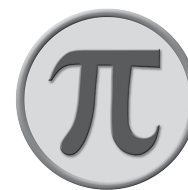


# PATERNIDAD. DERECHO SOBRE EL NIÑO NO NACIDO



PATERNITY. RIGHT OVER THE UNBORN CHILD

Pérez Soto, María Dolores

**María Dolores Pérez Soto** madop.2277@gmail.com  
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

## Publicaciones e Investigación

Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Colombia

ISSN: 1900-6608

ISSN-e: 2539-4088

Periodicidad: Semestral

vol. 15, núm. 1, 2021

publicaciones.investigacion@unad.edu.co

Recepción: 18 Abril 2021

Aprobación: 03 Mayo 2021

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/129/1292439011/index.html>

**Resumen:** En el desarrollo del presente artículo se describen los avances que ha logrado establecer en sus normas jurídicas el Estado mexicano en relación a los derechos humanos. En el mismo se valoran los pronunciamientos que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto al derecho a la vida, el aborto y el derecho de la mujer para decidir el libre ejercicio de la maternidad. Estos pronunciamientos constituyen una violación a la vida: derecho fundamental del ser humano y el derecho de la paternidad del niño no nacido. Con este análisis se pretende construir una visión progresiva que estime la máxima protección a la vida y el derecho del hombre como co-titular del material genético del producto concebido.

**Palabras clave:** aborto, derechos humanos, derecho a la vida, igualdad, producto concebido, producto no nacido, paternidad.

**Abstract:** In the development of this article, the progress that the Mexican State has managed to establish in its legal norms in relation to Human Rights is described. In it, the pronouncements held by the Supreme Court of Justice of the Nation regarding the right to life, abortion and the right of women to decide the free exercise of motherhood are valued. These pronouncements constitute a violation of life: the fundamental right of the human being and the right of paternity of the unborn child. This analysis is intended to build a progressive vision that estimates the maximum protection to life and the right of man as co-owner of the genetic material of the product conceived.

**Keywords:** Abortion, human rights, right to life, equality, conceived product, unborn product, paternity.

## 1. INTRODUCCIÓN

La vida es un bien jurídico indisponible que tiene como principio rector de los derechos, la dignidad de la persona. En tanto que los derechos humanos son el conjunto de garantías que salvaguardan y protegen indiscriminadamente a todos los seres humanos, es decir, sin distinción de origen nacional, sexo, color, religión, idioma u otra condición humana. Son inalienables, interdependientes, interrelacionados e indivisibles.

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos. Este principio se aplica a toda persona. El principio de

la no discriminación se encuentra establecido en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 1, 1948): “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Entre los principios fundamentales de los derechos humanos, se pueden enunciar, el principio de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (Vázquez & Serrano, 2011, pp. 136-165).

Universalidad: establece que los derechos humanos son derechos subjetivos, sin embargo, no todos los derechos subjetivos son derechos humanos, empero todas las personas son titulares de todos los derechos fundamentales que constituyen los bienes primarios socialmente reconocidos y protegidos por el orden jurídico. Este principio se relaciona con los principios de igualdad y no discriminación.

Interdependencia: consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros, de tal manera que el reconocimiento de uno de ellos, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos que se encuentran vinculados.

Indivisibilidad: implica que los derechos humanos no pueden ser fragmentados sea cual fuere su naturaleza. Cada uno de ellos conforma una totalidad, de tal forma que se deben reconocer, proteger y garantizar de forma integral por todas las autoridades.

Progresividad: constituye una obligación del Estado para asegurar el progreso en el desarrollo constructivo de los derechos humanos, al mismo tiempo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso de los derechos. El Estado debe proveer las condiciones más óptimas de disfrute de los derechos y no disminuir ese nivel logrado.

## **2. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO**

El Estado mexicano es miembro fundador de la Organización de las Naciones Unidas a partir del 7 de noviembre de 1945 (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2016) y como tal fue parte de la Asamblea General de esta organización el 10 de diciembre de 1948, celebrada en París; en donde se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Declaración que se pronunció por primera vez en cuanto a la protección de los derechos humanos fundamentales; entre los cuales se pueden observar; el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a el reconocimiento y máxima protección de la dignidad de la persona.

Cabe destacar que en nuestro orden jurídico interno, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 05 de febrero de 1917; se distinguieron los derechos humanos como garantías individuales y se reconoció los derechos del campesino y los trabajadores en materia de educación; sin soslayar que desde el año 1840, en el estado de Yucatán, hubo un movimiento revolucionario, debido a la imposición de pago de derechos aduaneros desde la guerra Texas, por ello dicha entidad se separó del Estado mexicano y en el año de 1841, en la Constitución local de Yucatán se optó por la creación de un instrumento de protección de derechos humanos, al que se llamó Juicio de Amparo.

La reforma más significativa en materia de derechos humanos realizada dentro del orden jurídico mexicano a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la del 10 de junio de 2011; en la cual se estableció en su artículo 1° (Diario Oficial de la Federación, 2011) lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

Cabe señalar que, en la materia de amparo y derechos humanos, esta reforma progresista dio paso a la décima época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y fue el parte aguas para la implementación de un nuevo sistema penal acusatorio; por el cual se constitucionalizan los derechos humanos, puesto que los tratados internacionales que versan sobre dicho tema pasaron a formar parte del bloque constitucional del orden jurídico interno. En ese orden de ideas se estima que el derecho a la vida está implícito como el derecho inherente en cada uno de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### 3. ¿EN DÓNDE ESTÁ EL DERECHO A LA VIDA?

En el ordenamiento jurídico internacional, tenemos que el Estado Mexicano es miembro fundador de la ONU (Diario Oficial de la Federación, 2011) y está suscrito a la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la cual, en su artículo 3° se consagra explícitamente el Derecho a la Vida; “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Asimismo, dentro del orden jurídico mexicano se encuentran suscritos dos tratados internacionales que resultan de mayor relevancia mencionar para el análisis de este trabajo; el primero es la Convención sobre los derechos del niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991 y el segundo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981.

Acorde a los principios fundamentales de los Derechos Humanos, en el orden jurídico interno el derecho a la vida se encuentra relacionado por medio del principio de interdependencia a todos y cada uno de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Suprema.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece de manera implícita el derecho a la vida y lo tutela en sus artículos: 1° (Diario Oficial de la Federación, 2011, art. 1) 14 (Diario Oficial de la Federación, 2005, art. 14) y 22 (Diario Oficial de la Federación, 2005, art. 22) de la Carta Suprema; en este sentido los numerales antes citados consagran el derecho fundamental e inminente de la protección a la vida, como derecho del cual emanan todos y cada uno de los derechos fundamentales protegidos por esta Constitución y por todos los ordenamientos internacionales de los que el Estado mexicano forma parte; los artículos 14 y 22 constitucionales fueron materia de reforma el 9 de diciembre de 2005 para eliminarse la alusión a la vida que se contenía en el artículo 14 y trasladarse el derecho a la vida al artículo 22 mediante la prohibición de la pena de muerte.

En el mismo sentido se puede observar que la tutela de la Constitución al derecho a la vida deriva de la interpretación sistemática de los artículos: 1º, 4º y 22º; de la Carta Suprema; así como de todas las demás normas que establecen los derechos fundamentales del ser humano, en tanto que todos tienen como principio fundamental la interdependencia, por lo que se considera que son dependientes entre sí y se relacionan para complementarse como parte de un todo que asegura su goce pleno y dado que el derecho a la vida hace posible la existencia y el disfrute de los demás derechos fundamentales. Es decir que actualmente, ni por medio de un juicio de garantías se puede privar constitucionalmente a ningún individuo de la vida, ya que dentro del orden jurídico mexicano el derecho a la vida no tiene limitaciones ni restricciones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en tratándose del Derecho a la vida, en las siguientes tesis aisladas y jurisprudenciales:

Esta tesis jurisprudencial “derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la constitución política de los estados unidos mexicanos, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales” (Tesis jurisprudencial, 2002, N° registro: 187817) sustenta indivisiblemente la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y la protección del derecho a la vida del niño no nacido o producto de la concepción, como un derecho inherente a la persona humana; independientemente del proceso biológico en el que se encuentre.

Derivada del análisis a los artículos 1º, 14º y 22º Constitucional que realiza el máximo Tribunal del Estado mexicano surge esta tesis jurisprudencial “derecho a la vida. su protección constitucional” (Tesis jurisprudencial, 2002, N° registro: 187816), en donde queda establecido que el derecho a la vida está protegido constitucionalmente de acuerdo al principio de interrelación entre los derechos humanos y la propia Carta Suprema; sin embargo como se puede observar, la norma constitucional que prevalecía en ese momento, preveía la pena de muerte en su artículo 22º; el cual fue reformado en su primer párrafo y derogado en el cuarto párrafo el 9 de diciembre del año 2005 (Diario Oficial de la Federación, 2005, art. 22) para quedar establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Quedan prohibidas las penas de muerte, mutilación, infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado”. Por lo anterior esta tesis jurisprudencial resulta de importante relevancia para sustentar que el derecho a la vida está protegido y consagrado en nuestra Carta Suprema.

El día 7 de octubre de 2010 el Tribunal Pleno aprobó la tesis aislada “derecho a la vida. Supuestos en que se actualiza su transgresión por parte del estado” (Tesis aislada, 2011, N° registro: 163169) que se señala en el párrafo anterior. En esta tesis aislada se impone al Estado Mexicano la obligación no tan solo de proteger la vida si no también de prever y garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos para preservar el derecho fundamental y eminentemente privilegiado; para que no se prive de la vida a ningún ser humano por parte del Estado o bien de particulares; en este caso se le impone la obligación de investigar efectivamente los casos de privación de la vida.

El día 20 de noviembre de 1989 el Estado mexicano adoptó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (México, 1989); en el preámbulo de esta Convención los Estados partes recuerdan los compromisos contraídos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos con relación a que la infancia tiene derechos a cuidados y asistencia especiales; así mismo resalta lo manifestado en la Declaración de los Derechos del Niño, que a la letra dice: “El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En tanto la primera Sala de Justicia de la Nación en junio de 2012 (Tesis, 2012, N° registro: 2000988), se pronunció en cuanto al principio jurídico protector del interés superior del menor y la función del Estado para proteger los derechos que no admiten restricción alguna como lo es, el derecho a la vida. Cabe señalar de manera preponderante que el interés superior del menor es una obligación para el Estado mexicano, que debe constituirse con acciones positivas para garantizar la protección de los derechos subjetivos del menor y preeminentemente, el derecho a la vida, que como ya se ha mencionado en repetidas ocasiones, es el bien jurídico indivisible e indisponible que da origen a todos y cada uno de los derechos fundamentales y subjetivos.

Tomando en cuenta que la reparación del daño (Tesis, 2019, N° registro: 2019079) por privación de la vida es incuantificable, el Estado mexicano previene este menoscabo y constituye la reparación del daño moral en favor de los familiares o de quien resulte con el carácter de ofendido por el menoscabo del derecho a la vida; en atención a los compromisos contraídos en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

#### **4. CONSIDERACIONES GENERALES DEL DERECHO AL ABORTO**

La vida es el derecho preeminente y fundamental para que subsistan todos los derechos humanos de la persona; y como se menciona en el apartado anterior, se encuentra implícito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo en la legislación nacional no existe una norma que regule el derecho a la vida del producto de la concepción; tal y como acontece con los derechos fundamentales de la libertad, la igualdad, la integridad, la salud y la educación, entre otros, por lo que no puede afirmarse que el derecho a la vida del producto de la concepción, sea superior al derecho fundamental del ejercicio de la libertad de la mujer. Entre el derecho a la vida del producto de la concepción, por un lado, y los derechos y libertades de decisión, procreación, intimidad, salud y vida de la mujer, por otro lado, deben prevalecer éstos, lo que llevó al legislador a considerar legítima una medida como la despenalización del aborto voluntario dentro de las doce semanas de embarazo en el orden jurídico interno.

La consideración anterior resulta violatoria de la intención del Constituyente y del Estado mexicano como miembro de la Organización de las Naciones Unidas y Estado parte de los tratados internacionales adoptados dentro del orden jurídico interno, como La Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Declaración de los Derechos del Niño, La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras, en el sentido de que es obligación del Estado garantizar el funcionamiento armónico

de la sociedad, preservando y fomentando sus valores, entre los que se encuentra el respeto a la vida humana.

La norma legislativa que prevé la interrupción del embarazo y faculta a la mujer para practicar el aborto del producto de la concepción es contradictoria a lo expresado en la Carta Suprema; es también discriminatoria y contraria a lo dispuesto en el artículo 1o. constitucional, al establecer diferencias en razón del desarrollo biológico del embrión, que no es otra cosa que la edad, atentando contra la dignidad humana y anulando o menoscabando los derechos y libertades de las personas; vulnerando el derecho a la vida del producto concebido y el derecho del hombre a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; violentando el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer previsto en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### *4.1 Concepto jurídico y preceptos legales*

En la Enciclopedia Jurídica Mexicana el aborto se define como: “Acción de abortar, del latín abortare, parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir. Desde el punto de vista gineco-obstétrico, es la interrupción del embarazo antes de que el producto de la concepción sea viable” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 27).

Por su parte la Organización Mundial de la Salud en su comunicado de prensa conjunto el Instituto Guttmacher; del 28 de septiembre del año 2017 (Organización Mundial de la Salud, 2017) señala que: “De 2010 a 2014 se produjeron en todo el mundo 25 millones de abortos peligrosos (45% de todos los abortos) al año, según un nuevo estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Instituto Guttmacher publicado hoy en *The Lancet*. La mayoría de abortos peligrosos (97%) se produjo en países en desarrollo de África, Asia y América Latina”. Así mismo, para definir al aborto legal, a la definición de aborto le añade algunas condiciones que debe reunir el feto para considerarse, como aborto legal, y lo define como la interrupción de un embarazo tras la implantación de un huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad (antes de las 22 semanas de edad gestacional con peso fetal de 500 gr. y longitud céfalo nalgas de 25 cm).

Se observa que una de las condiciones que debe cumplirse al considerarse despenalizar el aborto es que el producto de la concepción se encuentre dentro del periodo que se considera no viable y la viabilidad se entenderá cuando éste sea capaz de vivir con ayuda de los medios médicos necesarios, de manera extrauterina, es decir, fuera del seno materno.

Derivado de las prácticas del aborto dentro de nuestra sociedad y procurando que éste se de en las mejores condiciones de salud e higiene y como una garantía al derecho de decidir de la mujer, se ha pugnado por la despenalización de este delito, en cuyo caso se le ha denominado interrupción legal del embarazo o aborto legal.

En México a partir de la reforma al artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996, se da facultad a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal, pasando así al ámbito local todo lo que concierne

a la regulación de los delitos del fuero común, entre los cuales se encuentra el aborto.

Derivado de esta facultad, la Asamblea Legislativa publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 17 de septiembre de 1999 el decreto mediante el cual se mandata que el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para Toda la República en Materia de Fuero Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931 con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 01 de agosto de 2019. Bajo esa reforma se mantuvo todavía el tipo penal del aborto en el Distrito Federal, tal cual se encuentra regulado en el ahora Código Penal Federal dentro del Capítulo V y específicamente, en su artículo 144 se ha definido el aborto como “la interrupción legal del embarazo como el procedimiento que se realiza hasta la décima segunda semana de gestación...”

Por su parte la NOM-007-SSA2-1993 (Diario Oficial de la Federación, 2016) “Atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio, considera el aborto como la expulsión del producto de la concepción de menos de 500 gramos de peso o hasta 20 semanas de gestación”.

En este sentido, la legislación cumple con las condiciones de establecer un estándar o parámetro de no viabilidad y peso del producto, tal y como lo señala la OMS.

En el Estado mexicano, el antes Distrito Federal hoy Ciudad de México, es la primera entidad donde se legisló la despenalización del aborto y se implementó la ILE (interrupción legal del embarazo), el Congreso del estado de Oaxaca votó por la despenalización del aborto convirtiéndose así en el segundo estado en el cual se le permite a la mujer abortar el producto concebido. De acuerdo con los lineamientos generales de organización y operación de los servicios de salud para la ILE en la Ciudad de México, se señalan como técnicas y procedimientos para su práctica la administración de medicamentos preferentemente o la quirúrgica. Asimismo, para ello deberá tomarse en consideración:

- a) Las semanas de gestación del producto (que no será mayor a las 12);
- b) El estado de salud de la usuaria, y
- c) El criterio del médico cirujano, gineco-obstetra o del cirujano general que realice el procedimiento.

El Código Penal Federal, tipifica el delito del aborto y lo define como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, se ubica la tendencia hacia la protección del producto desde la concepción, contraponiéndose así al derecho y a la libertad de la mujer a decidir sobre su cuerpo y la maternidad. Sin embargo, cabe señalar que este código contempla algunas excepciones que son excluyentes de responsabilidad tanto para la mujer como para quien practique el aborto.

En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales se observa que éste en cuanto a la comprobación del delito y de la probable responsabilidad del inculpado en materia de aborto establece disposiciones que prevén el reconocimiento por parte de los peritos médicos a la madre para dictaminar las causas del aborto.

Cabe señalar que si bien fue un gran avance que dentro de los supuestos de aborto no punible en el artículo 334 se contempla el que debe de practicarse cuando corra peligro de muerte la mujer embarazada, por cuestiones de técnica legislativa destaca una confusión cuando señala que también, “de no provocarse el aborto el producto corra peligro de muerte”, tal pareciera que al provocarse el producto vivirá, sin embargo, en estricto sensu bajo este supuesto y atendiendo a la definición que de aborto se da en el mismo código, resulta una subjetividad, pues corre peligro de muerte pero también las posibilidades de salvarse, y por lo tanto finalmente al provocarse, lo que se ocasionará será la muerte del producto.

En materia de salud, también se ve afectada con dichas reformas, abordando lo relativo a la atención médica que habrá de darse a las mujeres que decidan abortar antes de las doce semanas de gestación, a continuación, se muestra la evolución de dicha legislación, de la cual, al igual que el Código Penal, correspondía originalmente al Congreso de la Unión legislar en la materia, para posteriormente pasar esta facultad a la Asamblea Legislativa.

Como se advierte, la regulación del tema del aborto en la Ciudad de México si bien tardó en llevarse a cabo, en la última década tomó directrices revolucionarias, en comparación a como se venía regulando desde el texto original de las leyes que se han comentado tanto en el ámbito penal y como consecuencia inmediata en el sector salud. Esta legislación se aprecia mucho más progresista con relación a los derechos de decisión que pueden tomar las mujeres respecto a su cuerpo al ser permisible el aborto hasta las doce semanas de embarazo, señalando incluso las medidas y trámites sanitarios específicos que habrán de llevarse a cabo en tal caso, de modo tal, que su práctica de dé en las mejores condiciones posibles

Una vez aprobada en la Ciudad de México la interrupción legal del embarazo, ha sido necesario establecer expresamente una serie de disposiciones que regulen de manera adecuada la materia, sobre todo en el sector salud, dado que uno de los objetivos de la despenalización del aborto, ha sido que éste se practique bajo las mejores condiciones de salud e higiene, cuando sean procedentes las excluyentes de responsabilidad penal señaladas en el Código Penal correspondiente.

En tales ordenamientos se establecen las reglas, normas y lineamientos que deberán seguir tanto las Instituciones de Salud autorizadas para llevar a cabo la ILE (interrupción legal del embarazo) como la propia solicitante y los prestadores del servicio.

## **5. DERECHO DE PROCREACIÓN. VIOLENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Se ha reiterado constantemente que la igualdad entre los hombres y las mujeres es un principio fundamental de los derechos humanos (Silva Hernández & Martínez Prats, 2019, p. 265) razón por la que se analiza con profunda sensibilidad la despenalización del aborto en el orden jurídico interno, se estima que las normas jurídicas que establecen el derecho al aborto violan este principio y el derecho de procreación, ambos consagrados en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia” y en un segundo párrafo consagra la libertad de procreación en dos líneas “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el



número y espaciamiento de sus hijos”. Por lo tanto, la despenalización del aborto en el orden jurídico interno es violatorio en cuanto a la discriminación que se hace del varón, al no considerarlo sujeto jurídico en los casos (claro está) en los que el producto concebido sea producto de una relación armoniosa entre un hombre y una mujer.

El análisis de la norma suprema y de los motivos que le dieron origen lleva a la convicción de que el aborto no puede considerarse como el ejercicio de la libertad de procreación, pues supone un embarazo no planeado en forma responsable, por lo que tampoco puede catalogarse como un medio de planificación familiar.

Por tanto, la despenalización del aborto, desfigura el sentido real de la libertad constitucional de procreación, que de ninguna manera puede implicar medidas abortivas, sino únicamente anticonceptivas.

El orden jurídico interno violenta de manera explícita la Carta Suprema y los derechos fundamentales consagrados al no satisfacer el principio supremo de certeza jurídica en materia penal, que prohíbe la imposición de penas que no estén establecidas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate y que no se circunscribe a los actos de aplicación, sino que abarca a la ley misma, la que debe concebirse de forma tal que los términos en los que especifique el delito y la pena resulten claros, precisos y exactos, con el fin de evitar que las autoridades jurisdiccionales incurran en confusión.

### *5.1 Discriminación del producto concebido*

La legislación que permite la despenalización del aborto no toma en cuenta elementos razonables y objetivos para discriminar y dar un trato desigual al producto de la concepción, pues atiende a una condición temporal respecto de ese producto, siendo que ni siquiera las características de viabilidad del mismo podrían justificar la distinción, ya que el propio legislador reconoce que tampoco alrededor de la vigésima segunda semana de embarazo el producto es viable; tampoco es razonable discriminar atendiendo a las limitadas características orgánicas del producto de la concepción durante las primeras doce semanas de embarazo, ya que lo trascendente para el respeto de las garantías de no discriminación y de igualdad es no exceptuar a los destinatarios de la norma por circunstancias que no los diferencian entre sí como titulares únicos del bien jurídico tutelado, e inclusive existiendo esas diferencias debe otorgarse el mismo trato, pues las distinciones sobre cuestiones orgánicas y de viabilidad no dividen al ser humano en gestación para efectos de protección de la ley.

En ese sentido, el legislador ordinario no está facultado para determinar el momento en el que se ampara a la protección de la Constitución los bienes jurídicos tutelados, pues éstos surgen de la naturaleza misma del titular de aquéllos, por lo que no es dable determinar que la protección surge por la ley, sino que ésta justifica su existencia por la de esos derechos reconocidos constitucionalmente.

En tanto, resultan inconstitucionales las normas jurídicas establecidas en el ordenamiento legal porque excluyen al género masculino de la toma de decisión de interrumpir el embarazo antes de finalizar la décimo segunda semana de gestación. Si la mujer lo consiente, el aborto forzado en cualquiera de sus etapas, incluyendo las primeras doce semanas de gestación, será practicado, por lo que se

reconoce como derecho único y exclusivo de la mujer el permitir la conclusión del embarazo antes del periodo referido, privándose al hombre de la libertad de decidir sobre la gestación de sus hijos. Por lo que estas normas no reconocen ni respetan la dignidad de la persona al autorizar la eliminación del producto de la concepción menor a la finalización de la doceava semana de gestación e, incluso, al facultar a las instituciones y servidores públicos a concretizar el aborto.

### *5.2 Objeción de conciencia*

La despenalización del aborto conlleva, como ya se ha mencionado en capítulos anteriores, a regular los ordenamientos, medios y procedimientos con los cuales deberá llevarse a cabo el aborto en los casos que la Legislación lo permita, lo que hace necesario observar que este procedimiento médico quirúrgico será realizado por personas del sector salud.

## **6. PATERNIDAD. DERECHO DEL PRODUCTO CONCEBIDO**

El tema de la despenalización del aborto es una de las cuestiones sociales que más polémica y reacciones están causando en nuestros días, debido a los alcances jurídicos dentro del orden interno; por un lado el ya controvertido tema de la inconstitucionalidad de ley que permite a la mujer abortar y decidir sobre la vida de un producto que fue concebido entre un hombre y una mujer (sin hacer referencia a la forma) el embrión que se desarrolla en el vientre de la mujer, y por el otro la excelentísima reforma constitucional al artículo 1 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 1) de la Carta Suprema.

En ambas legislaciones se observa que los derechos fundamentales son las garantías del ser humano y que están protegidas mediante el orden jurídico interno, sin embargo y en relación a los derechos fundamentales del embrión la legislación establece que el embarazo sea la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio, es decir, que la vida del producto de la concepción, está desprotegida desde la unión de los gametos hasta la implantación del embrión en el endometrio.

Por tanto, existe una violación a la garantía de no discriminación, ya que la Constitución reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, que se transgrede al permitirse la privación de esa vida, incluso sin el consentimiento de la madre, antes de la implantación del embrión en el endometrio.

El artículo 4º Constitucional (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 4), al reconocer el derecho a la salud, que constituye un elemento esencial para preservar la vida humana, y consignarse principios de tutela al derecho a la vida a través de la salud, como son la protección y fomento del núcleo familiar, de paternidad responsable, de la decisión sobre el número y espaciamiento de los hijos, al establecerse que nadie puede ser juzgado por leyes privativas o tribunales especiales y prohibir que se haga justicia por propia mano, la que debe impartirse a través de tribunales previamente establecidos, se reconoce el derecho a la existencia del individuo; al preverse que nadie puede ser privado de sus derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales

previamente establecidos, y prohibir la pena de muerte, en tanto con ello se hace patente la preservación del derecho a la existencia humana.

### *6.1 Paternidad responsable*

Sin lugar a dudas el tema de la paternidad se encuentra controvertido en cuanto la conducta del género masculino y las obligaciones que impone el Estado mexicano al hombre para el cumplimiento de sus obligaciones. Tal y como ha quedado asentado, el hombre y la mujer son iguales ante la Ley, son titulares de derechos y obligaciones, son libres para decidir sobre el número de hijos y el espaciamiento para tenerlos; en tanto que el Estado protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Derivado de este razonamiento se puede aducir que el ejercicio de la paternidad responsable sea protegido por el orden jurídico interno. Tomando en consideración que, en el ejercicio de su libertad, la mujer puede decidir sobre el producto concebido, el cual se desarrollara en el cuerpo del misma, lo que la hace acreedora de una distinción por razón de perspectiva de género; empero no se debe olvidar que el producto concebido es la unión de las células del hombre y la mujer; en este sentido el producto no nacido o nasciturus, genera una obligación para ambos y para el Estado.

Por lo tanto, se considera que la decisión de abortar debe ser compartida en determinados casos, para no vulnerar los derechos fundamentales del hombre que desee procrear y proteger al producto concebido; retomando el siguiente razonamiento se concluye: Carbonell “el derecho constitucional debería asegurar las condiciones para que la tolerancia fuera el criterio bajo el que la legislación contemplara al tema del aborto. Es decir, si nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho — en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica— suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio” (Carbonell, 2006, p. 68).

## **7. CONCLUSIÓN**

En el proceso de este análisis se observan el orden jurídico interno del Estado Mexicano, así como algunos de los tratados internacionales, convenciones y declaraciones de los que México forma parte, se hace referencia a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 que eleva a los derechos humanos comprendidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte al rango constitucional y obliga a su observancia en la legislación y aplicación de los mismos, se relaciona los principios fundamentales de los derechos humanos con las normas jurídicas que protegen el derecho a la vida. En ese sentido, se describió y analizó del derecho a la vida y los pronunciamientos que hace la Suprema Corte de Justicia de la nación al respecto, en tanto a la protección constitucional de este derecho y de las posibles transgresiones que pueda sufrir la persona a quien le asista el derecho, sin soslayar que se estima la reparación

del daño moral en favor de los familiares o de quien resulte con el carácter de ofendido por el menoscabo del derecho a la vida.

D) A través de sus ordenamientos el orden jurídico que establece la despenalización del aborto, ha procurado adecuar el tipo penal de conformidad con la definición que de aborto legal ha emitido la OMS, quien lo define como la interrupción de un embarazo tras la implantación de un huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad (antes de las 22 semanas de edad gestacional con peso fetal de 500 gr. y longitud cefalo nalgas de 25 cm). De ahí, que surja incluso la diferencia entre los conceptos de concepción y fecundación que tanto han enfrascado debates respecto al momento en que debe darse protección al derecho a la vida, infringiendo al respecto que dicha diferencia radica en que la primera se da cuando el espermatozoide se une con el óvulo y la segunda es cuando el óvulo ya fecundado por el espermatozoide se inserta en el útero dando comienzo al embarazo. Con relación a las excluyentes de responsabilidad se encontró en el orden federal que sólo se encuentran como excluyentes de responsabilidad el embarazo por violación, y cuando la mujer corra peligro de muerte por el mismo. La tendencia aún con la despenalización del aborto es el interés superior por proteger el derecho a la vida, situándose así el derecho a la libre decisión de la mujer sobre su propio cuerpo. Sin embargo, lo anterior se da dejando precisamente a la libre decisión de la mujer de una manera consciente e informada cuando se le hace saber sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos de una interrupción del embarazo. Acorde con los principios fundamentales de los derechos humanos y señalados por el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto al derecho al acceso a los servicios de salud, se establece que la despenalización del aborto incurre en la discriminación del producto no nacido, del hombre que desee ejercer su paternidad sobre el producto concebido y del servidor público que esté obligado a practicar este procedimiento quirúrgico.

## Referencias

- Carbonell, M. (2006). Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. *Debate Feminista*, 34, 54-68.
- Diario Oficial de la Federación. (2011). Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Diario Oficial de la Federación. (2005). Decreto por el que se declara reformados los artículos 14, segundo párrafo y 22 primer párrafo y derogado el cuarto párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Diario Oficial de la Federación (2016). Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. México.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2002). *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. México: Porrúa.
- México (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- México (2002). Tesis jurisprudencial. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, febrero de 2002; p. 588. P. /J. 14/2002. Número de Registro: 187817.

- México (2002). Tesis jurisprudencial. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, febrero de 2002; p. 589. P. /J. 13/2002. Número de Registro: 187816.
- México (2011). Tesis aislada. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, enero de 2011; p. 24. P. LXI/2010. Número de Registro: 163169.
- México (2012). Tesis. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, junio de 2012; Tomo 1; p. 260. 1a. CXXII/2012 (10a.). Número de Registro: 2000988.
- México (2019). Tesis. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 62, enero de 2019; Tomo IV; p. 2448. XXVII.3o.17 CS (10a.). Número de Registro: 2019079.
- Organización Mundial de la Salud (2017). En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año, Ginebra. <https://www.who.int/es/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>
- ONU (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Vázquez, L. D. & Serrano, S. (2011). Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad apuntes para su aplicación práctica. En La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma. México: IIJ-UNAM.
- Secretaría de Relaciones Exteriores (2016). Presencia histórica de México en la ONU. <https://mision.sre.gob.mx/onu/index.php/meo/presencia-historica>
- Silva Hernández, F. & Martínez Prats, G. (2019). La justicia alternativa como derecho humano. *Jurídicas CUC*, 15(1), 263-284.