

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚMEROS 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007 FALLADAS POR EL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EL 28 DE AGOSTO DE 2008.

1. Introducción

Formulo el presente voto concurrente, ya que si bien comparto el sentido de la resolución mayoritaria, por un lado, no comparto todas sus consideraciones; y, por otro, estimo necesario dar respuesta a algunos argumentos de inconstitucionalidad aducidos por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en la acción de inconstitucionalidad 146/2007.

La litis en el presente asunto se centra en determinar si son o no constitucionales las normas generales contenidas en los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal; 16 Bis 6, párrafo tercero y 16 Bis 8, último párrafo de la Ley de Salud, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, los cuales se refieren –respectivamente– al delito de aborto, a la interrupción voluntaria del embarazo durante sus primeras doce semanas, así como a la salud, especialmente a la salud sexual y reproductiva.

Es preciso enfatizar que sostengo que los casos que se someten a esta jurisdicción constitucional han de resolverse en sus méritos propios e individuales, en su contexto y en su momento. El Derecho y su interpretación, para responder adecuada y oportunamente a los cambios sociales, económicos, políticos, culturales, tecnológicos, entre otros, que enfrentan las sociedades actuales, tienen que ser dinámicos.

Al Constituyente le corresponde establecer esos derechos, a los Poderes Legislativos regularlos (haciendo, en algunas ocasiones,

interpretación auténtica de las normas constitucionales), sin establecer restricciones o modalidades no razonables o que no tengan sustento en la norma fundamental; y a los Tribunales Constitucionales protegerlos y garantizar su plena eficacia, mediante su interpretación en los casos concretos que se someten a su jurisdicción.

Por ello, estimo que la cuestión esencial que se aborda en el presente asunto se constriñe a dilucidar si la determinación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es conforme o no a la Constitución mexicana y a los principios que rigen a un Estado constitucional democrático y social de derecho, al eliminar la sanción penal para la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo durante las primeras 12 semanas.

Para dilucidar esta cuestión debe resolverse un problema central que consiste en determinar si todo bien jurídico, aun constitucional, ha de convertirse necesariamente en un bien jurídico tutelado y protegido penalmente.

Si bien los temas relativos a la función de la pena y los límites del poder punitivo del Estado plantean cuestiones de carácter filosófico, ético o moral, dado que la pena misma puede ser considerada como un mal, habida cuenta que constituye una limitación o afectación de los derechos fundamentales, pueden surgir muchas interrogantes como son por ejemplo: ¿tiene la pena (el castigo) justificación alguna?; ¿en que casos y circunstancias se justifica la coerción jurídica? ¿qué tipo de pena sirve realmente para prevenir y castigar las conductas antisociales?

Sin embargo, estimo que como Tribunal Constitucional el enfoque para resolver un asunto como el que es materia de este voto concurrente debe ser otro, toda vez que dada una Constitución de

valores, principios y reglas como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuestiones filosóficas, éticas o morales de justificación, especialmente las que versan sobre ponderación de valores, se transforman en cuestiones jurídicas de validez. Así, el juicio de constitucionalidad que se realice mediante la acción de inconstitucionalidad debe ser siempre un juicio a la luz de parámetros jurídico-constitucionales.

Es mi convicción, por tanto, que las cuestiones planteadas en las dos acciones de inconstitucionalidad que se resuelven, mismas que evidentemente presentan un problema de la mayor trascendencia para la sociedad mexicana, puesto que implican decidir mediante juicios de ponderación y argumentos estrictamente constitucionales, cuál de entre los bienes jurídicamente protegidos por nuestra Constitución que entran en colisión debe prevalecer, para el caso, los derechos que protegen al producto de la concepción humana en las doce primeras semanas de gestación, o los que protegen la dignidad, igualdad, salud, intimidad y autodeterminación de la mujer para decidir sobre su propia maternidad. Ante ello, el cuestionamiento constitucional que se formula es si es correcto, a la luz de nuestro marco constitucional, que le sea impuesta a la mujer una maternidad contra su voluntad, y, en caso de ser así, si la mujer que decide voluntariamente interrumpir su embarazo durante las doce primeras semanas debe ser sancionada penalmente.

2. ¿La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho a la vida humana?

Este primer toral cuestionamiento sobre si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y protege el derecho fundamental a la vida humana y, más precisamente, de toda persona humana a que se respete su vida en mi opinión tiene una respuesta

afirmativa. Así fuera el reconocimiento en forma implícita como lo sostuvo el proyecto del Ministro Instructor y lo sostiene la resolución de la mayoría, la Constitución mexicana protege la vida humana; sin embargo, también estimo, con la mayoría, que no la protege en forma absoluta o irrestricta, sin hacer distinción alguna.

El que la Constitución Federal consagre el derecho a la vida y su consecuente protección, no supone que esa protección haya de tener carácter absoluto, ya que, como ocurre con otros derechos y bienes constitucionalmente tutelados, puede estar sujeto a ciertas restricciones o limitaciones, en congruencia con el primer párrafo del artículo 1º constitucional, según el cual: *“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.”*

Es cierto que desde un punto de vista conceptual y normativo, dada la naturaleza vulnerable y valiosa de los seres humanos, una de las exigencias fundamentales para la vida social, es la que restringe el uso de la violencia, particularmente cuando comporta el matar o dañar a otro.

El derecho fundamental a la vida no es un derecho absoluto o ilimitado, como lo sostengo, dado que, por principio, todos los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás. En el caso de la protección a la vida hay, al menos, una restricción constitucional expresa respecto a la protección de la vida humana, contenida en el artículo 10º de nuestro texto fundamental, el cual prevé la figura de la legítima defensa.

La legítima defensa constituye, en sí misma, por un lado, el reconocimiento expreso al derecho y protección de la vida humana; y,

por el otro, una causa de justificación, es decir, una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el eventual hecho de privar de la vida a otro, en sí típico, en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, y, a diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, las causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten a ese hecho en lícito, aprobado por el ordenamiento jurídico. La legítima defensa permite que el sujeto "A" mate a otro sujeto "B" o sujetos "N", bajo ciertas circunstancias, aunque ese otro sujeto "B" o sujetos "N" no tuviera o tuvieran la intención de matar al sujeto "A". Por ello, la legítima defensa constituye una causa de exclusión del delito en los términos del artículo 29, fracción IV, del Código Penal del Distrito Federal.

Por lo tanto, es inconcuso que la propia Constitución Federal establece al menos una excepción expresa respecto de la protección del derecho fundamental a la vida (independientemente de que en el Derecho Internacional y en el Derecho Penal mexicano y comparado se establecen otras excepciones). Consecuentemente, el derecho a la vida no es un derecho absoluto; por ello diferí de la afirmación contenida en el proyecto de resolución presentado por el Ministro Ponente y abundo en este voto, pues considero que mi posicionamiento en el Pleno no se recoge puntualmente en la resolución de la mayoría y resulta fundamental para sustentar el voto que emití en este asunto.

3. ¿Debe sancionarse por la vía penal la interrupción del embarazo antes de las doce semanas a voluntad de la mujer embarazada?

Es menester precisar, como se dice en la resolución de la mayoría, que en el presente caso lo que está sujeto al examen de

constitucionalidad es, primordialmente, la despenalización de una determinada conducta. En tal virtud, corresponde a este Tribunal Constitucional determinar si las normas legales impugnadas transgreden o no la Constitución Federal, en particular derechos humanos fundamentales. Es pertinente entonces, también referirse a las razones jurídicas que justifican no hacer la declaración de inconstitucionalidad de las normas generales impugnadas.

Un aspecto toral para que normas legislativas sean reputadas constitucionales es el de la competencia del órgano emisor. El legislador ordinario, en este caso la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en ejercicio de sus competencias legislativas en materia penal conferidas constitucionalmente, puede establecer diferentes tipos legales para sancionar, o dejar de sancionar determinadas conductas o establecer tipos penales atenuados o agravados.

La resolución mayoritaria se hace cargo de estos problemas y los resuelve satisfactoriamente. Concluye, con lo que estoy totalmente de acuerdo, que es competente la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal y, dentro de este ámbito, para legislar sobre el aborto; y que con ello no invade facultades del orden federal por las extensas razones que contiene la resolución mayoritaria.

Partiendo de ese supuesto, debe entonces dilucidarse si en el ejercicio de sus facultades constitucionales, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal legisló razonablemente a la luz de los bienes jurídicos en juego, dado que la presencia de un bien jurídico es una condición necesaria pero no siempre suficiente de la reacción punitiva a través del ejercicio del *ius puniendi* de carácter estrictamente penal.

Al calificar un bien jurídico como penalmente relevante, o bien, al estimar que un bien jurídico ha dejado de tener una relevancia penal, el legislador ordinario formula un juicio que si bien es de carácter valorativo, debe ser un juicio razonado.

En el presente caso debe concederse que la vida del no nacido constituye un bien jurídico, pero ello no se traduce en que sea necesaria o indefectiblemente, en cualquier etapa de su desarrollo intrauterino, un bien jurídico penalmente relevante. Sostener lo opuesto, implicaría hacer una inferencia ilegítima y, por ende, dar una solución normativa que no es la única ni la correcta a la luz de la propia Constitución Federal; en este contexto, la resolución mayoritaria se encarga, amplia y fundadamente, de demostrar que no existe norma constitucional (o para el caso, derivada de algún tratado o convención internacional), que obligue a sancionar penalmente este tipo de conductas. Consecuentemente, esa determinación queda a la configuración de los tipos penales por parte del legislador competente, el cual tiene que hacer una valoración sobre los bienes jurídicos protegidos para determinar si una conducta que los lesiona debe ser sancionada penalmente.

No puede perderse de vista para la ponderación constitucional entre los derechos fundamentales real o supuestamente enfrentados tal como se planteó en las acciones de inconstitucionalidad, que en el proyecto de resolución presentado por el Ministro Instructor se estableció una premisa importante, que comparto plenamente, en relación a si se puede determinar cuándo existe vida humana durante el embarazo y, por ende, cuándo nace el derecho constitucional de protección a la vida de un individuo. En el proyecto se dijo textualmente: *"... A la luz de los elementos que se han reseñado, así como de la lectura de varias obras doctrinarias nacionales y extranjeras sobre el tema del aborto y de la revisión de la legislación*

internacional en la materia, se genera la conclusión de que no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí...” (página 264 del proyecto).

Ahora bien, en el otro extremo, de conformidad con los artículos 1º y 4º constitucionales, se reconoce un derecho exclusivo a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad. Es un derecho exclusivo de las mujeres pues, en mi opinión, forma un todo con su libertad personal, que no puede dejar de entrañar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre.

La prohibición y, por ende, sanción penal del aborto equivale, vista desde uno de sus efectos más importante, a establecer una obligación para la mujer (la de una vez embarazada, necesariamente soportar el embarazo y convertirse en madre –salvo que un elemento ajeno a su voluntad propiciara la interrupción del mismo); lo que contrasta con los principios y reglas del derecho penal que hoy se reconoce deben hacerse prevalecer en un Estado constitucional democrático social de Derecho, en el cual solamente aquellas conductas en extremo reprochables socialmente deben ser sancionadas penalmente; de otra manera se establecería una carga desproporcionada frente a la falta cometida.

En el presente caso, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó, en sede parlamentaria y como legislador democrático para el Distrito Federal, un juicio ponderativo para legislar en materia de aborto, tomando en cuenta diversos factores relevantes que tuvo a su

alcance: información social, jurídica, médica y económica que al día de hoy existe, incluida información relativa a cuestiones de salud social.

En efecto, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y de Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se afirma que el punto de partida de la medida legislativa ha sido una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto:

“En la elaboración de este dictamen las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género parten de la consideración toral de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, que no pueden tener un carácter absoluto, ya que la primacía incondicionada de los derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a las mujeres, podría implicar el desconocimiento de la protección de la vida en gestación que deriva de la Constitución Federal, mientras que la protección incondicionada de la vida en gestación, podría traducirse en la anulación de los derechos fundamentales de las mujeres, y en su caracterización como meros instrumentos reproductivos.

Debido a ello, corresponde al legislador ordinario ponderar los bienes constitucionales que entran en conflicto en la regulación legal del aborto, con el fin de determinar los supuestos en los que uno de ellos debe

ceder, sin anularse, para garantizar la protección del restante bien constitucional.

Al realizar tal labor de ponderación de bienes constitucionales en colisión debe tenerse presente que la protección de la vida en gestación o de los derechos fundamentales de las mujeres no se agota en el ámbito del Derecho Penal y que, por definición, tanto la penalización absoluta como la despenalización absoluta del aborto podrían entrar en conflicto con la norma constitucional, al determinar la prevalencia irrestricta de uno de los bienes constitucionales en conflicto.”

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó en la órbita de su competencia y bajo su más estricta responsabilidad para sustentar sus decisiones normativas, un juicio de ponderación que razonó a lo largo de sus trabajos legislativos. Todo ello la llevó a no penalizar la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras doce semanas de gestación. En lo sustancial, lo que hizo no difiere de la ponderación que llevan a cabo los tribunales y jueces constitucionales, con la salvedad de que los legisladores ponderan en abstracto, mientras que los jueces lo hacen en relación con un caso concreto, como son las acciones de inconstitucionalidad 146/2008 y 147/2008.

Por todo ello, reitero que la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa entre los bienes jurídicos protegidos y los derechos involucrados: por una parte, los referidos al producto de la gestación durante las primeras doce semanas, y por la otra, los de las mujeres, que llevó a ese órgano legislativo local a la decisión de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo durante las

primeras doce semanas, resulta constitucionalmente válida y razonable, por lo que no puede tacharse de inconstitucional.

4. La importancia fundamental de la adición de un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6, y la adición del 16 Bis 8, de la Ley de Salud del Distrito Federal.

Es importante destacar que en el Decreto impugnado no solo se reformaron los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, sino que se adicionó un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6, así como el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud para el Distrito Federal, que también fueron impugnados en las acciones de inconstitucionalidad.

Por su importancia, conviene tener presente el texto de las disposiciones adicionadas:

“ARTICULO 16 Bis 6.

(...)

Las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aún cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado.

ARTICULO 16 Bis 8.- La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.

El gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento

de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción.”

Las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia de Salud y Asistencia Social y de Equidad y de Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal propusieron, en su dictamen, la adición del artículo 16 bis 8, que se acaba de transcribir, a la Ley de Salud del Distrito Federal, con el fin de regular la prestación de servicios de salud, en especial la sexual y reproductiva y de describir los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud en el ámbito sanitario, haciendo explícito el contenido de los servicios que el gobierno del Distrito Federal debe brindar de manera obligatoria.

Los artículos que fueron adicionados o reformados de la Ley de Salud, por las razones ya expuestas, también son constitucionalmente válidos. En mi opinión, la reforma que despenalizó la interrupción del embarazo antes de las doce semanas por voluntad de la mujer embarazada no puede comprenderse, en cuanto a su finalidad social y alcances, si no se toma en cuenta la adición de los señalados artículos de la Ley de Salud, ya que es lo que permite que la despenalización o descriminalización del aborto tenga un mayor sustento y cumpla con las finalidades (por ejemplo, sociales y de protección a la salud física y mental de la mujer) que señaló el propio órgano legislativo se buscaban con tan trascendente medida.

En efecto, las comisiones dictaminadoras señalaron lo siguiente en su dictamen:

“Asimismo, debe tomarse en consideración que la práctica del aborto clandestino constituye un grave problema de salud pública, por las muertes o graves afectaciones a la salud de las mujeres que se ven

impedidas de tener un acceso efectivo y seguro a la prestación de los servicios de salud que requieren para que la interrupción del embarazo se realice en condiciones idóneas, lo que pone en riesgo su vida, su salud y su integridad personal, al verse obligadas a recurrir a procedimientos realizados en condiciones insalubres o por personas que carecen de la experiencia y capacidades profesionales necesarias”.

En particular, la importancia de las modificaciones a la Ley General de Salud, además de lo dicho, radican, en mi concepto, en los siguientes aspectos: a) establece la cobertura general de las instituciones de salud del gobierno del Distrito Federal, para atender las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes, aun cuando cuenten con algún servicio de salud público o privado; b) otorga a la salud sexual y reproductiva un carácter prioritario; c) se considera a los servicios que se presten en la materia, como un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, establecido en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; d) se dispone que el gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables; e) los servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el nivel de abortos a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, y disminuir el riesgo reproductivo, entre otros propósitos; f) se establece que el gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la

materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente, y g) se deberá proporcionar a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal.

En su párrafo segundo, que es la porción normativa que nos interesa, el artículo 4º de nuestra Constitución, señala: *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”*

Ante la decisión adoptada por la Asamblea Legislativa de despenalizar el aborto en las doce primeras semanas del embarazo cuando exista el consentimiento de la mujer, el mandato constitucional últimamente citado cobra un sentido particular para el caso concreto que nos ocupa. La mujer debe tomar su decisión no solamente libre y responsable, sino informada de manera objetiva, veraz, oportuna y suficiente.

Ante la responsabilidad que asumió la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de despenalizar la interrupción del embarazo en las primeras doce semanas del embarazo, estableció, correctamente en mi opinión, la obligación a cargo del Gobierno de esta entidad federativa de cumplir con el mandato constitucional, tanto de manera preventiva según lo señala el adicionado artículo 16 Bis 8, como de manera subrayadamente necesaria, en el caso de solicitud de dicha interrupción, de informar a la mujer de manera accesible a su condición social y cultural, oportuna y completa los riesgos sobre su salud física y mental, presentes y futuros, que puede tener el aborto que pretende llevar a cabo, así como las opciones que puede tener a su alcance para evitarlo.

Estas obligaciones de las autoridades deben ser cumplidas de manera invariable y su incumplimiento debe ser sancionado con todo el rigor de la ley.

Finalmente, más allá de cuestiones técnicas o estrictamente normativas, como se dijo en alguna de las audiencias públicas a las que convocó este Alto Tribunal con motivo de este asunto: “Nadie considera que abortar sea bueno”, puesto que hay un acuerdo general en el sentido de que lo ideal sería prevenir embarazos no planeados o no deseados.¹

5. ¿El Poder Constituyente Permanente otorgó una protección a la vida del producto mediante la reforma constitucional de mil novecientos noventa y siete a los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Federal?

Los conceptos de invalidez que hicieron valer el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República para tratar de acreditar que se violaban diversos artículos de la Constitución mexicana y diversos instrumentos internacionales con la despenalización de la interrupción del embarazo en las doce primeras semanas de gestación, se han contestado debidamente durante las sesiones públicas en que se discutió estas acciones de inconstitucionalidad en el Tribunal en Pleno, y encuentran un amplio y correcto desarrollo argumental en la resolución mayoritaria, que demuestran que ello no es así.

Sin embargo existe una que en mi opinión merece ser respondida puntualmente. El Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos aduce que otra evidencia de la protección que se

¹ Juan Antonio Cruz Parceró, Cuarta audiencia pública, 30 de mayo de 2008. En la misma línea, como dice Luis Villoro: “El aborto es un acto doloroso, cruento, a veces trágico”, en, ¿”Debe penalizarse el aborto”, en Margarita M. Valdés (compiladora) *Controversias sobre el aborto, México*, UNAM-FCE, 2001, pp. 243-248.

otorga a la vida del producto, es el artículo tercero transitorio de la reforma de marzo de mil novecientos noventa y siete, por el que se declararon reformados los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El argumento es infundado, además de por los argumentos ya esgrimidos por la mayoría, por los que a continuación se formulan.

Si bien, a primera vista, se podría sostener como lo hizo la minoría que el Poder Constituyente Permanente, mediante la disposición transitoria señalada, protege la vida del no nacido desde su concepción, lo cierto es que es una disposición que dio una protección a una determinada clase de sujetos normativos, para ciertos efectos y por un tiempo determinado. Nunca tuvo el alcance que le otorga el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ni el Ministro Instructor en el proyecto de resolución que presentó. Lo anterior, en virtud de lo siguiente.

Los artículos transitorios de la reforma constitucional citada originalmente decían:

“PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al año siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- Quienes hayan perdido su nacionalidad mexicana por nacimiento, por haber adquirido voluntariamente una nacionalidad extranjera y si se encuentran en pleno goce de sus derechos, podrán beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 37, apartado A, constitucional, reformado por virtud del presente Decreto, previa solicitud que hagan a la Secretaría de

Relaciones Exteriores, dentro de los cinco años siguientes a la citada fecha de entrada en vigor del presente.

TERCERO.- Las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el presente Decreto entre en vigor, seguirán aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia.²

CUARTO.- En tanto el Congreso de la Unión emita las disposiciones correspondientes en materia de nacionalidad, seguirá aplicándose la Ley de Nacionalidad vigente, en lo que no se oponga al presente Decreto.

QUINTO.- El último párrafo del apartado C del artículo 37, entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.”

El citado decreto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete y entró en vigor al año siguiente de su publicación en ese órgano oficial (de conformidad con el artículo primero transitorio del propio decreto), es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Dado que el Derecho tiene un carácter sistemático, es preciso tener presente que el legislador ordinario federal estableció, en el artículo quinto transitorio del Decreto por el que se expidió la nueva Ley de Nacionalidad, Decreto publicado en el Diario Oficial de la

² Cabe señalar que dicho artículo tercero transitorio se reformó mediante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, para quedar como sigue: “Las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto, seguirán aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma contenida en el presente decreto”. El texto reformado no modifica la conclusión a la que se arriba en el presente apartado.

Federación el veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, lo siguiente:

“ARTICULO QUINTO. Los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto por el que se reforman los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estarán sujetos a lo dispuesto por los artículos Segundo y Tercero Transitorios del citado Decreto.

Para los efectos del párrafo anterior, se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta Ley.”

El artículo transitorio se justificó en la Exposición de Motivos, presentada por el Ejecutivo Federal en octubre de 1997 a la Cámara de Senadores, con las siguientes razones:

“En estricto apego al régimen transitorio establecido en dicha reforma constitucional (se refiere a la de marzo de 1997), en el artículo quinto transitorio de este proyecto se establece que a los nacidos y concebidos antes de la entrada en vigor de la reforma se les respetarán los beneficios y derechos que les otorgaba el régimen que se derogaría.

Para dar certeza jurídica a la situación a la que se refiere el párrafo anterior, precisa que se entenderán como concebidos a los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en

vigor de la presente iniciativa, lo cual es congruente con las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”.

Como se señaló, la Ley de Nacionalidad entró en vigor el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho, con arreglo a lo dispuesto en el artículo primero transitorio del decreto respectivo, a efecto de que entrara en vigor el mismo día que las reformas constitucionales de 1997, es decir, el 20 de marzo de 1998.

Acorde con lo anterior, los sujetos normativos de la disposición transitoria bajo análisis establecida por el Poder Constituyente Permanente, son los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto por el que se reformaron los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Lo anterior se ve confirmado por el artículo quinto transitorio expedido por el legislador federal ordinario.

El efecto de la citada disposición fue para regular el tránsito de dos situaciones específicas: la primera, para que aquellos que antes de la reforma constitucional hubieran perdido la nacionalidad mexicana por haber adoptado voluntariamente otra nacionalidad, pudieran recuperar la mexicana; y la segunda, que las disposiciones vigentes con anterioridad al veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho siguieran aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia; es decir, el efecto específico fue que se siguieran aplicando ciertas normas, en materia de nacionalidad mexicana, a dichos sujetos normativos, pero acotado en términos semejantes a como lo hace la legislación civil.

Por ello es que el párrafo segundo del artículo quinto transitorio de la Ley de Nacionalidad estableció que: *“Para los efectos del párrafo anterior, se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta Ley”*.

Si la ley entró en vigor el 20 de marzo de 1998, los “concebidos” para efectos de la reforma constitucional serán aquellos nacidos vivos y viables a partir del 21 del mismo mes y año y hasta el día 300 contado a partir de esa última fecha, es decir, el 14 de enero de 1999.

Por esas razones, el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional de mayo de 1997, más allá de cuestionamientos de otra naturaleza, conforme al acotamiento que hizo el legislador federal ordinario, no tuvo los alcances universales y absolutos que en una de las acciones de inconstitucionalidad se pretendió darle.

A T E N T A M E N T E

MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS