se consuman mediante el solo hecho de la acción o de la omisión, sin necesidad de un resultado (falso testimonio) y son materiales aquellos que se consuman cuando se produce el resultado dañoso que pretendía el delincuente (homicidio).

Delitos simples y complejos. Son simples aquellos que solo lesionan un bien jurídico determinado o un solo interés jurídicamente protegido, son complejos los que se constituyen por hechos diversos que vulneran bienes jurídicamente distintos, cada uno de los cuales es por sí mismo un delito (como el que mata para robar).

Por su persecución los delitos pueden ser perseguibles de oficio, es decir que son investigados y posteriormente sancionados por iniciativa de la autoridad, el Ministerio Público, sin necesidad de ninguna actividad de los particulares y delitos perseguibles a instancia de parte perjudicada, por iniciativa privada o por acción privada.

El artículo 8° del Código Penal Federal señala que "las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente". El artículo 9° del citado ordenamiento dice que "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

³²¹ Ididem.



Los delitos militares son aquellos que afectan a la disciplina militar, porque suponen una violación de la misma o por que por determinadas circunstancias vulneren los deberes o las especiales prerrogativas y necesidades del instituto militar.

Delitos políticos son aquellos cometidos en contra del orden político del Estado, así como todo delito de cualquiera otra clase determinado por móviles políticos. Estos delitos se subdividen en puros, exclusivamente lesionadores o vulneradores del orden político, y relativos, si además constituyen eventos delictivos comunes junto a su afectación del orden político.

De acuerdo con el Dr. Rafael Marquez Piñero, las diversas clasificaciones del delito tienen un reflejo parcial en el ordenamiento jurídico mexicano. La clasificación tripartita y la denominada bipartita tuvieron cierta aceptación en el código penal de 1871, sin embargo códigos de 1929 y de 1931 prescinden de considerar las faltas y se ocupan exclusivamente de los delitos.

1.4 CIRCUNSTANCIAS DE LA COMISIÓN DE UN DELITO

Ordinariamente el lugar donde se produjo la acción en amplio sentido es también el del resultado. Sin embargo, hay casos en que la conducta humana y sus resultados no son coincidentes en el tiempo o en el lugar del delito, en este caso nos encontramos ante los llamados delitos a distancia. Vg.: Desde territorio mexicano se dispara un tiro que mata a una persona que se encuentra en territorio de Guatemala ¿dónde se cometió el delito? Las teorías que pretenden solucionar estas interrogantes son múltiples:³²²

- a. Teoría de la actividad. La argumentación de sus defensores estriba en que lo que origina la represión no es el acto prohibido por la ley en sí mismo, sino el hecho de cometerlo. De conformidad con esta posición doctrinal, respecto del ejemplo citado el homicidio cuyo resultado mortal se produjo en Guatemala mediante el disparo en territorio mexicano, se cometió en México.
- b. Teoría del resultado. Establece que el delito se comete en el lugar y el tiempo en que se produjo el resultado de la acción. En el caso de nuestro ejemplo el delito se cometió en Guatemala.
- c. Teoría unitaria, de conjunto o de la ubicuidad. Según esta teoría, el delito se comete tanto donde se desarrolla la actividad delictiva, como donde se produce el resultado.

En virtud de lo expuesto, las cuestiones relativas al lugar y al tiempo del delito tienen especial importancia en la solución, entre otros, de los problemas siguientes:

³²² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

Referentes al lugar:

- a) para saber con certeza si el hecho es o no punible en el territorio donde tiene obligatoriedad la ley penal
- b) para determinar la competencia de los tribunales locales o internos

Referentes al tiempo:

- a) para decidir si es o no aplicable la ley vigente
- b) para establecer el fundamento de la antijuridicidad y de la culpabilidad de la conducta o hecho realizado
- c) para indagar y comprobar si se ha producido o no la prescripción del delito

Para Fernando Castellanos en la legislación penal mexicana no existe un precepto para resolver este problema y las soluciones se han adoptado dependiendo del caso concreto, aunque dicho autor entiende que, con carácter general, se sigue la teoría del resultado.³²³

1.5 LICITUD, JUSTIFICACIÓN Y EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD

Es tal la importancia que se le puede atribuir a las causas que excluyen la responsabilidad, que puede decirse válidamente que son ellas, y no el catálogo de los delitos, las que dan fisonomía a la aplicación de la ley penal.

Si para que la acción humana constituya delito, señala el Dr. Carrancá y Trujillo, se requieren, entre otras cosas, la culpabilidad y la antijuridicidad, y para que sea sancionada además la punibilidad, faltando alguno de ellas la acción dejará de ser incriminable. Las causas que excluyen la responsabilidad penal significan que la acción ya no es culpable o antijurídica o punible.³²⁴

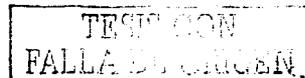
Porte Petit prefiere llamarlas "causas de licitud", y éstas existen cuando la conducta o hecho siendo típicos, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante. Es aquella especial situación en la que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone.³²⁵

Al respecto el artículo 15 del Código Penal Federal señala que el delito se excluye cuando:

³²³ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1984, pp. 161-162.

³²⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, p. 11.

³²⁵ PORTE PETIT C., Celestino, *op. cit.*, p. 493.



I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

El artículo 16 del Código Penal Federal. Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.

Dogmáticamente se ha llegado a la conclusión de que son causas de justificación las expresadas en las fracciones IV, V, VI, VII y VIII del citado ordenamiento: La legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor o igual importancia que el salvado), el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignado en la ley y el impedimento legítimo.

1.5.1 La Legítima Defensa

Porte Petit establece que la legítima defensa se considera como causa de licitud en base a un interés preponderante; punto de vista sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación al sostener que la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aun cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacando mediante el necesario sacrificio del interés legítimo del atacante.³²⁶

Se puede definir esta causa de justificación como el contraataque o repulsa necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en

³²⁶ Ibid. p. 499.

peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente.³²⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que los elementos que constituyen la legítima defensa son: la existencia de una agresión sin derecho, un peligro de daño derivado de esta y una defensa proporcionada a la agresión.³²⁸

Entiéndase por agresión ilegítima un acto de acometimiento físico, de violencia o fuerza que lesione o ponga en peligro gravemente la vida, la integridad física o la propiedad de las personas.³²⁹

Además tiene que haber una racionalidad en la violencia y la violencia debe de ser proporcionada al hecho que la motivó, correctamente lo señala Muñoz Conde *"Reprimir desproporcionadamente un hecho no es sólo un acto de barbarie, es también un acto cruel, innecesario y perjudicial para una convivencia pacífica"*.³³⁰

1.5.2 El Estado de necesidad

Por estado de necesidad entendemos, con Porte Petit, aquella situación en la que para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.³³¹

Los tribunales estiman que el estado de necesidad es una condición tal, que la salvación de la persona o de los bienes, necesita la ejecución de un acto que en sí mismo es delictuoso. Se caracteriza el estado de necesidad porque en él dos bienes jurídicos, en principio igualmente respetable, se ponen en conflicto y uno de ellos, por cualquier circunstancia, es sacrificado para que el otro se salve.

Al evaluarse los bienes jurídicos en conflicto surgen tres hipótesis: cuando el bien sacrificado es de menor entidad que el salvado, cuando es de igual valor y, por último, cuando el bien sacrificado es de más valor que el salvado, debiéndose concluir, señala Porte Petit, que en la primera hipótesis se trata de una causa de licitud con base en el principio del interés preponderante; en la segunda, una causa de inculpabilidad, pues no obstante que la conducta que lesiona un bien de igual entidad es antijurídica, no le es reprochable, por no exigibilidad de otra conducta; y en la tercera, la conducta realizada es delictiva dado que el bien salvado es de menor valor que el sacrificado.³³²

Al preguntarse si existe una diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que aquél es

³²⁷ Ibid. p. 501.

³²⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, op. cit. p. 316.

³²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, 11ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 40.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ PORTE PETIT C., Celestino, op. cit. p. 539.

³³² Ibid. p. 540.

una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocado dolosa o culposamente por el agente. (Semanario Judicial de la Federación, XLI, p. 31, sexta época, segunda parte).³³³

Los elementos que integran esta causa de justificación son: 1. La existencia de un peligro real, actual o inminente; 2. Que ese peligro recaiga sobre bienes jurídicos; 3. Que el peligro no haya sido provocado dolosamente por el agente; 4. Que se lesione o destruya un bien protegido por el derecho; y 5. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para afrontar el peligro.

1.5.3 El cumplimiento de un deber jurídico y el ejercicio de un derecho

Sabemos que toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen, de ordinario, situaciones prohibidas, por contener mandatos de no hacer; mas cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, adquieren carácter de licitud, excluyendo con ello la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal. En otras palabras, el sujeto que ordena su conducta de conformidad con la ley, deriva directamente de ésta su justificación.

En el derecho romano, señala Carrancá y Trujillo, se reconoció ya la impunidad del hecho ejecutado por mandato o por autorización legal, pues *iuris enim executio non habet iniuriam*. Igualmente en el derecho canónico ni el juez ni el verdugo eran homicidas: *lex eum occidit, non tu*.³³⁴

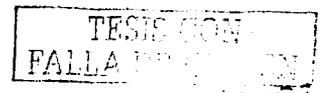
Dentro de la noción de "cumplimiento de un deber" está comprendida la realización de una conducta ordenada por expreso mandato de la ley; por eso no actúa antijurídicamente quien, en virtud de una situación oficial o de servicio, está obligado o tiene derecho a actuar en la forma en que lo hace, de donde resulta que el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.³³⁵

Lo expresado demuestra, según Pavón Vasconcelos, que los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de antijuridicidad pueden derivar: de una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley; o de una orden de la autoridad, entendiéndose por tal, la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado

³³³ Ibid. p. 543.

³³⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. p. 100.

³³⁵ Ibidem.



un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en el orden, que debe ser formal y substancialmente legítima.³³⁶

Por lo que se refiere al "ejercicio de un derecho", el mismo autor distingue con mucho acierto entre la tipicidad y la ilicitud del hecho realizado por un sujeto en ejercicio de un derecho: la tipicidad del hecho no implica su antijuridicidad, la cual habrá de ser buscada objetivamente, por el juez, a través de un juicio de valoración entre el propio hecho y la norma. La ilicitud del hecho, en cambio, supone la inexistencia de una norma que permita tanto la conducta como el resultado ligado a ella causalmente, pues una realidad contraria no es jurídicamente posible. Esto tiene su razón de ser en el principio metafísico de "contradicción", ya que una conducta no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida.³³⁷

De manera semejante al cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, como causa de justificación, se fundamenta en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. Pues éste sólo tendrá aceptación cuando haya sido ejercitado legítimamente, es decir, por la vía autorizada por la Ley. Y también en la facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida para que excluya la antijuridicidad, debe ser dentro de la legalidad, es decir, que derive de una autoridad, que ésta tenga competencia en el caso y que reúna los requisitos legales.³³⁸

1.5.4 Impedimento legítimo: capacidad disminuida y error invencible

Cualquier acto que realiza el hombre, para poder calificarlo, se requiere que hayan estado presentes en él tanto el conocimiento de lo que hace, como el consentimiento o libertad para hacerlo. Cuando alguna de estas dos condiciones están ausentes, el sujeto que haya realizado tal acto no es responsable del mismo. Por lo tanto, el sujeto que actúe en estas condiciones, jurídicamente es inimputable.

En cuanto al error invencible, es también evidente que el sujeto no es culpable del acto u omisión que realice, desconociendo alguno de los elementos integrantes del tipo penal, o la existencia de la ley o el alcance de la misma, o incluso, porque crea que está justificada su conducta. Si estos datos se comprueban, tal sujeto no será jurídicamente imputable del hecho que realizó.

³³⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Franciso, *op. cit.*, p. 342.

³³⁷ *Ibid.* pp. 343 y ss.

³³⁸ *Ibidem.*

2. EL DELITO DE ABORTO

2.1 ANTECEDENTES DEL DELITO DE ABORTO

2.1.1 Código Penal de 1871

El 7 de diciembre de 1871 se promulgó el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos de la Federación. En dicho Código el aborto estaba reglamentado en el Libro III: De los Delitos en Particular; Título II: Delitos Contra la Vida y la Integridad de las Personas, Capítulo IV, artículos 569 al 580.

Este ordenamiento era el único en el mundo que proporcionaba una definición del delito de aborto, entendiéndose por tal, no el feticidio o muerte del producto, sino la maniobra abortiva al disponer en su artículo 569: *"Llámase aborto en Derecho Penal, a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad. Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas del aborto".*³³⁹

Por mandato deliberado el aborto no era punible en grado de tentativa, ni cuando se debía a imprudencia de la mujer; además no señalaba castigo alguno para las mujeres que abortaban. En uno de sus artículos estipulaba como no sancionable el aborto imprudencial y esta regla redactada en forma de excepción hacía esperar la pena para la mujer en los demás casos. El *honoris causa* se daba en forma atenuada; el causado por terceros no establecía distinción si se obraba con o sin el consentimiento de la madre.

2.1.2 Código Penal de 1929

El Código de Almaraz, conservó en esencia la misma definición del código penal anterior; agrega solamente un elemento nuevo consistente en que la extracción o expulsión se hiciera con el objeto de interrumpir la vida del producto. Al respecto el artículo 1000 señalaba que "Se considerará siempre que tuvo ese objeto (interrumpir la vida del producto) el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo."

³³⁹ Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871, México, Editorial del Gobierno en Palacio, Edición Oficial, México, 1871, p. 134.

Es de hacer notar que en este código, los legisladores no consideraron como delito el aborto consentido por la madre; por lo que Francisco González de la Vega considera que si el aborto consentido no es punible para la mujer, resulta injusto reprimir a los partícipes de un delito inexistente.³⁴⁰ Seguramente, con este sistema se pretendía lograr que las mujeres denunciaran a sus coautores. Sin embargo, de acuerdo a la crítica de Carlos Franco Sodi, se trata de un olvido de la comisión redactora, ya que en el artículo 1003 se declaraba no sancionable el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada.³⁴¹

2.2 LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE SOBRE EL ABORTO

En el Código Penal de 1931 el delito de aborto está contemplado en los artículos 329 al 334, que integran el capítulos IV: Del Aborto; del Título Decimonoveno: Delitos contra la vida y la integridad corporal.

El concepto aborto establecido por el artículo 329 del Código Penal aún vigente, no considera necesario para la formación del tipo legal, el punto de vista de la maniobra abortiva presupuesto lógico del delito, sino el de la consecuencia final, esto es, la muerte del producto de la concepción por cualquier medio. Dicho precepto establece que *"el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez"*.

El tipo penal del aborto establecido por el artículo 329, adolece de un grave defecto que denota al hacer una consideración general; incorpora como delito a toda muerte del ser concebido durante la preñez sin hacer distinción alguna entre la muerte provocada y la muerte natural, espontánea, que se entiende incluida expresamente en la hipótesis normativa.

No obstante, el error señalado en el texto legal, el aborto natural que se produce por accidente, enfermedad, o defecto somático, se encuentra libre de sanción. Sin embargo, cabe recordar que la exacta interpretación y aplicación de la ley (principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 14 constitucional) depende de la correcta redacción de las normas jurídicas.

Por tanto, el fin que se pretende en el delito de aborto, es privar de la vida al producto y precisamente, la muerte del concebido es el objeto del delito en el que radica la intencionalidad y no en el modo de ejecución. Así, para Francesco Carrara el aborto es la muerte dolosa del feto en el útero o su violenta expulsión del vientre materno provocando con ello su muerte.³⁴²

³⁴⁰ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, p. 132.

³⁴¹ *Ibid*, p. 133.

³⁴² Citado por GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, p. 112.

2.2.1 Núcleo del delito de aborto

a. Conducta. La conducta típica en el aborto consiste en privar de la vida al ser concebido, sea por acción u omisión como acontece en el homicidio. Por acción será a través de actos materiales tendientes a lograr el aborto y de acción por omisión, cuando mediante abstenciones se pretenda el aborto culminando el fin vg., no tomar el medicamento necesario para afianzar el producto en la matriz o abstenerse de ingerir alimentos.

b. Presupuesto Básico de la conducta. No todos los delitos requieren de un presupuesto indispensable para su integración. El aborto particularmente exige una situación especial necesaria; el estado de preñez, gestación o embarazo; acontecimiento biológico indispensable para que pueda existir el delito de aborto.

El concepto de preñez surge en atención a la madre, al definirse (Diccionario de la Lengua Española) como el estado de la hembra que ha concebido y aún no ha dado a luz.³⁴³ Se inicia con la concepción y termina con el nacimiento; su duración usualmente es de nueve meses, aunque puede variar.

Existen casos de embarazo psicológico, en los que la mujer presenta la sintomatología característica. En estas condiciones se podrán realizar maniobras dolosamente para aniquilar al producto y expulsarlo, pero ante dicho esquema no habrá delito de aborto, ni aún en grado de tentativa por faltar el presupuesto básico necesario, de tal modo que se estaremos ante un delito inexistente.

Por otra parte, debido al avance de la medicina, se ha logrado con gran éxito la llamada fecundación in vitro (extrauterina), mediante la cual se implanta el embrión (óvulo ya fecundado) dentro del útero para su crecimiento y desarrollo normal. La pregunta que surge al respecto es la siguiente: ¿si se priva de la vida a ese ser humano concebido antes de su inserción en el vientre materno, se configurará algún delito?

Claramente, el Código Penal al definir el delito de aborto refiere el tipo a la preñez, misma que atiende, como se apuntó al estado de la mujer y en el caso particular, el ser concebido lo ha sido en una forma especial, podría decirse independiente al seno materno, por el proceso creado artificialmente para su formación. La destrucción de la vida humana que existe aun en probeta, queda fuera de la definición penal de aborto, configurándose, en todo caso, el delito de homicidio que, perpetrado en estas condiciones, será calificado con las agravantes señaladas por el artículo 15: premeditación, alevosía y ventaja.

c. Formas y medios de ejecución de la conducta. La norma penal no señala ninguna forma, ni medio específico para la comisión del aborto, de ahí que pueda serlo cualquiera, siempre que sea idóneo. En términos genéricos, dichos medios

³⁴³ Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, 1967, p. 580. (RANCÉS, Atilano)

pueden clasificarse en físicos, químicos o vegetales, que ya fueron específicamente analizados en un capítulo precedente.

El resultado típico en el aborto es la muerte del producto de la concepción, de no haberla se estará en el grado de tentativa.

Entre el resultado y la conducta típica debe existir un nexo que los una y que haga que el resultado sea la consecuencia de la conducta (causa). Se puede presentar una conducta diversa, no causal, por ejemplo; haber una sustancia abortiva (ingerir té de ruda) y ocurrir el aborto, pero que éste obedezca a diferente causa. Para demostrar la existencia del nexo causal deberán realizarse las pruebas periciales necesarias.

2.2.2 Caracteres del delito de aborto

a. Tipicidad. La conducta real debe encajar o adecuarse exactamente a la descripción legal, cumplirse todos los requisitos que exige; así, al ocurrir la muerte, el sujeto pasivo deberá ser producto de la concepción. En cuanto a la temporalidad, la muerte deberá ocurrir en cualquier momento de la preñez. En el aborto, la conducta será atípica cuando no encuadre en el tipo legal, por faltar el elemento temporal, el sujeto pasivo u otro elemento del tipo.

b. Antijuridicidad. El aborto es antijurídico (y no importa la forma en que se encuentre previsto en la legislación penal de cada Estado). La privación de la vida es absolutamente contraria al derecho, de ahí su antijuridicidad. No es necesaria una mención expresa que califique de ilícita o ilegal la muerte del ser humano concebido. El elemento antijurídico debe cumplir su función en la práctica legal al ubicar toda conducta ilícita, que deba determinarse prohibida y en su caso delictiva.

Por su ordenación metódica, el aborto se clasifica como un delito especial, al igual que el infanticidio deriva de un delito básico o fundamental que protege el mismo bien jurídico tutelado: la vida humana, pues de hecho son homicidios (delito básico) con características particulares en los sujetos pasivo y activo que los hacen diferentes al básico.

c. Culpabilidad. Desde el punto de vista de la culpabilidad, el aborto admite la forma dolosa o intencional y culposa o imprudencial. Asimismo, puede presentarse el aspecto negativo, es decir, la inculpabilidad; al haber un error de hecho esencial e invencible o coacción sobre la voluntad.

d. Consumación. El delito de aborto se consuma en el instante mismo en que se priva de la vida al ser concebido en cualquier momento de la preñez.

e. Tentativa. Es posible su configuración, de manera que puede presentarse la tentativa acabada (delito frustrado) como la inacabada.

2.2.3 Elementos del delito de aborto

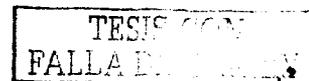
a. Sujeto Activo. El sujeto activo del delito de aborto, puede serlo cualquier persona física, Sin embargo, en cada tipo la Ley determina quién se ubica en el supuesto.

b. Sujeto Pasivo. El único sujeto pasivo de la relación es el producto de la concepción; el ser concebido aún no nacido, siempre que la conducta típica se presente en cualquier momento de la preñez. De ocurrir la muerte del producto después de la gestación ya no habrá aborto, pues sería atípica la figura, configurándose en su caso, el delito de homicidio previsto por el artículo 323 Código Penal Federal (el delito de infanticidio fue abrogado el 10 de enero de 1994).

c. Objeto Material. Es la persona o cosa sobre la cual recae el daño, en el caso particular se identifica con el sujeto pasivo, o sea, el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, para algunos autores y en determinadas circunstancias, también el cuerpo de la madre puede constituirse en objeto material del delito.

d. Objeto Jurídico. El bien jurídico tutelado es la vida y precisamente la vida en gestación o formación del ser humano. De acuerdo al criterio de la Suprema Corte de Justicia: El aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. ...Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho precepto y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos a través de la sanción son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito no interesa cual haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.³⁴⁴

³⁴⁴ Amparo directo 4709/57. Salvador Sepúlveda Olguín. 19 de marzo de 1958. Primera Sala; en el mismo sentido Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.



3. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE ABORTO

3.1 ABORTOS PUNIBLES

3.1.1 Aborto Genérico

El concepto genérico de aborto, cuyo núcleo, caracteres y elementos hemos estudiado de manera general en el inciso 2 de este capítulo, es el contenido en el artículo 329 del Código Penal Federal del cual parten los demás tipos y señala que "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez" y constituye la base para el desenvolvimiento de los demás tipos de aborto.

3.1.2 Aborto Procurado

Es aquel que la propia mujer embarazada pretende y logra, realizando ella misma las maniobras abortivas, constituyéndose en sujeto activo del delito de aborto. Este tipo de aborto también conocido como propio o autoaborto sólo puede ser doloso. Es procurado *honoris causa* cuando existe el llamado "móvil de honor" y es procurado genérico cuando no existe ese móvil.

Al respecto el artículo 332 del Código Penal Federal establece:

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

I.- Que no tenga mala fama;

II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y

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

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

De lo anterior resulta que, para estar en presencia de un aborto procurado genérico se necesita que la madre voluntariamente haya realizado la maniobra abortiva y que falte por lo menos una de las tres circunstancias mencionadas en el tipo penal, en cuyo caso se impondrá a la madre de uno a cinco años de prisión.

Cuando nos referimos al aborto *honoris causa* hacemos alusión a una forma típica atenuada del aborto procurado (y también del consentido como analizaremos más adelante) que busca salvaguardar la reputación de la mujer. En opinión de algunos autores, la cual no compartimos en modo alguno, es perfectamente explicable y

justificado el tratamiento que la ley le otorga al aborto cuando se llevó a cabo en las siguientes circunstancias: que la mujer goce de buena fama pública respecto a su comportamiento sexual, puesto que para proteger el honor éste debe existir, que haya mantenido en secreto su estado de preñez y que el embarazo fuera consecuencia de una relación extramatrimonial (ya que basta que la mujer sea casada para presumir la paternidad del cónyuge de conformidad con el artículo 324 del Código Civil Federal).

Jiménez de Asúa estima que esta clase de aborto produce una causa de inculpabilidad por "*no exigibilidad de otra conducta*", lo que supone la no exigencia a la mujer embarazada de un comportamiento distinto, debido al sentimiento de vergüenza y rechazo que sufre.³⁴⁵ Porte Petit comparte esta postura al señalar que "*existe un hecho típico antijurídico, imputable al autor pero no culpable al concurrir una motivación superior al deber de no delinquir, originándose el aspecto negativo de la culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta*".³⁴⁶

3.1.3 Aborto Consentido

A diferencia del procurado, en este tipo de aborto la mujer embarazada acepta voluntariamente que un tercero lleve a cabo las maniobras o acciones necesarias para hacerla abortar; el sujeto activo será cualquier persona y como partícipe la propia embarazada.

Por eso muchos autores lo califican como un delito plurisubjetivo ya que uno es el que realiza la acción sobre la mujer embarazada (no necesita ser una persona calificada, puede ser cualquiera) y el otro es la propia mujer embarazada que voluntariamente faculta a ese tercero para que lo ejecute. Esta postura es asumida por el Código Penal Federal, ya que señala sanciones tanto para el que realiza las maniobras abortivas, como para la mujer, pero en el caso de esta última podemos encontrarnos en presencia de un aborto consentido genérico o de un aborto consentido *honoris causa*.

Con respecto al que realiza la maniobra abortiva la primera parte del artículo 330 del Código Penal Federal establece:

"Al que hiciera 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".

Respecto de la mujer tanto el aborto consentido genérico como el *honoris causa* está regulado en el artículo 332 del Código Penal Federal y se le da el mismo tratamiento que en el caso del aborto procurado, es decir, estaremos en presencia

³⁴⁵ Citado por PORTE PETIT, Celestino, Dogmática sobre Delitos contra la Vida y la Salud Personal, Porrúa, México, 1976, p. 232.

³⁴⁶ *Ibidem*

de un aborto consentido *honoris causa*, si la madre voluntariamente consintió en que otro la hiciera abortar y no tenía mala fama, logró ocultar su embarazo y éste fue fruto de una unión ilegítima en cuyo caso se le impondrá a la madre de seis meses a un año de prisión. Será aborto consentido genérico si la madre voluntariamente consintió en que otro la hiciera abortar, pero no concurrieron ninguna de las circunstancias señaladas, en este caso la pena será de uno a cinco años de prisión.

Si bien puede ser cualquier persona sea la que haga abortar a la mujer, si se trata de una persona calificada se aplicará lo establecido en el artículo 331 del Código Penal Federal que establece:

"Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión".

Esta pena adicional tiene su razón legal en la facilidad que dichos facultativos tienen para efectuar el delito, debido a sus conocimientos, lo que implica una mayor responsabilidad en su conducta al violar sus más elementales deberes éticos y profesionales.

En cuanto a la conducta o hecho pueden presentarse las dos formas, tanto la acción como la omisión, es decir, se pueden realizar todos los actos encaminados a producir un aborto, o bien dejar de efectuarse aquellos necesarios para evitar que llegue a su término.

3.1.4 Aborto sufrido

Es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez sin el consentimiento de la mujer embarazada. Consiste en la realización de maniobras que un tercero ejecuta en contra de la voluntad de la madre provocando su aborto. Al respecto el artículo 330 del Código Penal Federal estipula:

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

Como se aprecia el aborto sufrido puede ser de dos tipos:

a. Sufrido sin violencia. Aquí no hay consentimiento de la mujer embarazada, pero tampoco media violencia. A esta clase de aborto se refiere el precepto cuando señala: *"Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años"*.

b. Sufrido con violencia. Se ejecuta en contra de la voluntad de la mujer al ejercer violencia física o moral

El aborto sufrido es la forma más grave del delito, donde se presenta una pluralidad de bienes jurídicos lesionados, ya que además del bien constantemente protegidos, es decir, la vida del ser concebido no nacido, se lesionan otros bienes como pueden ser la libertad de la mujer, el derecho a la maternidad, la integridad física y/o mental, etc. y esa es la razón por la que se agrava su punibilidad.

3.2 ABORTOS IMPUNES

La Legislación Penal Federal considera tres clases de aborto en los cuales no se impone pena alguna pese a su consumación, atendiendo a diversos indicadores (que analizaremos párrafos subsecuentes) de los que derivan:

3.2.1 Aborto Terapéutico

También es conocido como aborto necesario y se ubica como una causa de justificación, que de acuerdo a ciertos autores hace desaparecer la antijuridicidad del delito por tratarse de un "estado de necesidad". Dicha afirmación es criticable, puesto que desaparece la pena, más no el carácter antijurídico que conlleva la privación de una vida.

Al respecto el artículo 334 del Código Penal Federal señala:

No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.

Jurídicamente se establece la exclusión de la pena cuando se realiza el aborto bajo las circunstancias previstas. El planteamiento que surge es el peligro inminente de una o dos vidas y sólo una puede salvarse sacrificando a la otra. Muchos juristas califican innecesaria esta figura de aborto argumentando la existencia del estado de necesidad genérico, previsto por el artículo 15, fracción V, incluido en el Capítulo IV de "Las Causas de Exclusión del Delito" el cual establece:

"El delito se excluye cuando: ...V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;..."

De acuerdo a lo prescrito por el artículo señalado, nos preguntamos ¿caso no existe el deber por parte de los padres y del médico de afrontar tal peligro? Y ¿el medio siendo absolutamente ilícito justificará el fin pretendido? Decididamente consideramos que los primeros obligados en velar por el bienestar de los hijos son

precisamente los padres, quienes por su natural condición tienen la encomienda de proteger y defender su descendencia y tal deber, en un momento dado, va más allá de cualquier ley escrita. En relación a ello, el artículo cuarto constitucional, en su último párrafo dispone: *"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental"*.

La tesis que sostiene la impunidad basada en el estado de necesidad, es la más aceptada por la mayoría de las legislaciones, lo que no significa que sea una doctrina correcta. Esta clase de aborto carece de un procedimiento legal de autorización o licencia que faculte al médico motivando con ello la existencia de falsos abortos necesarios o terapéuticos.

Respecto a este tipo de aborto el Código Penal del Distrito Federal es más permisivo, ya que no lo refiere al peligro de muerte de la madre, sino a una alteración grave de su salud, al respecto la fracción II del artículo 334 del citado ordenamiento señala:

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

3.2.2 Aborto por violación

Se trata del aborto ocasionado cuando la mujer ha quedado preñada como consecuencia de haber sido víctima de una violación. Al respecto el artículo 333 del Código Penal Federal establece:

"No es punible el aborto...cuando el embarazo sea resultado de una violación".

Por su parte el artículo 265 del mismo ordenamiento legal indica:

"Al que por medio de violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años. Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral independientemente de su sexo..."

Y el artículo 266 del citado ordenamiento añade:

"Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena: I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo."

Si se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad”.

Existen dos corrientes respecto a la causa de justificación que se presenta, una afirma que se trata del ejercicio de un derecho y otra que declara la no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad, en virtud de que el deber de no delinquir es inferior a la motivación.

La razón legal de justificación de la primera postura, radica en la sensación de rechazo experimentada por la mujer, que al ser violada queda encinta. Por ello se entiende que no desea el producto de una situación ofensiva de su libertad sexual, lo cual, además le recordará constantemente el hecho criminal del que fue objeto.

Para Jiménez de Asúa, en la interrupción del embarazo para librar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental, hasta noble pero egoísta, personal que significa el reconocimiento del derecho de la mujer a una maternidad consciente.

La Suprema Corte de Justicia ha señalado: La causa de impunidad a que se refiere el artículo 333 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales solamente se surte cuando la violación de la mujer que aborta voluntariamente se prueba conforme a la ley, es decir, cuando se acredita por los medios autorizados por la Ley Procesal, el cuerpo del delito de violación cometido en su agravio. Si en este caso resulta manifiesto que de esa violación procede el embarazo, el aborto que se procure no es punible. Lo anterior significa que no basta la simple afirmación de una mujer en el sentido de que fue víctima de una violación para procurarse el aborto impunemente, y para que la excusa absolutoria establecida por la Ley para ese caso alcance a favorecer al médico que practique la operación del aborto. (Amparo penal directo 3415/52.14 de octubre de 1953. Primera Sala).

3.2.3 Aborto Imprudencial

Es el regulado por el artículo por la primera parte del artículo 333 del Código Penal Federal que establece:

“No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada...”

También está regulado por la fracción IV del artículo 334 del Código Penal del Distrito Federal que establece:

“No se aplicará sanción: ...IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada...”

Esta situación especial de impunidad es derogatoria de las reglas generales aplicables a los delitos imprudenciales. De acuerdo a Francisco González de la Vega, se funda en la consideración de que cuando la mujer por sus simples

negligencias o descuidos, sin intención dolosa causa su propio aborto, resultaría inequitativo reprimirla, por ser ella la víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad.³⁴⁷

La interpretación del texto legal que expresa, "sólo por imprudencia de la mujer embarazada", se ha determinado en el sentido de que ésta no haya tenido ni la más remota intención de abortar, al quedar afectada con la pérdida del ser concebido.

Es menester, señalar que la impunidad en comento, no se extiende ni aplica a los terceros, médicos, comadrón, partera o cualquier otro que negligentemente ocasionen el aborto de una mujer encinta. La pena que se determine en cada caso, dependerá de la responsabilidad atribuida al agente.

3.2.4 Aborto por inseminación artificial no consentida

No se encuentra regulado en el Código Penal Federal, pero sí en el Código Penal del Distrito Federal en la fracción I del artículo 334 que establece:

"No se aplicará sanción: I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial no consentida;..."

3.2.5 Aborto Eugénico

Eugenesia proviene de dos palabras griegas: *eu* que significa bueno y *genesis* que significa nacer o engendrar. Eugenesia por tanto es engendrar bien. El aborto eugenésico es aquél que es realizado con el fin de evitar el nacimiento de un vástago con serias incapacidades físicas y/o mentales. Busca eliminar a los niños con deficiencias basándose en que sufrirán mucho y le ocasionarán sufrimiento y gastos a los padres. Este aborto se basa en el falso postulado de que los "sanos" son quienes deben establecer el criterio de valor de cuándo una vida vale o no. En realidad con este criterio ya se habría matado a todos los minusválidos ya nacidos y a todos aquellos que para la sociedad no son "normales", esto sin tomar en cuenta que las pruebas prenatales no tienen una seguridad científica del 100% para determinar malformaciones o defectos.

El Código Penal Federal no regula este tipo de aborto, sin embargo fue recientemente adicionado como aborto impune en el Código Civil del Distrito Federal en la fracción III del artículo 334 que establece:

"No se aplicará sanción: ...III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta

³⁴⁷ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, p. 234.

alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada...

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

3.2.6 Tentativa de aborto

El Código Penal Federal no regula nada respecto al aborto en grado de tentativa, por lo que se considera que le son aplicables las reglas generales establecidas en dicho ordenamiento, sin embargo el Código Penal del Distrito Federal si regula esta figura al señalar en su artículo 333 lo siguiente:

"El delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado".

Si bien lo anterior no puede ser considerado como un tipo de aborto impune, ya que la conducta no se consuma, si establece un régimen de excepción para el aborto respecto del artículo 12, único del capítulo II referente a la tentativa, del título primero que trata de la responsabilidad penal del Código Penal del Distrito Federal, el cual señala lo siguiente:

"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

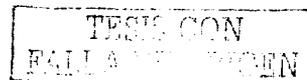
Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

Por su parte el artículo 52 del mismo ordenamiento establece lo siguiente:

"El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;



II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígenas, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".

Como se puede apreciar, en el caso del aborto se establece un régimen de excepción, el cual deja impunes atentados contra la vida del niño que no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agresor. Es decir, que estamos en presencia de una conducta antijurídica que se pasa por alto, sin que exista al respecto una razón de fondo que lo justifique.

4. SISTEMAS DESPENALIZADORES DEL ABORTO

Se han propuesto dos sistemas para regular los casos en que se debe autorizar el aborto vía despenalización:³⁴⁸

4.1 SISTEMA DE PLAZO

Este sistema autoriza libremente el aborto dentro de un lapso determinado de tiempo que generalmente son los tres primeros meses de la gestación; vencido ese plazo estará penalizado el aborto, salvo que exista algún tipo de indicación.³⁴⁹ Durante ese periodo la madre tiene potestad absoluta para decidir si se interrumpe

³⁴⁸ HUERTA TOLCIDO, Susana, Universidad Autónoma de Barcelona, La despenalización del aborto, Edición de Santiago Mir, Bellaterra, Barcelona, España, 1983, p.16, en el mismo sentido GIMBERNAT, Enrique, Universidad Autónoma de Barcelona, La despenalización del aborto, Edición de Santiago Mir, Bellaterra, Barcelona, España, 1983, p.34.

³⁴⁹ El tema de la indicación será tratado en el siguiente apartado.

o no el embarazo con la sola condición de que sea un medico quien lo practique y en un lugar autorizado para ello. Es usual también que se establezcan topes temporales para hacer valer cualquier indicador que usualmente es el sexto mes de embarazo.

Lo anterior supone la desprotección total de la vida del nasciturus, bien jurídico que debe ser tutelado, al dejar exclusivamente en manos de la gestante la decisión de abortar. Hay quienes señalan que las facilidades para abortar que concede este sistema a la embarazada (aborto libre, seguro y en algunas ocasiones gratuito), pueden conducir a que el aborto sea utilizado como un método de control de la natalidad, dejando de ser una situación de excepción.

Los defensores de este sistema argumentan que el plazo de los tres meses no es arbitrario, sino que se fundamenta en las siguientes razones:

a. Biológicas. Esta ciencia ha demostrado que el avance de la gestación ocasiona mayor riesgo para la mujer embarazada, va aumentando el valor de la "spes vital", ya hay una distinción entre embrión y feto y aparece el sistema nervioso central así como la actividad cerebral;

b. Sociológicas. Es un sistema adecuado al respeto de la esfera afectiva de la mujer, porque ésta es la que aprecia y valora las razones y circunstancias de su decisión sobre la continuación o no del embarazo; la mujer cuenta con un tiempo razonable para detectar su estado y adoptar una decisión informada, conciente y voluntaria; Además la práctica del aborto se ha ido generalizando cada vez más en la sociedad, lo que implica su aprobación implícita, ya es algo que no es visto como malo por ser normal.

c. Sanitarias: Anualmente la práctica del aborto clandestino tiene consecuencias negativas para la vida y salud de miles de mujeres en los países que lo reprimen. La obligación para la embarazada de acudir previamente a instituciones de consulta y asistencia, supone una medida preventiva mucho más idónea que la amenaza penal, que histórica y universalmente, ha demostrado ser ineficaz.

d. De Política Criminal. Las estadísticas de los países que han adoptado esta modalidad y en general aquellos que tienen sistemas despenalizadores, ponen de manifiesto que las leyes represivas del aborto voluntario se infringen masivamente, ello aunado al hecho de que las instituciones encargadas de perseguir este delito no son eficaces, lo que demuestra un fracaso rotundo de la justicia penal. También se evita el nacimiento de personas en condiciones socioeconómicas adversas, que son las circunstancias que típicamente generan conductas delictivas, así, si se permite el aborto en esos casos, se evitaría el nacimiento de criminales en potencia.

e. Jurídicas: Se protege el derecho de la mujer sobre su propio cuerpo, así como el derecho a la libre maternidad, los cuales son derechos prevalentes al bien jurídico del ser humano en formación, pero no ignora que éste debe ser protegido; por ello, restringe el ejercicio del derecho de la mujer a interrumpir su embarazo

durante los tres primeros meses, es decir, durante la fase embrionaria; se protege, asimismo, el derecho a la salud de la mujer, pues a partir de los tres meses la intervención abortiva puede llevar consigo mayor riesgo para la mujer.

La Ley francesa del 17 de enero de 1975, es un modelo del sistema de plazos a nivel mundial mediante ésta, la mujer gestante que se encuentre en una situación angustiosa puede pedir a un médico la interrupción de su embarazo, la cual sólo puede ser practicada antes de la décima semana del embarazo. La práctica médica debe hacerse en un establecimiento hospitalario, aunque reconoce a los médicos la posibilidad de invocar la cláusula de conciencia (u objeción de conciencia) para no efectuar el aborto. De otro lado, en el caso de las mujeres menores de edad que estén dispuestas a interrumpir su embarazo, deberán contar con la autorización de uno de sus padres y en el caso de mujeres extranjeras deben acreditar una estadía mínima en el país de tres meses. Se exige, asimismo, que la mujer sea informada de los eventuales riesgos de la intervención, de los derechos y ayudas previstas en la ley, la consulta a determinados centros de información o servicios sociales y que transcurra, por lo menos, una semana, desde el momento de la petición y la práctica abortiva. Luego de las diez semanas, sólo se autoriza la intervención en supuestos de indicación médica o eugenésica.

Algunos países que han adoptado este criterio abiertamente o a través de una interpretación amplia de la indicación social son: Austria, Dinamarca, varios Estados de Norteamérica, Finlandia, Francia, Inglaterra, Noruega y Suecia.³⁵⁰

4.2 SISTEMA DE LOS INDICADORES.

Conforme a este sistema, el aborto consentido es punible, salvo que sea autorizado por la concurrencia de determinadas excepciones que constituyen causales de justificación o eximientes de responsabilidad. Por ello se dice que este sistema opera bajo el esquema de regla-excepción en donde los indicadores son precisamente las excepciones. Entre los indicadores más comunes encontramos:

a. La indicación terapéutica o médica.

Justifica la realización del aborto en cualquier etapa de la gestación, cuando sea necesario para evitar un grave daño o peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. Se exige que la intervención sea practicada por un médico, en un medio sanitario y, en algunos ordenamientos, se requiere el consentimiento de la gestante.

³⁵⁰ GIMBERNAT, Enrique, *op. cit.*, p.35.

b. La indicación eugenésica.

Justifica el aborto cuando es probable que el ser en formación conlleve, al nacimiento, graves taras físicas o psíquicas. En tales casos, se exige el informe médico que acredite dicha probabilidad y el plazo para practicar el aborto suele extenderse hasta la vigésimo segunda semana del embarazo.

c. Indicación jurídica, ética o criminológica

Concede la posibilidad del aborto lícito, en las doce primeras semanas del embarazo, cuando este es producto de una violación sexual. En algunas legislaciones sólo se aplica cuando la violencia sexual ha sido ejercida contra persona menor de edad, aunque la tendencia es hacia su generalización.

d. Indicación económica o social.

Permite el aborto durante los tres primeros meses de gestación, en atención a razones de precaria situación económico-familiar de la mujer. Es una de las indicaciones que ha encontrado mayores dificultades para su reconocimiento legal, pues al encontrarse muy relacionada con el deseo de bienestar se estima que éste no debe prevalecer sobre el interés colectivo de la vida del concebido.

e. Indicación contraceptiva.

Permite la interrupción lícita del embarazo por fallo de un método anticonceptivo utilizado de modo consciente. Esta indicación intenta alentar la práctica rutinaria de la contracepción y permite el aborto, durante los tres primeros meses, para apoyarla y no como sustituto de la misma.

f. Indicación de situación general de necesidad.

Permite el aborto en las doce primeras semanas del embarazo, cuando, considerando todas las circunstancias de la vida de la mujer, no le sea exigible continuar con la gestación. Esta es la más genérica de las indicaciones, que abarca un universo mayor de indicaciones además de las descritas en los supuestos anteriores como son la indicación de adolescencia, la de angustia, la de falta de vivienda, la de infección de VIH, etc.

A favor del sistema de indicaciones, se argumenta que éste supone una solución que permite tanto la tutela de la vida del concebido, como el derecho de la madre al libre desarrollo de su personalidad. Ello en razón que, a pesar de que en principio, todo aborto consentido sería ilícito, se han de tener en cuenta las situaciones específicas que ponen en conflicto los derechos fundamentales de la mujer embarazada, con los derechos del feto, que conlleva a que el ordenamiento estatal, luego de un proceso de ponderación de bienes jurídicos, no pueda exigir la continuación de la gestación a la embarazada, planteándose la posibilidad del aborto lícito. También se sostiene que combina lo socialmente aceptable, con lo legalmente lícito, puesto que la mujer puede interrumpir su embarazo por circunstancias específicas, razonables y durante un lapso determinado.

Por otro lado, las contra-argumentaciones en este caso son planteadas por dos sectores. Unos que objetan a este sistema por considerarlo demasiado extensivo en razón de que las indicaciones dejan de lado la protección de la vida del *nasciturus*, además de que ninguna de ellas tiene mayor sustento, incluso las razones terapéuticas, pues con el avance de la ciencia médica, casi ningún embarazo entraña riesgo para la mujer. De igual forma, la mayoría de indicaciones refuerzan actitudes egoístas de las mujeres. Se coloca como ejemplo el caso del aborto por violación y el aborto social, casos en los que se privilegia los sentimientos y las condiciones materiales de las mujeres antes que la protección de la vida del feto.

El segundo sector que plantea discrepancias con este sistema está compuesto de los partidarios de un sistema más liberalizador como el de plazos. Ellos sostienen que la burocracia y el procedimiento formal para obtener la autorización de interrupción del embarazo puede exceder el límite de los tres meses establecido para algunas de las indicaciones; Además, la adopción de un determinado inventario de indicaciones puede dejar fuera otros supuestos necesarios y la prohibición de abortar, salvo en determinadas excepciones, supone una intolerable intromisión por parte del Estado en la vida de la mujer y una violación a su derecho a la privacidad.

5. EL HOMICIDIO Y SU RELACIÓN CON EL ABORTO

5.1 EL DELITO DE HOMICIDIO

Para Antolisei, el homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento doloso o culposo y sin el concurso de causas de

justificación.³⁵¹ Ranieri nos dice que homicidio doloso es la muerte ilegítima e intencional de un hombre de parte de otro hombre.³⁵²

El Código Penal vigente, en el artículo 302, preceptúa que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, lo que ha dado lugar a que Jiménez de Asúa estime que, el Código mexicano proporcione en su artículo 302, una fórmula sencilla de homicidio que consiste en "privar de la vida a otro" pero al fijar la pena en el artículo 307, se entra en mas detalles y se habla del simple intencional, así como del calificado en los artículos 315 al 320.³⁵³

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ha establecido que no está definido el homicidio en el artículo 302 del Código Penal, donde solo se expresan sus elementos materiales; para que exista, es indispensable que la privación de la vida humana sea imputable, por intención o imprudencia.³⁵⁴

Para conformar el delito de homicidio es importante que no medie causa de justificación alguna, ya que una persona puede privar de la vida a otra y no por eso cometerá el delito de homicidio, ya que puede haber alguna causa de justificación, y si ésta se da, no habría delito; hay que recordar que para que haya delito es necesario que exista una conducta, que esta esté tipificada, que sea antijurídica y que haya culpabilidad. Si alguno de estos elementos falta, no podrá haber delito.

Ya lo señalaba Carrara "*El homicidio, se define: la muerte de un hombre cometida injustamente por otro hombre*".³⁵⁵ Entendiéndose por hombre cualquier persona, indistintamente de su sexo, raza, color o condición. Para que se pueda dar este delito, bastará con que un hombre haya muerto a causa de un hecho injusto voluntario o culposo de otro hombre. El bien jurídicamente tutelado es la vida humana, el cual es protegido por el Estado, no sólo por el interés de cada individuo sino por el interés de la colectividad.

5.2 NÚCLEO DEL DELITO DE HOMICIDIO

a. Conducta. Consiste en privar de la vida a alguien a través de una acción o de una omisión, originándose en este último caso, un delito de comisión por omisión. Es un delito de carácter material, por cuanto hay perfecta coincidencia entre el resultado jurídico (anulación del derecho a la vida) y el resultado material (muerte).

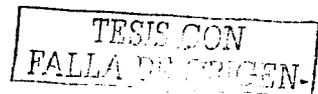
³⁵¹ Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, I, Milano, 1954, pp. 35-36, citado por PORTE PETIT, Celestino, *Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y Salud Personal, op. cit.*, p.8.

³⁵² *Ibidem*

³⁵³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito, op. cit.*, p. 183.

³⁵⁴ Anales de Jurisprudencia T. XIII, p. 105.

³⁵⁵ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, op. cit.*, p. 45.



b. Presupuesto básico de la conducta. No hay ningún presupuesto especial, ya que este delito se refiere a cualquier persona.

c. Formas y medios de ejecución de la conducta. El artículo 302 del Código Penal no hace alusión a los medios en que puede cometerse el homicidio y no necesita hacerlo, bastando con que se fije la noción.³⁵⁶ Por lo tanto, no hay limitación ni en los medios ni en las modalidades o formas. El resultado es la muerte de otra persona. Entre la acción de matar y el resultado, como siempre que se comete un delito, debe mediar la relación de causalidad.³⁵⁷ Ese nexo causal consiste en la adecuación de la conducta al tipo penal.

5.3 CARACTERES DEL DELITO DE HOMICIDIO

a. Tipicidad. La conducta real debe encajar o adecuarse exactamente a la descripción legal. El tipo puede ser fundamental o básico, o puede ser secundario, es decir, tipos de la parte especial que pueden ser referidos al primero; Vg. El tipo calificado, sea de agravación o de atenuación, sigue a su tipo base.

b. Antijuridicidad. El homicidio además de típico debe ser antijurídico, es decir, que la muerte de un hombre originada por otro debe ser ilegítima o injusta, es decir, que no sea cometida legal o casualmente y que además no exista una causa de justificación. Dogmáticamente se incluyen dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, el homicidio en legítima defensa, regulado por el la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal, el homicidio en cumplimiento de un deber legítimo, regulado por la fracción IV del mismo artículo y el homicidio en ejercicio de un derecho, señalado en la fracción V de dicho ordenamiento.

c. Culpabilidad. El delito de homicidio puede ser el dolo o la culpa. El dolo exige el conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, esto es, la necesidad de saber que se mata a una persona y se quiere hacer eso. Basta con que el autor haya previsto la muerte de otra persona como una consecuencia probable de su acción y con todo y eso haya actuado. Respecto a la culpa es necesario que se realice una acción sin la diligencia debida, ocasionando una lesión, tanto al deber objetivo, como al subjetivo, de cuidado el cual es necesario tener en cuenta en la ejecución de determinadas acciones. Es necesaria la producción de la muerte como resultado, esto en conexión causal con la acción imprudente realizada.

d. Consumación. El delito de homicidio es instantáneo, ya que existe un momento preciso en el que se pasa de la vida a la muerte y tan pronto ocurre esa situación se consuma el delito de homicidio, porque tan pronto se comete el delito,

³⁵⁶ PORTE PETIT, Celestino, Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, op. cit., p. 38.

³⁵⁷ En muchas ocasiones no surgen dudas sobre la causalidad entre la acción y un determinado resultado, pero existen otros casos en que determinar el nexo causal es muy difícil.

se agota la consumación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que son delitos instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse porque consiste en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos sin poder prolongarse, como el homicidio, el incendio, las lesiones, etc.

e. Tentativa. Como se ha dicho el resultado típico en el homicidio es la muerte de cualquier persona, si no se presenta se configurará en grado de tentativa, de manera que puede presentarse tanto la tentativa acabada (acción frustrada) como la inacabada (acción ineficaz).

f. Punibilidad. Como hemos mencionado la acción típica, antijurídica y culpable, para ser inculpada ha de ser conminada con la amenaza de una pena, en el caso del homicidio las penas varían dependiendo del hecho típico previsto por la norma de que se trate. La excepción son los parientes en homicidio culposo (artículo 121 bis CPF).

5.4 ELEMENTOS DEL DELITO DE HOMICIDIO

a. Sujeto Activo. Puede ser cualquier persona salvo los casos establecidos en el artículo 323, del código penal, en cuanto a los parientes, por lo que se trata de un delito de sujeto indiferente o común, monosubjetivo, individual o de sujeto único. En el delito de homicidio pueden intervenir como sujetos activos los siguientes: autor intelectual, autor material, autor mediato, coautor y cómplice.

b. Sujeto Pasivo. Puede ser cualquier persona, por lo que es considerado como un delito impersonal que no requiere de una calidad específica. Es indiferente ya que para la comisión del delito de homicidio no importa que el sujeto pasivo sea un fenómeno o esté próximo a morir o, incluso tratándose de un condenado a muerte, porque, como dice Alimena, "la ejecución de la pena de muerte no puede ser substituida por el capricho de un hombre".³⁵⁸

c. Objeto Material. Es el ser humano, hombre o mujer, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condición física, siempre y cuando tenga ese don llamado vida. En este caso el hombre reúne en sí mismo la calidad de objeto material y al mismo tiempo en sujeto pasivo. El objeto material sobre el que recae la acción y el sujeto pasivo en el delito de homicidio coinciden ya que en ambos casos es la persona física. Es importante aclarar que Manzini opina que sujeto pasivo genérico es el Estado, ya que es titular del interés público.³⁵⁹

³⁵⁸ Principii di Diritto Penal, II, Napoli, 1912, p. 311 citado por PORTE PETIT Celestino, Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y Salud Personal, op. cit., p. 36.

³⁵⁹ MANZINI, Vincenzo, citado por PORTE PETIT, Celestino, *Ibid.*, p. 9.

d. Objeto Jurídico. El objeto substancial específico o bien jurídico protegido en el delito de homicidio, es la vida; de todos los derechos este es el más importante, ya que es presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos.

5.5 HOMICIDIO CALIFICADO

Las calificativas en el delito de homicidio, se encuentran tipificadas en el primer párrafo del artículo 315 del Código Penal Federal que a la letra dice: "*Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición*".

a. Premeditación. El párrafo 2º del citado ordenamiento define la premeditación al decir: "*hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer*".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que por premeditación debe entenderse la meditación antes de obrar, el deseo formado antes de ejecutar la acción en que se comete el delito, mediando un término más o menos largo y adecuado para reflexionar maduramente.³⁶⁰ Existe la calificativa de premeditación si el acusado concibió la idea de ejecutar el homicidio, y entre la ejecución y la concepción, transcurrió tiempo apreciable que lo colocó en condiciones de reflexionar sobre su comisión.³⁶¹ Existe premeditación siempre que el reo cause intencionalmente lesiones y homicidio después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer; por lo tanto, premeditar es meditar antes de ejecutar.³⁶²

De acuerdo con la doctrina, la premeditación difiere esencialmente de la voluntad criminal en que esta última concibe el deseo del crimen y lo ejecuta inmediatamente, por tanto es una ocasión momentánea la que incita a cometer el delito sin que se reflexione en el acto que se va a ejecutar. En cambio, la premeditación supone que el agente obre a sangre fría, porque debiera antes de obrar, madurar su pensamiento, lo prepara y dicho pensamiento no está ofuscado por una pasión de momento.

b. Ventaja. El artículo 316 del Código Penal Federal establece que "*se entiende que hay ventaja: I. Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y este no se halla armado; II. Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan; III. Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y IV. Cuando este se halla inerme o caído y aquel armado y de pie.*

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni el cuarto, si el que se halla armado o de pie

³⁶⁰ Semanario Judicial de la Federación, Tomo XL, pp. 26-27, quinta época.

³⁶¹ Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLVII, p. 5160, quinta época.

³⁶² Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXXI, p. 671, quinta época.

fuera el agredido, y, además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia".

Por su parte el artículo 317 del mismo ordenamiento señala que *"sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos de que hablan los capítulos anteriores de este título, cuando sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa".*

Para algunos autores, la calificativa de ventaja requiere, si no, que quede plenamente demostrada la premeditación, si un principio de ella, consistente en el proceso mental necesario para decidir el aprovechamiento de una ocasión favorable en la que el uso del arma permita consumir el homicidio en condiciones tales de no correr riesgo el que lo ejecuta, de ser muerto o herido.

c. Alevosía. Al respecto el artículo 318 del Código Penal Federal señala que *"la alevosía consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la alevosía consiste en causar una lesión a alguien cogiéndolo intencionalmente de improviso o empleando, asechanza u otro medio que no le den lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer, pero, para que exista, es necesario que se compruebe que se tuvo esa intención; no existe esta calificativa, si no se justifica que el acusado haya tenido la intención, es decir, el deliberado propósito de sorprender de improviso a su víctima.³⁶³

d. Traición. Se encuentra descrita por el artículo 319 del Código Penal Federal que señala que obra a traición *"el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que esta debía prometerse de aquel por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza".*

En consecuencia, para que se tenga por probada la traición, es preciso que primero se compruebe la alevosía; la calificativa de traición surge cuando el hecho, a mas de estar presidido por otros propósitos, entraña una deslealtad no esperada por la víctima.

³⁶³ Semanario Judicial de la Federación, T. II, p. 895.

5.6 COMPARACIÓN ENTRE EL ABORTO Y EL HOMICIDIO

	ABORTO	HOMICIDIO
CONDUCTA	Acción u omisión	Acción u omisión.
RESULTADO	La muerte del concebido.	La muerte del ser humano.
PRESUPUESTO BÁSICO	El estado de preñez, gestación o embarazo.	No hay.
MEDIOS O FORMAS	No hay limitación.	No hay limitación.
TIPICIDAD	Artículo 329 del CPF.	Artículo 302 del CPF.
ANTI JURIDICIDAD	Siempre es antijurídico, pero hay casos impunes.	Que no se cometido legal, casual o justificadamente.
CULPABILIDAD	Doloso o culposo.	Doloso o culposo.
CONSUMACIÓN	Es instantáneo.	Es instantáneo.
TENTATIVA	Hay tentativa (en el D.F. no hay tentativa)	Hay tentativa.
SUJETO ACTIVO	La madre u otra persona.	Cualquier persona.
SUJETO PASIVO	El concebido, ser humano con vida.	El ser humano con vida.
OBJETO MATERIAL	El producto de la concepción (Ser humano).	El ser humano con vida.
OBJETO JURÍDICO	La vida humana	La vida humana.
CALIFICATIVAS.	Siempre hay alevosía, premeditación, ventaja y traición. ³⁶⁴	Se pueden o no dar en el homicidio.

Los dos cuadros anteriores son muy gráficos y evidencian que la única diferencia entre el homicidio y el aborto es la calidad del sujeto pasivo, ya que en el primer caso puede ser cualquiera y en el segundo es el niño concebido en el vientre materno. Como hemos analizado ambos son personas, sujetos de derecho, cuya naturaleza exige el máximo respeto; sin embargo, el tratamiento que se le da en uno y otro caso es muy distinto.

³⁶⁴ En el delito de aborto hay premeditación porque la mujer tiene tiempo para reflexionar; hay ventaja ya que el sujeto activo es superior en fuerza física y destreza al pasivo, quien se encuentra en desventaja pues no está armado ni tiene medios de defensa; hay alevosía derivada de la sorpresa y asechanza y por último hay también traición ya que se viola la confianza o seguridad tácita del concebido por parte de sus padres.

PUNIBILIDAD EN EL ABORTO

Aborto procurado y consentido honoris causa: 6 meses a 1 año de prisión.

Aborto procurado y consentido genérico: 1 a 5 años de prisión.

Al que realiza la maniobra abortiva con consentimiento de la mujer: 1 a 3 años; y si es médico suspensión en el ejercicio profesional de 2 a 5 años.

Aborto sufrido sin violencia: 2 a 6 años.

Aborto sufrido con violencia: 6 a 8 años.

Punibilidad mínima: 6 meses.

Punibilidad máxima: 8 años.

El establecimiento del tipo penal de aborto lo único que hace establecer una distinción entre el ser concebido nacido y el que aún no nace, que se traduce en una abierta discriminación porque la punibilidad del aborto siempre es mucho menor que la del homicidio.

PUNIBILIDAD EN EL HOMICIDIO

Homicidio simple intencional sin sanción especial: 12 a 24 años de prisión.

Homicidio en riña: 4 a 12 años.

Homicidio en duelo: 2 a 8 años.

Homicidio en estado de emoción violenta: 2 a 7 años.

Homicidio calificado: 30 a 60 años.

Homicidio en razón de parentesco con conocimiento de ello: 10 a 40 años.

Homicidio en razón de parentesco sin conocimiento de ello: 12 a 24 años.

Auxilio o inducción al suicidio (no es propiamente homicidio): 1 a 5 años.

Punibilidad mínima: 2 años.

Punibilidad máxima: 60 años.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO IV

TUTELA DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como hemos mencionado, el artículo 133 constitucional es el fundamento de la supremacía de la Constitución, así como de la superior jerarquía de los Tratados y leyes federales en el orden jurídico mexicano. Ese artículo establece que las leyes federales deben emanar de la Constitución, mientras que para los tratados basta que los mismos estén de acuerdo con ella; esto debe interpretarse en el sentido de que basta con que no se opongan a lo dispuesto por la Constitución.

Íntimamente relacionado con el precepto analizado encontramos la prohibición del artículo 15 constitucional que a la letra dice:

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

Es decir, que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos en efecto pueden ampliar y detallar las garantías individuales plasmadas en la Constitución y serán plenamente válidos, y por ende obligatorios en nuestro país, siempre y cuando cuente con el consentimiento del Ejecutivo –Presidente de la República-; la aprobación del Senado y haya sido publicado; pero jamás podrán restringirlas o limitarlas.

1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en París, Francia, el 10 de diciembre de 1948 y constituye la proclamación de derechos humanos más importante en la historia.

El documento establece es su preámbulo: "...Considerando que los estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y, Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para al pleno cumplimiento de dicho compromiso..."

En su artículo 3 establece que: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*.

Encontramos que al establecer que todo individuo tiene derecho a la vida lo hace de un modo muy general permitiendo que diversos países con regulaciones que permiten el aborto puedan interpretar este artículo encontrando en él una normativa despenalizante de esta conducta.

Sin embargo, en nuestra opinión, se dice "todo individuo", es decir sea nacido o no, y como el nacido es un individuo de la especie Humana, tiene derecho a la vida.

Sin duda alguna, en nuestro país, el cual ha ratificado este documento, el derecho a la vida de todo individuo debería reconocerse expresamente desde el momento de su existencia, es decir, desde su concepción.

En el artículo 7 de esta misma Declaración se establece que: *"Todos son iguales ante la ley, y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"*.

En su artículo 2 se señala que: *"Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición"*.

Al decirse "cualquier otra condición", se entiende que una condición es la de que sea nacido o no, lo que importa es que sea persona.

Asimismo, el artículo 25 inciso 2 estipula la importancia de la protección debida a la maternidad tanto para el cuidado del niño antes de nacer como después y dice: *"La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social"*.

2. DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Los Estados participantes en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, adoptaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, iniciando así un régimen convencional para la protección de los derechos humanos en el hemisferio.

La Declaración, que fue el primer documento internacional de ese género en el mundo, transformó las normas constitucionales sobre derechos, deberes y garantías, en normas de derecho internacional público en América. Este instrumento fue la primera manifestación internacional que propuso que los

TPSIS CON
FALLA DE ORIGEN

derechos esenciales de la persona humana no serían en adelante considerados como un asunto de la exclusiva jurisdicción interna de los Estados.

El artículo 1 de la Declaración manifiesta: "*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*".

Asimismo, el artículo 2 de la misma estipula que "*todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*".

Es importante recalcar que en el artículo 7 de la Declaración se hace mención al derecho de protección a la infancia: "*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidados y ayuda especiales*".

3. LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ)

Respecto a este tratado haremos un análisis más exhaustivo. Lo anterior debido a que es el tratado internacional más importante en materia de Derechos Humanos en la Región, y establece una serie de mecanismos procesales, además de que está integrado a nuestro ordenamiento jurídico.

Fue adoptado por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, ejerciendo la facultad conferida por la fracción I del artículo 76 constitucional, el día 18 de diciembre de 1980, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de enero de 1981; aceptada y confirmada por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, señor licenciado José López Portillo, en ejercicio de la facultad conferida por la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Firmándola y autorizándola con el Gran Sello de la Nación y refrendada por el entonces Secretario de Relaciones Exteriores, señor licenciado Jorge Castañeda, el 2 de marzo de 1981.³⁶⁵

³⁶⁵ En la "Relación de Tratados en vigor en México, publicada por la Secretaría de Relaciones Exteriores", la citada Convención aparece como Tratado número 258, estableciéndose como fecha de adhesión de México, el 24 de marzo de 1981. A pesar de que dicha Convención fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, se considera vigente en nuestro país desde la fecha en que se depositaron los instrumentos de adhesión en la Secretaría General de la OEA, con fundamento en el artículo 74, párrafo segundo de la propia Convención (24 de marzo de 1981) SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES, THEMIS, SER, México, 1991, p. 103.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el culmen de la evolución normativa del sistema interamericano de promoción y protección a los derechos fundamentales del hombre, promovido e integrado por la OEA, que es una Organización Internacional creada por las Repúblicas Americanas a fin de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia dentro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Constituye un organismo regional.

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

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

En la segunda parte, la Convención establece los medios de protección, refiriéndose a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declarándolos órganos competentes *"para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención"*. Es importante mencionar que la competencia de la Comisión no se limita sólo a los Estados Parte de la misma, sino a todos los Estados miembros de la Organización.

Tratándose de denuncias o quejas de violaciones a los derechos humanos imputables a Estados que no son parte en el Pacto de San José de Costa Rica pero que forman parte de la OEA, el Reglamento de la Comisión deberá ceñirse a las normas pertinentes del Estatuto anterior a la Convención y tomar en consideración la Resolución 253 de 1978 del Consejo Permanente.

El artículo 1º relativo a la obligación de respetar los derechos establece:

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

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

El artículo 2º relativo al Deber de adoptar disposiciones de derecho interno dispone:

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

Relacionado con los dos artículos anteriores encontramos el artículo 28 relativo a la Cláusula Federal el cual establece:

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

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

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

En el siguiente capítulo, relativo a los Derechos Civiles y Políticos, concretamente en los artículos 3º y 4º encontramos el fundamento legal para la defensa de la vida del *nasciturus* como una obligación del Estado en virtud del derecho expreso y concreto establecido a su favor; dichos artículos establecen:

"Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. 1.- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

"Artículo 4. Derecho a la vida. 1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito tuvieran menos de 18 años de edad o más de 70, ni se les aplicará a mujeres en estado de gravidez".

De conformidad con el artículo 1. 2. persona es todo ser humano, por lo tanto todo hombre, incluido el concebido no nacido, quien tiene derecho al reconocimiento de su personalidad.

A pesar de la obligación expresa de respetar la vida humana a partir del momento de la concepción, se presenta un gran obstáculo para efecto de su aplicación en nuestro país, en virtud de que el Senado de la República al adoptar, aceptar o ratificar el Pacto de San José realizó una Declaración Interpretativa a la Convención que a la letra dice:

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

Esta Declaración Interpretativa es errónea por las siguientes razones:

- 1.- Nunca la expresión "en general" ha sido sinónimo del concepto "opcional".
- 2.- Contraviene las normas de interpretación de la propia Convención.³⁶⁶
- 3.- Contraviene lo Establecido en la Convención de Viena relativa al Derecho de los Tratados³⁶⁷ en la cual se establece expresa y claramente la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor,³⁶⁸ además de contravenir sus reglas de interpretación,³⁶⁹ así como lo establecido en ella

³⁶⁶ El artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a)- Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b)- Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c)- Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d)- Excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

³⁶⁷ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, está clasificada bajo el No. 253 de los Tratados Internacionales en que México es parte, fue adoptada en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969, ratificada por los Estados Unidos Mexicanos el 25 de septiembre de 1974 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975. Entró en vigor en territorio nacional el 27 de enero de 1980. El texto original está depositado en la ONU.

³⁶⁸ Artículo 18 de la Convención de Viena: Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado: a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente".

³⁶⁹ La Convención se aplica a los tratados entre Estados, a los tratados que sean un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional (arts. 1° y 5°). Se establece que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del mismo en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y su fin. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulos y anexos: a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y

referente a las disposiciones de Derecho Interno concernientes a la celebración de Tratados.³⁷⁰

4.- Además de que no puede ser considerada como reserva disimulada bajo la forma de Declaración Interpretativa, ya que es incompatible con el objeto y fin de la Convención y, por lo tanto, México o bien no podría ser Estado parte de la misma, con las implicaciones internacionales que ello conlleva, o tendría que retirar dicha reserva.³⁷¹

5.- Es falsa la Declaración Interpretativa en el sentido de que la legislación que protege la vida a partir del momento de la concepción es una materia que pertenece al dominio de los Estados.³⁷²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano autónomo de la OEA; se compone de 7 miembros; representa a los Estados integrantes de la OEA; su función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos contando para tal efecto principalmente con las constituciones. (Art. 41. de la Convención y 1º del Reglamento de la Comisión). Sus funciones en relación al tema que nos ocupa son:

- 1.- Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- 2.- Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos

aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. Además del contexto deberá tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Además conforme al artículo 31 se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

³⁷⁰ Artículo 46. Disposiciones de Derecho Interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1.- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifestada y afecte a una norma de importancia fundamental para su derecho interno; 2.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en el materia conforme a la práctica usual y la buena fe.

³⁷¹ La Sección 2 de la Segunda Parte de la Convención de Viena intitulada de las Reservas señala que "un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado (artículo 19)".

³⁷² Como la Constitución Federal tiene un capítulo de Garantías Individuales en el que se reconoce específicamente el Derecho a la Vida de todos los individuos en la República Mexicana, todas las constituciones estatales deben reconocer y garantizar el derecho a la vida, so pena de declaración de inconstitucionalidad en contra de la constitución estatal que no lo hiciera, ya sea a través de una acción de inconstitucionalidad o mediante la interposición de un Juicio de Amparo.

constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

3.- Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;³⁷³

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

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

Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA cuenta con legitimación activa para presentar ante la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención en contra de un Estado parte. Es importante destacar que basta con ser persona física para poder denunciar violaciones, sin que sea necesario ser nacional del Estado en que se encuentre y al cual se atribuye la violación de derechos humanos, pues en su preámbulo, el Pacto de San José establece "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado".

De acuerdo con la doctrina predominante, postura a la que nos sumamos "no se requiere que el quejoso o denunciante sea afectado directamente por la violación que impugna, equivale, por tanto a una acción popular" (Art. 14 (c) de la Convención y art. 26 del Reglamento).³⁷⁴

Ahora bien, para poder acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es necesario, de acuerdo con el artículo 46. a. de la Convención, que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna del Estado Parte contra el cual se reclama, excepto en los siguientes casos:

a)- Cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados (Art. 46.2.a de la Convención).³⁷⁵

³⁷³ Esta atribución está íntimamente relacionada con la obligación de los Estados Partes a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención. (Art. 43).

³⁷⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, p. 153.

³⁷⁵ Suponiendo, sin conceder, que la protección de la vida del *nasciturus* fuera materia reservada a los Estados, será muy interesante la respuesta del Gobierno Federal al cuestionamiento siguiente: ¿Cuáles son las acciones que ha realizado para que se garantice el ejercicio del derecho a conservar la vida de los concebidos no nacidos y cuáles son las medidas legislativas adoptadas para tal efecto?

b)- No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos (Art. 46.2.b. de la Convención).³⁷⁶

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

El objetivo de este proceso consiste en que, de no lograrse una solución amistosa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos redactará un informe que contendrá los hechos, las exposiciones orales o escritas que las partes interesadas hayan hecho, así como las proposiciones o recomendaciones que la misma Comisión juzgue adecuadas y sus propias conclusiones.

En opinión del maestro Fix Zamudio, a la cual nos sumamos, el informe de la Comisión "debe considerarse como una resolución, aun cuando la misma no pueda imponerse de manera coactiva al Estado que se considere responsable, y, así lo califica el Reglamento en su artículo 50 cuando se refiere al pronunciamiento de la Comisión tratándose de peticiones referentes a Estados que no sean partes de la Convención Americana".³⁷⁷

Este informe puede ser transmitido a los interesados, quienes no podrán publicarlo. Remitido el informe a los Estado interesados, hay un plazo de tres meses en el cual pueden ocurrir dos situaciones: 1. El asunto sea definitivamente solucionado; 2. El asunto sea sometido a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Comisión o por el Estado interesado. Naturalmente, esto podrá suceder sólo respecto de Estados que hayan aceptado previamente la competencia de la Corte o que lo hagan en el momento de la presentación del asunto por la Comisión o por el Estado mismo. (arts. 61 y 62 de la Convención).

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

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

En los casos en que el Estado contra el cual se presentó la denuncia o reclamación haya aceptado someterse a la jurisdicción de la Corte, la Comisión tiene la facultad

³⁷⁶ En el caso concreto del concebido, no-nacido, éste se encuentra precisamente en el supuesto previsto por el Artículo 46, párrafo 2, inciso b) de la Convención, ya que no puede solicitar el Amparo y protección de la Justicia Federal por violación a su derecho a que se respete su vida sino a través de sus representantes que, por ministerio de ley son sus padres (patria potestad) y, en el caso de Aborto, es precisamente la madre, en la mayoría de las ocasiones, quien viola, o por lo menos, quien da su consentimiento para que se viole el derecho del *nasciturus* a conservar su vida.

³⁷⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, p. 155.

de decidir si somete o no el asunto a dicha Corte. (arts. 62.2 de la Convención y 50.2 y 3 del Reglamento).

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. Se compone de 7 jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA. Cuenta con atribuciones de carácter jurisdiccional para resolver las controversias que en materia de violación de los Derechos Humanos le sometan los Estados Partes o la Comisión (*); y de naturaleza consultiva para la interpretación de las disposiciones interamericanas, así como de la compatibilidad de los ordenamientos internos sobre derechos humanos con las primeras (arts. 1º y 2º del Estatuto de la Corte).³⁷⁸

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. A solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los 90 días contados a partir de la fecha de su notificación, la Corte interpretará su decisión, pero sin que ésta solicitud suspenda los efectos de la sentencia (arts. 66 y 67 de la Convención y 48 del Reglamento).

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

Por su parte el artículo 68 de la Convención establece: *"1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes; 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado"*.

Las sentencias de la Corte son obligatorias, pero no ejecutorias, ya que la Convención no contiene ninguna disposición en que se establezca el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de las decisiones de la Corte.

México no ha reconocido como obligatoria la competencia de la Corte, condición sine qua non para que dicho Organismo decida sobre los casos de violación a los Derechos Humanos de las Personas en el territorio mexicano.

³⁷⁸ Sólo tienen legitimación procesal activa la Comisión y los Estados parte que hayan reconocido la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. Sería mucho mejor que el individuo tuviera la facultad de presentarse directamente ante la Corte.

4. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Es el Tratado No. 391 de nuestro país; adoptado por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por México el 21 de septiembre de 1990; la vigencia en nuestro país es dudosa porque no ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación, omitiéndose una de las formalidades del procedimiento de la formación de leyes.³⁷⁹

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

5. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Es el Tratado No. 240 en México; adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 por la 1496a. Sesión Plenaria de la ONU y ratificado por México el 23 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, vigente en México desde el 23 de junio del mismo año.³⁸⁰

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

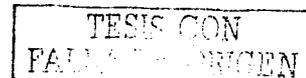
En el artículo 2º, fracción 2, los Estados parte asumen una obligación idéntica a la contraída por los Estados Parte del Pacto de San José en los artículos 1º y 4º, en el sentido de garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos a todos los hombres en los Tratados Internacionales, sin discriminación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

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

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

³⁷⁹ SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES, México: Relación de Tratados en vigor, THEMIS, México, 1991, p. 129.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 110.



6. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Es el Tratado No. 241 en nuestro país; adoptado en Nueva York por la 1496a. Sesión Plenaria de la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por México el 23 de marzo de 1976; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981; la fe de erratas fue publicada el 22 de junio de 1981, y su vigencia empezó en México el 23 de junio del mismo año.³⁸¹

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

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

Dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que los Estados Parte tienen la obligación de respetar y proteger la vida de los seres humanos en su territorio.

El párrafo 1º del artículo 24 establece que *"Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia como de la sociedad y del Estado..."*

Se incluye en el concepto de niño al *nasciturus* y prohíbe toda forma de discriminación. Los Estados Parte se obligan a brindar al niño las medidas de protección -que su condición de menor requiere-, reconociendo tácitamente que los niños, incluyendo a los concebidos, se encuentran en una situación débil frente al resto de los hombres y por tal motivo requieren de una protección mayor por parte de los Estados para garantizarles el goce de los derechos fundamentales inherentes a su naturaleza humana.³⁸²

³⁸¹ *Ibid.*, p. 111.

³⁸² Es relevante que en este Pacto se prevea la creación de un Comité de Derechos Humanos formado por 18 miembros, nacionales de los Estados Parte. El Comité tiene prácticamente las mismas atribuciones y restricciones de competencia que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

7. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV) el 20 de noviembre de 1959. En el preámbulo de la Declaración se estipula lo siguiente: *"Considerando que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*.

El primer principio de este instrumento estipula que *"El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración, Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento y otra condición, ya sea del propio niño o de su familia."*

Asimismo, en el segundo principio declara que *"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la Ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad..."*

El cuarto principio de la Declaración hace mención al cuidado "prenatal" de todo niño, considerando así al concebido, merecedor de una protección especial. Estipula: *"El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales incluso atención prenatal y postnatal..."*

De igual forma establece el octavo principio: *"El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciben protección y socorro"*.

No hay duda de que en este instrumento se protege directamente la vida del concebido ya que el mismo se consagra como una declaración internacional para la protección de la vida del niño antes y después de nacido.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO V

TUTELA DEL NASCITURUS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

1. LEY GENERAL DE SALUD

En la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4° constitucional, las siguientes materias de Salubridad General son aplicables al nasciturus:

1.1 LA ATENCIÓN MATERNO INFANTIL

Comprende la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio. Al respecto el artículo 83 del Reglamento de Riesgos Profesionales, Enfermedades no Profesionales y Maternidad establece que:

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

El artículo 93 de la Ley General de Salud señala que *"cuando se corrobore que un aborto se ha provocado intencionalmente, se denunciará a la autoridad correspondiente y se suspenderá el subsidio"*; por lo tanto la madre perderá el derecho a las prestaciones en dinero que le corresponden por la maternidad cuando el Instituto corrobore que se ha provocado un aborto intencionalmente, aún cuando puede suceder que una de las víctimas del aborto sea la propia madre porque éste se haya provocado sin o contra su voluntad.

El subsidio se entrega a las madres para que tengan medios económicos para vivir y mantener a su bebé sin necesidad de trabajar y para que puedan guardar reposo durante los últimos 42 días del embarazo y los primeros 42 días después del parto.

El artículo 94 del Reglamento de Riesgos Profesionales, Enfermedades no Profesionales y Maternidad establece que *"cuando un aborto no entrañe la comisión de un delito, los subsidios en dinero a que tuviere derecho la asegurada se otorgarán en la forma y por la cantidad correspondiente al subsidio de enfermedad no profesional"*.

Ahora bien el delito de aborto es un delito del orden común, salvo que el sujeto activo sea un funcionario o empleado federal o cualquier funcionario o empleado que desempeñe sus labores con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionario, en cuyo caso se trata de un delito del orden federal (Art. 1º del Código Penal para el Distrito Federal; Arts. 1º fracción IV y 51, fracción I, incisos f) y h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación). De lo anterior se desprende que la aplicación de este artículo del Reglamento de la Ley del Seguro Social, que como hemos visto es una Ley Federal, será distinta en cada Estado, dependiendo de los elementos que deban reunirse para que se configure el delito de aborto.

Ahora bien, interpretando la disposición que nos ocupa en el sentido de que el Instituto Mexicano del Seguro Social deberá esperar a que la autoridad judicial determine si se configuró algún delito al practicarse el aborto, para imponer a la madre la sanción administrativa prevista, encontramos entre otros el siguiente problema: en la práctica, resulta imposible que el plazo entre la denuncia de hechos posiblemente constitutivos de delito y la sentencia definitiva ejecutoriada sea menor a nueve meses, tiempo máximo de un embarazo, lo que convierte el artículo en letra muerta por su imposibilidad de aplicación. A contrario sensu, sanciona a la asegurada con la pérdida del subsidio de enfermedad no profesional a que tendría derecho siempre que el aborto entrañe la comisión de un delito, aún cuando puede darse el caso de que la propia madre sea una de las víctimas del delito cometido, lo cual nos parece francamente injusto.

1.2 PLANIFICACIÓN FAMILIAR

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

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

1.3 LA INVESTIGACION PARA LA SALUD

Comprende el desarrollo de acciones que contribuyan al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos. (Artículo 96, fracción I de la Ley General de Salud).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Las demás que establezca la correspondiente reglamentación".

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

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

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

III.- Embrión.- El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la duodécima semana de gestación; (en el texto original dice en la última palabra gestión y no se ha publicado la fe de erratas correspondiente para corregirla).

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

V.- Obito Fetal.- La muerte del feto en el útero;

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

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

En el tema que nos ocupa, es decir, el de la investigación para la salud, se trata de manera específica la investigación en mujeres embarazadas, sobre reproducción asistida y con embriones y fetos.

1.3.1 Investigación en mujeres embarazadas

El Reglamento de la Ley General de Salud señala que la investigación sobre el embarazo, sin beneficio terapéutico, no debe representar un riesgo mayor al mínimo para la mujer, el embrión o el feto.³⁸³ El artículo 48 de dicho ordenamiento señala que podrá modificarse, con autorización de la Comisión de Ética, el método para terminar el embarazo con propósitos de investigación, siempre y cuando tales modificaciones signifiquen un riesgo mínimo para la salud de la madre y no representen riesgo alguno para la sobrevivencia del feto.

El embarazo no podrá terminarse con propósitos de investigación antes de que el feto sea viable, por mayoría de razón, queda prohibida la interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, lapso en que el

³⁸³ El artículo 17 del Reglamento establece el concepto de investigación sin riesgo, investigación con riesgo mínimo e investigación con riesgo mayor que el mínimo y su cuantificación.

nasciturus recibe el nombre de embrión y durante el cual, sus posibilidades de sobrevivir fuera del claustro materno son nulas.

1.3.2 Investigación sobre reproducción asistida

El artículo 68, fracción IV de la Ley General de Salud establece que "los servicios de planificación familiar comprenden... El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción". Llama la atención el que ningún otro precepto legal regule o limite el alcance de la investigación en éstas materias.

Por su parte el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud señala que *"la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se pueden resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si ésta difiere con el del investigador"*.

El Reglamento prevé técnicas de reproducción asistida, sin base legal alguna. No creemos que sean términos análogos: anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar o biología de la reproducción e ingeniería genética, en el mejor de los casos pudieran ser materias relacionadas. Sobre todo si consideramos que el término "ingeniería genética" no ha sido debidamente acotado, lo que puede ocasionar que dentro del mismo pretenda incluirse la experimentación, manipulación y destrucción o pérdida de vidas humanas, lo que convierte a nuestra legislación en una de las más permisivas del mundo en ésta materia.

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

Evidentemente, el Reglamento de la Ley General de Salud viola los principios de constitucionalidad y legalidad, ya que, suponiendo sin conceder que el concepto de "infertilidad humana" fuera análogo al término "fertilización asistida", la ley prevé la investigación en esta materia y en las técnicas de ingeniería genética, no la aplicación práctica de fertilizaciones asistidas. Además, en múltiples artículos de la ley e incluso en el propio reglamento, se protege la vida del nasciturus, como la de cualquier otro ser humano. El Reglamento desborda el espíritu de la ley al sobreponer el supuesto "derecho a tener hijos" de una mujer o de una pareja (no se requiere ser matrimonio) a la vida de un ser humano.

El Dr. Salvador Mier y Terán señala que "la ciencia y la técnica no son moralmente indiferentes sino que exigen un respeto incondicionado de los criterios

fundamentales de la moralidad al servicio de la persona humana y a su bien verdadero integral. Uno de los cánones más elementales de la racionalidad ética, es el siguiente: "lo que nunca puede ser tratado como simple medio es la persona", ya que la persona humana es un ser singular en el universo visible y es el único que vale por sí mismo. Es el único ser visible que no pertenece a la categoría de los bienes útiles o instrumentales. *"La Ciencia no es un absoluto al que se le deba subordinar y, eventualmente sacrificar todo, incluida la dignidad del hombre"*.³⁸⁴

1.3.3 Investigación con embriones y fetos

El artículo 52 del Reglamento de la Ley General de Salud establece que *"los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la embarazada"*.

Por su parte el artículo 55 ordena *"Las investigaciones en embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos, órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el título décimo cuarto de la Ley y en éste reglamento"*. El verdadero inconveniente de la remisión a dicho capítulo es que en el mismo las células germinales (espermatozoide y óvulos) son consideradas como producto del cuerpo humano, autorizándose de manera absoluta tanto la investigación como la disposición de los mismos sin restricción alguna. Se ha dejado tanta libertad que su control es de hecho determinado por una norma técnica.

Las normas técnicas son definidas por la ley como *"el conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salud, que establezcan los requisitos que deben satisfacerse en la organización y prestación de servicios, así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con el objeto de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias"*.

1.4 DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS

El artículo 314 de la Ley General de Salud da las siguientes definiciones:

"I.- Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y su componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los de

³⁸⁴ MIER Y TERÁN SIERRA, Salvador; El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción Asistida, Exposición Crítica, *op. cit.*, p. 30.

preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;

II.- Cadáver: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida.

III.- Células Germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

IV.- Pre-embrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

V.- Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional;

VI.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

VII.- Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función;

VIII.- Órgano: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo morfológico;

IX.- Producto: Todo tejido o substancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel, y;

X.- Destino Final: La conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos”.

En cuanto a las normas aplicables en materia de disposición de preembriones, embriones y fetos solamente existe un artículo aplicable, el artículo 349 de la Ley, que textualmente dice:

“Artículo 349.- Para el control sanitario de la disposición del preembrión, el embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable y en las disposiciones reglamentarias que al efecto se expidan”.

Este artículo es confuso porque parece admitir que la disposición de los preembriones y embriones, es decir, que la suerte que corran los mismos quedará abierta a lo que dispongan, en el mejor de los casos, los reglamentos expedidos de manera libre y exclusiva por el Presidente de la República, sin intervención del Poder Legislativo, ni de ningún órgano colegiado.

En nuestra opinión el feto, el embrión y el preembrión deben ser sujetos de un cuidado más minucioso y estricto, por su situación infinitamente más débil frente al resto de los seres humanos.

Nos inspira desconfianza el que el legislador distinga entre preembriones y embriones, tomando como base de distinción única y exclusivamente el tiempo de vida, porque hemos visto que hay corrientes jurídicas, políticas y sociales predominantes tanto en nuestro país como en el resto del mundo, que desprecian la vida de los hombres en el periodo de gestación, principalmente antes de su implantación en el útero, que aproximadamente coincide con la segunda semana de gestación (preembrión), como si se tratara de un conjunto de células y no de un ser humano, a pesar de que los descubrimientos científicos en la materia han demostrado que la vida humana inicia precisamente en el momento de la concepción.

Además, como dice el profesor LOMBARDI VALLAURI, citado por MIER Y TERAN *"basta con que se admita la duda sobre la cuestión -nuestros textos prelegislativos la admiten- para que el Derecho prohíba atentar contra la posible vida de un ser humano"*.

2. LEY DEL SEGURO SOCIAL

Comprende varios apartados de los cuales se puede deducir claramente que en el vientre materno hay alguien, a quien se pretende proteger dando prestaciones y otorgando beneficios a la mujer cuando se encuentra embarazada. Al respecto son muy ilustrativos los artículos 101, 102 y 103 que señalan:

"Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.

En los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin importar que el período anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el período anterior al parto, se pagarán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad. El subsidio se pagará por períodos vencidos que no excederán de una semana.

Artículo 102. Para que la asegurada tenga derecho al subsidio que se señala en el artículo anterior, se requiere:

I.- Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el período de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio;

II.- Que se haya certificado por el Instituto el embarazo y la fecha probable del parto, y

III.- Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los períodos anteriores y posteriores al parto.

Si la asegurada estuviera percibiendo otro subsidio, se cancelará el que sea por menor cantidad.

Artículo 103. El goce por parte de la asegurada del subsidio establecido en el artículo 101, exime al patrón de la obligación del pago del salario íntegro a que se refiere la fracción V del artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, hasta los límites establecidos por esta Ley.

Cuando la asegurada no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro."

3. LEY GENERAL DE POBLACIÓN

A través del análisis de algunos de sus artículos, podemos afirmar que el aborto de ninguna manera es aceptado como un medio de control natal, motivo por el cual no se encuentra reglamentado.

El artículo 9º marca la pauta: "El respeto a los derechos humanos y valores culturales de la población mexicana, es el principio en el que se sustenta la política y los programas en materia de población".

De este principio fundamental se desprende que los programas de planificación familiar sean indicativos, y por lo mismo, la información que se imparta sobre la misma, no se identificará a aquélla con el control natal o cualesquiera otros sistemas que impliquen acciones apremiantes o coactivas para las personas, e impidan el libre ejercicio del derecho a determinar el número y espaciamiento de los hijos (Artículo 15 de la Ley General de Población).

Por otra parte, los programas de planificación familiar informarán de manera clara y llana, e instruirán "sobre los medios permitidos por las leyes para regular la fecundidad" (Artículo 18 de la Ley General de Población).

Finalmente, el artículo 21 de la Ley General de Población estipula que: "Queda prohibido obligar a las personas a utilizar contra su voluntad métodos de regulación de la fecundidad".

4. LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La protección y defensa de los Derechos Humanos en México fue elevada a rango constitucional el 28 de enero de 1992, con la publicación del Decreto que adicionó el apartado B al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta disposición facultó al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecieran organismos especializados para atender las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa violatorios de Derechos Humanos, por parte de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, así como para formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes.

Con fecha 13 de septiembre de 1999 se reformó el artículo 102, apartado B constitucional, en el cual se señala que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. El objetivo esencial de este organismo es la protección, observación, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos previstos por el orden jurídico mexicano. Ente sus principales facultades se encuentran:

- I. Recibir quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos.
- II. Conocer e investigar, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de Derechos Humanos en los siguientes casos:
 - a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.
 - b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas.
- III. Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.
- IV. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que presenten respecto de las Recomendaciones y acuerdos de los Organismos de Derechos Humanos de las Entidades Federativas.
- V. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los Organismos Estatales de Derechos Humanos.

VI. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado.

VII. Impulsar la observancia de los Derechos Humanos en el país.

VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, de acuerdo a su competencia, que promuevan cambios o modificaciones de disposiciones legislativas, reglamentarias, así como de prácticas administrativas para una mejor protección de los Derechos Humanos.

IX. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes para impulsar el cumplimiento de tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos.

X. Proponer al Ejecutivo Federal la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos.

XI. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los Derechos Humanos en el ámbito nacional e internacional.

XII. Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de Derechos Humanos.

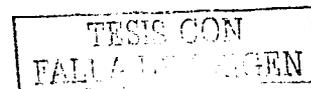
XIII. Supervisar el respeto a los Derechos Humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país.

Cabe hacer mención que las quejas y denuncias, las resoluciones y recomendaciones formuladas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos no afectan el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan corresponder a los afectados conforme a las leyes; por lo tanto, no suspenden ni interrumpen sus plazos preclusivos.

Se excluyen de la competencia de la Comisión los actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, las resoluciones de carácter jurisdiccional, los conflictos de carácter laboral, las consultas formuladas por autoridades, particulares y otras entidades, sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales y tampoco el examen de cuestiones jurisdiccionales de fondo.

Cualquier persona puede denunciar presuntas violaciones a los Derechos Humanos y acudir ante las oficinas de la Comisión Nacional, ya sea personalmente o por medio de un representante para presentar su queja, así como por teléfono o fax.

Cuando los interesados estén privados de su libertad o se desconozca su paradero, los hechos pueden ser denunciados por los parientes o por cualquier persona incluso aunque sea menor de edad. Asimismo, las Organizaciones No Gubernamentales legalmente constituidas tienen la facultad para acudir ante la Comisión Nacional y notificar violaciones de derechos humanos de personas que, por sus condiciones físicas, mentales, económicas y culturales, no tengan la capacidad efectiva de presentar quejas de manera directa.



La Comisión asume que las niñas y los niños, como personas que son, tienen derechos que les son propios y que les deben respetar sus padres o madres, familiares, autoridades y la sociedad en general. De ahí que todos los actos de quienes los tienen a su cuidado así como las acciones del Estado, deban tener como su eje rector el principio del Interés Superior de la Infancia.

Sin embargo deja inexplicablemente de lado la protección del niño concebido que aún no nace, ya que como organismo autónomo no ha realizado todavía ningún pronunciamiento respecto al aborto o el derecho a la vida que es debido al nasciturus; con ello está incumpliendo con su labor fundamental de velar por el respeto de los derechos humanos, por lo menos en lo que respeta al ser humano que aún no nace.

La CNDH debe opinar en favor del derecho fundamental a la vida, de lo contrario, esa Comisión estaría negando su propia razón de ser como organismo gubernamental encargado de defender los derechos humanos en todo el país ante cualquier autoridad.

5. LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Nuestro país, al adoptar la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 adquirió el compromiso de velar porque las instituciones públicas o privadas de bienestar y asistencia social, de salud, justicia y educación, como los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, al momento de tomar decisiones que conciernan a niñas y niños, garanticen el reconocimiento y respeto de los derechos de la infancia.

La sociedad mexicana en su conjunto está obligada a participar activa y responsablemente en la protección, cuidado y bienestar de las niñas y los niños en todos los ámbitos. En este sentido, el padre, la madre y los demás familiares del o la menor de edad, deben dejar de percibirlos como objetos de su propiedad y reconocer que son personas en desarrollo que tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades.

México, acorde con este criterio y en cumplimiento de los compromisos contraídos, reformó el 7 de abril de 2000, el artículo cuarto constitucional, al que se adicionó una fracción sexta, que establece el derecho de niñas y niños a la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento para su pleno desarrollo.

El día 28 de ese mismo mes y año, también se expidió la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que tiene carácter federal, por lo que debe aplicarse en todo el país, señalando expresamente en su artículo segundo transitorio que *"las autoridades competentes podrán emitir las leyes, reglamentos y otras disposiciones para instrumentar en todo el país lo establecido en esta ley,*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en un plazo que no exceda de un año, a partir de la publicación a que se refiere el artículo anterior”.

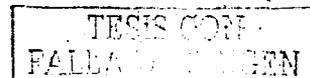
El artículo 2° señala que *“Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos”*. No señala en modo alguno que las personas deben estar nacidas, ni remite al concepto de personalidad del Código Civil ya que el artículo 6° establece que *“a falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en los tratados internacionales en los términos del artículo 133 de la Constitución, se estará a los principios generales que deriven de dichos ordenamientos y a falta de éstos, a los principios generales del derecho”*, por lo que puede considerarse que el niño concebido que aún no nace se encuentra incluido dentro de la protección de esta ley.

Por su parte el artículo 15 consagra el derecho a la vida al señalar que *“niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida. Se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo*. Este puede erigirse en el sustento legal de protección a la vida el cual, incluso, puede ser derogatorio de las causas de justificación en materia de aborto establecidas en el Código Penal, ya que el artículo tercero transitorio señala textualmente: *“Se derogan todas las disposiciones que contravengan lo previsto en esta ley”*.

El artículo 14 establece un derecho de prioridad de la siguiente manera: *“Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se les asegure prioridad en el ejercicio de todos sus derechos, especialmente a que: Se les brinde protección y socorro en cualquier circunstancia y con la oportunidad necesaria; Se les atienda antes que a los adultos en todos los servicios, en igualdad de condiciones; Se considere el diseñar y ejecutar las políticas públicas necesarias para la protección de sus derechos y Se asignen mayores recursos a las instituciones encargadas de proteger sus derechos”*. Podemos considerar que este derecho de prioridad deroga la disposición del Código Penal referente al aborto terapéutico entendido como la facultad de sacrificar la vida del producto de la concepción para salvar la de la madre, ya que esta ley claramente establece una prioridad para los niños y niñas, entre los que se encuentra el nasciturus en lo relativo al ejercicio de sus derechos.

Podemos afirmar que se respeta el Interés Superior de Niñas y Niños, cuando las autoridades y la familia les procuran los cuidados, la asistencia y el trato digno que requieren para lograr un crecimiento y desarrollo pleno dentro de un ambiente familiar y social adecuado. Al respecto el artículo 4° de este ordenamiento dice:

“Artículo 4. De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.



Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

El artículo 10 de la Ley señala que *“Para los efectos de garantizar y promover los derechos contenidos en la presente ley, las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, promoverán las acciones conducentes a proporcionar la asistencia apropiada a madres, padres, tutores o personas responsables para el desempeño de sus facultades”.* En este artículo se consigna una obligación por parte de las autoridades de proporcionar la asistencia adecuada a quienes son responsables del cuidado de niñas, niños y adolescentes para el adecuado desempeño de sus facultades y protección de los intereses superiores del menor, a fin de que las circunstancias no puedan eximirlos de esa obligación de cuidado, por lo tanto el Estado se torna en auxiliar de quienes tienen la obligación de cuidado respecto de los sujetos de la presente ley.

El inciso c. del artículo 13 de la presente Ley establece *“la obligación de familiares, vecinos, médicos, maestros, trabajadores sociales, servidores públicos, o cualesquiera persona, que tengan conocimiento de casos de niñas, niños o adolescentes que estén sufriendo la violación de los derechos consignados en esta ley, en cualquiera de sus formas, de ponerlo en conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente...”* Por lo tanto cualquier persona tiene la obligación de denunciar ante las autoridades competentes la violación de los derechos de niñas y niños; y al señalar el artículo que en cualquiera de sus formas consideramos que puede incluso hacerse cuando existe un peligro grave e inminente.

El artículo 48 establece que para una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la Federación, el Distrito Federal, los Estados y Municipios podrán establecer instituciones que contarán con las facultades consignadas en el artículo 49 que son las siguientes:

“A. Vigilar la observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan los derechos de niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en los tratados internacionales suscritos por nuestro país en los términos del artículo 133 Constitucional y las previstas en la legislación aplicable.

B. Representar legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas, sin contravenir las disposiciones legales aplicables.

C. Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar cuando se vulneren los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.

D. Denunciar ante el Ministerio Público todos aquellos hechos que se presuman constitutivos de delito, coadyuvando en la averiguación previa.

E. Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones en favor de la atención, defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

F. Asesorar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado en lo relativo a la protección de sus derechos.

G. Realizar, promover y difundir estudios e investigaciones para fortalecer las acciones en favor de la atención, defensa y protección de sus derechos y hacerlos llegar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado para su incorporación en los programas respectivos.

H. Definir, instrumentar y ejecutar políticas y mecanismos que garanticen la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

I. Aplicar las sanciones establecidas en esta ley.

J. Las demás que le confieran expresamente las disposiciones legales aplicables”.

Creemos que estas facultades son medios eficaces para la defensa de niños, niñas y adolescentes, sin embargo, al igual que en otras materias, estas medidas no se han extendido al ámbito del niño concebido que aún no nace, en primer lugar por las dificultades prácticas de ello, y en segundo lugar porque el nasciturus no ha sido considerado una prioridad dentro de las políticas de protección a la niñez.

6. LEY DEL INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES

El Instituto Nacional de las Mujeres es un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión para el cumplimiento de sus atribuciones, objetivos y fines (Artículo 2). Se integra por una Junta de Gobierno, una Presidencia, una Secretaría Ejecutiva y las estructuras administrativas que establezca su Estatuto Orgánico. Asimismo, cuenta con dos órganos auxiliares de carácter honorífico: el Consejo Consultivo y el Consejo Social (artículo 9).

La Ley del Instituto Nacional de las Mujeres se publicó el 12 de enero de 2001 en el Diario Oficial de la Federación, y su operación comenzó formalmente el 8 de marzo de 2001 con la instalación de su primera Junta de Gobierno.

El objeto general del Instituto es promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país, bajo los criterios de:

1. Transversalidad en las políticas públicas con perspectiva de género en las distintas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, a partir de la ejecución de programas y acciones coordinadas o conjuntas.
2. Federalismo, en lo que hace al desarrollo de programas y actividades para el fortalecimiento institucional de las dependencias responsables de la equidad de género en los estados y municipios.
3. Fortalecimiento de vínculos con los Poderes Legislativo y Judicial tanto federal como estatal.

La ley señala en su artículo 3° que *"son sujetos de los derechos que esta Ley garantiza todas las mujeres mexicanas y extranjeras que se encuentren en el territorio nacional, y las mexicanas en el extranjero, sin importar origen étnico, edad, estado civil, idioma, cultura, condición social, discapacidad, religión o dogma; quienes podrán participar en los programas, servicios y acciones que se deriven del presente ordenamiento"*. Al respecto cabe hacer énfasis en

El artículo 6° de la Ley señala como objetivos específicos del Instituto los siguientes:

"I. La promoción, protección y difusión de los derechos de las mujeres y de las niñas consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales ratificados por México, en particular los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres.

La promoción, seguimiento y evaluación de las políticas públicas, y la participación de la sociedad, destinadas a asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación hacia las mujeres;

II. La coordinación, seguimiento y evaluación de los programas, proyectos y acciones, y la concertación social indispensable para su implementación.

La ejecución de la política de coordinación permanente entre las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de las autoridades estatales, municipales y de los sectores social y privado en relación con las mujeres.

La evaluación de los programas, proyectos y acciones para la no discriminación y la equidad de género, en coordinación con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en el ámbito de sus respectivas competencias;

III. La promoción de la cultura de la no violencia, la no discriminación contra las mujeres y de la equidad de género para el fortalecimiento de la democracia.

La representación del Gobierno Federal en materia de equidad de género y de las mujeres ante los gobiernos estatales y municipales, organizaciones privadas, sociales y organismos internacionales, y

IV. La promoción y monitoreo del cumplimiento de los tratados internacionales celebrados en términos de lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La ejecución de programas de difusión e información para las mujeres de carácter gratuito y alcance nacional, que informen acerca de los derechos de las mujeres, procedimientos de impartición de justicia y, proporcionen orientación sobre el conjunto de políticas públicas y programas de organismos no gubernamentales y privados para la equidad de género”.

Entre las atribuciones del instituto, consignadas en el artículo 7º de la ley, se menciona, en términos generales, el impulso de la perspectiva de género, pero ello no implica en modo alguno la promoción de posturas de libre elección respecto al tema del aborto; por el contrario, la fracción I del artículo que acabamos de transcribir consigna la “promoción, protección y difusión de los derechos de las niñas”, entre las que se encuentran incluidas, aquéllas que aún no nacen. En definitiva la mujer merece protección para evitar que se conculquen sus derechos, sobre todo si es una mujer indefensa que se encuentra en el vientre de su madre.

Actualmente el Instituto desarrolla dos programas de gran relevancia: el Primero es el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres; el segundo es el Programa Nacional contra la Violencia Intrafamiliar, en ambos programas se busca la promoción y defensa de los derechos humanos, así como el combate a la discriminación. Sería muy valioso que en estos programas se incluyera a los niños no nacidos, ya que ellos también deberían ser considerados como grupos vulnerables, que requieren de acciones afirmativas para colocarlos en una situación real de igualdad.

7. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

En la ley Federal del Trabajo se protege tanto la salud física y psíquica de la madre como la del concebido; por eso en el trabajo se otorgan concesiones especiales a la mujer embarazada, por lo que es evidente que se pretende su salvaguarda.

Ello nos permite concluir que a nuestros legisladores no se les olvidó el cuidado a la mujer trabajadora encinta, ya que es de suma importancia su salud como la del concebido, porque ambos requieren de un cuidado especial.

El artículo 165 de la Ley Federal del Trabajo señala que *“las modalidades que se consignan en este capítulo tienen como propósito fundamental la protección de la maternidad”*. Al respecto los artículos 166, 167 y 170 señalan lo siguiente:

“Artículo 166. Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en

establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias.

Artículo 167. Para los efectos de este título, son labores peligrosas e insalubres las que, por naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto.

Artículo 170. Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

I. Durante el período del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzo considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso;

II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto;

III. Los períodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilidades para trabajar a causa del embarazo o del parto;

IV En el Período de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa;

V. Durante los periodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario integro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un período no mayor de sesenta días;

VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto;

VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales”.

Ahora bien, al hablar de protección a la maternidad es evidente que implica tanto la protección de la mujer como del niño que aún no nace, ya que la maternidad implica ese vínculo entre dos personas en grado de parentesco, de donde se infiere que la protección laboral no es exclusiva para la mujer embarazada, sino que también busca tutelar los derechos del niño que aún no nace.

CAPÍTULO VI

REGIMEN PROCESAL APLICABLE AL NASCITURUS

1. REPRESENTACIÓN DEL CONCEBIDO.

Como mencionamos en el capítulo relativo a la *"protección del concebido en el derecho civil"*, consideramos que el nasciturus tiene la posibilidad de acudir ante los tribunales a través de su representante legal, lo anterior con fundamento en el artículo 23 del Código Civil Federal que establece que *"las incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentarse contra la integridad de la familia"*, así como que *"los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes"*.

A pesar del reconocimiento legal que el ser concebido tiene como persona y sujeto de derechos, es sin duda el más indefenso de todos los seres humanos. Puede ser agredido y afectado más que cualquier otro; puede ser lesionado o privado injustamente de la vida, de sus bienes o derechos. Por su estado inerte, de absoluta indefensión, puede ser fácilmente objeto de múltiples abusos y ataques, aún por parte de aquellos que tienen el deber de protegerlo: sus propios padres.

La situación particular del ser concebido, requiere una atención sumamente especial y como tal, debería estar plasmada específicamente en la ley. Para lograr la protección legal que exige el nonato, es necesario realizar una serie de maniobras hermenéuticas que no siempre logran esa finalidad. Aparentemente, su protección y defensa legal ha quedado en suspenso o ha pasado inadvertido el trato especial que merece por parte del legislador. Por ello, frente a un esquema tan paradójico, nuestra tarea consiste en encontrar y señalar los posibles mecanismos procesales que pueden ser utilizados en pro de su amparo y protección.

A este respecto, surge la Teoría de la Representación, que sustenta que ambos padres son los representantes del nonato; pero si uno de ellos muere, el otro debe representar al concebido pero no nacido, porque su representación está fundada en la existencia del representado, que como persona con capacidad limitada, (pero suficiente para ser considerado sujeto de derecho) requiere de otro para actuar.

Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen (Artículos 412 y 425 del Código Civil Federal).

Sin embargo, si por alguna circunstancia la madre o el padre no quieren o no pueden actuar en representación del nonato, por incapacidad legal o por ser ellos mismos sus agresores, dicha defensa parece quedar inerte. En virtud de su incapacidad natural, el concebido no puede designar mandatarios o representantes (como establece el Código Civil en su artículo 2546 y ss.) que lo defiendan ante un tribunal.

Como hemos mencionado, el artículo 48 en relación con el 49 inciso b) de la Ley para la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala que para una mejor defensa y protección de sus derechos, la Federación, el Distrito Federal, los Estados y Municipios podrán establecer instituciones que contarán con la facultad de representarlos legalmente para la protección de sus intereses ante las autoridades judiciales o administrativas, sin contravenir las disposiciones legales aplicables. Sin embargo, en la práctica, esa defensa no se extiende al concebido, a pesar de que consideramos que si está contemplado como sujeto tutelado por dicha ley.

La defensa desesperada que proclama el ser humano concebido, es posible en nuestro sistema de derecho y puede realizarla cualquier persona en su nombre, ante el inminente peligro que corra su vida, sus bienes o derechos a través de la figura jurídica denominada "Gestión de Negocios".

2. LA GESTION DE NEGOCIOS

La gestión de negocios, se puede definir como aquella actividad que se realiza voluntariamente por una persona denominada gestor, que sin estar obligada a ello, por no existir un mandato o una obligación o disposición legal que lo constriña; interviene en la esfera jurídica de un tercero con la intención de evitarle un daño, cumplir un deber jurídico a su cargo o bien proporcionarle un beneficio, considerándose dicha actuación lícita por el ordenamiento jurídico.

Esta figura se ubica como una fuente extracontractual de las obligaciones, enmarcada dentro de los hechos jurídicos (strictu sensu) lícitos voluntarios, en virtud del cual la ley atribuye determinadas consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) a los sujetos involucrados: gestor, delegado (gestión delegada) y dueño del negocio (dominus negotii), independientemente de su voluntad por el simple hecho de situarse en la hipótesis normativa.

La gestión de negocios ha sido clasificada por muchos autores, sobre todo extranjeros, como un cuasicontrato, que precisamente se define como un hecho jurídico voluntario lícito. También se consideró, desde los romanos, que guardaba semejanza con el mandato, por lo que los glosadores al referirse a la gestión hablaban de un cuasicontrato o mandato officioso.

Conocida como *Negotiorum Gestio*, la gestión de negocios se remonta en sus orígenes al Derecho Romano, fundada en los principios de equidad y utilidad social. No siempre que se administraban negocios ajenos surgía la gestión de negocios, para ello, era indispensable la intención del gestor de ocuparse efectivamente de un negocio ajeno (*animus o affectio negotia aliena gerendi*) con la consecuente utilidad en su desempeño (*utiliter coeptum*).

En Roma, como en el antiguo derecho francés, el gestor de negocios se presenta como un personaje representativo que obra por cuenta ajena, con pleno conocimiento de causa, que hace un buen servicio, "un servicio de amigo".³⁸⁵

El sustento sociológico de esta figura es la solidaridad social y ayuda mutua, considerada por el legislador al permitir la ingerencia de un tercero en la esfera jurídica ajena, cuando existen razones para justificar tal intervención.

El Código Civil Federal en su Libro Cuarto: De las Obligaciones en General, Título Primero: Fuentes de las obligaciones, Capítulo IV, De la Gestión de Negocios, establece el régimen civil para la gestión, el cual se encuentra contenido en los artículos 1896 al 1909 y en relación a éstos el artículo 795.

Artículo 1896: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio".

En la gestión realizada, el agente se obliga por su propia voluntad a manejar, útil, espontánea y gratuitamente los negocios de otro que lo ignora. El negocio puede implicar una actividad jurídica (celebración de un contrato) o bien, una actividad material aún excediendo la normal administración.³⁸⁶ En esta figura jurídica participan tres sujetos: el gestor, el dueño del negocio y el tercero. El primero es aquél que realiza la actividad; el dueño es la persona a cuya cuenta se realiza y el tercero es ante quien se lleva a cabo la actividad.

La gestión debe ser cuidadosa, completa en interés del dueño del negocio, a quien deberá comunicarse a la brevedad, también puede ser delegada. El gestor es responsable de los daños y perjuicios que ocasione, siendo su responsabilidad en caso de dolo o negligencia grave, en forma general, la realizada contra la voluntad del dueño; las operaciones arriesgadas producen la responsabilidad del gestor aunque no incurra en falta, incluso en caso fortuito.³⁸⁷ El dueño del negocio deberá cubrir los gastos erogados por el gestor y deviene en obligado en la medida en que le beneficie o la ratifique.

³⁸⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 264.

³⁸⁶ BRANCA, Giuseppe, traducido por MACEDO, Pablo de la 6ª edición italiana; Instituciones de Derecho Privado, Porrúa, México, 1978, p. 488.

³⁸⁷ MACÍAS, Ramón, Régimen General para la Obligación, Porrúa, México, 1991, p. 51.

2.1 LA GESTIÓN PROCESAL RESPECTO DEL CONCEBIDO

2.1.1 Gestión Judicial Civil y Mercantil

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Título Segundo, Capítulo I; De la Capacidad y Personalidad, determina el régimen para la gestión comprendida en los artículos 48 a 52, 116, 123 y 125, autorizando la actuación del gestor judicial para promover en favor del actor o del demandado ausente, principalmente en los casos en que la diligencia fuera urgente o perjudicial la dilación, la gestión será admitida de toda persona que pueda comparecer en juicio. El gestor judicial gozará de los derechos y facultades de un procurador. Deberá dar fianza de su gestión antes de ser admitido y pagar lo juzgado y sentenciado e indemnizar los perjuicios y gastos que se causen.

En materia procesal mercantil claramente se estipula que la gestión solamente podrá realizarse en favor de la parte demandada, la que además deberá ser garantizada antes de admitirse. Al respecto el Código de Comercio en su Libro Quinto, De los Juicios Mercantiles, Título Primero, Capítulo II, De la Personalidad de los Litigantes, establece:

"Artículo 1056. El que no estuviere presente en el lugar del juicio, ni tenga persona que legítimamente lo represente, será citado en la forma prescrita en el capítulo IV de este título; pero si la diligencia de que se trata fuere urgente o perjudicial la dilación a juicio del juez, el ausente será representado por el Ministerio Público".

"Artículo 1057. En el caso del artículo anterior, si se presentare por el ausente una persona que pueda comparecer en juicio, será admitida como gestor judicial".

"Artículo 1058. El gestor judicial, antes de ser admitirlo, deberá dar fianza de que el interesado pasará por lo que él haga, y de pagar lo juzgado y sentenciado e indemnizar los perjuicios y gastos que se causen. La fianza será calificada por el juez con audiencia del colitigante y sin más recurso que el de responsabilidad".

"Artículo 1059. La gestión judicial no es admisible para representar al actor".

2.1.2 Gestión Judicial en Materia Penal, Administrativa y Fiscal

En materia procesal penal no está permitida la gestión de negocios, ya que se exige una defensa adecuada que puede ser por sí, por abogado o por persona de confianza del inculcado o presunto responsable del delito; en caso de que no lo desee o no pueda nombrar defensor, el juez le designará uno de oficio. En materia

penal se requiere testimonio notarial del poder otorgado o carta poder firmada ante dos testigos o acreditación por simple comparecencia del interesado que manifieste su consentimiento.

Tampoco está permitida en materia administrativa, ya que sólo se podrá comparecer a juicio en forma directa o por conducto de apoderado legalmente autorizado, sujetando la personalidad a determinadas formalidades. En esta materia se requiere instrumento público o carta poder firmada ante dos testigos con ratificación de firmas ante notario público o autoridad correspondiente para acreditar la personalidad del litigante.

En materia fiscal no sólo no está permitida la gestión de negocios, sino que hay prohibición expresa en el artículo 19 del Código Fiscal de la Federación que estipula: "En ningún trámite administrativo se admitirá la gestión de negocios..."

2.1.3 Gestión en materia de Derechos Humanos

La Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ordenamiento de carácter público e interés social, establece dentro de las atribuciones de dicha Comisión, la facultad para conocer de las quejas y denuncias por violaciones a los derechos humanos imputables a cualquier autoridad o servidor público de carácter administrativo o judicial (exceptuando las laborales, electorales, resoluciones judiciales e interpretación legal). El procedimiento instaurado ante la Comisión podrá iniciarse de oficio o a petición de parte; por las quejas o inconformidades que presenten los afectados, sus representantes o los denunciados (artículos 24 y 25).

Inclusive cuando los interesados estén privados de su libertad o se desconozca su paradero, los hechos podrán ser denunciados por los parientes o vecinos de los afectados y aún por menores de edad. De igual forma las organizaciones no gubernamentales legalmente constituidas podrán acudir respecto de personas que por sus condiciones físicas, mentales, económicas y culturales, no tengan la capacidad efectiva de presentar su queja de manera directa.

2.1.4 Gestión en Materia de Amparo

En esta materia si se admite la gestión a favor del agraviado en casos de urgencia o grave peligro determinados específicamente en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que estipula en sus artículos 1, 4 y 17 lo siguiente:

"Artículo 1. El Juicio de Amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;

III. Por leyes o actos de autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal!..

Artículo 4. El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la Ley, el Tratado Internacional, el Reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que esta Ley lo permita expresamente;...

Artículo 17. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataque a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad..."

El juicio de amparo constituye el medio de defensa que tiene todo gobernado, para hacer valer sus derechos individuales, fundamentales, cuando por aplicación de la ley o un acto de autoridad han sido quebrantados.

En el caso que nos ocupa, el ser en gestación que ha sido condenado a muerte, en virtud de un mandato judicial que considera actualizados los supuestos de impunidad señalados en la ley penal relativos al aborto terapéutico, eugenésico o por violación, puede obtener el amparo de la Justicia Federal mediante la figura de la Gestión Judicial, autorizada por la Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es decir que cualquier persona puede realizar en su favor gestiones judiciales para obtener la protección de su vida.

No obstante que en este caso la ley señala un término de tres días para que el quejoso comparezca a ratificar la demanda, no habiéndose logrado su comparecencia, el juez después de resolver sobre la suspensión definitiva del acto reclamado, mandará suspender el procedimiento en lo principal consignando los hechos al Ministerio Público y transcurrido un año sin que nadie se apersona en el juicio en representación legal del agraviado, se tendrá por no interpuesta la demanda. (Artículos 17 y 18 de la Ley de Amparo).

Lo anterior es de suma importancia, dado que el año establecido como término para que se apersona el quejoso, durante el cual quedará suspendido el acto reclamado con las medidas de seguridad necesarias que dicte el juez, constituye el tiempo suficiente para salvar la vida del ser concebido.

3. DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula dos medios de control de la constitucionalidad: la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad

3.1 LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

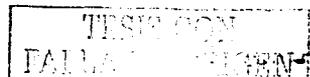
La controversia constitucional se instauró para garantizar el principio de división de poderes, ya que plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución y sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal quienes plantean un agravio en su perjuicio respecto de un acto o una norma. En la Controversia Constitucional se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia). Tratándose de normas generales los efectos de la controversia constitucional consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte.

No hay antecedentes de controversias constitucionales respecto del aborto, y aunque resulta poco probable que se genere alguna demanda ya que la controversia es de carácter competencial, ello no implica necesariamente que no pueda generarse algún asunto relacionado con el tema que nos ocupa.

3.2 LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental, por lo que sólo pueden combatirse cualquier tipo de normas, incluso las electorales, mediante una solicitud ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que ella realice un análisis abstracto sobre la constitucionalidad de la norma; puede ser promovida por el procurador general de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma. Los efectos de la sentencia son generales siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho Ministros.

El único antecedente respecto del tema que nos ocupa es el relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 presentada el 25 de septiembre de 1999 por diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal pertenecientes a los



partidos Acción Nacional y Verde Ecologista y en ella se impugnan: la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal que establece la no aplicación de sanción alguna para el delito de aborto cuando éste obedezca a alteraciones genéticas o congénitas, que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite de poner en riesgo la sobrevivencia del producto; también se impugna la adición del artículo 131 Bis del Código de Procedimientos Penales para el D.F. referente a la facultad que tiene el Ministerio Público para autorizar la interrupción de un embarazo producto de una violación.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió resolver única y estrictamente sobre criterios jurídicos, respecto de la constitucionalidad o no de la mencionada reforma, sin atender a ningún otro criterio que no fuera el sustentado en el Derecho; el proyecto de resolución estuvo a cargo de la Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila de García Villegas.

Por lo que respecta a la impugnación de la reforma al artículo 334, fracción III, del Código Penal para el DF, el Pleno de ministros, por mayoría de votos, resolvió declarar la constitucionalidad de dicho precepto, por considerar que en éste se contempla una excusa absolutoria. En virtud de lo anterior, de darse las hipótesis previstas en el mencionado artículo, las autoridades correspondientes no deberán imponer la sanción cuando la madre decida interrumpir su embarazo. A este respecto, el artículo 334, en su fracción III, señala lo siguiente:

"ARTICULO 334.- No se aplicará sanción (al delito de aborto): III.- Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada. En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencia y efectos, así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable".

En la discusión, los ministros establecieron que la Constitución Federal protege la vida humana y, de igual forma, protege al producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de la vida humana, independientemente del momento del proceso biológico en que se encuentre.

Respecto a la impugnación hecha al Artículo 131 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió desestimar la impugnación, lo anterior en atención a que tanto en el Artículo 105 de la Constitución Federal, como en el 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto, se establece que las resoluciones de la Suprema Corte sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando fueren aprobadas por una mayoría de ocho votos, al no alcanzarse esta votación

calificada y necesaria, el Pleno del Tribunal resolvió desestimar la impugnación al Artículo 131 Bis del Código de Procedimientos Penales para el DF, por lo que queda en los mismos términos en que fue aprobado por la Asamblea Legislativa. Dicho artículo señala lo siguiente:

"ARTICULO 131 Bis.- El Ministerio Público autorizará, en un término de veinticuatro horas, la interrupción del embarazo, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 334, fracción I, del Código Penal cuando concurren los siguientes requisitos: I.- Que exista denuncia por el delito de violación o inseminación artificial no consentida; II.- Que la víctima declare la existencia del embarazo; III.- Que se compruebe la existencia del embarazo en cualquier institución del sistema público o privado de salud; IV.- Que existan elementos que permitan al Ministerio Público suponer que el embarazo es producto de la violación y, V.- Que exista solicitud de la mujer embarazada. Las instituciones de salud pública del Distrito Federal deberán, a petición de la interesada, practicar el examen que compruebe la existencia del embarazo, así como su interrupción. En todos los casos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer información imparcial, objetiva, veraz y suficiente sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Esta información deberá ser proporcionada de manera inmediata y no deberá tener como objetivo, inducir o retrasar la decisión de la mujer. De igual manera, en el periodo posterior, ofrecerán la orientación y apoyos necesarios para propiciar su rehabilitación personal y familiar para evitar abortos subsecuentes".

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO VII

HACIA UNA PROTECCIÓN JURÍDICA PLENA DEL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Hemos llegado al último capítulo de la segunda parte de este trabajo, cuyo objetivo principal consiste en plantear líneas generales que deriven en una protección jurídica plena del concebido no nacido.

Para ello es conveniente recordar los presupuestos aportados por las ciencias auxiliares del Derecho, que consisten en datos objetivos y comprobables sobre el desarrollo del concebido desde la fecundación hasta su nacimiento, que, como hemos dicho, son generalmente aceptados por su universalidad.

La biología nos enseña que los embriones humanos se originan en la concepción, ordinariamente realizada a través de la fecundación y extraordinariamente por procesos equivalentes como pueden ser la escisión natural llamada gemelación, o artificial de un embrión bi o pluricelular. Esto es así ya que ninguna célula humana, ni siquiera las germinales, pueden originar individualmente un nuevo ser bajo ninguna circunstancia. Es indispensable la unión del óvulo y el espermatozoide para dar origen a uno o más individuos. Pero además, desde ese momento, estamos en presencia de un nuevo ser de la especie humana, ya que de la unión del óvulo y el espermatozoide surge un humano y jamás un ser de otra especie.

En la actualidad existe un amplio consenso entre las autoridades médicas del mundo en el sentido de que no hay duda que la vida humana está presente desde el mismo momento de la concepción, ya que el pronúcleo cuenta con toda la información genética y biológica necesaria para su desarrollo y desde ese momento iniciarán las distintas etapas de su desarrollo y maduración, sin que exista un solo punto de ese camino en el que se pueda dudar legítimamente de la humanidad de dicho ser. Es un ser genéticamente completo al que sólo le falta tiempo para poder ir actualizando las potencialidades que desde un principio están en él. La naturaleza del concebido que aún no nace es humana, ya que crece como humano y tiene, en las diferentes etapas de su desarrollo, la forma típica de un humano.

Este dato o hecho aportado por la ciencia se transforma en jurídico cuando comprendemos que, por virtud de su naturaleza, el nuevo ser merece respeto, lo que origina consecuencias jurídicas que se traducen en la obligación de tutela y protección de sus derechos inherentes.

El aborto provocado niega esa verdad objetiva aportada por las diversas disciplinas científicas y constituye un medio perverso que atenta irremediablemente contra la persona humana y que conculca sus derechos de modo absoluto.

Pero la práctica del aborto no sólo vulnera los derechos del ser en gestación, sino también los de la mujer embarazada, ya que, a pesar de que en la mayoría de los casos se plantea como una solución quirúrgica clínicamente segura, la ciencia ha demostrado que cuando se priva de la vida al niño, con o sin el consentimiento de la madre, es común que se originen efectos psicológicos que pueden arrastrar como secuela para el resto de sus vidas o padecimientos físicos más o menos graves.

La filosofía, que estudia al ser desde sus primeros principios y sus últimas causas, confirma las conclusiones de la medicina y la biología, al afirmar que no hay ningún cambio sustancial entre el nasciturus y un niño nacido, un joven o un anciano. Esto es así porque la concepción constituye el momento de la generación absoluta del ser humano a partir de la corrupción absoluta del esperma y el óvulo, es decir, que entre el momento de la concepción y el del nacimiento, no existe ninguna generación absoluta, toda vez que no hay un cambio en la forma sustancial del gestante y esto es demostrable a través de sus operaciones, que serán las propias de un ser humano de acuerdo con el estadio biológico que se analice.

Por eso lo que el hombre es, desde el punto de vista óntico, se define desde el mismo momento de la concepción, ya que el sustrato de los accidentes es inmutable en sí mismo, y lo que cambia son los aspectos físicos que están sujetos indisolublemente al núcleo del ser, a su esencia.

Para que haya vida es indispensable un principio animador o vivificador del cuerpo, una forma sustancial que informe a la materia prima. En el caso del hombre ese principio es el alma racional. Por tanto el hombre es cuerpo y alma, vinculado al mundo exterior, pero a la vez capaz de trascenderlo. Ello nos permite entender porqué el hombre se distingue del resto de las criaturas, ya que es un ente individual con categoría única que se encuentra en un plano superior: el de la razón y la libertad, el del espíritu.

La persona es una "sustancia individual", entendida como un sustrato completo, que es en sí y no en otro, autónomo en su ser y obrar y perfectamente incomunicable en cuanto a su esencia. Ello hace que permanezca invariable en lo más íntimo de su ser, a pesar de los vaivenes de la vida, porque aunque cambie en su aspecto físico, en lo accidental, hay una unidad óntica que no se modifica con todos esos cambios, por eso afirmamos que el embrión no es un ser humano en potencia, sino un ser humano con potencialidad.

El no nacido es una sustancia individual que es en sí mismo y no en otro. Su alto grado de dependencia no es obstáculo para esta afirmación; si somos honestos debemos reconocer que todo ser tiene algún grado de dependencia respecto de algo o alguien para existir y no por eso es un accidente; además, ser accidente

significa ser en otro, pero el gestante, aunque topológicamente hablando está en el cuerpo de su madre, no es el cuerpo de su madre y si fuera accidente no podría, al nacer, sufrir una modificación óptica que lo convirtiera inmediatamente en sustancia. Por pertenecer a la especie humana, necesariamente su esencia como principio de operación es racional, a pesar de que no esté capacitado para expresar dicha racionalidad. De lo anterior resulta que el niño en el vientre materno es persona por ser una sustancia individual de naturaleza racional.

Si admitimos y aceptamos la inviolabilidad de la vida humana ya nacida, por lógica, debemos también sostenerla y regresarnos a la vida humana embrionaria, ya que sin ésta aquélla no podrá tener actualidad ni realización.

Incluso suponiendo sin conceder que no estuviese suficientemente sustentada la personalidad del feto, para poder destruirlo debiera quedar absolutamente demostrada su falta de personalidad, ya que aceptar la muerte de quien puede ser una persona, mientras no se demuestre lo contrario, implica estar dispuesto a aceptar su muerte aún siéndolo. De ahí que debemos mantener con firmeza que la muerte de un embrión es la muerte de una persona y no podremos eludir la responsabilidad moral de su muerte, si aceptamos la responsabilidad de permitir el aborto.

Es cierto que han cambiado las formas de convivencia social y con ellas las prácticas abortivas o las ideas sobre el valor de la vida fetal, pero es más cierto que ello jamás podrá cambiar la naturaleza de la vida humana y por tanto su valor.

A pesar de esas percepciones, el respeto a la vida aparece como uno de los principios fundamentales y evidentes en todas las ideologías y culturas. Su justificación no necesita de gran esfuerzo racional, ya que el sentido común nos enseña que este valor es presupuesto indispensable para el desarrollo de otros valores, tanto individuales como colectivos.

Hemos analizado como toda persona humana lo es por su ser y no por la conciencia que tengan los demás de ese ser, tampoco por la conducta que desarrolle en su vida personal, ni por las características que los demás le atribuyan en la vida social. Así pues, desde el momento de la concepción, podemos hablar con toda propiedad de persona en sentido ontológico, pero también en sentido jurídico.

El hecho de que el concebido sea persona, implica que debe ser destinatario de un especial cuidado y protección, referidos, desde luego, al momento inicial y decisivo de la fecundación; de esta manera, la valoración de la vida del feto quedará sustraída a los gustos, las costumbres, las manipulaciones y las arbitrariedades que pueden amenazarla en ausencia de criterios objetivos.

Desde el punto de vista de la religión, del cual tampoco puede desvincularse al hombre, la vida no se queda en el plano de un simple valor, sino que, por ser un don divino, trasciende a la categoría de lo sacro. Esto es así porque la persona ha sido creada por Dios a su imagen y semejanza y es amada por Él en sí misma, lo

que implica que debe quedar sustraída de cualquier potestad arbitraria, que es intocable, digna de todo respeto y de cualquier sacrificio.

El Catecismo de la Iglesia Católica confirma lo anterior al señalar que la vida humana es sagrada, porque desde su inicio es fruto de la acción amorosa de Dios y permanece siempre en una especial relación con el Creador, su único fin; por lo tanto, sólo Él es Señor de la vida, desde su comienzo hasta su término y nadie puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente.

Su Santidad Juan Pablo II enfatiza el respeto que merece el nasciturus al señalar en su Carta Encíclica *Evangelium Vitae* que *"ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la ley de Dios, escrito en el corazón de cada hombre, reconocible por la misma razón y proclamada por la Iglesia"*.

Sostenemos rotundamente la inmoralidad intrínseca del aborto provocado ya que a través de este medio se conculca el derecho a la existencia humana personal, derecho que fundamenta todos los demás y que es irrecuperable una vez que se ha perdido. Es la injusticia más grave que puede hacerse al hombre, por ello lo Iglesia sanciona con pena canónica de excomunión ese delito contra la vida humana.

La vida es una expresión del ser digna de preservarse. Por lo tanto, surge el derecho de conservarla y el imperativo de respetarla. Se trata de un derecho que genera el propio acto de vivir, con independencia de su reconocimiento legislativo. El derecho a la vida está antes y por encima de cualquier voluntad humana, la cual sólo interviene para acatar (o violar) el derecho, no para crearlo. Por lo tanto, el derecho a la vida es un derecho natural que deriva directamente de la esencia del hombre como principio de operación. No es un derecho otorgado por nadie, ni ha sido producto de la evolución de las culturas, ya que es evidente que sin vida no pueden haber otros derechos ni libertades.

El aborto provocado viola este derecho natural y quita toda posibilidad de realización personal a un ser que ha comenzado su proceso vital, truncándolo; esto importa una gravedad mayor cuando consideramos que es un ser que ni siquiera tiene la posibilidad de defenderse y necesidad de todo y de todos.

En muchos ordenamientos jurídicos, y los de México no son la excepción, se ha pretendido justificar el aborto vía legalización por diversas razones: terapéuticas, eugenésicas, sociales, criminales, etc. Pero privar de la vida a un ser inocente que ha comenzado el proceso de su existencia es una acción profundamente inmoral e injusta, y no puede ser justificable ni por el decreto o ley promulgadas, ni por el voto de las mayorías. La ley natural y divina no pueden ser abrogadas por leyes positivas humanas.

Ciertamente la legislación positiva puede renunciar a castigar, penar o sancionar una acción injusta, pero no por ello dejará de tener esa calidad; además con ello

estará renunciando a tutelar un alto valor y apostatará de su alta función de ser instrumento al servicio del hombre y de la sociedad.

Podemos afirmar categóricamente, con fundamento en las diversas cuestiones que se han abordado a lo largo de este trabajo, que la persona es tal desde el momento de la concepción. Esa verdad debe ser asumida hasta sus últimas consecuencias por el Derecho a través del siguiente razonamiento: si sólo la persona humana es sujeto de derechos y obligaciones, y el concebido es persona humana, por tanto también es sujeto de derechos y obligaciones y debe ser tutelado y protegido por el ordenamiento jurídico positivo.

En congruencia con lo hasta aquí expuesto, me permito proponer líneas generales de acción que sólo pretenden establecer un marco teórico a través del cual se puedan llevar a cabo distintas modificaciones legales que deriven en una protección jurídica plena en el derecho positivo mexicano vigente del concebido que todavía no ha nacido. Ello nos permitirá establecer las condiciones para que, en la medida de lo posible, ese ser sea efectivamente nasciturus y no que esté condenado a ser, si alguien arbitrariamente lo decide así, moriturus.

1. ELEVAR A RANGO CONSTITUCIONAL LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN.

La finalidad de la norma constitucional, por lo menos en lo referente a su parte dogmática, es la protección de las garantías individuales y, en consecuencia, de la dignidad humana, por lo que toda interpretación de sus preceptos debe estar encaminada hacia la preservación de esa dignidad y el respeto de esas garantías.

A través de las garantías individuales se plasman en la norma constitucional los llamados "derechos de la personalidad" que, de acuerdo con Gustavo Ordoqui, son aquellos inherentes al ser humano, con independencia de toda situación jurídica y por encima de cualquier previsión escrita, que posibilitan el señorío sobre la propia persona y la actuación de las fuerzas físicas y espirituales, tanto en el plano del derecho privado como en el del público.³⁸⁸ Estos derechos son originarios o innatos; son subjetivos en tanto corresponden a los individuos como seres humanos, aseguran el goce del propio ser y constituyen una protección frente a los particulares y al poder público; son irrenunciables, intrasmisibles, imprescriptibles y extramatrimoniales (inembargables, inexpropiables y no susceptibles de pignoración).

Si bien los derechos de la personalidad preexisten a la ley positiva, pues no dependen para su existencia de ningún presupuesto jurídico, su protección y conservación sí dependen en mucho del reconocimiento que el Derecho positivo

³⁸⁸ Cfr: ORDOQUI, Gustavo, *op. cit.*, p.248.

haga de esta realidad, de ahí la gran importancia de las garantías individuales. Esto es así porque es el ordenamiento el que prohíbe o permite el aborto, el que regula la legítima defensa, el que instituye la pena de muerte y el que, en última instancia, puede exigir coercitivamente el respeto de los bienes que tutela.

Los derechos de la personalidad que son plasmados en forma de Garantías Individuales en nuestra Carta Magna son, entre otros, la libertad, el honor, la integridad corporal, la legalidad, la seguridad jurídica, la igualdad y el derecho a la vida. Este último cobra especial importancia respecto de los demás, ya que sin él no existe el hombre como sujeto de protección, ni la dignidad que le es inherente, ni garantía alguna que salvaguardar. Es un bien supremo, del cual nos hemos ocupado en el capítulo correspondiente a los derechos humanos, sin el cual no cabe la existencia y disfrute de ningún otro derecho, por lo cual ha sido acogido en el Derecho constitucional mexicano.

Al respecto el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 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 al hecho*".

A pesar de que el derecho a la vida se encuentra consagrado en diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no creemos que la insistencia de elevar a rango constitucional el derecho a la vida del *nasciturus*, sea, en modo alguno, aceptar que no es un individuo y, por ende, que no goza de las garantías consagradas en nuestro Pacto Federal. Sería más bien, por un lado, un medio para explicitar su condición de persona, de sujeto de derecho, y por el otro, sería un instrumento eficaz para evitar interpretaciones judiciales o extrajudiciales que pudieran ser lesivas de los derechos del nonato.

Es evidente de que, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el derecho a conservar la vida del concebido, ese reconocimiento está velado y requiere de un esfuerzo de hermenéutica que muchas veces no es suficiente. El *nasciturus* es persona, tiene dignidad y merece el mismo respeto que todo ser humano en cualquier etapa de su vida, y en ese sentido se dice también que es individuo y por tanto se encuentra protegido por nuestra Carta Magna. De hecho así lo han confirmado los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000.

Por eso cuando la Constitución señala que todo individuo gozará de las garantías que se consagran en la misma, también se refiere al concebido, aunque se encuentre en el vientre de su madre porque, como hemos dicho, ello no afecta en modo alguno su individualidad.

Reiteramos que la inclusión de la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción en la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos debe ser explícita de modo que, al tener que adecuarse la legislación secundaria a la misma, se origine una protección legal generalizada del concebido.

A pesar de que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida del concebido, esa protección no es en modo alguno plena, y como ejemplo de ello tenemos a la ley penal, la cual presenta una contradicción evidente respecto del Pacto Federal en relación con la garantía de igualdad, ya que no se protege de igual forma la vida antes que después del nacimiento.

El aborto provocado viola el derecho a la vida consagrado en el artículo 14 constitucional, ya que mediante él se priva de la vida a un inocente sin previo juicio ni procedimiento alguno. Por lo anterior resulta indispensable, para disipar dudas, que se especifique la protección del concebido y se reconozca de forma explícita su personalidad jurídica.

2. REFERIR LA PERSONALIDAD JURÍDICA, SUS ATRIBUTOS Y DERECHOS, AL MISMO MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN, PARA GENERAR UNA TUTELA POR PARTE DEL DERECHO CIVIL QUE SEA ACORDE CON LA NATURALEZA DEL CONCEBIDO.

Si somos congruentes con los datos aportados por las ciencias auxiliares del Derecho, tenemos que aceptar que el gestante, por su sola condición de persona, debe recibir una protección jurídica integral desde el preciso momento en que se tenga noticia de su concepción.

Siendo un fin primordial y una obligación del Estado procurar el respeto y promoción de los derechos esenciales de la persona, es preciso que nos cuestionemos si el Estado Mexicano, a través de su regulación jurídica, efectivamente promueve y defiende los derechos del ser concebido que todavía no nace.

En términos generales podemos afirmar que el ordenamiento jurídico mexicano efectivamente protege y promueve los derechos humanos, sin embargo es necesario matizar esta afirmación, ya que en el caso del concebido no nacido, el marco legal es incompleto y la protección insuficiente e incluso deficiente; no cabe duda que la tutela al concebido, cuando la hay, es mucho menor que la de un ser que ya ha nacido y, como hemos señalado reiteradamente, se que requiere de un importante esfuerzo de interpretación debido a la falta de una regulación favorable y expresa.

Muestra de lo anterior es el propio concepto de persona que nos brinda el artículo 22 del Código Civil Federal, el cual establece arbitrariamente que la personalidad inicia con el nacimiento (vivo y viable); concepto que en la actualidad resulta

insostenible si consideramos las evidencias científicas que nos proporcionan las diferentes disciplinas en que el Derecho se apoya.

Actualmente la protección que se le brinda al concebido se encuentra limitada "a los efectos declarados por el Código". En el mejor de los casos se trata del reconocimiento de una especie de capacidad limitada, sujeta a la condición de que el bebé nazca vivo y viable, o de una ficción que en modo alguno corresponde a la realidad. Por lo tanto, desde el punto de vista positivo, su capacidad de goce, no puede considerarse plena.

Desde el punto de vista legal, y toda vez que no existe un reconocimiento expreso de la personalidad del concebido en el Derecho positivo mexicano, los intentos por legalizar o despenalizar el aborto y fomentar prácticas contrarias a la vida no resultan antijurídicos, pues en todo caso se estaría atentando contra una simple "expectativa" de derecho, el cual, al ponerse en una balanza frente a otros derechos legalmente reconocidos como puede ser el de la mujer sobre su cuerpo, sería fácilmente sacrificable. El problema entonces no puede tratarse desde la lógica del sistema, sino desde la perspectiva del Derecho Natural, desde una lógica médica, sociológica, antropológica, filosófica, que nos permita llegar a conclusiones verdaderas sobre el hombre. Solamente a partir de una visión humilde del Derecho, en donde éste reconozca que no se basta a sí mismo para construir todo un sistema al servicio de la persona, podremos lograr la edificación de un orden normativo justo, íntimamente relacionado y comprometido con el hombre y para el hombre.³⁸⁹

Tanto el Derecho natural como las ciencias auxiliares del Derecho demuestran que el postulado expresado en el artículo 22 del Código Civil Federal es erróneo al señalar que la personalidad jurídica empieza con el nacimiento; por lo tanto debemos encontrar un sustitutivo a esta declaración legal que refleje efectivamente la realidad del ser humano y su naturaleza.

La respuesta es evidente, el inicio de la personalidad jurídica se debe dar en el instante mismo de la concepción, sin embargo el problema de ello se encuentra en establecer el momento a partir del cual se reconozca la personalidad del concebido.

Actualmente la prueba jurídica del inicio de la personalidad de una persona, se da con el levantamiento del acta del registro civil, al respecto los artículos 55 y 57 del Código Civil Federal señalan lo siguiente:

"Artículo 55. Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos paternos y, en su defecto, los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.

Los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las

³⁸⁹ Cfr: ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, *op. cit.* pp 115-116.

veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna.

Si el nacimiento tuviere lugar en un sanatorio particular o del Estado, la obligación a que se refiere el párrafo anterior, estará a cargo del Director o de la persona encargada de la administración.

Recibido el aviso, el Juez del Registro Civil tomará las medidas legales que sean necesarias a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas”.

“Artículo 57. En las poblaciones en que no haya Juez del Registro Civil, el niño será presentado a la persona que ejerza la autoridad delegacional o municipal en su caso, y éste dará la constancia respectiva que los interesados llevarán al Juez del Registro que corresponda, para que asiente el acta”.

Considero que el procedimiento establecido en los dos artículos anteriores puede respetarse. Lo único que hay que hacer es referirlo a la noticia de la concepción, a fin de estar en aptitud de brindarle protección al concebido desde ese momento.

Lo anterior implica también el levantamiento de un acta del registro civil y el correspondiente reconocimiento de la ley del hecho de la concepción, sólo que en este caso, en lugar de levantarse un acta de nacimiento deberá expedirse un acta de concepción.

El problema estriba en cómo probar ese momento. Sin embargo en la actualidad los médicos están en posibilidad de determinar aproximadamente la fecha de la concepción a partir de la prueba del embarazo. El derecho debe entonces tomar esas herramientas que la ciencia médica proporciona para trabajar a partir de ellas. En todo caso podría levantarse el acta cuando se tenga noticia de la concepción, estableciendo la obligación para cualquier persona, y especialmente para los médicos, de dar aviso inmediato al juez del registro civil de esa situación. Si quien da el aviso al juez es una persona que no tenga la calidad de médico, para poder levantar el acta de concepción, deberá haber previamente el dictamen de un médico que certifique el estado de gravidez.

Ésta puede ser una de muchas alternativas efectivas para proteger al gestante ya que a partir de la evidencia médica de la concepción entra bajo la protección del Estado, con todas sus consecuencias, incluso contra la voluntad en muchas ocasiones egoísta de sus propios padres.

Los médicos y personas que intervengan en las pruebas de embarazo incurrirán en responsabilidad penal en caso de que alteraran los resultados de las pruebas o se negaran a hacerlas. Por su parte los jueces del registro civil serían penalmente responsables y podrán ser destituidos de su cargo, en caso de no hacer los levantamientos de actas respectivos, o de alterar o cambiar cualquier dato en el acta de concepción.

En todo lo demás y con las adecuaciones correspondientes, sería aplicable lo relativo al capítulo de actas de nacimiento del actual Código Civil Federal.

De manera breve, analizaremos los atributos de la personalidad que proponemos se reconozcan en el concebido. En cuanto al nombre, serían plenamente aplicables todas las reglas vigentes en la legislación civil, y solo encontraríamos la peculiaridad del momento en que se pone nombre al nuevo ser humano; aquí la solución más conveniente sería esperar al momento del parto. En cuanto al domicilio siempre será el de la madre y el estado civil el de soltero.

Por lo que se refiere al patrimonio, son plenamente aplicables sin restricción alguna todos los principios del patrimonio regulados en el Código Civil Federal, por lo que ya no estarían sujetos a ningún tipo de condición o ficción jurídica. La nacionalidad del concebido sería la de sus padres por derecho de sangre, y por derecho de suelo, habría que esperar al momento del parto para determinarlo, en virtud de que este es el criterio de atribución internacional.

Esto permitirá que sean aplicables a los concebidos absolutamente todas las disposiciones legales que rigen hoy para los nacidos menores de edad con plena capacidad de goce y capacidad de ejercicio limitada a la mayoría de edad.

A pesar de que nuestro Código Civil únicamente ha tomado interés en la fecha de la concepción del *nasciturus* en lo relativo a la filiación, consideramos que sería de gran importancia regularlo, porque de acuerdo con nuestra propuesta, desde ese momento debe empezar la protección jurídica del concebido.

3. ELIMINAR EL TIPO PENAL DE ABORTO, PUES PRIVAR DE LA VIDA AL NASCITURUS ENCAJA PERFECTAMENTE DENTRO DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO.

El Código Penal Federal tipifica, del artículo 329 al 334, el delito de aborto, y en el primero de esos artículos lo define como "*la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez*". Por medio de este concepto se establece claramente que para la legislación penal el "*producto de la concepción*" es algo distinto a un "*hombre*", pues si "*producto de la concepción*" fuera sinónimo de "*hombre*" entonces el tipo penal sería idéntico al señalado en el artículo 302 del mismo ordenamiento legal que señala que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

La única diferencia que establece nuestra ley penal entre el homicidio y el aborto es la calidad del sujeto pasivo, ya que, en el primer caso, puede ser cualquier persona y, en el segundo, es el niño concebido en el vientre materno. Sin embargo a la luz de lo que hemos analizado, esa distinción es inútil, ya que tanto el concebido no nacido como el niño que ha nacido son personas, sujetos de

derecho, cuya naturaleza exige el máximo respeto; sin embargo, el tratamiento que se le da en uno y otro caso es muy distinto.

El aborto, al igual que el homicidio, consiste en privar de la vida a otro, sólo que en el aborto ese otro es el "*producto de la concepción*", pero con las agravantes de premeditación, alevosía y ventaja. Como hemos mencionado esa distinción entre producto de la preñez y ser humano en general, lejos de brindar una mayor protección al concebido no nacido, propicia una especie de discriminación legal.

Nos parece incongruente la forma en que se sanciona el aborto en nuestro país, ya que está suficientemente demostrado que la vida del ser humano empieza desde la concepción. Por lo tanto, no es aceptable que se sancione el aborto con una pena menor que el homicidio, ya que la vida del concebido tiene un valor igual que la del nacido y no se puede afirmar que el nacido es "*más persona*" que el que aún no nace.

Al equiparar el bien jurídico tutelado en el tipo penal de aborto con el bien que se tutela en el tipo de homicidio, podemos afirmar que el primero carece de sustento, ya que el delito de privar de la vida al concebido no debe tener una consecuencia jurídica distinta del delito de privar de la vida a una persona que ha nacido, sin importar que se trate de un niño o de un adulto.

Habiendo concluido que privar de la vida al "*concebido*" debería encuadrarse en el tipo penal de homicidio, hay que hacer notar que este delito siempre tendría la nota característica y distintiva de ser un homicidio calificado con todas las agravantes de la ley, a saber, premeditación, alevosía, ventaja y traición, y, en consecuencia, debiera ser castigado con la pena más alta que señala la ley penal contenida en el artículo 320 del referido ordenamiento penal que establece como sanción máxima la de 60 años de prisión.

Asimismo, es importante hacer notar que para determinar los sujetos responsables de este delito, debemos tomar en cuenta lo señalado por el artículo 13 del Código Penal Federal que establece que son autores o partícipes del delito: los que acuerden o preparen su realización, los que lo realicen por sí, los que lo realicen conjuntamente, los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro, los que determinen dolosamente a otro a cometerlo, los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión, los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

En este sentido, serían responsables del delito de homicidio al privar de la vida al concebido, los médicos, las enfermeras, la madre, el padre y, en general, cualquier sujeto que encuadre en la enumeración que se hace en dicho artículo.

La eliminación del tipo penal de aborto implicaría el establecimiento de un artículo que señalara que el concebido se encuentra incluido dentro del concepto de "otro" que se menciona en el tipo penal de homicidio, ello para evitar interpretaciones adversas al concebido que aún no ha nacido. Lo anterior implica utilizar el verdadero concepto de hombre a favor del hombre mismo, al aplicar hasta sus últimas consecuencias la esencia de la naturaleza humana desde que inicia hasta que termina; además esto sería un freno a las corrientes que propician la cultura de la muerte y pretenden manejar la legislación a su conveniencia.

No pasamos por alto el hecho de que las mujeres que abortan muchas veces están en una situación desesperada que no les permite comprender en su totalidad las consecuencias de sus actos, están coaccionadas o son fuertemente presionadas, incluso a través de medios violentos, sin embargo esto no le resta en modo alguno su naturaleza criminal al aborto. No obstante, si les permite situarse dentro de las causas de justificación que señala el Código Penal Federal en su artículo 15, dejando al juzgador la potestad para determinar si se actualizan esos supuestos, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto, en vez de que la justificación sea generada en todos los casos y sin distinción alguna por ministerio de ley.

En conclusión, proponemos la eliminación del tipo penal de aborto y la inclusión de la conducta que describe en el tipo penal de homicidio, puesto que en la actualidad la distinción entre el ser concebido nacido y el que aún no nace, se traduce en una abierta discriminación, ya que la punibilidad del aborto siempre es mucho menor que la del homicidio.

4. ESTABLECER MEDIOS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL PARA EL NASCITURUS.

De nada sirve que el concebido tenga derechos subjetivos si no puede hacerlos valer ante un órgano jurisdiccional que pueda compeler a un agresor a dejar de realizar determinada conducta antijurídica.

Este ser humano tiene, desde la concepción, el derecho a que se le proteja su vida, su integridad física y su salud, frente a cualquier persona que intente lesionarlo. Cuando esta persona es su madre, quien por diversas circunstancias termina perjudicando la integridad física, la salud o la misma vida del nuevo ser, la sociedad no puede permanecer impasible ante estos hechos, y es entonces cuando se plantea el conflicto de cómo resolver la controversia entre los derechos del no nacido y los de su madre.

Por eso es importante generar los esquemas procesales para la efectiva protección del concebido, sobre todo cuando sus padres, quienes tienen la obligación primigenia de defenderlo, son los primeros que quieren acabar con su vida.

Al respecto se podrían utilizar esquemas como los de la violencia intrafamiliar en donde cualquier persona que tenga conocimiento de una situación de peligro para quienes integran el núcleo familiar puede hacerlo del conocimiento de las autoridades.

En el caso que nos ocupa un esquema de esta naturaleza sería muy útil, ya que permitiría que cualquier persona que tuviera conocimiento de un embarazo estuviera en aptitud de velar por los intereses del no nacido.

5. INCORPORAR A TODO EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO EL RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LA REALIDAD PERSONAL DEL SER HUMANO CONCEBIDO QUE NO HA NACIDO.

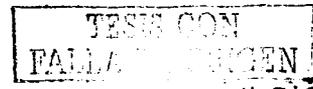
Nuestra legislación admite que el concebido goza de tutela jurídica: Se le garantiza el derecho a la vida, se sanciona el aborto como un delito en la legislación penal, se le protegen sus posibilidades sucesorias, se le otorga poder para recibir donaciones, herencias y legados, entonces ¿cómo va a negarse su carácter de persona? No se puede admitir la existencia de un ente capaz de adquirir derechos, sin ser persona.

A pesar de lo anterior la protección del concebido que no ha nacido no es del todo clara y completa a pesar de que existen diversas legislaciones de carácter administrativo, penal, laboral e instrumentos internacionales que se refieren de manera indirecta al *nasciturus*. Nuestra Constitución Política protege el derecho a nacer, también llamado, derecho a conservar la vida o derecho a la vida, principalmente en el artículo 14 Constitucional, sin embargo, en la medida en que no exista una adecuada inclusión del concebido en las distintas leyes de nuestro país, el derecho a la vida, como manifestación del reconocimiento de la dignidad humana, queda indudablemente desprotegido.

Hablar de un sistema quiere decir todo el conjunto de normas, un orden normativo en su conjunto, por ello, como consecuencia de la protección expresa del concebido en el Derecho constitucional, que fue nuestra primera propuesta, es evidente que esa tutela debe extenderse a las demás ramas del Derecho, e incluirse en todas ellas de manera expresa.

Incluso convendría el establecimiento de acciones afirmativas, que son aquellas que se implantan en el marco jurídico, en virtud del reconocimiento de una desigualdad real entre dos personas que deberían estar en un plano de igualdad. Es el caso típico de las mujeres, los indígenas o los discapacitados, que en muchas ocasiones se encuentran en un plano distinto que genera un tratamiento desigual y entonces se crean instituciones y normas para tutelar sus derechos.

También es importante que en el marco jurídico mexicano se incorporen, con todas sus consecuencias y sin reservas, los tratados internacionales que México ha



ratificado en los que se protege al niño concebido, ya que por mandato del artículo 133 constitucional, estos son norma suprema de la nación y los jueces nacionales tienen la obligación de respetarlos cuando sean invocados por los particulares.

Por otra parte consideramos que el embrión debe ser sujeto de la Ley General de Salud, ya que si hemos concluido que el concebido es una persona, debe ser tratado como tal desde el inicio de su existencia y tiene derecho a que se le defienda en su integridad corporal y a ser atendido médicamente, en la medida de lo posible, como todo ser humano.

Por lo tanto cualquier experimento científico que ponga en peligro la vida o el sano desarrollo del concebido no nacido, será contrario y atentatorio de su dignidad; por ello es conveniente reformar la Ley General de Salud, especialmente en lo relativo a la investigación con embriones y fetos, así como en los apartados con la llamada reproducción asistida, evitando dar el mismo tratamiento legal a las células germinales independientemente consideradas, que al óvulo que ya ha sido fecundado por el espermatozoide, porque en este último caso, ya estamos en presencia de un nuevo ser de la especie humana.

6. GENERAR EL MARCO NORMATIVO ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE PROGRAMAS PÚBLICOS QUE PERMITAN ABATIR LA PRÁCTICA DEL ABORTO.

El Estado no debe ser entendido como una abstracción, sino como un ente real, con esencia, naturaleza y fines propios; cuyo origen y justificación es el perfeccionamiento de la comunidad humana en lo individual y colectivo. Es por eso que el Estado deberá realizar toda actividad necesaria para que la persona humana pueda perfeccionarse y alcanzar sus fines y establecer los mecanismos públicos y legales que permitan desterrar toda forma de discriminación.

En este sentido es fundamental desarrollar programas públicos que generen conciencia en todos los mexicanos de la necesidad de erradicar el aborto a nivel social y legal y propicien un sistema educativo sustentado en el ejercicio de virtudes específicas como la responsabilidad, la templanza o la generosidad entre otras.

También se deben crear instituciones mediante las cuales se brinde apoyo a la mujer y se generen alternativas de solución al problema del aborto como son, entre muchas otras:

- ayuda médica a través de los sistemas de seguridad social u otros mecanismos, como instituciones de asistencia, tanto públicas como privadas;
- ayuda en el campo laboral, para evitar los abusos de patronos por el hecho de haber quedado embarazadas, así como en el campo estudiantil. En esto sería de

vital importancia la participación del Instituto de la Mujer a través de programas específicos de apoyo a mujeres embarazadas.

- ayuda en el campo económico, a través de instituciones que brinden asistencia a mujeres embarazadas o de programas de Asignaciones Familiares, lo anterior con una adecuada regulación para evitar abusos.

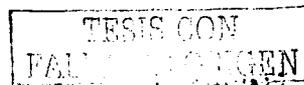
- ayuda en el campo educativo y formativo, a través de trabajadores sociales y psiquiatras que colaboren con la mujer para afrontar sus problemas y resolverlos;

- y ayuda en materia de adopción, por lo cual si no se encuentra capacitada para llevar a cabo una misión que no tenía prevista, o no es su voluntad asumir el cuidado de un niño en un momento determinado por distintas circunstancias, cuente con la posibilidad y la asistencia para dar al niño en adopción y así tenga un destino que le permita desarrollarse en un ambiente adecuado, a través de unos padres adoptivos. No es cierto que no exista voluntad de adoptar en México, muchas veces los obstáculos son de índole procesal y legal.

El Estado puede destinar fondos para obras de ayuda como las que se han descrito. Los particulares también podrían colaborar a través de fundaciones nacionales y extranjeras, organismos no gubernamentales (ONG's), e Internacionales. Se trata de destinar los mismos o incluso mayores esfuerzos que se emplean para la protección y el cuidado de otros valores, también importantes, como son la naturaleza, la fauna y flora, las cuestiones ecológicas y muchas otras que poseen un fin claro: servir de medio para permitir y facilitar la vida humana, la cual constituye el bien más importante sin el cual no podemos hablar de ningún otro.

Concentremos nuestros esfuerzos en generar políticas públicas que mejoren la calidad de vida de quienes se encuentran en situaciones adversas, de tal manera que esos apoyos sean alternativas de solución abiertas a la vida y en consonancia con los derechos de quienes están por nacer. Ello permitirá cambiar el concepto de calidad de vida, tan difundido en nuestros días, que se acerca peligrosamente al racismo, ya que bajo esas ideas, los minusválidos, los desposeídos, los pobres, los discapacitados, los enfermos y los no nacidos deberían desaparecer o ser privados o limitados en sus derechos. La ayuda que el Estado otorgue en este sentido debe ser subsidiaria de la responsabilidad que tenemos como sociedad en respetar y cuidar la vida humana.

La mentalidad pragmática, utilitaria y materialista de nuestros días, revestida de progreso y desarrollo, ha provocado que el aborto se haya extendido a tal grado que sea un mal gigantesco, el cual no se podrá controlar ni remediar en toda su dimensión, mientras no se ataque el problema de raíz y se adopten medidas preventivas urgentes. En este sentido la educación, incluida la sexual, debe estar basada en valores como la prudencia, la templanza, la fortaleza y la justicia, porque sólo así el hombre será señor de sí mismo y no esclavo de sus pasiones y sus circunstancias. Ello facilitará el recto ejercicio de la sexualidad, constituyéndose en un medio profiláctico de indudable eficacia para combatir este mal.



En la actualidad existe un clamor universal sobre el respeto a los derechos humanos figurando entre ellos, como principal valuarte, el de la vida y la integridad física de la persona como bastión de una sociedad equilibrada, justa y con un desarrollo positivo por la integración de familias sanas, física y moralmente, por lo tanto, no es posible aceptar la despenalización del aborto ya que ello traería como resultado legitimar la destrucción del hombre por el mismo hombre.

Hacemos un llamado a legislar siempre a favor de la vida y en orden al bien común, conforme nuestra tradición democrática de la cual nos enorgullecemos. A buscar soluciones reales a problemas reales, pero que tengan dos características esenciales y concomitantes: la ayuda al más necesitado y el mayor respeto -por prioridad dominante- sobre la vida humana: el primer valor humano, el primer derecho humano.

Los legisladores tienen la grave responsabilidad de proteger el derecho fundamental a la vida, dejando de lado las soluciones fáciles, pero poco efectivas, que lo ponen en peligro; por ello su actuar debe estar encaminado a generar un ambiente propicio para desterrar este delito, además de cumplir con sus funciones para mejorar los niveles económicos, educativos, de salud y culturales de la población.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se han ido puntualizando diversos aspectos relativos o relacionados con el aborto, con base en los cuales se concluye lo siguiente:

1. Desde el preciso instante de la concepción nos encontramos en presencia de un ser humano, el cual, a pesar de estar inmerso en un proceso de gestación y de tener un alto grado de dependencia, merece total respeto por su alta dignidad. Esta afirmación tiene sustento científico, ya que la biología demuestra que con la fecundación inicia una nueva vida que pertenece a la especie humana; la medicina ha probado la existencia de un código genético completo, funciones nutricionales, cerebrales y metabólicas y la filosofía ha confirmado lo anterior al señalar que un nuevo ser no puede ser jamás lo que no "es" desde un principio, a pesar del cambio accidental, y desde ese momento vive, es hombre, con alma y cuerpo, tiene una finalidad: el desarrollo de sus potencialidades y su felicidad. El aborto provocado niega esa verdad objetiva aportada por las diversas disciplinas científicas y constituye un medio perverso que atenta irremediablemente contra la persona humana.
2. El hombre tiene una dignidad excepcional gracias a la participación especial, personal y directa que tiene Dios al llamarlo a la existencia; ese acto creador está constantemente presente, ya que sostiene al hombre en la existencia a través del "*actus essendi*" o acto de ser que asegura en todo momento la permanencia e identidad del hombre, pero al mismo tiempo evidencia una dependencia radical y directa respecto de Dios. Tanto el cuerpo como el alma son obra del creador, a Él pertenecen y en consecuencia nadie puede disponer de ellos arbitrariamente.
3. La vida es valiosa en la medida en que constituye la base sobre la cual se desarrollan todos los demás valores. Sin ella queda radicalmente comprometido todo proyecto personal. El aborto provocado es por su propia naturaleza inmoral ya que atenta contra las exigencias de la propia naturaleza al impedir la actualización de las potencialidades, la realización y el perfeccionamiento. Esa condición inmoral no puede cambiar, sin importar el tratamiento legal que cada país adopte (impunidad, legitimación o despenalización). Sin embargo es necesaria la mención expresa que califique de ilícita la muerte de un ser humano para que exista una correspondencia entre el ordenamiento jurídico y la realidad.



4. La ética profesional ilumina e impulsa el ejercicio recto de la profesión, a través de una auténtica autoposesión ontológica, psicológica y moral, a la vez que comparece en el escenario de la experimentación científica para colocar al hombre como destinatario de sus resultados y sus múltiples aplicaciones. Poner la ciencia médica, genética o biológica al servicio de la cultura de la muerte es trastocar sus fines.
5. El Estado, al igual que el derecho, justifica su existencia en la consecución del bien común, entendido como el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para el mejoramiento de la sociedad y el desarrollo de la persona humana. Lo anterior presupone el respeto a la dignidad, por lo que un Estado que promueve el aborto o se niega a sancionarlo se pervierte.
6. La persona humana es anterior al Derecho en la medida en que éste último está para servirle, para ordenar la convivencia en congruencia con el fin de la persona, que por ser trascendente, es superior a todo orden jurídico. En consecuencia, el Derecho debe recoger la verdad antropológica, filosófica y científica del reconocimiento de la personalidad desde el momento mismo de la concepción y regular todos los efectos que dicho reconocimiento conlleva. El Derecho Positivo será verdadero Derecho en la medida en que se apegue al Derecho Natural, entendido como aquellos principios y normas morales que rigen, según el criterio formal de justicia, la conducta social de los hombres, que son conocidos por la recta razón y se conforman al orden natural de las cosas.
7. El derecho a la vida es fundamento de todos los demás derechos, ya que sin vida no puede desarrollarse la existencia, ni los derechos y libertades que inhieren en ella, además de que es irrecuperable una vez que se ha perdido. Surge del hecho de vivir y es independiente de cualquier acto legislativo, puesto que la voluntad sólo interviene para acatar (o violar) ese derecho, no para crearlo. El aborto viola ese derecho humano natural, al truncar el proceso de realización personal a un ser que ha comenzado su desarrollo. Someter el derecho de un ser humano, que es persona humana desde la concepción, al deseo o capricho de terceros, equivale a instaurar la arbitrariedad como fundamento de un orden jurídico que tenderá inevitablemente al autoritarismo.
8. A pesar de que nuestra Carta Magna consagra el derecho a la vida, esa protección no se refiere de manera expresa al concebido no nacido, por lo que, para extender dicha protección al nasciturus es necesario llevar a cabo un esfuerzo de hermenéutica, que en muchas ocasiones es insuficiente. Urge

elevar a rango constitucional el derecho a la vida del nasciturus, en primer lugar como un medio para explicitar su condición de sujeto de derecho, y en segundo lugar como un instrumento eficaz para evitar interpretaciones judiciales o extrajudiciales que pudieran ser lesivas de los derechos del nonato y el sinnúmero de abusos y agresiones de que es objeto.

9. La regulación que respecto del concebido hace nuestra legislación civil es insuficiente y parcial, ya que en el mejor de los casos se trata del reconocimiento de una especie de capacidad limitada *"a los efectos declarados en el código"* y sujeta a la condición del nacimiento, o de una ficción que no corresponde en modo alguno a la realidad. La protección al concebido debe ser plena, siéndole aplicables absolutamente todas las disposiciones legales que rigen para los nacidos menores de edad con plena capacidad de goce y capacidad de ejercicio a través de sus representantes.

10. En materia penal, la regulación del aborto es criticable, ya que lejos de brindarle protección jurídica al nasciturus, prácticamente la invalida. La única diferencia que establece la ley penal entre el homicidio y el aborto es la calidad del sujeto pasivo, ya que en el primer caso puede ser cualquier persona y en el segundo es el niño concebido en el vientre materno. Sin embargo, a la luz de todo lo que hemos analizado, esa distinción es absurda, ya que la destrucción del ser humano concebido que todavía no nace constituye un homicidio con las mismas características que aquél que se comete contra cualquier persona que ya nació, pero con las agravantes de premeditación, alevosía y ventaja. El tipo penal de aborto debe eliminarse e incluirse la conducta que describe en el tipo penal de homicidio, puesto que en la actualidad la distinción entre el ser concebido que ya nació y el que aún no nace, se traduce en una abierta discriminación, porque la punibilidad del aborto siempre es mucho menor que la del homicidio. Insertar al aborto dentro del marco de la legalidad, significa atribuir a la libertad del hombre el carácter perverso de un poder absoluto en contra los más débiles, creando así, una clase lícita de homicidio.

11. De nada sirve que el concebido tenga derechos subjetivos si no puede hacerlos valer ante un órgano jurisdiccional que pueda compeler a un agresor a dejar de realizar determinada conducta antijurídica. Por ello es importante generar los esquemas procesales para la efectiva protección del concebido, sobre todo cuando sus padres, quienes tienen la obligación primigenia de defenderlo, son los primeros que quieren acabar con su vida.

12. La protección del concebido que no ha nacido no es completa a pesar de que existen ordenamientos de carácter administrativo, penal, laboral e instrumentos internacionales que se refieren de manera indirecta al él. Por ello es necesario incorporar a todo el sistema jurídico mexicano el reconocimiento y aceptación de la realidad personal del ser humano concebido que no ha nacido. En la medida en que no exista una adecuada inclusión del concebido en las distintas leyes de nuestro país, el derecho a la vida, como manifestación del reconocimiento de la dignidad humana, quedará indudablemente desprotegido. Incluso convendría el establecimiento de acciones afirmativas.
13. Es indispensable desarrollar programas públicos que generen conciencia en todos los mexicanos de la necesidad de erradicar el aborto a nivel social y legal y propicien un sistema educativo sustentado en el ejercicio de virtudes específicas como la responsabilidad, la templanza o la generosidad entre otras, porque sólo así el hombre será señor de sí mismo y no esclavo de sus pasiones y sus circunstancias. Ello facilitará el recto ejercicio de la sexualidad, constituyéndose en un medio profiláctico de indudable eficacia para combatir este mal.

BIBLIOGRAFIA

ABASCAL OLASCOAGA, Rodrigo, Entretejando la cultura de la vida: Una aportación desde la filosofía del Derecho, Universidad Panamericana, México, 2000.

ADAME GODDARD, Jorge, Filosofía Social para Juristas, 1ª edición, McGraw-Hill, UNAM, Serie Jurídica, México, 1998.

Persona Humana y Persona Jurídica, Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Número 14, México, 1995.

ANSORENA MONTERO, Aixa, ¿Qué hago? ¿Qué hice? El Mundo Invisible de las Mujeres que Abortan: Estudio Antropológico sobre la Desaprobación Social del Aborto, Universidad de Costa Rica, San José, 1993.

ARISTÓTELES, Historia Animalum, Editorial Libertad, Barcelona, 1975.

AZUELA, Mariano, Derecho Sociedad y Estado, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, 1991.

BASSO, Domingo, Nacer y Morir con Dignidad: Bioética, 3ª ed., Editorial De Palma, Buenos Aires, 1993.

BERNALDO DE QUIROZ, Constancio, Derecho Penal (Parte Especial), Editorial José M. Cajiga Jr., México, 1957.

BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1989.

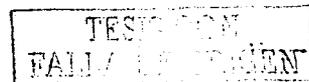
BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, traducción por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965.

BONNECASE, J., Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986.

BLÁZQUEZ, Niceto, El Aborto (No Matarás), Ed. BAC popular, Madrid, 1977.

BRANCA, Giuseppe, traducido por MACEDO, Pablo de la 6ª edición italiana; Instituciones de Derecho Privado, Porrúa, México, 1978, p. 488.

BRUGGER, Walter, Diccionario de Filosofía, Editorial Herder, Barcelona, 1978.



BONIN BARCELÓ, Eduardo. Los Derechos Humanos, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1987.

BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1973.

CANTÚ A, Francisco, La Pena de Muerte en el Catecismo de la Iglesia Católica, Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre Pena de Muerte, organizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1992.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano: Parte General, Tomos I y II, Antigua librería Robredo, Séptima Edición, México, 1965.

CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Temis, Bogotá, 1991.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1984.

CHÁVEZ CHÁVEZ, Casimiro, El Aborto según la Historia, la Razón y el Derecho, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958.

Código de Derecho Canónico, 13ª Edición, BAC, Madrid, 1995.

CONCILIO VATICANO II, Constitución Gaudium et Spes, Ocho Grandes Mensajes, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 1971.

Constituciones, Decretos y Declaraciones, BAC, Madrid, 1967.

CONFERENCIA DEL EPISCOPADO MEXICANO, Mensaje Pastoral Aborto y Despenalización, Ediciones Paulinas, México, 1988.

CRICK, Francis, La Vida misma, su Origen y Naturaleza, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

CRUZ PONCE, Lisandro, El Nasciturus, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXIII, Nº 67, enero-abril, UNAM, México, 1990.

CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Bosch Casa Editorial, Tercera Edición, Barcelona, 1961.

DAISACRE, Juan y Rollier Dourlen; Por y Contra el Aborto, Garnica Editor, Colección Libertad y Cambio, Buenos Aires, 1971.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el Aborto Provocado, Ediciones Paulinas, México, 1988.

DE CASTRO Y BRAVO, F., Derecho Civil de España, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil, Derecho de la Persona, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

DE LA PEZA, José Luis, De las obligaciones, Porrúa, México, 2002.

DEL VAL MATARREDONDA, María Teresa, En busca de una Legislación más justa para el Incapaz, Universidad Iberoamericana, México, 1994.

DELAYE, Persona y Sociedad, traducción de Héctor González Uribe, JUS, México, 1947.

DEMAREST, R.J. y SCIARRA, J.J., Concepción, Nacimiento y Anticoncepción, una presentación visual, Mc. Graw Hill de México, México, 1982.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed. Porrúa, México, 1993, T. II, p. 868.

Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, 1967.

ELLISON H. HARRIET, Teología del Aborto, Ponencia editada por University of Chicago, The Divinity School, E.U.A., 1972.

ELIZARI BASTERRA, F. Javier; López, A. Eduardo y otros, Praxis Cristiana, (2. Opción por la Vida y el Amor), Ediciones Paulinas, Madrid, 1981.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991.

FLORIS MARGADANT S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, 10ª ed., Esfinge, México, 1981.

GAFO, Javier, Dilemas Éticos de la Medicina Actual, UPCM, Madrid, 1986.

El aborto y el comienzo de la vida humana, Ed. Sal Terrae, Santander, 1979.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, La Persona y el Derecho, Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo García Maynez, Porrúa, México, 1996.

Derecho Civil, 5ª ed., Porrúa, México, 1982.

GARCÍA MAÑÓN, Ernesto, Aborto e Infanticidio: aspectos jurídicos y médico legales, Universidad Argentina, Buenos Aires, 1990.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1988.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Los Derechos Humanos y el Derecho Penal, Miguel Ángel Porrúa, librero – editor, México, 1988.

GIMBERNAT, Enrique, La despenalización del aborto, Edición de Santiago Mir, Bellaterra, Barcelona, España, 1983.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1958.

GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, Introducción a la Doctrina Social Cristiana, IMDOSOC, Cuaderno no. 2, México, 1986.

Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos, Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, no. 19. México, 1988-1989.

Temas de Derechos Humanos en Introducción al Estudio del Derecho, Revista Jurídica Jalisciense, No 4, septiembre – diciembre de 1992.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor, Teoría Política, Porrúa, México, 1987.

GRISEZ GERMAIN, G, El Aborto (mitos, realidades y argumentos), traducido por Luis Bittini, Ed. Sígueme, Madrid, 1972.

GUTIÉRREZ, J.L., Documentos Jurídicos, BAC, Madrid, 1960.

GUZMÁN PEÑA, A., Derecho Romano, Tipográfica Editora Argentina, Tomo II, Buenos Aires, 1962.

HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, Verónica en Derecho a la Vida y Derecho a la Muerte, Universidad Panamericana, México, 1998.

HERVADA, Javier., Introducción Crítica al Derecho Natural, Editora de Revistas, México, 1985.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho, 1ª ed., Universidad de Navarra, Pamplona, 1992.

HÖFFNER, Joseph, Manual de Doctrina Social Cristiana, Rialp, Madrid, 1974

HAURIUO, André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Reus, Madrid, 1971.

HERRERA JARAMILLO, Francisco José, El derecho a la Vida y el Aborto, EUNASA, Pamplona, España, 1984.

HUERTA TOLCIDO, Susana, La despenalización del aborto, Edición de Santiago Mir, Bellaterra, Barcelona, España, 1983

IGLESIAS, Juan, Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado, Editorial Ariel, Barcelona 1982.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada, Segunda Edición, Buenos Aires, 1958.

La Ley y el Delito, Curso de Dogmática Penal, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1945.

JIMÉNEZ VARGAS, J. y LÓPEZ GARCÍA, G., Aborto y Contraceptivos. Reproducción Humana, Pamplona, 1983.

JORS, Paul, Derecho Privado Romano, Traducción de Luis Prieto Castro, Barcelona, 1965.

JUAN XXIII, Encíclica Pacem in Terris, Ocho Grandes Mensajes, BAC, Madrid, 1981.

JUAN PABLO II, Evangelium Vitae, Documentos Pontificios 44, Librería Parroquial de Clavería, México, 1996.

LEJEUNE, Jerome y otros, Dejadlos Vivir, Rialp, Madrid, 1980.

LETE DEL RÍO, José M., Derecho de la persona, Tercera Edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1996.

LOBO, Ricard, I. Una moral para tiempos de crisis, Sígueme, Salamanca, 1975.

LÓPEZ AZPITARTE, E., Ética y Vida (desafíos actuales), Ed. Paulinas, Madrid, 1990

MACÍAS, Ramón, Régimen General para la Obligación, Porrúa, México, 1991, p. 51.

MARITAIN, Jacques, Los Derechos del Hombre, Editorial La Pleyade, México, 1972.

MARGOLIS, Israel F., El Punto de Vista de un Rabino Reformista, El aborto en un mundo cambiante, Buenos Aires, 1989.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal: Parte General, 2ª Edición, Trillas, México, 1990.

MASSINI, C.I. y SERNA, P., El Derecho a la Vida, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1998.

MATEOS CÁNDANO, Manuel "Aspectos Médicos y de Salud", en, El problema del aborto en México, Luisa María Leal (coord.), Editorial Porrúa, México, 1980.

MAZEAUD, Derecho Civil. Los Sujetos de Derechos. Las Personas, Ediciones Jurídicas Europea-americana, Buenos Aires, 1959.

MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MIER Y TERÁN, Salvador, Tesis Doctoral: El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción Asistida. Exposición Crítica, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

Noción de Persona y Derecho a la Vida, en Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 15, Escuela Libre de Derecho, México, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, 11ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MURARO, Jose Marie, El aborto y la Fe Religiosa en América Latina, en Mujeres e Iglesia. Sexualidad y Aborto en América Latina, Distribuciones Fontamara, México, 1989

Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica, Librería Juan Pablo II, Santo Domingo, República Dominicana, 1992.

ORDOQUI, Gustavo, La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano: Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas, Universidad Externado de Colombia, Grupo Editorial 87, Colombia, 1995.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ORTIZ VAGLIO, Gilda María, El Aborto, Revista de Ciencias Jurídicas, Número 26, mayo-agosto, Universidad de Costa Rica, San José, 1975.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Panorama, México, 1985.

El Derecho a la Vida y el Aborto, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho No. 15, México, 1991.

PAULO VI, Humanae Vitae, Ediciones Paulinas, México, 1970.

PAVIA, Carolina, PAS: Una figura olvidada por las políticas de salud reproductiva, Universidad Internacional de Verano, Ciencia y Vida, Simposio 3: Biogenética y dignidad, México, 2000.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Delitos contra la vida y la integridad personal (lecciones de Derecho Penal. Parte Especial), Editorial Porrúa, México, 1993.

Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

PÉREZ VARGAS, Víctor, Derecho Privado, Tercera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A., Costa Rica, 1994.

PIO XI, Divini Redemptoris, n. 27, Ediciones Paulinas, México, 1979.

PLANIOL MARCEL y JORGE RIPERT, Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo I, Oxford University Press, México, 1999.

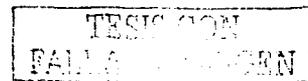
PORRÚA PEREZ, Francisco, Teoría del Estado, 12ª Edición, Porrúa, México, 1987.

PORTE PETIT C., Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, 8ª ed, Porrúa, México, 1983.

Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y Salud Personal, 9ª edición, Porrúa, México, 1976.

POSSENTI, V., Sobre el Estatuto Ontológico del Embrión Humano, El Derecho a la Vida, Ed. EUNSA, 1998.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.



PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, Primera Parte, Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, 1979.

QUIROZ CUAROM, Alfonso, Medicina Forense, Porrúa, México, 1977.

RAHAIM MANRIQUEZ, Salomón, Compendio de Filosofía, 4ª ed., Limusa, México, 1985.

RAMELLA A., Pablo Crímenes contra la Humanidad, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

REARDON, David C., Making abortion rare: A healing strategy for a divided nation. University of Springfield, 1996.

RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Volumen II, Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires Argentina, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, Tomo I, Porrúa, México, 1984.

ROMMEN, E., Derecho Natural: Historia y Doctrina, Jus, México, 1957.

ROYO MARÍN, Antonio, Teología Moral para Seglares, T. I, BAC, Madrid, 1972.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, Los Derechos del Hombre en la Nueva Legislación de la Segunda Posguerra del Siglo XX, Universidad Iberoamericana, México, 1989.

SAN AGUSTÍN, Confesiones, 5ª ed., BAC, 1968, L. 1, c. 1, n. 1.

SANTA CRUZ TEIJEIRO, José, Instituciones de Derecho Romano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

SANTO TOMAS de Aquino, Compendio de la Suma Teológica, Editorial Tradición, México, 1983.

Suma Contra los Gentiles, Libro 2, capítulo 60, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1967.

SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES, México: Relación de Tratados en vigor, THEMIS, México, 1991.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SESSARREGO FERNÁNDEZ, Carlos, Tratamiento Jurídico del Concebido. Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1998.

SÓFOCLES, Tragedias Completas, M. Aguilar Editor, México, 1976.

TERRAZA R., Carlos, Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México, Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial México, 1991.

TRUEBA OLIVARES, Eugenio, El Hombre, la Moral y el Derecho, JUS, México, 1972.

TRUEBA, Eugenio, Derecho y Persona Humana, Editorial JUSb, México, 1966.

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Héctor, La generación absoluta, según la exposición aquiniana de Aristóteles, Universidad Panamericana, Tópicos No. 11, 1996.

VIDAL, Marciano, Moral de la Persona y Bioética Teológica, Moral de Actitudes II, 1ª Parte, 8ª ed., Covarrubias, Madrid, 1991.

El Don de la Vida; Ética de la Procreación Humana, Ed. PS., Madrid, 1987.

El Discernimiento Ético (Hacia una Estimativa Moral Cristiana), Ed. Cristiandad, Madrid, 1980.

VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1980.

WILLKE, J.C., Manual sobre el Aborto, Segunda Edición, EUNSA, Pamplona, 1975.

YEPES STORK, Ricardo, Fundamentos de Antropología, EUNSA, Navarra, 1996.

ZAMORANO SANABRIA, L.; VELAYAS, J.M.; REINOSO SUAREZ, F., El Comienzo de la Vida Humana, Madrid, 1983.

Páginas de Internet

<http://www.aciprensa.com/aborto.htm#c3>

<http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/PAS.html>

<http://www.wels.net/wfl/spanish/complica.html>

<http://www.monografias.com/trabajos6/etic/etic2.shtml>

