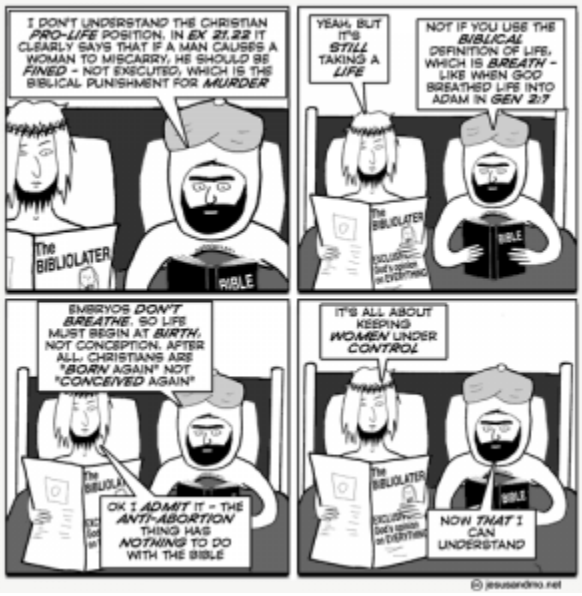
Asunto pendiente en la Corte: ¿le reconoce nuestra Constitución personalidad jurídica al no nacido?

Geraldina González de la Vega



El martes pasado la Corte mexicana *subió* a su página dos proyectos de sentenciade acciones de inconstitucionalidad propuestos por la ponencia del Ministro Franco. En ellos se propone declarar inválidas dos reformas constitucionales locales (Baja California y San Luis Potosí) por ser contrarias a la Constitución General, debido a que protegen la vida desde la concepción. La noticia ha salido en varios medios y ha sido muy comentada en redes sociales. Muchos esperamos con gran interés los debates en la Corte –que se planea para la última semana de septiembre. No es para menos, el tema es uno de especial relevancia, no sólo en México, sino en el mundo entero. ¿A partir de qué momento se es persona en sentido jurídico? ¿Puede –es racional, desde el punto de vista jurídico- otorgársele personalidad jurídica a la unión de células germinales? En un texto publicado en El Universal en enero de 2010, Alejandro Madrazo explica el absurdo:

Las reformas constitucionales nos obligan, en primer lugar, a reconocerle a estas "personas" todos los atributos de la personalidad que el derecho otorga

a las personas: nombre, nacionalidad, domicilio, etc. Si le otorgamos a la "persona" nombre, tenemos que registrarles en el Registro Civil desde que la prueba de embarazo resultara positiva y los progenitores acordaran un nombre; si le otorgamos nacionalidad, las mujeres embarazadas tendrán que viajar con dos pasaportes y habrá que aceptar como co-nacionales a quienes fueran producto de los arrebatos lunamieleros en Cancún y otros destinos turísticos internacionales; si le otorgamos domicilio ¿cuál sería éste sino el vientre de la mujer embarazada? … Las cosas se tornan mucho más serias, e invitan menos risa, si pasamos del derecho civil al derecho penal.

Los mayores desacuerdos en las sociedades modernas son provocados por convicciones, sean de raíz religiosa o agnóstica, acerca del valor intrínseco que le otorgamos a la vida. Las diversas cuestiones que giran en torno al aborto, eutanasia, suicidio y pena de muerte, se refieren precisamente a estas convicciones y a esa escala de valores respecto de la vida humana. Es por ello, que ante la imposibilidad de que las sociedades construyan consensos al respecto, la solución liberal ha sido destinar estos asuntos al ámbito íntimo y personal, determinando para el Estado la obligación de no interferir más que para proteger cualquier decisión adoptada en esa esfera privada.

En 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformó el Código Penal para legalizar la interrupción del embarazo hasta las 12 primeras semanas de gestación[1], de dicha reforma derivaron acciones de inconstitucionalidad interpuestas por el Procurador General de la República y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos quienes asumían que la reforma violaba el derecho a la vida del producto y el derecho de los hombres a la paternidad, entre otras cuestiones de invalidez planteadas. La sentencia de la Suprema Corte (AI 146/2007 y su acumulada 147/2007) ratificó la constitucionalidad de esta reforma con el argumento de que el legislador es libre de determinar cuándo aprovecha o descarta la herramienta del derecho penal para proteger la vida, además de que determinó que el derecho a ser padre o madre es un derecho individual y no uno de ejercicio colectivo[2].

Como reacción a esta sentencia un significativo número de estados[3] *corrieron* a reformar sus constituciones locales con el objetivo de reconocer el derecho a la vida del no nacido. No todas estas reformas, sin embargo, fueron redactadas en los mismos términos ni por tanto arrojan las mismas consecuencias. Y es este uno de los retos que tiene la Corte en estos dos proyectos. Una primera distinción clave, en este contexto, es que la vida del no nacido o del también llamdo *nasciturus****[4]*** puede protegerse por dos vías:

– Reconociéndole personalidad jurídica a nivel constitucional. Esto implica ser sujeto de derechos humanos.

– Reconociendo un derecho objetivo a la vida, es decir, como un valor en sí mismo y, por tanto, como un valor que el Estado debe proteger. Que de hecho fue lo que resolvió la Corte en la AI 146/2007 diciendo que es un valor limitable (ver páginas 153 a 185 de la sentencia).

Otra distinción: no es lo mismo que algunos consideren que el *nasciturus* es persona en el sentido de que sea un ser humano, a ser reconocido como persona jurídica. Lo primero no tiene consecuencias jurídicas sino morales, lo segundo tiene como consecuencia que se le reconozcan derechos e intereses que el Estado está obligado a defender.

El reconocimiento de la personalidad jurídica es distinto que proteger la vida como un bien valioso objetivamente. Ello es equiparable **en sus efectos jurídicos**, al reconocimiento del valor del medio ambiente, de los animales o de las obras de arte. La vida humana es un bien valioso, como lo son los cuadros de Picasso. **Evidentemente cada bien tendrá distinto valor, los valores son graduables atendiendo a su importancia**. La protección de la vida del *nasciturus* por parte del Estado no implica que tengan derechos subjetivos oponibles frente a otros derechos, como lo son en este caso, los derechos reproductivos y la libertad de disponer sobre nuestro propio cuerpo. Aunque se acepte que la vida comienza al momento de la fecundación, ello no da al *nasciturus* la personalidad que conlleva la titularidad de derechos e intereses. Es decir, es muy importante distinguir, en el ámbito estrictamente jurídico, entre personalidad jurídica y protección de bienes jurídicamente protegidos. **Todos los derechos son bienes jurídicamente tutelados, pero no todos los bienes jurídicamente tutelados son derechos y además, los grados de protección de éstos varían atendiendo tanto a circunstancias sociales, como a juicios de ponderación constitucional.**

Ahora bien, esta distinción resulta importante para el ejercicio de ponderación que el juez constitucional deberá realizar entre el valor y los derechos en colisión. El problema aquí es que las constituciones locales al reconocerle personalidad al *nasciturus* (además de hacer uso de readacciones góticas) colocan al juez en una trampa metodológica, pues a primera vista pareciera que el ejercicio a realizar sería una ponderación entre los derechos de la mujer[5], al ser la portadora del *nasciturus*, y el derecho a la vida de éste. Sin embargo, al realizar esta ponderación se acepta, de entrada, que el *nasciturus* tiene *derecho a la vida*, es decir, tiene personalidad jurídica –y no que el valor de la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido-. Lo que debe analizarse es, si las legislaturas locales tienen la facultad para aumentar la población constitucional, con las correlaciones que ello implica. La población constitucional en este sentido, se refiere a quiénes son titulares de derechos.

La Constitución no reconoce la personalidad del *nasciturus* y tan sólo establece determinadas obligaciones para cuidar la vida del producto y la salud de la mujer embarazada (así lo hace en diversas normas del artículo 123 sobre derechos laborales).

Por la vía de los tratados internacionales, México tampoco está obligado a reconocerle personalidad constitucional al no nacido. Una vez más, la Suprema Corte, en la resolución que he venido comentando, determinó de forma muy clara que cuando México presentó su ratificación a la Convención Americana de Derechos Humanos, estableció una reserva en la que no se obligó a adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción.

En este orden de ideas, sucede que las reformas constitucionales de los estados rebasan su competencia, pues los congresos de los estados no tienen ninguna facultad para aumentar la población constitucional general, pues ésta es una competencia del Poder Revisor de la Constitución (*Kompetenz-Kompetenz*).

Tampoco la Corte ha interpretado que la Constitución mexicana reconozca la personalidad jurídica del *nasciturus*, en la sentencia AI 146/2007 más determina que hay un deber de proteger su vida, como valor intrínseco que la comunidad reconoce, que no es de ninguna manera absoluto y que el legislador está facultado para determinar cómo lo protege. Ello se traduce en que el margen de decisión pertenece al legislador pues es quien debe analizar las condiciones sociales para realizar el ejercicio de ponderación y limitar los derechos, pero que al margen de apreciación inernacional y la Constitución no existe mandato alguno para la penalización del aborto. Ello implica la posibilidad de que el legislador determine cómo proteger esa vida, de

acuerdo con medidas que no lastimen la libertad reproductiva de las mujeres, es decir, con medidas que sean proporcionales a un fin legítimo.

Según la tradición legal mexicana, la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento, antes de éste y por medio de una *ficción jurídica* se le tiene por nacido para cuidar algunos de sus intereses, quedando las obligaciones y derechos en suspenso hasta que se verifique el nacimiento, es decir, la personalidad y con ello, la facultad de ser sujeto de derechos, está condicionada al nacimiento.

Es claro que podría decirse que la "tradición" es un no-argumento pues hoy ya podemos *ver* los primeros momentos de esa vida gracias a los ultrasonidos o en el plato de Petri, pero el problema jurídico es que de reconocerse la personalidad jurídica en el *nasciturus* estos derechos en suspenso se tendrían que reconocer desde la fecundación y, además de que este momento no es científicamente verificable, se llegaría a absurdos como los que Madrazo plantea y a vulneraciones inaceptables de derechos en las mujeres. El uso de anticonceptivos como el DIU y la píldora del día siguiente serían sancionados como homicidios, las técnicas de reproducción asistida serían igualmente sancionables, entre otras cuestiones.

En este sentido, es mucho más congruente la sentencia del Tribunal Constitucional Español **[6]** en tanto que considera que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana."

Una bellota no es un roble. Una oruga no es una mariposa. Un embrión no es un niño.

Como explicaba arriba, la mayoría de los estados han decidido proteger la vida no por su valor intríseco, sino a través del reconocimiento de la personalidad jurídica del *nasciturus* o del reconocimiento de su titularidad de derechos. El aumento de la población constitucional implica lógicamente una reducción en el goce de los derechos de otros por su naturaleza relacional[7]. Al anteponerse el *derecho a la vida* del *nasciturus*, de carácter local, frente a los derechos reproductivos, a la salud y a la intimidad de la mujer embarazada –entre otros-, derechos de carácter nacional, estamos frente a una colisión que no es reconocida en el ámbito constitucional pues limita de forma no válida los derechos de la mujer.

Es decir, es inconstitucional reconocer la personalidad jurídica del *nasciturus* en los ámbitos locales contradiciendo la Constitución General que no la reconoce, se rebasa la competencia original o Kompetenz-

Kompetenz que implica, en este caso, la competencia de un órgano del Estado (el Revisor del 135 constitucional) de decidir sobre las dudas sobre competencias constitucionales.

En efecto, las constituciones locales pueden ampliar derechos, pero nunca disminuirlos por medio de una medida contraria a la Constitución General. Si el *derecho a la vida* del *nasciturus* no es reconocido por la Constitución General, reconocerlo en las constituciones locales la contraviene porque este reconocimiento limita contraviniendo la Constitución derechos reconocidos en la Ley Superior (ver artículo 133 de la Constitución General). La Constitución General es la norma superior y fuente del ordenamiento jurídico, de tal forma que cualquier norma, federal o local, que la contravenga, es inválida.

Otorgarle personalidad jurídica al *nasciturus* que se encuentra *dentro del cuerpo*de una mujer vulnera los derechos de ésta de manera significativa.

Organizaciones defensoras de derechos reproductivos y de género[8], hasta mayo de 2010, habían promovido 662 amparos contra las reformas aprobadas en varios estados, en algunos casos la Corte ha rechazado atraerlos. Por otro lado, los municipios de Uriangato, Guanajuato; Arroyo Seco, Querétaro y Asunción Ixtaltepec, Oaxaca[9] han interpuesto medios de control constitucional (desconozco si son controversias o acciones de inconstitucionalidad) en contra de las reformas en esos estados, y están las acciones próximas a discutirse contra las reformas realizadas en los estados de Baja California y San Luis Potosí. De acuerdo con CIMAC[10] en Morelos, 150 mujeres decidieron recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante demanda recibida por esa instancia el 29 de julio de 2009.

Desde diciembre de 2008 se violan los derechos de cientos de miles de mujeres en la República Mexicana y hasta ahora (septiembre de 2011) la Corte no ha resuelto nada. Al leer en ambos proyectos cómo el tiempo corría -al parecer, sin preocupación-, para pedir informes a cada municipio, esperar a que contesten, recabar alegatos de las partes, esperar a que el Procurador rinda su informe, etc. no pude dejar de pensar en cuántos niñ@s no

deseados llegaron al mundo, cuántos embarazos producto de violación fueron llevados a término, cuántas mujeres murieron por ser obligadas a proseguir con un embarazo que ponía en riesgo su vida, cuántas mujeres están en la cárcel por "homicidio", en fin, cuántas mujeres fueron obligadas a ser madre o fueron condenadas por no querer serlo, cuántos derechos fueron vulnerados. Pienso que debería existir un procedimiento de urgencia para que se dé prioridad a asuntos como éste y no a amparos de intelectuales o casos sobre precios únicos a los libros.

Finalmente, sería deseable que la Corte resolviera de una vez por todas la cuestión sobre si se protege la vida desde la concepción o no, por qué y en su caso, cómo debe hacerse, pues uno de los principios indispensables en un Estado de Derecho es el de la certeza y en varios estados de la República las mujeres carecen de ella. Probablemente pronto podramos tenerla. ***Algo* tarde querida Suprema Corte.**

** Sobre los dos proyectos, escribiré la próxima semana.

Recomiendo la lectura de:

La Suprema Corte y el Matrimonio: una relación de amor de Estefanía Vela (páginas 91 a 109)

The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution? de Alejandro Madrazo y Estefanía Vela

Derecho a Decidir o Derecho a la Procreación de Alejandro Madrazo

Constitucionalidad de la Ley sobre el Aborto en la Ciudad de México de Norma Ubaldi

---

[1] La reforma implica que antes de la 12va semana no se está ante un delito, sino ante una conducta legal. A partir de la 12va semana la conducta será delito de aborto. El Código establece como excluyentes de responsabilidad los casos de violación, inseminación involuntaria, peligro de la vida de la madre o peligro a la salud del producto. [La figura de excluyente de delito implica que no puede considerarse que existió un delito cuando se realicen ciertas conductas con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos propios o ajenos, o ante la inexistencia de la voluntad de delinquir o de alguno de los elementos que integran el tipo penal, aunque se cometa alguna

de las conductas típicas, mientras que la excusa absolutoria implica que existió una conducta típica, pero se excluye la aplicación de la pena establecida para ese delito… Tesis P. V/2010 EXCLUYENTE DEL DELITO Y EXCUSA ABSOLUTORIA. SUS DIFERENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, tomo XXXI, febrero de 2010, página 18.]

[2] Los argumentos de la sentencia son de especial importancia para el desarrollo de los derechos reproductivos pues por un lado, se distingue entre libertad sexual y libertad reproductiva, se determina que la libertad reproductiva no es un derecho conjunto, sino individual y por otro, establece que no es discriminatorio el que los hombres no participen en decisiones sobre la libertad reproductiva de la mujer, en concreto: que la libertad reproductiva es un derecho individual y que no es discriminatorio que el supuesto padre no participe en la decisión de interrumpir el embarazo, pues "…el argumento acerca del derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás… La decisión del legislador local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona (i.e. la persona del sexo masculino que estima haber tenido participación en la creación de ese embrión, o cualquier tercera persona). La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión. La afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque, como hemos señalado, hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta." Páginas 188 y 189.

[3] Estas entidades federativas son Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Veracruz y Yucatán. Ver esta tabla informativa del GIRE

[4] Este es el concepto con el que se designa jurídicamente al no nacido, pues abarca todo el tiempo de la gestación: desde la fecundación hasta el desprendimiento del cuerpo de la madre. Los conceptos de embrión o feto, por su parte, determinan apenas etapas del desarrollo del no nacido. El concepto proviene del derecho romano, donde se le reconocían ciertos intereses al *nasciturus* antes de su nacimiento, pero que se encontraban en "suspenso". Es decir, el disfrute de tales beneficios está condicionado a que nazca vivo y viable. *Nasciturus* significa literalmente "el que nacerá".

[5] Me refiero en específico a los derechos de la mujer porque las reformas limitan *siempre y en primer lugar* las libertades y derechos reproductivos de las mujeres, sin embargo no ignoro que también las reformas vulneran derechos reproductivos de los hombres en casos muy específicos, fundamentalmente en los relacionados con reproducción asistida. Recuerden que la libertad reproductiva, dijo la Corte, es un derecho individual y no colectivo.

[6] El legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del «nasciturus» como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer. Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del «nasciturus». Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del «nasciturus». El intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos." TCE 53/1985

[7] Por ejemplo, si se pensara reconocer derechos en las personas morales, se estaría aumentando la población constitucional o como la Ley de la Madre Tierrade Bolivia.

[8] Dato de la Jornada 04.05.2010. Ver también www.gire.org.mx

[9] Agradezco a Martha Tagle por la información sobre recursos ante la SCJN.

[10] www.cimacnoticias.com

Fuente: https://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2011/09/15/asunto-pendiente-en-la-corte-le-reconoce-nuestra-constitucion-personalidad-juridica-al-no-nacido/