



VNIVERSITAT
D VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO,
MORAL Y POLÍTICA

DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS:
PROBLEMAS ACTUALES

JURISPRUDENCIA EN MÉXICO,
EUGENESIA Y DERECHOS DE LA MUJER

TESIS DOCTORAL
QUE PRESENTA GUSTAVO SALAS RODRÍGUEZ
BAJO LA DIRECCIÓN DEL PROFESOR
DOCTOR D. ERNESTO J. VIDAL GIL

VALENCIA, ESPAÑA, 2014.

SUMARIO

AGRADECIMIENTOS.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	18
1.1. Aborto eugenésico como excluyente de responsabilidad penal.....	18
1.2. Aborto eugenésico: excluyente de responsabilidad penal idéntica a la del aborto terapéutico; el caso del Distrito Federal (único tratado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación).....	25
1.3. Consecuencias de la prohibición del aborto eugenésico.	32
1.4. La comunidad moral predominante: factores reales de poder. Legalización de la moral.	34
1.5. El aborto eugenésico contra la dignidad de la persona.....	38
1.6. El aborto eugenésico frente a la selección natural;	

procedimientos eugenésicos de la ciencia: de la selección de sexo a la clonación.	44
1.7. La gran (e irreconciliable) discusión sobre si el embrión es persona o no.	67
1.8. La libertad contra la vida; colisión de derechos fundamentales.	90
1.9. Biopolítica en la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; un comentario sobre las influencias ultraliberales.	94
CAPÍTULO II	113
2.1. La discriminación y la promoción de solo nacimientos de individuos sanos.	113
2.2. Cultura y eugenesia: de Brave New World a Gattaca.	138
2.3. El respeto a la vida humana en cualquier fase y/o circunstancia.	146
2.4. Del informe Warnock al informe Donaldson. La nueva eugenesia: de la fecundación in vitro a la técnica de transferencia nuclear.	151
2.5. "Eugenesia", el principio de beneficencia procreativa y nuevas biotecnologías.	161

2.6. Aborto eugenésico: ¿quién decide y cómo?	194
2.7. Última reflexión: los neurofármacos.	216
CAPÍTULO III	224
3.1. El aborto terapéutico y, en caso de violación: excluyentes de responsabilidad penal.	224
3.2. Del ius vitae nescisque a la despenalización del aborto.	229
3.3. Los bajos índices de procesos penales por aborto y los altos índices de mortalidad por abortos clandestinos: las leyes contra los pobres.	234
3.4. La doble moral del Estado laico.	248
3.5. Procreación obligatoria de discapacitados. Su inconstitucionalidad.	270
3.6. La falacia legal. El caso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	276
CAPÍTULO IV	302
4.1. La persona: titular de derechos fundamentales; su comienzo según el Derecho mexicano.	302
4.2. Argumentación iusfundamental.	343
4.3. Derechos a algo y restricción iusfundamental.	351

4.4. Reglas y principios; conflictos y colisiones.	360
4.5. Decisión casuística sobre la preeminencia del derecho de la mujer a su proyecto racional de vida.	366
CONCLUSIONES	380
BIBLIOGRAFÍA	412

AGRADECIMIENTOS

La presente investigación tuvo la invaluable guía y dirección del profesor doctor d. Ernesto Vidal, a quien le hago patente mi agradecimiento y distinción. Muy valiosas las opiniones que recibí de los profesores doctores d. Jesús Ballesteros y d. Vicente Bellver, comentarios que enriquecieron, sin duda, este trabajo.

Por otra parte, este trabajo contó con el apoyo de mis padres, del maestro d. Alberto Román, de mi esposa y de mis amados hijos, Bernardo y Alejandro, a quienes se los dedico.

INTRODUCCIÓN

México, los Estados Unidos Mexicanos, muy a pesar de sus gobiernos y de las crisis de toda índole que ha soportado y soporta, migra junto con el avance de los países del Norte y transita ya del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho en el que los jueces supremos comienzan a tener un juego preponderante en el destino de la nación pese a la subyacente anarquía que se padece, propia de estas épocas de transición.

Así, la jurisprudencia mexicana cada vez va cobrando más y más relevancia, posiblemente como un efecto de la globalización en el que convive la legislación interna con la internacional. Es precisamente a través de los tribunales que el Derecho también va cobrando *vigencia* en la sociedad, convirtiendo las reglas jurídicas que se contienen en los códigos que son enteramente ajenos para aquellos que no estén vinculados con la ciencia jurídica, en noción de la Ley, al ir resolviendo los conflictos del Derecho con respecto a la creación o reconocimiento de nuevas normas

jurídicas. Así también ha ido ocurriendo en el ámbito de equidad y género.

En este trabajo se pretenderá discurrir sobre el tratamiento que ha dado la jurisprudencia mexicana a la primera colisión de iusfundamentales en el terreno de la bioética que se ha presentado en este país: el derecho a la vida del *nasciturus* con malformaciones y la libertad reproductiva de la mujer. Para ello, además de realizar una revisión bajo la óptica de la teoría de la argumentación iusfundamental y de la bioética de este caso jurisprudencial, se abordarán los demás aspectos que mayormente inciden en este conflicto de Derechos tales como la legalización de la moral y la libertad de culto, el papel de las ciencias naturales y de la filosofía, la eugenesia como eje de esta colisión iusfundamental, la discriminación y las leyes contra los pobres.

Sobre el tema de la eugenesia, éste se vive casi de manera inconsciente en la sociedad de distintas maneras o, más bien, formas, a las que curiosamente nadie refiere como eugenésicas: la inseminación artificial, la selección del sexo del embrión, la fertilización *in vitro* o el diagnóstico preimplantatorio; llegando al extremo de, por ejemplo en el caso de la fertilización artificial por donantes, en que

además de inmoralmente fomentar la reproducción artificial, resulta perfectamente correcto tener como única consideración, respecto de la selección donante, únicamente sus características físicas, sin ponderar otros aspectos obviamente más importantes como la conducta social del individuo, su perfil psicológico y su inteligencia, puesto que curiosamente estos aspectos suelen ser confidenciales, para no develar la identidad del donante.

Asunto sin lugar a dudas ríspido, se podría afirmar que hasta enfadoso. Este trabajo se realizó cuidando no criticar o juzgar a aquellas mujeres o parejas que tuvieran que tomar este tipo de decisiones y buscando un equilibrio entre las posiciones personistas y personalistas al respecto, con la ayuda de las ciencias naturales.

El presente trabajo tiene por objeto dilucidar: (a) el tratamiento jurisprudencial que debería adoptarse en un *caso difícil (hard case)* como el aborto eugenésico en México; (b) si al prohibir el aborto eugenésico se está especialmente dirigiendo y aplicando la ley a los sectores pobres de la población; y (c) si prohibir el aborto eugenésico significa una colisión de iusfundamentales.

El problema del aborto eugenésico en México no es solamente de tipo moral, sino que se traduce en la

aplicación de normas jurídicas casi con exclusividad a los sectores más desfavorecidos de la población: los pobres; terrible mayoría en un país en vías de desarrollo, quienes no solamente se convierten en el único blanco de una sanción social, sino que se ven desprovistos del acceso a los servicios sanitarios y de seguridad social atinentes al caso.

Este problema cobra especial relevancia para la ciencia jurídica si se plantea dentro del contexto de un Estado laico, puesto que si la exposición de motivos de la Ley encuentra sus razones en una moral creada solo para una parte de la población ¿se estará conculcando la libertad de culto con esto?

Más aún, ¿cómo se explica la imposición de sanciones y la limitación de los servicios sanitarios para el caso del aborto eugenésico, mientras se toleran, entre comillas, otro tipo de abortos? Ahora bien, con independencia de lo anterior, el presente trabajo se circunscribe únicamente el caso a la legislación vigente para la Ciudad de México. Ello en atención a que la inclusión de dicha figura en la legislación penal del Distrito Federal se realizó como una medida populista instrumentada mediante una simulación legislativa, a iniciativa del Ejecutivo local, que fuese

aprobada por la Asamblea de Representantes; dicha simulación consiste, según se verá, en plantear como figura de excluyente de responsabilidad al aborto eugenésico, cuando, en realidad, se trata de una mera variante del llamado aborto terapéutico. Aunado a lo anterior, el caso del aborto eugenésico en la Ciudad de México es el único llevado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pese a que esta figura aparece en aproximadamente una tercera parte de las legislaturas locales de la República Mexicana, con someras distinciones.

Así bien, las prohibiciones al aborto eugenésico y su tratamiento judicial desembocan en colisiones de iusfundamentales, lo que la doctrina ha dado en llamar como *casos difíciles* (*hard cases*); en la especie, la prerrogativa iusfundamental a la vida del *nasciturus*, contra la Libertad reproductiva de la madre.

Casos que, al menos en la judicatura mexicana, no han sido debidamente analizados y que, en general, reciben un tratamiento apriorístico sin que se hayan aportado razones suficientes para establecer determinadas sanciones, o bien para justificar la omisión en los servicios sanitarios y de seguridad social derivados.

En ese orden de ideas, en esta investigación se propone

exponer el tema siguiendo las siguientes etapas: primeramente se abordará el problema tratando de elucidar sus principales interrogantes, con el propósito de esclarecer el marco de referencia en la investigación y los planteamientos centrales del tema; posteriormente se plantearán las principales aproximaciones a la eugenesia en general, el contexto de la discapacidad y la intervención estatal; se realizará un examen del tratamiento del caso abordado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; para finalizar con un análisis de la colisión de los iusfundamentales del *nasciturus*, con los de la mujer embarazada a la luz de la Teoría de los Derechos Fundamentales, así como su impacto en la idea de Justicia de Rawls, respecto de las repercusiones en el proyecto racional de vida y familia, de la mujer.

En la casuística se partirá del supuesto de que la mujer o, en su caso, los padres desean practicar un aborto eugenésico, decisión que habrán tomado en conciencia y de cuya valoración moral permanecemos rigurosamente al margen¹. Por otra parte supondremos que los otros tipos de

1 "Al tomar una decisión sobre la interrupción de la gestación, entran en conflicto dos valores: el de la autonomía reproductiva de la mujer y el de la vida del feto. Se trata, por

aborto despenalizados (terapéutico y por violación) más generalmente aceptados, sirven como punto de partida para abordar la temática del aborto eugenésico.

De esta manera, en el Capítulo I se circunscribirá el terreno de la discusión sobre el aborto eugenésico como excluyente de responsabilidad penal y se establecerá cómo dicha excusa absolutoria en realidad resulta ser una variante del aborto terapéutico en la legislación para la Ciudad de México, por lo que en realidad resulta inexistente la figura del aborto eugenésico como excluyente de responsabilidad.

De tal manera, en este primer capítulo se analizarán, también, algunas de las consecuencias de la penalización, de la prohibición *lato sensu* de este tipo de aborto y las explicaciones que se encuentran para dicha prohibición; desde la legalización de la moral, hasta el aborto eugenésico como atentado contra la dignidad de la

tanto, de un dilema moral, de difícil resolución, donde pueden confluir circunstancias muy variadas, que ha de ponderar la gestante desde sus propios valores, que le permitirán tomar una decisión en conciencia." FABRE, Francesc Abel, et. al; Consideraciones sobre el embrión humano. *Bioètica & debat*, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. p. 9.

persona.

Por contraposición, en el propio Capítulo I, se plantearán las antítesis a la penalización del aborto eugenésico, como éste frente a la selección natural, así como los procedimientos eugenésicos en la ciencia. Estos argumentos redundarán en la gran e irreconciliable discusión sobre si el embrión es o no es persona, tesis que se confrontarán en el capítulo en comento, para finalizar con uno de los planteamientos torales de este trabajo: la colisión de derechos fundamentales respecto de la libertad y la vida.

Posteriormente, en el Capítulo II, se abordarán distintos aspectos en torno a la eugenesia, con el propósito de obtener una visión panorámica de la misma. Se tratará uno de los argumentos que con más contundencia se han vertido en contra del aborto eugenésico –y de los distintos procedimientos eugenésicos de la ciencia, desde la selección de sexo hasta la clonación– en la especie se trata de la discriminación; por oposición a esta tesis, se discurrirá sobre el fomento de solo nacimientos de individuos sanos y el criterio de la homeostasis.

Para intentar abundar más sobre esta controvertida temática –la eugenesia– en el propio Capítulo II de este

trabajo se tocarán aspectos tales como las influencias culturales y mediáticas en la sociedad respecto a la eugenesia, influencias que llegan al punto de coadyuvar con la moral particular que preconiza el respeto a la vida humana en cualquier fase o circunstancia; empero, a este planteamiento –mismo que es abordado desde la perspectiva filosófica en el Capítulo I– se oponen explicaciones aportadas por la ciencia embriológica; planteamientos que no solamente irrumpen con las ideas generalizadas sobre el tema e, incluso, respecto de ciertos planteamientos filosóficos, sino que, también, abren las puertas a nuevas opciones eugenésicas como el referido diagnóstico preimplantatorio.²

Así, se expondrá cómo con la información relevante

2 "Recourse to preimplantation genetic diagnosis, which may prevent potential abortion by allowing genetically deficient extracorporeal stem cells to be 'rejected', differs from abortion in relevant aspects. In refusing an unwanted pregnancy, the woman's right to self-determination collides with the embryo's need for protection. In the other case, the conflict is between the protection of the life of the unborn child and a weighing of goods by the parents who, while wanting a child, would abstain from implantation if the embryo is found to be deficient with respect to certain health standards." HABERMAS, Jürgen: *The Future of Human Nature*; Polity Press. Cambridge, UK, 2012. p. 30.

adoptada, y utilizando de criterio a la ciencia, es que se puede determinar quién decide, y bajo qué ponderadores, si se opta por el aborto eugenésico.

Por último, se introduce en este capítulo, como llamada de atención a varios de los argumentos contrarios al aborto eugenésico, las consecuencias "eugenésicas", por llamarles de alguna manera, derivadas de la utilización de los neurofármacos (sobre todo de los que se prevé que estarán en el mercado de un momento a otro).

Así, en el Capítulo III de este trabajo de investigación, se hará una comparación con los distintos tipos de aborto, mayormente aceptados, también entre comillas, es decir, el aborto terapéutico y el aborto en caso de violación como excluyentes de responsabilidad penal, frente al aborto eugenésico. Igualmente se discurrirá, rápidamente, sobre los orígenes eugenésicos en la sociedad y la idea de la despenalización absoluta del aborto –en general– ante la posición de nunca abortar.

Enseguida se retomará, como consecuencia de estas posiciones confrontadas, el argumento de la aplicación especial y casi exclusiva de las disposiciones anti-abortivas contra la población de escasos recursos económicos; los bajos índices de procesos judiciales por aborto y los altos

índices de mortalidad por abortos clandestinos, es decir, la aplicación de estas *leyes contra los pobres*. Este argumento conlleva a plantear la doble moral con la que se conduce el Estado Mexicano, teóricamente un Estado laico y sus consecuencias.

Posteriormente, se realizará un análisis de las resoluciones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de una acción de inconstitucionalidad promovida en contra de la figura del aborto eugenésico en la legislación de la Ciudad de México.

Para finalizar la presente investigación, en el Capítulo IV se expondrá el comienzo de la persona conforme al Derecho mexicano; partiendo de tales premisas, se hará un análisis de las teorías de la argumentación iusfundamental propuesta por Alexy, se verificará un análisis sobre las reglas y principios en la colisión de derechos fundamentales referida en párrafos precedentes, aplicando un modelo utilizado por la referida teoría para concluir con la aplicación de un modelo de colisión de iusfundamentales.

Este trabajo de investigación es de tipo jurídico descriptivo y propositivo, es decir, intenta descomponer este problema jurídico, el aborto eugenésico, en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que

ofrezcan una imagen de funcionamiento de las normas jurídicas correspondientes, al mismo tiempo de que se cuestionan las mismas luego de evaluar sus fallos y señalar sus transgresiones a derechos fundamentales; para ello se utilizará, principalmente, el método dialéctico, esto es, se considerará el problema jurídico materia de la investigación en el contexto de las relaciones sociales y morales del tema, describiendo y evaluando sus contradicciones y conflictos, para finalmente aplicar a este problema bioético un modelo de la teoría de los Derechos Fundamentales para su solución.

Se pretende que, como finalidad práctica, este trabajo de investigación subraye una problemática que debería ser resuelta de fondo por los tribunales mexicanos e, inclusive, ponga de relieve la necesidad de reformas en el trabajo legislativo que, según se expondrá, se ha visto influenciado por factores meta-jurídicos, que resultan injustificados, en la creación de las normas jurídicas rectoras del aborto eugenésico en México.

CAPÍTULO I

1.1. Aborto eugenésico como excluyente de responsabilidad penal. 1.2. Aborto eugenésico: excluyente de responsabilidad penal idéntica a la del aborto terapéutico; el caso del Distrito Federal (único tratado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación). 1.3. Consecuencias de la prohibición del aborto eugenésico. 1.4. La comunidad moral predominante: factores reales del poder. Legalización de la moral. 1.5. El aborto eugenésico contra la dignidad de la persona. 1.6. El aborto eugenésico frente a la selección natural; procedimientos eugenésicos de la ciencia: de la Selección de Sexo a la Clonación. 1.7. La gran (e irreconciliable) discusión sobre si el embrión es persona o no. 1.8. Libertad contra la vida; colisión de derechos fundamentales. 1.9. Biopolítica en la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; un comentario sobre las influencias ultraliberales.

1.1. Aborto eugenésico como excluyente de

responsabilidad penal.

En México no existía, sino hasta hace bien poco, un *derecho a abortar*, pese a no existir un derecho constitucional explícito a la vida ni mucho menos un derecho fundamental que antepusiera –o por lo menos colisionara– la vida del embrión frente a la libertad reproductiva de la mujer embarazada –este derecho sí consagrado de forma explícita en la Constitución General de la República–.

Por el contrario, lo que existe para el aborto en general, luego de transcurridas las primeras doce semanas del embarazo,³ y en especial para el llamado aborto eugenésico

3 Conforme a una reforma al Código Penal publicada el veintiséis de abril de dos mil siete en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el artículo 144 define Aborto como la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Si bien esta reforma despenaliza, entre comillas, en cierto grado el aborto, también es cierto que para lo que toca al aborto eugenésico no le aprovecha en modo alguno, puesto que la mayoría de los exámenes médicos y pruebas de laboratorio para determinar la salud del nasciturus se verifican en el transcurso del segundo trimestre del embarazo; dependiendo el caso, entre las quince y las dieciocho semanas de gestación, o incluso entre las treinta y dos y las treinta y seis semanas (por ejemplo, el caso de la amniocentesis para determinar la madurez pulmonar

(esto es, la interrupción de la vida del embrión en cualquier estado del embarazo como consecuencia de algún tipo de discapacidad o malformación genética) es una excusa absolutoria.⁴ Algo similar parece suceder en Alemania, según Habermas:

The philosophical dispute over the admissibility of research involving the destruction of embryos

del feto que se verifica casi al concluir dicho segundo trimestre del embarazo).

Cfr. <http://www.medicinenet.com/amniocentesis/article.htm>.

4 "Lo que supone que el hecho de abortar es antijurídico, aunque no merezca una pena en específico. Jiménez de Asúa señala que las excusas absolutorias, llamadas así en España, se reconocen por los escritores alemanes, aunque no les den este nombre y varíe su repertorio. Franz Von Liszt las denomina causas personales que liberan de la pena (*persönliche Straffreiheitsgründe*) Wachenfeld, M.D. Mayer y Köjler las nombran, de consuno, causas personales que excluyen la pena (*persönliche Straffausschliessungsgründe*)... Los franceses tratan también de estas causas de impunidad, denominadas excusas absolutorias por Vidal, Degois y muchos otros" [JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Lecciones de Derecho Penal*; Editorial Harla. México, 1997]. El Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos les da el tratamiento de causas de exclusión del delito. En esta obra se tomarán todos estos temas afines como sinónimos, debido a su indistinta utilización por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

and PGD [preimplantation genetic diagnosis⁵] has, to date, followed the path of the debate over abortion. In Germany, this debate has resulted in a regulation stipulating that up to the twelfth week of pregnancy, induced abortion is a fact contrary to law, but one which goes unpunished. If founded on a medical indication considering the welfare of the mother, it is legal.⁶

Para mejor exponer esta excluyente de responsabilidad penal, enseguida se plantea lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece como diferencia entre excluyente del delito y excusa absoluta.

EXCLUYENTE DEL DELITO Y EXCUSA ABSOLUTORIA. SUS DIFERENCIAS.

La figura de excluyente de delito implica que no

⁵ No deja de sonar pleonástico introducir el vocablo "genético" en el término: *diagnóstico genético preimplantatorio*; puesto que el diagnóstico no podría hacerse de otra manera.

⁶ HABERMAS, Jürgen: *The Future of Human Nature*; Polity Press. Cambridge, UK, 2012. p. 29.

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. Es decir, las excusas absolutorias tienen como efecto la determinación de que sí existió la conducta típica y el respectivo delito (sus elementos y la responsabilidad del agente), pero por determinadas razones el legislador considera que no debe aplicarse la pena; esto es, son causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley impiden la aplicación de la pena. Así, las excusas absolutorias no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad. De lo anterior se aprecia la diferencia existente entre una excusa absolutoria y la excluyente del delito,

pues en la primera se considera que efectivamente se dio un delito y que existió un responsable, pero no se aplica pena alguna, mientras en la segunda se estima que no se integra el delito y, por tanto, no existe responsable y mucho menos una pena. Esta diferencia no es puramente teórica, sino que tiene repercusiones en todo el sistema mediante el cual se persiguen los delitos y se llevan a cabo los procesos penales, pues cuando se trata de una excusa absolutoria, puede llevarse todo un procedimiento que terminará con una declaratoria de imputabilidad del delito, de ahí que existe la posibilidad de que el titular del monopolio de la acción penal la ejerza y se consigne a los probables responsables y, posteriormente, seguido el juicio, se les pueda considerar responsables del delito, aunque no se les aplique la pena. Por el contrario, cuando se trata de una excluyente del delito, puede acreditarse ante el Ministerio Público y éste se vería obligado, a no ejercer la acción penal si considera que se actualiza alguna de esas excepciones al tipo penal. De igual manera, el

Juez que advirtiera la actualización de alguno de los supuestos establecidos como excluyentes del delito, tendría que absolver al procesado y no lo consideraría responsable, pues simplemente no existe delito para la legislación penal.

Amparo directo en revisión 1492/2007. 17 de septiembre de 2009. Mayoría de seis votos. Disidente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, Mariano Azuela Güitrón, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. El Tribunal Pleno, el quince de febrero en curso, aprobó, con el número V/2010, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a quince de febrero de dos mil diez. Registro No. 165259 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Febrero de 2010 Página: 18 Tesis: P. V/2010 Tesis Aislada Materia(s): Penal.

Esta excluyente de responsabilidad penal, el aborto eugenésico, no está aceptada enteramente en los treinta y

tres códigos penales que rigen en la República Mexicana.

Solamente en menos de una tercera parte de los Estados de la República se contempla la excusa absolutoria que nos ocupa, misma que sufre diferentes precisiones en cada una de las legislaciones locales de los Estados Unidos Mexicanos.⁷ Por supuesto, el caso más significativo es el del Distrito Federal, que analizara la Suprema Corte de Justicia de la Nación luego de una acción de inconstitucionalidad promovida por Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal⁸ y que comentaremos enseguida.

1.2. Aborto eugenésico: excluyente de responsabilidad penal idéntica a la del aborto terapéutico; el caso del

7 En los Estados de Puebla y Oaxaca, por ejemplo, se aduce como excusa absolutoria las "causas eugenésicas graves"; las otras entidades federativas que prevén como excluyente de responsabilidad el aborto eugenésico son: Baja California Sur, Coahuila, Colima, Guerrero, Chiapas, Quintana Roo, Veracruz y Yucatán.

8 La Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé el procedimiento para seguir las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la propia Constitución General.

Distrito Federal (único tratado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

El Código Penal para el Distrito Federal de mil novecientos treinta y dos fue reformado en el año dos mil por la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México, Distrito Federal, en medio de grandes polémicas debido a la inclusión del término: aborto eugenésico, otrora desconocido por la clase política del centro del país,⁹ y debido a los compromisos de campaña del partido de oposición ahora gobernante en la capital de la República. Así bien, se incluyó en el capítulo de aborto una fracción que constituía una excusa absolutoria "distinta" a las ya existentes y medianamente aceptadas por la sociedad. Posteriormente se verificó otra reforma "integral" a dicho Código, ahora del dieciséis de julio de dos mil dos; para finalmente incluirse en la reforma del veintiséis de abril de dos mil siete, la "nueva" regulación sobre el aborto. Enseguida se transcribe el artículo 148 del Código Penal

9 Legislaciones como las de Quintana Roo ya incluían el aborto eugenésico como excusa absolutoria mucho tiempo antes que la reforma realizada en el Distrito Federal en el año dos mil.

para el Distrito Federal, vigente, y sin cambios significativos respecto al Código promulgado en el año dos mil:

“Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa

de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencia y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

La inclusión de la fracción III fue calificada como aborto eugenésico y, como se apuntaba en el apartado anterior, una de las fracciones parlamentarias (de derecha¹⁰) de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, consideró que tal reforma era inconstitucional y decidió promover una acción

10 En el comunicado número 305 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha tres de octubre del dos mil, se dijo que *"La Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió para su estudio la acción de inconstitucionalidad presentada el pasado lunes 25 de septiembre por diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pertenecientes a los partidos Acción Nacional y Verde Ecologista de México, en contra de las reformas al Código Penal del Distrito Federal en materia de aborto"*.

de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; hecho inédito en los anales de la historia del tribunal supremo del país.

Por otra parte, es de apuntar que a mediados del año dos mil dos, se abrogó el Código Penal para el Distrito Federal de mil novecientos treinta y dos y en su lugar se promulgó un Nuevo Código Penal, pero que la excusa absolutoria que hoy nos ocupa, permaneció, y permanece hogaño, intocada. A continuación se transcribe el texto anterior al actualmente vigente (utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su fundamentación) para su pronta consulta y comparación:

ARTÍCULO 148. No se impondrá sanción:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

Ahora bien, con independencia de que se intentará realizar, en ulterior capítulo, un análisis sobre la resolución que la Corte dio a la acción de inconstitucionalidad en

comentario, resulta interesante subrayar las posibles similitudes entre la excusa absolutoria conocida como *aborto terapéutico* (fracción II del actual numeral 148 del Código Penal) y el *aborto eugenésico* (fracción III del artículo de referencia).

En efecto, queda claro (y así ha sido en las últimas décadas) que el aborto en tratándose de salvaguardar la vida de la mujer embarazada es un hecho no solo no punible, sino indiscutible. Ahora bien, la idea del aborto eugenésico, en esencia, consiste en detener el embarazo con motivo de malformaciones o discapacidades genéticas, punto (la discusión sobre sus implicaciones se verá más adelante).

No resulta difícil apreciar que lo que termina protegiéndose con la excusa absolutoria para el aborto eugenésico en el Distrito Federal es, en realidad, la vida de la mujer embarazada, pues no escapa al conocimiento general que la muerte del *nasciturus* en el útero (o su no-sobrevivencia siguiendo al legislador capitalino) pondrían en *peligro de afectación grave a su salud* –hablamos de la mujer embarazada–.

Condicionar el aborto eugenésico a que las malformaciones o discapacidades congénitas o genéticas

pongan en riesgo la sobrevivencia del producto de la concepción, en realidad constituye, indirectamente, un peligro de afectación grave a la salud de la mujer embarazada por lo que, en realidad, el legislador del Distrito Federal solo disfrazó esta excusa absolutoria, sin crear ninguna nueva opción de aborto para la Ciudad de México.

1.3. Consecuencias de la prohibición del aborto eugenésico.

El aborto eugenésico, esto es, la interrupción del embarazo como consecuencia de malformaciones o discapacidades genéticas o congénitas del producto de la concepción, está en realidad prohibido para la Ciudad de México (así como para la gran mayoría de legislaciones de los Estados de la República); solo si el producto de la concepción está en riesgo de muerte (o de no-sobrevivir, lo que inmediatamente pondría en peligro de afectación grave la salud de la mujer embarazada) constituiría una excusa absolutoria o, en términos del propio Código Penal para el Distrito Federal, una causa de exclusión de la responsabilidad del delito.

Las consecuencias de esta prohibición, independientemente de las penas impuestas por la Ley, son las conocidas por la generalidad: práctica de abortos clandestinos, altos índices de mortandad de la mujer embarazada e incluso abandono del discapacitado;¹¹ sin embargo, según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, para el año dos mil dos los juicios penales por aborto no alcanzaron a figurar en la muestra estadística.¹²

Lo anterior bien puede suponer que el tipo penal para el aborto cumple su función de amenaza (esto es, evitar que se incurra en la conducta delictiva) para los médicos, quienes al parecer no practican abortos –y por consecuencia no hay denuncias que desencadenen un

11 El término recogido para el español por la Real Academia Española es *minusválido*; sin embargo el término *discapacitado*, si bien se trata de un barbarismo (calco del inglés: *disabled*) es el recogido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad celebrada en Nueva York. Igualmente la sociedad empieza a acuñar conceptos como: personas con necesidades especiales; para alejarse de la connotación devaluatoria de tener menos capacidad (discapacitado) o valer menos (minusválido) que los demás.

12 INEGI (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática): *Estadísticas Judiciales en Materia Penal*. Cuaderno número 10, Edición 2002. Publicación anual.

procedimiento jurisdiccional penal-. Si no son los médicos, ni los centros hospitalarios del país los que practican los abortos, consecuentemente éstos se realizan en condiciones insalubres y por gente que dista mucho de tener preparación médica.

No es posible soslayar que la práctica de abortos clandestinos y las consecuencias conocidas de los mismos (altos índices de mortalidad de la mujer embarazada) es causada por la prohibición que nos ocupa; empero, el punto en el que ahora nos centraremos es que tal prohibición tiene por objeto proteger la vida de un embrión a costa de la vida de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta injustificado.

1.4. La comunidad moral predominante: factores reales de poder. Legalización de la moral.

Según el censo poblacional correspondiente a la época de la reforma legislativa que nos ocupa, para el año dos mil el ochenta y ocho punto ocho por ciento (88.8%) de la población en los Estados Unidos Mexicanos era (y es)

católica;¹³ resulta indiscutible la influencia de esta comunidad moral en particular¹⁴ para la penalización de estos temas de la bioética –aborto, eutanasia, etcétera–.

Como se adelantaba en el apartado anterior, no existen razones iusfundamentales ni legales para prohibir el aborto eugenésico en México, por lo que debería ser disculpado, en términos de culpabilidad delictiva, en realidad, y no haberlo disfrazarlo de una subclase de *aborto terapéutico*. Las únicas razones que ha tomado al respecto el legislador, son las que ha encontrado en la moral,¹⁵ una moral dotada

13 XII Censo General de Población y Vivienda; INEGI, 2000, Resultados Definitivos. [www.inegi.gob.mx]

14 ENGELHARDT, H. Tristram: *Los fundamentos de la bioética*; Ediciones Paidós. Barcelona, 1995. pp. 104 y ss.

15 Sobre el particular, Vidal apunta lo siguiente: *"El proceso de legalización de la moral reacciona contra la pretensión de imponer una ética privada a través de la generalidad y mediante la coacción propias del Derecho. Creo que ahora se puede comprender por qué el rechazo a la legalización de la moral garantiza la moral personal y privada de todos los ciudadanos y en particular de aquellos ciudadanos no creyentes en tanto que garantiza unas condiciones de igualdad, respeto y reconocimiento de la diferencia más allá de lo que la simple tolerancia que como es sabido, no engendra ningún derecho, pueda comportar, y asegura la garantía de los derechos que no son como Dworkin sostiene triunfos frente a la*

de contenido que no puede ser considerada como una moral laica.¹⁶

Nuestra legislación ha permitido que la ética propia de una comunidad moral en particular haya penetrado en los contenidos que debieran ser exclusivamente jurídicos –sin prejuzgar sobre los beneficios que esto contraiga–. Vidal ya apunta los riesgos de permear las *éticas privadas* en los asuntos legislativos:

“El riesgo es su pretensión de imponer y proclamar como criterio absoluto de Verdad para todos lo que en realidad constituyen las convicciones o creencias de unos sujetos convirtiendo al *ciudadano en creyente*, y abriendo el paso a los fundamentalismos siendo incompatible con los valores y principios de una

mayoría sino precisamente y de acuerdo con su regla constitutiva contra la perversión de esa mayoría que se manifiesta en la vulneración de los derechos cuando la mayoría pretende alterar los límites que el constitucionalismo le impone”. VIDAL Gil, Ernesto J.: *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*; Universitat de València, Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, p. 183.

16 ENGELHARDT: *op. cit.*

sociedad pluralista y libre y abierta que garantizan a todos por igual la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a través de sus respectivas éticas privadas en cuanto no sean incompatibles con lo que define las restantes éticas también privadas y con lo que constituye el núcleo fuerte de los derechos humanos y/o fundamentales que antes he descrito como el *coto vedado*.¹⁷

Las razones que se aducen entre la contradicción de los contenidos morales de la ley penal, respecto del aborto eugenésico, y su contradicción con las normas iusfundamentales contenidas en la carta magna, se explicitarán más adelante; por el momento se dejan como datos precisos los ya apuntados: la gran mayoría de los mexicanos pertenecen a una comunidad moral en particular y la fracción parlamentaria que se opuso al aborto eugenésico en la Ciudad de México está ligada a dicha comunidad moral (Partidos Acción Nacional, principalmente,

17 Cfr. VIDAL: *op. cit.*

y Verde Ecologista de México).

1.5. El aborto eugenésico contra la dignidad de la persona.

Una de las posturas más destacadas en la actualidad respecto de la incompatibilidad entre el aborto eugenésico y la dignidad de la persona es la presentada por Andorno:¹⁸ "ser persona equivale a ser digno".

Esta posición establece que "es suficiente con ser hombre para ser reconocido como persona";¹⁹ por supuesto resulta indiscutible que la vida humana comienza desde el momento de la singamia, esto es, desde el momento de la fecundación.²⁰ Por lo tanto, una malformación o discapacidad física o mental en el producto de la concepción no podría justificar el término de dicha vida humana, que resulta intrínsecamente digna.

18 ANDORNO, Roberto: *Bioética y dignidad de la persona*; Editorial Tecnos. Madrid, 1998 (versión española del propio autor). p. 52.

19 ANDORNO: *ídem.* p. 61.

20 ENGELHARDT, *Ibíd.* pp. 154 a 159.

Andorno continúa: “¿No es cruel la lógica que conduce a considerar al niño como un objeto que carece de valor si no es ‘perfecto’?”²¹ “Hay algo profundamente perverso en la lógica que conduce a sacrificar a los ‘desviados de la norma’ de hoy para que no existan el día de mañana.”²²

Por supuesto, la sola palabra *eugenesis* hace pensar en las atrocidades *nazis* y en lo indeseable que resulta la

21 ANDORNO, *Ibíd.* p. 77.

22 En contraposición, Nietzsche sentencia que: “*Los débiles y malogrados deben perecer; tal es el axioma capital de nuestro amor al hombre. Y hasta se les debe ayudar a perecer. Hablando en términos generales, la compasión atenta contra la ley de la evolución, que es la ley de la selección. Aristóteles, como es sabido, definió la compasión como estado morboso y peligroso que convenía combatir de vez en cuando mediante una purga; entendió la tragedia como purgante.*” Nietzsche, *Friedrich; El Anticristo*. Editorial EDAF, S.A. Madrid. 1985. pp. 22, 25 y 26. “El vaciarse en simpatía por el menesteroso, la compasión, implica una mentalidad malsana en búsqueda de lo malo, lo desagradable, el sufrimiento, etcétera, movida por el morbo. El temor de que en el futuro suceda algo semejante al individuo es la base de la moral del débil; diferente al que obra por la sensación de que puede hacerlo, por la sensación de poder.” “Por la compasión se contraviene al sentimiento vital y se dificulta la evolución al conservar ‘lo que no está a punto de perecer’.” IGLESIAS, Leonardo: *Psicología de la voluntad de poder; Serie Psicología Social*, número 25. Antrhopos Editorial. Rubí (Barcelona). Nuevo León, 2003. pp. 149 y 153.

discriminación; sobre todo porque el término explotado en la segunda guerra mundial²³ se refiere a lo que Soutullo llama *eugenesia perfecta*²⁴ que irrumpe más allá de la noción darwineana de selección natural como critica Wiker.²⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación

23 Al respecto ANDORNO señala que *"en la Alemania nazi, la obsesión eugenésica llegó a su paroxismo. La política de 'higiene racial' condujo a la supresión de los enfermos mentales que se encontraban en las clínicas psiquiátricas. Los horrores cometidos en este período oscuro de la historia, en nombre de la 'purificación racial', pusieron en evidencia el carácter inhumano del punto de partida adoptado. El proceso de Nuremberg, en el que fueron reveladas las prácticas de los médicos nazis, marcó el punto culminante de la conmoción pública."* op. cit. pp. 73 – 74.

24 Sobre esto, Soutullo apunta que, *"la eugenesia con fines perfectivos no debería ser aceptada en ningún caso por ser intrínsecamente injusta y discriminatoria. Como afirmara Lionel Penrose, 'es preferible vivir en una sociedad genéticamente imperfecta, la cual conserve principios humanitarios de vida, que en una cuyas bases tecnológicas sean dechado de perfección hereditaria'"* SOUTULLO, Daniel: *Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal;*

<http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/eugenesia.htm> 15.01.01 (texto de una conferencia pronunciada por el autor en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada el 11 de mayo de 2000).

25 WIKER, Benjamin: *Darwin and the Descent of Morality*; First things 117 (November 2001) pp. 10 – 13 [<http://www.firstthings.com/ftissues/ft0111/opinion/wiker.html>]

pareciera que establece que la dignidad se identifica con un principio de igualdad en su más puro sentido, aquella igualdad que solo se encuentra en el tratamiento que da la muerte a todo ser humano, puesto que en la extinción de la vida no se distingue el rico del mendigo, ni el afortunado del desgraciado, ni el sano del enfermo. La muerte nos llega a todos por igual. La dignidad, entonces, supone el tratamiento de igualdad para el respeto y ejercicio de los iusfundamentales para todo ser humano, sin importar su nacionalidad, raza, sexo, credo, clase social, etcétera. En ese sentido el máximo tribunal mexicano guarda concordancia con lo establecido en el Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad celebrado en Nueva York, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. La Corte apunta lo siguiente:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO

18.12.01.

MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la

integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve. Registro No. 165813 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009 Página: 8 Tesis: P. LXV/2009 Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional.

Luego entonces, es de protegerse al *nasciturus* con malformaciones, como a cualquier otro *nasciturus*, si es que ha dado comienzo la persona, como apunta el personismo. Si la persona comienza desde la singamia, como señala el personalismo, entonces la protección se verifica siempre.

Así las cosas ¿el aborto eugenésico supondría una agresión injustificada contra la dignidad de la persona por el simple hecho de no satisfacer la normalidad estadística de sanidad médica en los seres humanos? ¿Esto querría decir que el Derecho debería de proteger en estos casos la vida del embrión discapacitado? ¿Se está discriminando a los discapacitados, esto es, a todos los discapacitados vivos, por el hecho de que exista la pretensión de impedir más nacimientos de discapacitados? Estas interrogantes se desarrollarán más adelante.

1.6. El aborto eugenésico frente a la selección natural; procedimientos eugenésicos de la ciencia: de la selección de sexo a la clonación.

En la naturaleza el aborto eugenésico es espontáneo en casi la mitad de los casos de malformaciones genéticas, tal y como lo exponen las principales autoridades de la embriología humana y biología del desarrollo:

“Un elevado porcentaje de óvulos fecundados (cerca de un 50%) no llega a alcanzar la madurez y sufre un aborto espontáneo. La mayoría de ellos se produce durante las 3 primeras semanas del embarazo. Debido al pequeño tamaño del embrión en ese momento, con frecuencia no son reconocidos por la madre, que puede considerar el aborto y la hemorragia acompañante como una menstruación tardía e insólitamente abundante.

El estudio de los embriones tempranos obtenidos a partir de abortos espontáneos o de la extirpación uterina mediante histerectomía en las primeras etapas del embarazo, ha mostrado que muchos de los embriones abortados presentan graves anomalías. Las alteraciones cromosómicas constituyen la categoría más frecuente en los abortos (suponen cerca de un 50% de los casos).

A la luz de las entidades patológicas acompañantes, los abortos espontáneos pueden considerarse un mecanismo natural para reducir el nacimiento de lactantes con malformaciones graves."²⁶

En el mundo natural se presentan, además, casos de eugenesia (o eutanasia) neonatal. En general, el animal que no puede seguir a sus padres o que es débil: perece. ¿Resulta impensable que nuestros ancestros hubieren copiado a la naturaleza, como lo hicieron en tantas otras cosas, en tratándose de "eliminar" a los bebés gravemente enfermos o malformados?

Por supuesto, en este aspecto, existe un salto cualitativo en la forma de pensamiento a partir de la *amphidromia*²⁷ hasta la consolidación de la religión católica en que resulta impensable poner en riesgo, siquiera, la vida de nadie por

26 CARLSON, Bruce M.: *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*; Elsevier Mosby. Tercera Edición. Barcelona, 2005. p. 58.

27 "Según la antigua ley griega un bebé podía ser expuesto con impunidad a la intemperie hasta el momento en que era admitido como miembro de la familia a través de una ceremonia especial, llamada *amphidromia*". ENGELHARDT. *op. cit.* p. 167.

extrema que fuera su condición o incluso malformación, ya no digamos fortaleza, como en el caso de los espartanos.

Y, sin embargo, en este caso la (mala) ciencia es la que se ha encargado de "emular" (o más bien jugar) a la naturaleza mediante procedimientos que hoy ya nos parecen cotidianos (como la fecundación *in vitro*) hasta los que consideramos todavía como tópicos de ciencia-ficción (como el diseño genético del ser humano) que se nutren, paradójicamente, de la voracidad de los mercados; todos estos procedimientos atentatorios al iusfundamental a la sustentabilidad.

En efecto, la nueva eugenesia se ha ido abriendo paso desde la aparentemente inocua, aunque en realidad perniciosa selección del sexo del bebé, hasta la aberrante reproducción "idéntica" de un individuo.

Desde sus comienzos en la década de los setentas, para muchos investigadores la selección de género (sexo) previa a la fecundación (*preconception gender selection*) genera un sin número de conflictos tanto éticos, medioambientales, relativos al sexismo y al estatus de la mujer, etcétera, como lo apunta Robertson.²⁸

28 ROBERTSON, John A, School of Law, University of Texas at Austin: *Preconception Gender*

El primero de los problemas radica en la experimentación y *eliminación* de embriones que deben ser fecundados *in vitro* luego de que los gametos del donante masculino (eufemísticamente: del padre) fueron seleccionados de acuerdo con las muy particulares preferencias de la mujer que desea ser madre, o en el mejor de los casos de la pareja, respecto de tener un hijo varón o una hija mujer.

Los dilemas éticos consisten en el riesgo de que los hijos sean considerados en función de la *satisfacción* de los padres, antes que un fin en sí mismos.²⁹ Por supuesto la elección del género de los hijos contribuirá, se quiera o no, a incrementar o a reforzar el sexismo (bien machismo o bien feminismo) lo que de suyo supone un desequilibrio más para la sociedad; la selección del sexo en los hijos resulta *per se* sexista debido a la presunción implícita de que un sexo es mejor que el otro (en este caso el género elegido) lo que irrumpe con la igualdad de género.³⁰

Otra de las críticas planteadas por Robertson sería la

Selection; The American Journal of Bioethics. Winter 2001, Volume 1, Numer 1. The MIT Press. pp. 2-9.

29 ROBERTSON: *op. cit.* p. 3.

30 ROBERTSON: *Ibid.* p. 5

repercusión hacia el niño en caso de que la técnica de selección de sexo fallara ¿se comportará igual un padre hacia un niño que nació del sexo opuesto al que él había determinado que tuviese?, ¿cómo afectará esto a su crianza y educación? Respecto de la igualdad de género, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece lo siguiente:

IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER
PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER
PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS
ALCANCES.

El primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia, se introdujo en la Carta Magna mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974 como parte de un largo proceso para lograr la equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Así, en la relativa iniciativa de

reformas se propuso elevar a rango constitucional la igualdad jurídica entre ambos y se indicó que ésta serviría de pauta para modificar leyes secundarias que incluyeran modos sutiles de discriminación. De manera que la referida igualdad implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4o. constitucional, más que prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias.

Amparo directo en revisión 949/2006. Leoncio Téllez Richkarday. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Miguel Ángel Antemate Chigo. Nota: El disenso de los Ministros Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, fue en el sentido de que la norma no causaba agravio al recurrente y no en contra del criterio que refleja esta tesis. Registro No. 172019 Localización:

Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente:
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXVI, Julio de 2007 Página: 262 Tesis: 1a.
CLII/2007 Tesis Aislada Materia(s):
Constitucional.

Robertson continúa señalando los inconvenientes que generaría el *desequilibrio* provocado por la incidencia de niños de determinado sexo, tal y como sucede en algunas partes de la India y China debido a los infanticidios de hijas mujeres, abortos con motivo de género y la política de un-hijo-por-familia.³¹

En este punto conviene hacer un paréntesis: Por la razón que sea, por infertilidad de la madre o del padre o de ambos o por prevenir la discapacidad de un futuro hijo, la reproducción asistida atenta contra la selección natural³².

31 ROBERTSON: *op. cit.* p. 4.

32 Este concepto se recoge en las Consideraciones sobre el embrión humano preparadas por el Institut Borja de Bioètica de la Universitat Ramon Llull al tratar sobre las etapas en el desarrollo del embrión humano, particularmente sobre los fracasos en la implantación del embrión: "*Esta tasa tan importante de fracasos (mayoritariamente, se estima alrededor del 50% de las fecundaciones) hay que considerarla muy característica de la concepción humana*

En efecto, la reproducción artificial atenta contra la sustentabilidad del planeta en términos de selección natural y de equilibrio ambiental. La reproducción asistida permite que una persona que no está seleccionada naturalmente para reproducirse, lo haga; esto inmediatamente provoca un desequilibrio en la naturaleza, pues por selección (natural) esa persona no iba a reproducirse, lo que redundaría en no contribuir con la explosión demográfica desbocada que padece el planeta. Esto no debe considerarse como darwinismo social ni como *deep ecology* en lo absoluto; esta posición resulta del reconocimiento del ser humano como parte del entorno, así como de los procesos naturales y de selección natural por el que se han desarrollado todas las especies. De tal manera, si una persona no puede naturalmente reproducirse, no tiene derecho a optar por la reproducción artificial o asistida, puesto que ello colisiona con el derecho fundamental de los niños a la sustentabilidad, a tener un medio ambiente

y de la fragilidad que este proceso presenta, y que se concreta en una selección natural respecto a una gran cantidad de embriones en fase de consolidación." FABRE, Francesc Abel, et. al; *Consideraciones sobre el embrión humano*. Bioètica & debat, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. p. 3.

sustentable. Sobra señalar que el problema de la explosión demográfica es un hecho notorio que no requiere de mayores demostraciones, tal y como sugieren las teorías de la prueba en el derecho procesal, por analogía. Si la tendencia sobrepoblacional continúa, en pocos años no habrá agua suficiente para todos, ni comida, ni espacio. No es azaroso, ni mucho menos depende de la voluntad del hombre, que cada vez haya más personas con impedimentos para la procreación; esto se comprueba con la expansión global de los giros mercantiles denominados comercialmente como "clínicas de infertilidad". Habermas apunta que incluso la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya toma en consideración esta realidad de mercado, tal y como se establece en el punto 2 del artículo 3 del instrumento en comentario:

Artículo 3

Derecho a la integridad de la persona

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;

b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;

c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;

d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.³³

"The European Union's Charter of Basic Rights that was agreed to in Nice already takes into consideration the circumstance that procreation and birth are losing the element of natural uncontrollability that so far was essential for our normative self-understanding."³⁴

33 PARLAMENTO EUROPEO: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01). Diario de la Unión Europea 14 de diciembre, 2007. C 303/1.

34 HABERMAS; *op. cit.* p. 15.

Pero estos impedimentos para la procreación no pueden ser menos que la intervención ajena a la voluntad del hombre (y que conste que no se trata de enfermedad alguna) y, por tanto, un signo de selección natural en equilibrio con la sobrepoblación. Existen numerosos argumentos al respecto³⁵ pero baste con recordar que los derechos de los niños son de interés superior, por lo que estos constituyen claramente un límite a la libertad

35 La lógica mercantil de las clínicas de reproducción artificial o asistida es tan válida como decir que todos tenemos que poder romper récords olímpicos o que todos tenemos que poder desarrollar una alta intelectualidad: igualmente no todo mundo tenemos que reproducirnos forzosamente. Andorno habla del fenómeno de la "inflación" de derechos: *"es decir, por la tendencia a atribuir a toda pretensión individual, aun hasta la más nimia o poco relevante, el calificativo de 'derecho'. Tal evolución tiene lugar en un contexto en el que los derechos tienden a ser concebidos de modo puramente voluntarista, es decir, desprovistos de toda referencia a un bien objetivo que les sirva de justificación. Es así como surge la idea de que se tienen un 'derecho' al hijo (o mejor dicho, a un hijo de determinadas cualidades), cuando en realidad tal derecho no tiene asidero, porque, a menos de restablecer la esclavitud, el hijo es siempre (y debe seguir siendo) 'sujeto', no 'objeto' del derecho de un tercero."* ANDORNO, Roberto: *Eugenesia liberal: el diagnostico preimplantatorio*; García, José Juan (director). Enciclopedia de Bioética. [<http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/196-eugenesia-liberal-el-diagnostico-preimplantatorio>] p. 9.

reproductiva, en la especie, al supuesto (pero inexistente) derecho a la reproducción artificial o asistida, frente al derecho de los niños a un medio ambiente sustentable; por lo que no solamente son contrarias a iusfundamentales estas prácticas reproductivas, sino que son claramente inmorales, al ser inconvenientes para toda la humanidad.

Ahora bien, regresando al tema, los anteriores pueden suponer argumentos válidos en contra de este tipo de eugenesia: la selección de género previa a la fecundación; empero, existe otro tipo de afirmaciones que resultan controversiales. Efectivamente, una de las oposiciones principales a este tipo de procedimientos es la pérdida o bien los conflictos de identidad de un "*niño de probeta*". Andorno supone lo siguiente:

"Hay un modo *humano* de venir al mundo, que es la unión amorosa, a la vez espiritual y corporal de los padres. Los seres humanos *procrean*, mientras que los animales *se reproducen*. La diferencia no es simplemente de matiz. El amor es una facultad propia de los seres espirituales. Sólo un 'padre' y una 'madre' humanos pueden, por un acto de amor, *procrear* una nueva

persona.

Esto explica la dificultad que se tiene para imaginar que un hombre pueda ser el resultado de una combinación de laboratorio. La idea de un *homo fabricatus* choca con nuestra percepción más íntima de la dignidad de la persona. Pareciera que ésta no puede ser nunca el resultado de un proceso productivo como el que tiene lugar en la fabricación de cosas. La naturaleza más íntima del hombre se resiste a la cosificación de su ser".³⁶

La anterior afirmación llama poderosamente la atención pues ¿entonces una persona procreada mediante las técnicas de fecundación *in vitro*, no es digna? Al parecer Andorno cae en ciertas contradicciones pues más adelante aduce que "*la fecundación in vitro es incluso recomendada, fuera de todo problema de esterilidad, con el único objeto de seleccionar los embriones sanos, cuando los padres son portadores de ciertas enfermedades*".³⁷ ¿Entonces para

36 ANDORNO: *Ibíd.* p. 110.

37 ANDORNO: *Ibíd.* p. 111. "La FIV opera sobre la base de una degradación profunda de la

ciertos casos sí hay dignidad en la persona creada – “fabricada”– *artificialmente*? Esta contradicción irrumpe con la ética, pues en la moral no existen criterios cuantitativos, sino cualitativos, es decir, para la ética no importa el número de eventos que se verifiquen para elaborar sus juicios de valor, sino únicamente la calidad del evento a calificar; *i. e.*, es igualmente inmoral torturar a un ser humano que a una comunidad de seres humanos, esto último es sin duda más atroz, pero no resta inmoralidad al anterior; al parecer, en ese sentido el Talmud sentencia que *quien salva a una vida, salva a la humanidad*.

En la especie, no se puede justificar la calidad de digno en la persona cuando fue procreada mediante fecundación *in vitro* para evitar ciertas consecuencias, pero cuestionar dicha dignidad para los demás casos pues, después de todo, ¿qué tendrían que ver las motivaciones de los padres respecto de la dignidad del hijo en uno u otro caso?: Nada.

procreación humana, que viene a ser reducida a *un proceso similar al de la producción de cosas y, como tal, expuesta a un inevitable 'control de calidad'.* ANDORNO, Roberto: Eugenesia liberal: el diagnóstico preimplantatorio; García, José Juan (director). Enciclopedia de Bioética. [<http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/196-eugenesia-liberal-el-diagnostico-preimplantatorio>] p. 2.

En este mismo sentido, esto es, por cuanto hace a la diferenciación implícita de la dignidad entre los nacidos mediante fecundación *in vitro* y los demás, Andorno señala:

“Negar la importancia de la realidad corporal en el amor humano sería desconocer la doble dimensión del hombre: a la vez corporal y espiritual. El niño, al igual que el adulto que está llamado a ser, tiene necesidad de sentirse ‘hijo’ del amor carnal de un hombre y una mujer, y no el resultado aséptico de un trabajo de laboratorio [...] ¿cómo podrá ese niño hacerse una idea de las figuras paterna y materna?, y, sobre todo, ¿qué representación de la sexualidad podrá hacerse, cuando ninguno de los componentes que han dado lugar a su existencia implica una sexualidad racional?”³⁸

“La disociación inicial entre la relación sexual y la procreación genera, en una suerte de reacción en cadena, otras disociaciones a diversos niveles: disociación de la paternidad biológica y de la

38 ANDORNO: *Ibíd.* pp. 114–115.

paternidad social; disociación de la maternidad genética, de la maternidad uterina y de la maternidad social; disociación del lugar de la concepción y del lugar de nacimiento, etc.

[...] Porque es poco probable que puedan saltarse tan fácilmente los lazos de sangre sin ninguna consecuencia psicológica para los diversos sujetos intervinientes: para el hijo, que ignorará toda su vida quién es su padre biológico; para la madre, que puede desarrollar una actitud posesiva ante el hijo, ya que ella es la única que tiene con él un vínculo biológico; para el marido de ésta, que verá en el niño un constante reproche de su incapacidad para engendrar; en fin, para el donante, que tendrá 'hijos fantasmas' a quienes no conoce, ni sabe cuántos son."³⁹

Desde una perspectiva similar, pero completamente ajeno a la idea de dignidad, Habermas se cuestiona el impacto de la reproducción artificial desde la óptica de

39 ANDORNO: *Ibíd.* pp. 126-127.

nuestro autoentendimiento ético como miembros de la especie:

“My particular concern is with the question of how the biotechnological dedifferentiation of the habitual distinction between the ‘grown’ ante the ‘made’, the subjective and the objective, may change our ethical self-understanding as members of species.”⁴⁰

Desde luego hay que considerar también la influencia del ambiente en las personas –influencia que incluso se reconoce en la *Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos*–⁴¹ y la crianza, como lo subraya

40 HABERMAS; op. cit. p. 23.

41 UNESCO: *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*; –Article 2.–

a) Everyone has a right to respect for their dignity and for their rights regardless of their genetic characteristics. b) That dignity makes it imperative not to reduce individuals to their genetic characteristics and to respect their uniqueness and diversity. Article 3.– The human genome, which by its nature evolves, is subject to mutations. It contains potentialities that are expressed differently according to each individual's natural and social environment including the individual's state of health, living conditions, nutrition and education.

Fuscaldo, por cuanto hace al mayor bienestar del niño que, *prima facie*, la crianza será preferida, en cuanto a paternidad, antes que los vínculos biológicos o las relaciones étnicas o sociales que ligen al hijo.⁴² Por otra parte, Ballesteros señala lo siguiente:

“El derecho al hábitat en las sociedades biotecnológicas del presente presenta una dimensión más básica y radical que las citadas hasta ahora y que aparece hoy en peligro por las modernas técnicas de reproducción artificial. Me refiero a nacer en el seno de una familia, de un padre y una madre ciertos y conocidos. Se trata por tanto de la prioridad del derecho más elemental del niño a sus padres sobre el pretendido y en mi opinión inexistente derecho al niño. Incluso la inseminación artificial homóloga puede ser cuestionada en nombre del derecho del ser humano a nacer en su entorno natural, como alguien procreado, y no como un producto. El

42 FUSCALDO, Giuliana: *What makes a parent? It's not black or white*; Centre for The Study of Health and Society. University of Melbourne. December 2002.

derecho al ambiente familiar, a la paternidad y maternidad constituye la base del derecho a la identidad genética.”⁴³

La otra técnica eugenésica, entre comillas, con que la ciencia intenta emular a la naturaleza, es la clonación. Decimos “emular” pues lo que la clonación hace es crear, genéticamente hablando, un hermano gemelo de la persona clonada.⁴⁴

43 BALLESTEROS, Jesús: *¿Derechos?, ¿Humanos?* Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra Vol. 48-2003. Separata. p.32.

44 Esta ironía consiste en la reproducción (alterada, obvio) de lo que sucede espontáneamente en la naturaleza, esto es, la duplicación del cigoto o división embrionaria con la que se da la generación de gemelos idénticos (o monocigóticos). La clonación “imita” esto, y lo hace mediante la técnica conocida como de transferencia nuclear. Bellver explica fácilmente esta técnica como sigue: *“la técnica de la transferencia nuclear consiste en transferir el núcleo de una célula somática –es decir, aquella que tiene la totalidad de la dotación cromosómica y no solo la mitad, como sucede con los gametos o células germinales– a un óvulo previamente enucleado. Esas células somáticas pueden ser células de individuos ya nacidos o células de embriones o fetos. Si el núcleo que se transfiere es de una célula de un feto o un embrión no se habla de clonación sino de paraclonación. Mediante descargas*

No resulta muy difícil establecer que la clonación reproductiva resulta aberrante, contra el hombre y contra la naturaleza. Solo una mente enferma de egoísmo y narcisista hasta el paroxismo podría pretender reproducir la imagen de sí mismo... *vanitas vanitatum et omnia vanitas* (como versa el libro del Eclesiastés).

Por otra parte, este tipo de reproducción, antinatural, se aleja de los principios fundamentales sobre la determinación libre, *responsable* e informada (y debería ser: NATURAL) sobre el número y espaciamiento de los hijos que se tengan, y se aleja precisamente porque no es responsable abusar, sin sentido alguno, de la carga

eléctricas se consigue que el núcleo se una al óvulo y empiece a desarrollarse como si el óvulo hubiera sido fecundado por un gameto masculino. La diferencia está en que en este caso la dotación genética del núcleo la aportan al 50% cada una de las células reproductoras mientras que en la técnica de la transferencia nuclear la aportación genética del núcleo procede en exclusiva del núcleo de la célula somática. Con esta técnica el huevo se encuentra con todo el equipamiento genético necesario para desarrollarse como ser humano, sin haber sido previamente fecundado por un espermatozoide. El resultado es un ser casi genéticamente idéntico a aquel del que se extrajo la célula cuyo núcleo fue transferido.”

BELLVER Capella, Vicente: *¿Clonar? Ética y Derecho ante la Clonación Humana*; Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida. Editorial Comares. Granada, 2000. pp. 17-18.

genética de cada cual (aún y cuando con ello se evitase el nacimiento de un discapacitado); así como tampoco sería responsable "crear" un ser humano *que se iría convirtiendo en alguien físicamente idéntico a otro*, con las terribles consecuencias psicológicas y morales que ello provocaría, además de volver nugatorio su derecho a un futuro abierto, por demás desconocido, en general, con respecto a la reproducción artificial que violenta la libertad, la dignidad y la identidad del individuo por nacer, además de la sustentabilidad.

El pretexto que se toma en cuanto a la imposibilidad de tener hijos no es una justificación pues existe un orden superior en la naturaleza por el que si naturalmente no puedo tener hijos, es porque fui seleccionado por la naturaleza para no reproducirme, consecuencia de la sobrepoblación que el mundo padece, por lo que no resulta legítimo manufacturarlos, y mucho menos "a la carta", como en el caso del diagnóstico preimplantatorio y de la clonación; hacerlo supone poner en riesgo la sustentabilidad del planeta y, consecuentemente, violentar el iusfundamental a un medio ambiente, precisamente, sustentable y libre de intervenciones artificiales, como señala Habermas:

"This focuses the topic on the question of whether the protection of the integrity of an unmanipulated genetic inheritance can be justified by understanding the biological foundations of personal identity as something not to be disposed of. Legal protection might come to be expressed in a 'right to a genetic inheritance immune from artificial intervention.'"⁴⁵

Por supuesto, no hay que condenar a la clonación en general, sino únicamente a la clonación reproductiva (la que se comentaba). Existe también la clonación terapéutica, cuyas técnicas tienen por objeto la generación de tejidos con el propósito de generar órganos que pudieran utilizarse en trasplantes.⁴⁶

45 HABERMAS; *op. cit.* p. 27.

46 Cfr: BELLVER: *op. cit.* pp. 147-159. "*Hay dos campos de investigación, en particular, que conseguirán un avance sustancial con la incorporación de la clonación. Estos son la regeneración de tejidos y la ingeniería genética'... los beneficios científicos, económicos y curativos que se podrían alcanzar con la incorporación de la clonación humana no reproductiva son tan espectaculares, que ejercen una fuerza creciente y de sentido contrario a la prohibición.*" p. 147.

La clonación terapéutica resulta una técnica que no lesiona derechos humanos y, por el contrario, puede contribuir a fortalecer el derecho fundamental a la salud. Claro que esta posición (adoptada por los países que permiten la investigación en estos campos) resulta igualmente controversial pues supone la investigación en embriones y, consecuentemente, su eliminación, lo que nos lleva a uno de los problemas centrales de la bioética ¿es el embrión una persona?

1.7. La gran (e irreconciliable) discusión sobre si el embrión es persona o no.

La primera crítica al aborto eugenésico o incluso a las biotecnologías que involucran investigación con embriones es que se está matando a una persona, pues se acaba con vida humana. *“Las soluciones a los nuevos problemas desatados por las biotecnologías dependen casi enteramente de la respuesta que se dé a la pregunta sobre la persona”*.⁴⁷

47 ANDORNO: *op. cit.* p. 52.

Para Ballesteros, *"Ser humano es ser miembro de la especie biológica humana, lo que como tal resulta irrelevante. Ser persona es aquel ser humano capaz de vida consciente y libre, de vida biográfica, de mismidad, es el ser dotado de la capacidad de disposición y por tanto de ser propietario."*⁴⁸

Para Boecio, persona es una sustancia individual de naturaleza racional.⁴⁹ De aquí parten las nociones personalistas como las de Mounier o Marcel que señalan que la persona es espíritu encarnado: *"una persona es un ser espiritual constituido como tal por su forma de subsistencia y de independencia en su ser. La persona, en el hombre, está sustancialmente encarnada, mezclada con su carne, aunque trascendiéndola"*;⁵⁰ el primero, o bien que

48 BALLESTEROS; *op. cit.* p. 33

49 Citado por SINGER, Peter: *Repensar la vida y la muerte -El derrumbe de nuestra ética tradicional-*; Paidós Transiciones número 4. Editorial Paidós. Barcelona, 1997. pp. 179-180: *"Puesto que ni Dios Padre ni el Espíritu Santo eran seres humanos, era evidente que una persona no tenía que ser humano. En el siglo VI, el filósofo Boecio confirmó esto definiendo 'persona' como 'una sustancia individual de naturaleza racional', una definición que utilizaron más tarde Tomás de Aquino y otros escritores"*.

50 BURGOS, Juan Manuel: *El Personalismo*; Manuales de Filosofía número 14. Ediciones

la persona es su cuerpo: "yo soy mi cuerpo"; señala el segundo de los nombrados.⁵¹

En consonancia a esta última afirmación de Gabriel Marcel, Andorno señala, por su parte, que *"entre la persona y su cuerpo no hay, estrictamente hablando, lazo jurídico alguno, puesto que ambas realidades se identifican. En otras palabras, la persona no posee un cuerpo, sino que ella es un cuerpo"*.⁵²

Determinada esa cuestión, es decir, la asociación intrínseca entre el continente y el contenido, entre la conciencia (o espíritu) y el cuerpo: si ser humano es ser persona, al ser el embrión vida humana es entonces una persona por lo que, consecuentemente, al eliminar a un embrión se está aniquilando a una persona.

"La simple pertenencia a la especie humana le basta para ser tenido por digno del respeto que

Palabra. Madrid, 2000. p. 60

51 BURGOS: *Ibíd.* p. 88.

52 ANDORNO: *op. cit.* p. 54.

se debe a las 'personas'".⁵³

"El concepto de 'persona' se aplica a todo ser humano vivo, aun cuando no haya desarrollado aún todas sus potencialidades (como el feto, en el recién nacido o en el niño), o que las haya perdido irremediablemente (como en ciertos casos de demencia especialmente graves)".⁵⁴

Siguiendo este razonamiento, un grave enfermo mental, un discapacitado así (que acaso fuera el blanco de un aborto eugenésico) no podría ser arrebatado de su *status* de persona. Veamos el siguiente ejemplo:

"Se comunica con la lengua de signos, utilizando un vocabulario de más de mil palabras. También entiende el inglés hablado y a menudo mantiene conversaciones 'bilingües', respondiendo con signos a preguntas realizadas en inglés. Está aprendiendo las letras del alfabeto

53 ANDORNO: *Ibíd.*, p. 65.

54 ANDORNO: *Ibíd.*, p. 63.

y sabe leer algunas palabras impresas, incluido su nombre. Ha conseguido puntuaciones de entre 85 y 95 en el test de inteligencia Stanford-Binet.

Demuestra una clara conciencia de sí misma al adoptar comportamientos dirigidos a sí misma ante un espejo, como poner caras o examinarse los dientes y a utilizar de forma adecuada el lenguaje autodescriptivo. Miente para eludir las consecuencias de su mal comportamiento y se anticipa a las respuestas de otros a sus acciones. Toma parte en juegos imaginarios, tanto sola como con otros. Ha realizado pinturas y dibujos figurativos. Recuerda y puede hablar de hechos pasados de su vida. Comprende y ha utilizado adecuadamente palabras relacionadas con el tiempo, como 'antes', 'después', 'más tarde' y 'ayer'.

Se ríe de sus propias bromas y de las de los demás. Lloro a aquellos que ha perdido, un gato favorito que ha muerto o un amigo que se ha ido lejos. Puede hablar de lo que sucede cuando uno muere, pero se pone nerviosa o molesta cuando le pides que hable de su propia muerte o de la de

sus compañeros. Hace gala de una extraordinaria suavidad con los gatitos y otros animales pequeños. Incluso ha expresado simpatía por otros seres que ha visto sólo en fotografías”.⁵⁵

No podemos negar que esta “minusválida” sea persona, salvo ciertas opiniones... por el hecho de tratarse de Koko, la gorila (i!).⁵⁶

Entonces nos preguntamos, si “yo soy cuerpo” (como afirma Marcel) ¿qué debe decir una mujer embarazada?

55 SINGER: *op. cit.* p. 180.

56 Sobre esto, resultan interesantes los siguientes planteamientos de Iglesias: “Es impropio decir que el humano es más inteligente que los primates; cada uno tiene su inteligencia de acuerdo a su condición: la comparación solo puede hacerse consigo mismo, al interior de la vida de la especie; ya que las exigencias para cada especie son diferentes.” “En realidad, la creencia de que la moralidad es exclusiva del hombre es falsa; ya que en el animal existen conductas instintivas que llevan a éste a refrenar y regular sus impulsos agresivos; también existen conductas de cooperación social y del cuidado de la prole que no precisan de juicios morales. Son reveladores los análisis y observaciones de Konrad Lorenz de la conducta animal a la luz de la etología. Así, la moral se erige sobre la estructura y dinámica del instinto.” IGLESIAS, Leonardo: *op. cit.* pp. 19 y 137. “Si un chimpancé se contempla en un espejo se ve como un miembro de su especie, pero no como sí mismo.” BALLESTEROS; *op. cit.* p. 43

¿Qué debe decir un individuo con parálisis cerebral profunda o que carece de extremidades? Y ¿si la persona es perfectible, y la persona es cuerpo, entonces resulta congruente perfeccionar el cuerpo y, por ende, la procreación eugenésica (o la búsqueda del “mejoramiento” de la especie humana) sería admisible?; peor aún, de cara al desarrollo de la ingeniería genética ¿qué sucedería si se desarrollara una subespecie de “humanoides” –que no humanos– que fueran autorreflexivos (esto es, conscientes de sí mismos y de sus actos en diferentes momentos y lugares)?, ¿serían cosas entonces, por no tener cuerpos humanos?⁵⁷

Así las cosas, llegamos a una noción distinta de lo que es ser persona. Para Locke una persona es “un ser pensante inteligente que razona y reflexiona y que se puede considerar a sí mismo como sí mismo, el mismo ser

57 En ese sentido, Platón arguye lo siguiente: “*el cuerpo nunca nos conduce a la sabiduría. Está demostrado que si queremos saber verdaderamente alguna cosa, es preciso que abandonemos el cuerpo, y que el alma sola examine los objetos que quiere conocer*”. PLATÓN: *Diálogos. Fedón o del Alma*; Editorial Porrúa, 22ª edición. México 1991. pp. 393–394. “*There is nothing good in the flesh, St. Clement said.*” ETCOFF, Nancy: *Survival of the Prettiest –The Science of Beauty–*; Anchor Books. New York, 2000. p. 18.

pensante, en diferentes momentos y lugares”.⁵⁸

La crítica en contra se centra en cuanto a los recién nacidos y las personas durmiendo, pues “*no posee[n] aún conciencia de sí, al igual que el hombre dormido, lo que no les impide ser personas*”,⁵⁹ es decir, no por carecer de conciencia o estar inconscientes (y por ende no poder razonar ni tener autorreflexión) dejan de ser titulares de derechos y obligaciones. En cuanto a las personas durmiendo debe considerarse lo siguiente:

“Las personas no se perciben a sí mismas como entidades discontinuas. Unen sus diferentes fases de vigilia y presencia en una identidad única... lo que podemos referirnos mínimamente como persona en dichas circunstancias, no puede ser una continuidad ininterrumpida y cuasidivina de la conciencia de la propia identidad. Más bien es una conciencia de la propia identidad, que es una integración repetida de una experiencia que abarca discontinuidades... Hablar de las personas

58 Citado por SINGER: *Ibíd.* p.164.

59 ANDORNO: *op. cit.* p. 62.

como entidades prolongadas espaciotemporalmente significará, por consiguiente, que hay que considerarlas equivalentes a su corporeización intacta, mientras esa corporeización sostenga las capacidades completas, que son el substrato físico de los agentes morales".⁶⁰

En este punto llegamos a otra definición de persona, la postura liberal, o personista como señala Ballesteros, mayormente aceptada: una persona es un ser racional, autorreflexivo y que cumple una función de agente moral (esto es, un sujeto de censura y/o alabanza moral).⁶¹ En

60 ENGELHARDT: *op. cit.* pp. 172-174.

61 Cfr. ENGELHARDT: *op. cit.* p. 155. Cobra relevante importancia para la conceptualización de la persona –como titular de Derechos y Obligaciones– un concepto moral: ser sujeto de censura y/o alabanza moral, precisamente porque este contenido es el que nos resulta de propia naturaleza, puesto que yo soy mi actuar inmanente. Los actos son los que definen a la persona; pero únicamente los actos inmanentes, es decir, aquellos que van unidos de un modo inseparable a su esencia, aquellos que han sido, son y serán; en resumen: los actos morales. "–Mira, pues, mi querido Cebes, si de todo lo que acabamos de decir no se sigue necesariamente que nuestra alma es muy semejante a lo que es divino, inmortal, inteligible,

ese sentido, retomando lo del hombre durmiendo, "en la medida en que nos consideramos agentes morales, tenemos que imaginar que actuamos a través de estas discontinuidades de la conciencia de la propia identidad que realmente ocurren, aunque nuestro cerebro, nuestra corporeización, permanecen intactos".⁶²

Por supuesto, esta visión de la persona solo tiene cabida en el contexto de una moral laica (o moral secular⁶³). En el caso de la mayoría de los países de occidente, que normalmente mantienen una postura oficial aconfesional o laica, no es fácil establecer directrices liberales en cuanto a esta noción de la persona que no incluye ni a *nasciturus* ni a sujetos que hayan perdido irremediablemente la

simple, indisoluble, siempre lo mismo y siempre semejante a sí propia-." PLATÓN: *op. cit.* p. 404. "Lo que debe procurarse es una prudente armonía entre cuerpo y alma. La tarea de la moral consiste en dar a la naturaleza lo suyo sin exceso, y sin perder de vista los ideales dictados por la conciencia. Si el hombre no cumple debidamente sus necesidades materiales se encuentra en estado de ineptitud para las tareas del espíritu y para realizar los mandamientos del bien." REYES, Alfonso: *Cartilla Moral*; Colección Centzontle, Fondo de Cultura Económica. México, 2004. p. 21.

62 ENGELHARDT: *Ibíd.*, p. 175.

63 Cfr. ENGELHARDT: *op. cit.* pp. 90-96.

conciencia. Una noción de persona que incluye a cualquier ser que sea racional, autorreflexivo y sujeto de censura o alabanza moral (un agente moral, un ser consciente de los límites de sus prerrogativas como persona) pero que por otra parte no toma en cuenta el cuerpo, sino solo la mente. Por ello es que a los liberales no les incomodó nunca la aparición de la llamada *píldora postcoital*, atendiendo a que, como se explica más adelante, la ciencia considera que el cigoto puede espontáneamente dividirse para dar paso a la generación de gemelos monocigóticos hasta el día catorce de la gestación, por lo que al no haber propiamente un individuo hasta pasado el día catorce de la gestación, no puede tratarse de una persona (este proceso se expondrá más adelante) por lo que, consecuentemente, no puede haber aborto sin individuo.

Por oposición se señala que *"la posibilidad de la división del embrión en dos o más embriones no entra realmente en conflicto con la noción de 'individuo' antes de tal división, ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista filosófico";*⁶⁴ y, a mayor abundamiento, que *"también en el cuerpo humano adulto hay un continuo reemplazo de*

64 ANDORNO: *op. cit.* p. 97.

células, y sin embargo, nadie niega que alguien sea el mismo individuo siendo niño que siendo adulto".⁶⁵ En ese mismo sentido, Xavier Zubiri asevera que "soy el mismo, pero no lo mismo":

"El hombre no es psique 'y' organismo sino que su psique es formal y constitutivamente 'organismo-de' esta psique [...] Esta unidad estructural de la sustantividad, constitutiva de la realidad humana existe, a mi modo de ver, desde la célula germinal. Los físicos, médicos, filósofos y teólogos medievales pensaron que la célula germinal no es aún formalmente un viviente humano. Pensaron que el embrión humano es inicialmente tan sólo un viviente vegetal. Sólo al cabo de pocas semanas se 'transformaría' en 'otra' cosa: un viviente animal. Y sólo en las últimas semanas este animal se 'transformaría', por acción divina, en 'otra' cosa: un animal racional, en hombre. Antes no sería un viviente humano. Personalmente esta concepción me

65 ANDORNO: *Ibid.* p.98.

parece insostenible. Pienso que en el germen está ya todo lo que en su desarrollo constituirá lo que suele llamarse hombre, pero sin transformación ninguna, sólo por desarrollo. El germen es ya un ser humano. Pero no como creían los medievales (y los medievalizantes que muchas veces ignoran serlo), porque el germen sea germen de hombre, esto es, un germen de donde 'saldrá' un hombre, sino porque el germen es un hombre germinante, y, por tato, 'es ya' formalmente y no sólo virtualmente hombre. La germinación misma es ya formalmente y no sólo virtualmente hombre. La germinación misma es ya formalmente humana. A mi modo de ver, en el sistema germinal, además de sus notas físico-químicas, están ya todas sus notas psíquicas, inteligencia, sentimiento, voluntad, etc. Inmediatamente volveré sobre ello. El sistema germinal, pues, es ya el sistema sustantivo humano integral. La célula germinal es ya 'célula-de' esta psique, y esta psique es ya 'psique-de' esta célula germinal."⁶⁶

66 ZUBIRI, Xavier: *Sobre el Hombre*; Alianza Editorial, Sociedad de Estudios y

Por otra parte, hay posiciones que establecen la preeminencia del medio ambiente sobre la genética, lo que cobra relevancia para la elucidación de lo que es la persona; sobre el particular se considera que las diferencias genéticas entre lo que otrora se les denominara "razas" (blanca, negra, amarilla, roja) únicamente varían en menos de un punto porcentual ($>1\%$) entre una y otra, es decir, queda demostrado que es el ambiente, y no los genes, el que determina los rasgos y el color del individuo.⁶⁷ Carpizo

Publicaciones. Madrid, 1986. pp. 49–50. Por contraposición: "*Reducir todo el ser vivo a su información inicial responde a un punto de vista reduccionista y simplista, en el caso humano, de la persona.*" FABRE, Francesc Abel, et. al; Consideraciones sobre el embrión humano. Bioètica & debat, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. p. 4.

67 SZALAVITZ, Maia, The Howard University: *Human Genome. Race and the Genome*. HMS Beagle, The BioMedNet Magazine. <http://news.bmn.com/hmsbeagle/97/notes/profile?print=yes>. Posted March 2, 2001, Issue 97. 14.04.02. p. 1. "*Less than three percent of the human genome consists of genes whose products are expressed to create our minds and bodies, and less than one percent of these genes produce visible characteristics like skin color. Yet history has been marked by discrimination based on the visible, but biologically negligible, differences called "racial"*

señala lo que a continuación se transcribe:

“La diferencia entre el genoma humano y el genoma del chimpancé es sólo de aproximadamente 1%. Otros científicos precisan que tal diferencia puede alcanzar el 2, pero, en todo caso, no más del 4%, La información genética que se encuentra en ese 1 ó 2% es lo que diferencia el cerebro humano del de otros primates; es decir, el sistema nervioso central, en especial la corteza cerebral. En consecuencia, lo que distingue al ser humano es su corteza cerebral, la cual en el embrión de 12 semanas no está formada, razón por la que dentro de ese lapso el embrión no es un individuo biológico caracterizado, ni una persona, tampoco un ser humano. El embrión no tiene las condiciones que particularizan al ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello y, desde luego, es incapaz de sufrir o de gozar.

characteristics.”

Biológicamente no puede considerársele un ser humano.”⁶⁸

Ahora bien, se dice también que el embrión es una persona en potencia; empero, el argumento de la potencialidad humana parece cuestionable, pues en esos términos esta depende enteramente de la voluntad de la mujer embarazada, es decir, el embrión será mujer u hombre, solo si la mujer embarazada quiere (pues incluso con la mayor prohibición al aborto, nada puede impedir que se suicidase). Bajo esta tesitura, la protección del derecho del embrión depende de la volición de la mujer embarazada. El embrión *in vitro*, no tiene, siquiera, potencialidad *per se*, por lo que nuevamente nos encontramos con un elemento volitivo para el resultado final. El argumento de la potencialidad carece de sentido, pues si lo aplicáramos, por ejemplo, a la figura de la tentativa penal, entonces tendríamos que dar al delincuente

⁶⁸ CARPIZO, Jorge: *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2008. p. 5. A su vez, esta obra aparece compilada en: CARPIZO, Jorge; VALADÉS, Diego: *Derechos Humanos, aborto y eutanasia*. Dykinson. Madrid, 2010.

siempre, en cuanto a la reinserción buscada en la sociedad, el tratamiento correspondiente a la pena del delito perfectamente consumado, pues el mismo se cometería “en potencia”. Veamos el siguiente argumento:

“Sin duda, el lenguaje de la potencialidad es en sí mismo engañoso, ya que frecuentemente induce a suponer que un *X*, que es un *Y* en potencia, posee ya de alguna forma misteriosa el ser y el significado de *Y*. Si los fetos son personas en potencia, no tienen los derechos de las personas. Tomando un ejemplo de S. I. Benn diremos que, si *X* es un presidente en potencia, sólo se sigue de ese hecho que *X* todavía no tiene los derechos ni las prerrogativas del presidente actual”.⁶⁹

Sobre esta última cuestión en torno a la *potencialidad*, una réplica interesante, aunque falaz, se encuentra en el argumento que señala que la vida del *nasciturus* debe protegerse al tratarse de una persona en potencia, puesto

69 ENGELHARDT: *op. cit.* p. 160.

que el candidato electo a la presidencia sobre el que se discurría, tendría derecho a obtener el amparo de los tribunales ante cualesquier impedimento por el que se le pretendiese imposibilitar para tomar protesta como presidente. De la misma manera, el *nasciturus* debe ser protegido ante cualesquier impedimento por el que se le pretenda imposibilitar que llegue al término del nacimiento; empero, la premisa soslaya aspectos fundamentales por los que no resulta válido el argumento de la potencialidad, puesto que para verificarse la debida analogía ambas premisas deberían seguir la misma suerte en todas sus partes, por lo que, retomando el símil en comentario, el candidato a la presidencia tiene interés en llegar a la presidencia y puede accionar dicho interés mediante la defensa de sus derechos como candidato electo; empero, para ser candidato electo, antes debió ser candidato y para ello, antes debió ser ciudadano (quien finalmente ejercerá la acción que le corresponda por su propio derecho). De tal lógica que el *nasciturus* tendría interés (precisamente el *quid* de la discusión) en nacer y se defiende dicho interés mediante la tipificación del aborto; sin embargo, antes de nacer era *nasciturus*, y antes de ello no existía: se trataría de un candidato que no fue antes ciudadano, lo que deviene en una incoherencia argumentativa por cuanto

hace al interés en el derecho de acción que se plantea, quedando así demostrada la falacia.

Desde el enfoque de las ciencias naturales, Carl Sagan⁷⁰ señala que el cosmos está dentro de nosotros pues estamos hechos de materia estelar. Somos una manera del cosmos para conocerse a sí mismo.

“Porque nosotros somos la encarnación local de Cosmos que ha crecido hasta tener consciencia de sí. Hemos empezado a contemplar nuestros orígenes: sustancia estelar que medita sobre las estrellas; conjuntos organizados de decenas de miles de billones de billones de átomos que consideran la evolución de los átomos y rastrean el largo camino a través del cual llegó a surgir la consciencia, por lo menos aquí. *Nosotros* hablamos en nombre de la Tierra. Debemos nuestra obligación de sobrevivir no solo a nosotros sino también a este Cosmos, antiguo y vasto, del cual procedemos.”⁷¹

70 [www.carlsagan.com]

71 SAGAN, Carl: *Cosmos*; Editorial Planeta. Barcelona, 1987. p. 345.

Finalmente, en cuanto a la asimilación de dignidad y persona en la que se insiste actualmente, resulta interesante apuntar que conforme a la Real Academia Española, digno, dicho de una cosa, es algo que puede aceptarse o usarse sin desdoro (menoscabo en la reputación, fama o prestigio). Digno también es algo de calidad aceptable. Por su parte, Pérez Luño señala sobre dignidad en el Derecho lo siguiente:

“La dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la

naturaleza de una vez por todas.”⁷²

¿Puede hablarse entonces de una *vida digna* del embrión? Y, yendo más allá, si tomamos como ejemplo de algo indigno por antonomasia a la esclavitud, entonces podemos preguntarnos ¿un recién nacido puede ser esclavizado? Pareciera que no; pareciera que siempre que el bebé sea alimentado, esté caliente, limpio y no sea víctima de actos de maleficencia nada tiene que ver la dignidad humana con la vida, a secas, de dicho bebé.⁷³

72 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*; Tecnos. Madrid, 1997. p. 223.

73 "A close inspection of leading examples shows that appeals to dignity are either vague restatements of other, more precise, notions or mere slogans that add nothing to an understanding of the topic. 'Dignity' seems to have no meaning beyond what is implied by the principle of medical ethics, respect for persons: the need to obtain voluntary, informed consent; the requirement to protect confidentiality; and the need to avoid discrimination and abusive practices. References to dignity emerged in the 1970s in discussions about the process of dying, in particular, the desire to avoid burdensome, life prolonging medical treatment. Dignity seems to be nothing other than respect for autonomy. An altogether different use of dignity in relation to death occurs when medical students practise doing procedures (usually intubation) on newly dead bodies. Some medical ethicists charge that

Ballesteros analiza que estas posiciones, también conocidas como el personismo, reducen la noción de la persona a un dualismo compuesto por dos elementos:

“Reconoce dignidad sólo a la parte mental en el ser humano, a la conciencia, negándola a la corporalidad. El personismo confunde así la intimidad con la *sibisufficiencia*, al mismo tiempo que reduce el *oikos* a simple consumo, alimento, olvidando la contemplación. Niega la dignidad donde hay dependencia. Distingue seres

these educational efforts violate the dignity of the dead person. But this situation clearly has nothing to do with respect for autonomy since the object is no longer a person but a cadaver. There may be reasonable concern about how the dead person's relatives would feel if they knew that the body was being used in this way. But that concern has nothing to do with the dignity of the dead body and everything to do with respect for the wishes of the living. In the absence of criteria that can enable us to know just when dignity is violated, the concept remains hopelessly vague. To invoke the concept of dignity without clarifying its meaning is to use a mere slogan. Dignity is a useless concept in medical ethics and can be eliminated without any loss of content.” MACKLIN, Ruth: Dignity is a useless concept; British Medical Journal, Volume 327, Number 7429 (December, 2003). pp. 1419 - 1420. [<http://bmj.com/cgi/content/full/327/7429/1419>].

humanos dependientes e independientes. Niega la dignidad de niños, ancianos, enfermos en cuanto no autoconscientes y dependientes.[...]

Como dualista, desprecia la naturaleza, al considerar que sólo la cultura como técnica o dominación de la naturaleza crea derechos. Como consecuencia de ello, separa igualmente entre seres humanos biográficos o culturales, como los adultos, que tienen derechos, y seres humanos simplemente biológicos, que no tienen derechos, como los niños. [...]

Al mismo tiempo se niega dignidad y derecho a los seres no autoconscientes de la especie homo sapiens, como los embriones, fetos, niños pequeños, comatosos, descerebrados. Engelhardt se permite clasificar a los seres humanos en función de su alejamiento respecto al ideal de la autarquía. Los cigotos, embriones y fetos son considerados inferiores a los mamíferos superiores, por la mayor capacidad de conocimiento de éstos, y carecen de derechos, salvo el de no sufrir sin necesidad. Así los comatosos persistentes y anencefálicos son

equiparados a los muertos. Ninguno de ellos tiene derechos, salvo que su vida resulte de interés a alguien dotado de autonomía.⁷⁴

Se observa entonces que las posiciones encontradas *personalistas vs. personistas* son totalmente irreconciliables –hasta este momento– por lo que el Derecho deberá buscar algún punto de encuentro, entre ambas propuestas, para dilucidar y resolver los graves problemas en el mundo de la bioética y las biotecnologías que esto supone; principalmente, la decisión entre la Libertad y la Vida, como lo veremos enseguida.

1.8. La libertad contra la vida; colisión de derechos fundamentales.

Si hipotéticamente quedara claro que el embrión no es persona, entonces no estaríamos en presencia de una colisión de dos derechos fundamentales: la libertad de la mujer embarazada y la vida del embrión; si el embrión no

74 BALLESTEROS; *op. cit.* pp. 34 y 35

es persona, luego entonces no podría ser titular de un iusfundamental oponible a la garantía de libertad de la mujer embarazada, que por supuesto prevalecería.

Jurídica y tradicionalmente esto no es tan sencillo, primeramente porque para nuestra sociedad resulta muy difícil hablar, siquiera, del aborto, sea éste eugenésico o incluso terapéutico; luego entonces, el tratamiento que se le pueda dar es ciertamente complicado.

Así bien, si tomásemos en consideración que el embrión es persona, entonces estaríamos en presencia de lo que la doctrina conoce como *hard cases*, pues aún en este supuesto la vida no puede ser tomada, en cualquier caso, como un bien jurídico superior a la libertad, pues se trata igualmente de un derecho fundamental, ambos aparentemente de la misma categoría (esto se discutirá más a fondo en ulteriores capítulos) al no haber derechos absolutos.

Así, por ejemplo, en España el Tribunal Constitucional resolvió, en la Sentencia número 53/85, lo que Vidal analiza como sigue:

“Reconoce el Tribunal, cerrando el debate

jurídico y moral en torno al significado del término 'todos' del art. 15 de la Constitución [Española], que sólo la persona es titular de derechos fundamentales y en consecuencia que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida que sólo es adscribible con carácter absoluto a todos los que sean personas según se deriva de la interpretación que realiza la Comisión Europea de Derechos Humanos. Ahora bien, ello no implica que el *nasciturus* carezca de toda protección sino que su vida es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Constitución de donde se deriva para el Estado un deber general negativo de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y un deber general positivo de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga su protección fundamental incluyendo en último término las garantías penales [...]"⁷⁵

75 VIDAL: *op. cit.* p. 215.

Por otra parte, Dworkin hace un análisis similar en el que se concluye, de la decisión sobre el caso *Roe v. Wade* por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, lo siguiente:

“We must now take a fresh look at *Roe v. Wade*. *Roe* did three things. First, it reaffirmed a pregnant woman’s constitutional right of procreative autonomy, and declared that states do not have the power simply to forbid abortion on any terms they wish. Second, it recognized that states nevertheless do have a legitimate interest in regulating abortion. Third, it constructed a detailed regime for balancing that right and that interest: it declared, roughly, that states could not forbid abortion for any reason in the first trimester of pregnancy, that they could regulate abortion in the second trimester only out of concern for the health of the mother, and, finally, that they could outlaw abortion altogether after fetal viability, that is, after approximately

the beginning of the third trimester".⁷⁶

El tratamiento que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado sobre estos tópicos, será tratado en ulteriores capítulos, cuando se hayan expuesto mejor los antecedentes y circunstancias jurídico-filosóficas del caso.

1.9. Biopolítica en la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; un comentario sobre las influencias ultraliberales.

Se retoma el término biopolítica de un trabajo de Engelhardt⁷⁷ en el que se replantea el papel de la bioética en el mundo clínico y político; esto a propósito de las influencias ultraliberales en materia de bioética en la Asamblea de Representantes del Distrito Federal

76 DWORKIN, Ronald: *Freedom's Law –The moral reading of the American Constitution–*; Harvard University Press. Cambridge, Massachussets, 1999. p. 112.

77 ENGELHARDT, H. Tristram, Jr.: *Bioethics Critically Reconsidered, Having Second Thoughts*. Philosophy and Medicine Vol. 100. Springer. 2012.

(principalmente asumidas por las izquierdas encabezadas por el Partido de la Revolución Democrática [PRD]) frente a las neoliberales–conservadoras (del Partido Revolucionario Institucional [PRI]), y a las conservadoras y ultraconservadoras (estas últimas principalmente del Partido Acción Nacional [PAN]). Ya se señalaba el origen de los puntos discordantes y los partidos protagonistas en la disputa por el mal llamado aborto eugenésico en el Distrito Federal.

Durante décadas, el PRI gobernó no solo en la Ciudad de México, sino en casi la totalidad de las entidades federativas del país y, desde luego, en el ámbito federal; fue la época de la llamada “dictadura perfecta” (término acuñado por Vargas Llosa) que, por otra parte, ha retornado a la presidencia de la República en las elecciones de 2012. En aquella época oligárquica, que reflejó casi a la letra las definiciones canónicas al respecto,⁷⁸ privó el

78 *"And whereas oligarchy is characterized by birth, wealth, and education, the notes of democracy appear to be the opposite of these –low birth, poverty, mean employment."*

ARISTÓTELES: *Politics*; Dover Publications, Inc. Mineola, New York, 2000. p. 240.

Posiblemente la vuelta de la referida “dictadura perfecta” igualmente atiende al planteamiento aristotélico que señala: *"The populousness of democracies generally preserves them*

prohibicionismo en materia de bioética, así como una postura claramente conservadora que luego se vio reforzada por el paso del PAN en el gobierno federal en los últimos dos sexenios.

Llega entonces el cambio político en el Distrito Federal y bajo la idea, también aristotélica, de que la libertad es el principal principio de la democracia,⁷⁹ se empezó a romper con el prohibicionismo, aunque cayendo en esquemas de libertades irrestrictas, quizás mal comprendidas.

En efecto, el referido prohibicionismo en general del PRI-AN (PRI - PAN) ha llevado a la Asamblea de Representantes, hoy mayoritariamente del PRD, a asumir una postura "progresista" en la que casi todo lo que suene a "libertad", es aceptable.

Estos extremos convierten a la bioética en una mera plataforma de posicionamiento político, de tal suerte que los diversos escenarios bioéticos se utilizan para la

[oligarchies] (for number is to democracy in the place of justice based on proportion); whereas the preservation of an oligarchy clearly depends on an opposite principle, viz. good order. ARISTÓTELES: op. cit. p.p. 249-250.

79 ARISTÓTELES: *op. cit.* p. 19.

propaganda partidista. El laicismo embona con el juarismo (*i. e.*, las ideas del benemérito Benito Juárez) enarbolado por los líderes del PRD; pero contamina a la bioética que deja de ser un objeto de estudio, de reflexión y discusión para la creación legislativa, para convertirse en un medio político; pero no para el verdadero fin del Estado, el bien común, sino para sus particulares fines partidistas. Engelhardt hace un análisis de estas circunstancias que privan en América del Norte, al menos, y señala lo siguiente:

Moreover, various parties with ideological and political agendas endorse bioethics in the hope that their bioethicists can give moral authority to their particular political movements which support particular visions of social justice, human rights, human dignity, feminism, and patient's rights.

The public affirmation of virtuous commitments is usually a good profit-maximizing strategy (or for non-profit health care institutions, the affirmation of virtue generally serves as a good strategy for maintaining a positive budget

margin; if there is no margin in the budget, there is no mission; Engelhardt and Rie, 1992).⁸⁰

Esto también aplica a la política en cuanto a la manipulación electoral: sí al aborto – no al aborto. En un caso, se es sensible, se protege la vida y se impide que la mujer embarazada decida; en otro caso: se protege la libertad y se permite que la mujer embarazada decida. Continúa Engelhardt:

“The governmental engagement of bioethics

80 ENGELHARDT: op. cit. p. 23. Al respecto Philip Kotler, considerado como uno de los principales expositores de la mercadotecnia, señala lo siguiente: *“The societal marketing concept calls upon marketers to build social and ethical considerations into their marketing practices. They must balance and juggle the often conflicting criteria of company profits, consumer want satisfaction, and public interest. Yet a number of companies have achieved notable sales and profit gains by adopting and practicing the societal marketing concept. The societal marketing concept holds that the organization’s task is to determine the needs, wants, and interests of target markets and to deliver the desired satisfactions more effectively and efficiently than competitor in a way that preserves or enhances the consumer’s and the society’s well-being.”* KOTLER, Philip; *Marketing Management. The Millennium Edition.* Prantice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 2000. p. 25

functions to convey a 'moral' imprimatur for particular agendas in law and public policy. It is in addition clear why bioethicists would speak of consensus in the face of strong disagreement, for appeals to moral consensus can function as a camouflaged appeal for supporters to rally around a political agenda.

Governments choose the morality and bioethics that will support their desired public policy. Does this mean that bioethics is primarily an element of biopolitics?"⁸¹

Así, el PRD, dada su posición de "izquierda", asume una postura liberal (dentro de un enorme espectro de matices) en la legislatura, pero desafortunadamente sin conocimiento de causa (no saben quién dijo qué, ni por qué, pero si suena "liberal", entonces hay que apoyarlo a ultranza). En un entorno así permea fácilmente la posición de los personistas, destacando la gran influencia de América del Norte y, particularmente, del texano de la Universidad de Rice, Hugo Tristram Engelhardt, Jr.; sin

81 ENGELHARDT: *ídem.* p. 4

embargo, no son sus ideas personistas lo que más ha preocupado a este autor, sino su búsqueda de lineamientos laicos para la moral en la que puedan convivir distintas comunidades morales. Su posición bien podría sintetizarse en lo siguiente:

“You are required by law and public policy to do X. However, in my considered moral judgment grounded in my morality (which morality is generally characterized as _____), which morality may not be your morality, that if you follow the established law and public policy, this would be immoral.”⁸²

En similar sentido, Habermas apunta lo siguiente:

“The community of moral beings creating their own laws refers, in the language of rights and _____

82 ENGELHARDT: *ibid.* p. 22. Incluso parte del discurso del Dalai Lama señala: “*We need an approach to ethics which makes no recourse to religion and can be equally acceptable to those with faith and those without.*” [<http://dalailama.com>]

duties, to all matters in need of normative regulation; but only the members of this community can place *one another* under moral obligations and expect *one another* to conform to norms in their behavior."⁸³

En efecto, una de las preocupaciones principales de Engelhardt es la de determinar qué tipo de moral debe prevalecer en un estado laico.

“Engelhardt quiere presentarnos la moral que puede guiar a los extraños morales cuando tienen que colaborar para formular una política sanitaria en la ciudad secular posmoderna.

La moralidad que rige la colaboración entre extraños morales es el objeto de estudio de Engelhardt, una moralidad vacía de contenidos normativos concretos, cuyo cometido se reduce a establecer los límites de la autoridad para actuar de manera coercitiva.

83 HABERMAS; op. cit. p. 33.

Una ética para los poderosos, para los propietarios tejanos, conciudadanos del autor y del hoy presidente George W. Bush –gobernador de Texas, el estado de Engelhardt–, que tienen suficientes recursos para pagar los hospitales de primera clase de Houston.”⁸⁴

Engelhardt es cristiano ortodoxo, muy observante de su religión; imparte principalmente las cátedras de filosofía de la medicina y seminarios de Kant y de Hegel en el departamento de filosofía de la Universidad de Rice, en Houston, Texas. Doctorado en medicina por la Universidad de Texas y en filosofía por la Universidad de Tulane. Sus obras principales son: *Bioética y Humanismo Secular*; *Fundamentos de Bioética*; *Fundamentos de Bioética Cristiana*; y, *Bioética Global: El colapso del consenso*. Editor y escritor de la revista *Philosophy and Medicine*. Actualmente investiga sobre modelos explicativos en medicina, el desarrollo de conceptos modernos de salud y

84 FERRER, Jorge José y ÁLVAREZ, Juan Carlos: *Para fundamentar la bioética –Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*; Desclée De Brouwer, Universidad Pontificia de Comillas, Cátedra de Bioética. Madrid, 2003. pp. 218 y 239.

enfermedad, derechos y responsabilidades en el cuidado a la salud.⁸⁵ Lustig apunta lo siguiente:

"H. Tristram Engelhardt has made profound contributions to both philosophical and religious bioethics, and his philosophical and religious works may be read in mutually illuminating ways. As a philosopher, Engelhardt has mustered a powerful critique of secular efforts to develop a shared substantive morality. As a religious scholar, Engelhardt has affirmed a Christian bioethics that does not emanate from human rationality but from the experience of God found in Orthodox Christianity. In this collection of essays, both defenders and critics of Engelhardt's religious bioethics have their say, and the spirited nature of their discussion attests, in its own right, to Engelhardt's enduring influence.

... Engelhardt's vision, which combines his rejection of secular rationality as an adequate

85 Información publicada por la Universidad de Rice:

[<http://philosophy.rice.edu/content.aspx?id=90>]

basis for substantive morality between those he calls "moral strangers" (members of different normative communities or those who foreswear any communal allegiance) with his spirited defense of Orthodox Christianity as the singularly true community wherein appropriate moral practice and discernment occur."⁸⁶

Se podría pensar en Engelhardt en términos paradójicos, por una parte liberal a ultranza y, por la otra, ferviente cristiano ortodoxo; el propio Engelhardt ha reiterado que no hay conflicto entre ambas posiciones (por lo menos para él). Lustig señala que "*The earlier Engelhardt identifies the vacuum at the heart of efforts to establish a morality that binds 'moral strangers'; the later Engelhardt describes the community of authentic worship within which ethical truth is to be lived in radical obedience to the authority of tradition rather than as the result of persuasion by*

⁸⁶ LUSTIG, B. Andrew: *At the roots of Christian bioethics: critical essays on the thought of H. Tristram Engelhardt, Jr.*; *Christian Bioethics*, 17(3), 315-327. Oxford University Press. January, 2012. pp. 315 – 316.

*discursive argument.*⁸⁷

En el análisis realizado por Lustig sobre la influencia de Engelhardt, se encuentran, desde luego, numerosas críticas a las posiciones ultraliberales y personistas de este filósofo texano. Desde luego la apuntada búsqueda de un modelo racional de mínimos éticos e incluso su posición contradictoria respecto del aborto, son materia de señalamientos. Respecto de lo primero, Lustig apunta lo que a continuación se transcribe:

“McKenny’s strengths are abundantly in evidence. He is Engelhardt’s equal (or nearly so) on the philosophical side; as he observes, ‘Engelhardt’s theory is no exception to Nietzsche’s observation that rationalistic approaches to ethics end in nihilism. But if this is so, why keep trying them? Why not recognize, with Aristotle, that it is inappropriate and indeed futile to bring rationalistic expectations into moral and political matters?’⁸⁸

87 LUSTIG: *op. cit.* p. 317.

88 LUSTIG: *ídem.* p. 318.

En cuanto a la posición de Engelhardt respecto del aborto, si bien desde su particular perspectiva personista es una cuestión de libertad reproductiva de la mujer embarazada en donde la moral laica nada tiene qué decir; desde su posición cristiana, considerando que se trata de una moral dotada de contenido, es decir, de una moral de máximos⁸⁹ que, según Engelhardt, solo pueden generar deberes en los miembros de dicha comunidad moral (en el caso de Engelhardt, los cristianos ortodoxos) admite que desde los albores del cristianismo, la muerte intencional de embriones ha sido reconocido como un fracaso radical de amor y como una de las peores acciones, sea o no el embrión una persona.⁹⁰

“Apropos of abortion, Tollefsen argues that

89 “En una sociedad plural, no se puede imponer una ética de máximos para todos, sino que se deben buscar unos mínimos éticos compartidos que garanticen la convivencia.” FABRE, Francesc Abel, et. al; Consideraciones sobre el embrión humano. Bioètica & debat, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. p. 2.

90 LUSTIG: *ibid.* p. 323. Vid. ENGELHARDT, H. Tristram, Jr.: *The foundations of Christian bioethics*. Swets & Zeitlinger publishers. Lisse, 2000.

Engelhardt's bifurcation of morality carries pernicious implications for both the legal status of fetuses in a pluralistic society and for the moral integrity of moral friends in communities of shared beliefs, including, among Christians and many others, the belief that abortion is an unjust taking of human (and/or personal) life."⁹¹

Al respecto, Engelhardt apunta que los desacuerdos humanos están de hecho sustancialmente (aunque no exclusivamente) enraizados en apreciaciones fundacionalmente diferentes de la racionalidad de la moral, aunque: "*a common human moral rationality in the sense of a common ranking of cardinal human goods or a common fabric of settled moral judgments does not exist*".⁹² Ferrer y Álvarez explican lo siguiente:

"La argumentación racional no puede resolver los debates éticos entre los extraños morales con visiones morales diversas. La estridencia del

91 LUSTIG: *ibid.* p. 319.

92 LUSTIG: *ibid.* p. 322.

debate sobre el aborto es un prístino ejemplo de esta situación: un debate interminable entre extraños morales, que no se puede resolver a través de la sola argumentación racional.⁹³

Los planteamientos de Engelhardt hacen eco en los lineamientos morales del Estado mexicano, puesto que en México la idea de moral laica se centra en la máxima juarista (y kantiana): *entre los individuos como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz*. Este es el eje de la moral nacional mexicana; el contenido indispensable de la convivencia y buena vecindad. En ese orden de ideas, esta idea del respeto al derecho ajeno se puede vincular con el principio de permiso; y la idea (revolucionaria, entre comillas) de solidaridad nacional,⁹⁴ se vincula con el principio de beneficencia, ambos planteados como los mínimos establecidos para una comunidad de extraños morales, según plantea Engelhardt (lo que se explicita en posteriores capítulos de este trabajo); empero, igualmente estos esfuerzos por racionalizar la moral,

93 FERRER, Jorge José y ÁLVAREZ, Juan Carlos: *op. cit.* p. 209.

94 La referencia es a la Revolución Mexicana.

terminan como meras herramientas de uso especulativo o retórico en el discurso político. Este mismo autor apunta lo siguiente:

“Because a canonical, secular, moral truth (and bioethics) cannot be discerned, a political agenda is substituted, compounding the disputes engendered by moral pluralism with thinly veiled political struggles. The resulting state of affairs is characterized by competition among incompatible socio-political agendas in the guise of moral disputes. As already noted, bioethics as biopolitics has become a specialized field for the political struggle among health care ideologies, where each party seeks to use state power to establish its bioethics.

Bioethics is inextricably bound to biopolitics and particularly political movements.”⁹⁵

Esto mismo es lo que pasa en el tratamiento que da la

95 ENGELHARDT: *ibid.* p. 15.

Suprema Corte de Justicia de la Nación a la resolución de casos de bioética, como se verá más adelante (tristemente la biopolítica ha desplazado a la bioética en México) respecto a la argumentación judicial que debiera atender a criterios racionales, a modelos propios de la teoría de la argumentación y no simplemente a las presiones de una u otra comunidad o postura moral, en vez de atender a los criterios mínimos morales como lo plantea Cortina:

“Y en este sentido es en el que cabe calificar de <<hallazgo>> aquel doble descubrimiento del liberalismo de los orígenes: unos mínimos morales compartidos constituyen la condición de posibilidad de que cada quien pueda vivir según sus ideales, según sus máximos, y a la vez prohíben la arbitraria interferencia del Estado o de los demás ciudadanos en el desarrollo del plan de felicidad de cada quien. El minimalismo ético en aquellos valores o procedimientos que se pretendan universalizables es, pues, irrenunciable.”⁹⁶

96 CORTINA, Adela: *Ética aplicada y democracia radical*; Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.

Al respecto Engelhardt apunta que *"the more than-minimal state becomes merely a political structure which one should out of concerns for prudence usually obey, but which possesses no general secular moral standing or authority."*⁹⁷

La influencia de Engelhardt es clara y, sin embargo, solo predomina en la parte en que establece la posición liberal sobre la bioética, es decir, en cuanto a su posición personista, pero no respecto de su verdadera preocupación, la asunción de una moral basada en los mínimos a los que alude Adela Cortina. En eso no es tomado en cuenta, solo en lo otro y, principalmente, por el afán de las "izquierdas" mexicanas de llevar la contraria a la "derecha" y también, viceversa, por parte de esta última, en muchos casos.

"Precisar los mínimos morales en torno a los que puede existir tal consenso, sin contar con una lógica del desarrollo o con una teoría de la racionalidad, resulta harto difícil, si no imposible. Y prueba de ello es que ni siquiera los defensores

A.) Madrid, 2001. p. 44.

97 ENGELHARDT: *ibid.* p. 6.

del liberalismo político son capaces de llegar a un acuerdo sobre cuáles sean esos mínimos: hemos señalado cómo Larmore abandona incluso la idea kantiana de autonomía, que Rawls tenía por uno de los mínimos, y opta por el diálogo racional y el trato igual que, a su juicio, no precisan basarse en la idea de hombre como ser autónomo.⁹⁸

"To take a metaphor from business, bioethics is a successful conglomerate."⁹⁹

98 CORTINA: *op. cit.* p. 46.

99 ENGELHARDT: *ibid.* p. 19.

CAPÍTULO II

2.1. La discriminación y la promoción de solo nacimientos de individuos sanos. 2.2. Cultura y eugenesia: de *Brave New World* a *Gattaca*. 2.3. El respeto a la vida humana en cualquier fase y/o circunstancia. 2.4. Del informe Warnock al informe Donaldson. La nueva eugenesia: de la fecundación *in vitro* a la técnica de transferencia nuclear. 2.5. De la eugenesia al principio de beneficencia procreativa. El diagnóstico preimplantatorio. 2.6. Aborto eugenésico: ¿quién decide y cómo? 2.7. Últimas consideraciones: los neurofármacos.

2.1. La discriminación y la promoción de solo nacimientos de individuos sanos.

Quizás por emulación a la naturaleza, al mundo animal en particular, el hombre en sus albores decidió que era benéfico para su familia y, tal vez, para su comunidad,

evitar la crianza de individuos malformados, enfermos o demasiado débiles. ¿Esto supuso, en los comienzos de la historia de la humanidad, discriminación hacia los discapacitados?

En tal caso ¿podríamos pensar que los primeros hombres que conformaron las sociedades primitivas tenían predilección por "cuerpos perfectos"?, ¿o simplemente la crianza de niños que difícilmente sobrevivirían un invierno suponía cargas insostenibles para aquellos grupos nómadas?

La etimología del propio término, eugenesia (del griego *eu*, bien, y *-génesis*) nos da pautas para interpretar que los comienzos, al menos, de estas prácticas (reiteradas entre los esquimales, los helenos, los troyanos, los romanos, etcétera¹⁰⁰) nada tenían que ver con el *culto al cuerpo*

100 "A las mujeres kung que dan a luz cuando todavía tienen un hijo demasiado pequeño para caminar probablemente no les resulta fácil ir a los montes y ahogar al bebé recién nacido, pero hacer esto no les impide ser unas madres cariñosas con los hijos que han elegido tener. Las madres japonesas son famosas por la dedicación a sus hijos y esto, como hemos visto, era compatible con la tradición del 'mabiki' o 'adelgazamiento' de bebés. Las comadronas japonesas que asistían los partos no daban por sentado que el bebé fuera a vivir; en vez de ello siempre preguntaban si el bebé 'se iba a quedar' o 'se le iba a devolver' a

propio de la estética anoréxica contemporánea, ni a la

cualquier lugar del que se creyera que venía. No es necesario decir que en Japón, como en todas estas culturas, a un bebé que nace con una grave discapacidad se le 'devolvía' casi siempre". SINGER, Peter: Repensar la vida y la muerte –El derrumbe de nuestra ética tradicional–; Paidós Transiciones, número 4, Editorial Paidós. Barcelona, 1997. p. 210. Por su parte, Engelhardt señala lo siguiente: "Durante la Edad Media el infanticidio se condenaba oficialmente en Occidente, pero al mismo tiempo se perseguía a herejes y judíos. La Alemania del siglo XX, que prohibía el infanticidio, produjo la tiranía de Hitler, y lo mismo se puede decir de las grandes matanzas de inocentes perpetradas en la Unión Soviética, también oficialmente intolerante con el infanticidio. Aunque asociemos el infanticidio a culturas primitivas o a tradiciones no europeas, la verdad es que está profundamente enraizado en la cultura occidental. Se aceptaba ya ampliamente en el mundo grecorromano. Platón lo aprobaba (La República V. 460 c), Aristóteles también lo recomendaba en su Política: 'Haced ley de que los niños deformes no vivan'. Tengamos en cuenta que el infanticidio entre los atenienses se remonta como mínimo a Solón, el gran legislador y uno de los Siete Sabios de Grecia. Sexto Empírico nos dice que Solón legalizó el infanticidio, aunque, al parecer, únicamente lo toleraba mediante la exposición a la intemperie, práctica comúnmente aceptada por los griegos: 'Solón dio a los atenienses la ley 'sobre cosas inmutables', que permitía que cada cual matase a su propio hijo...'. En las Doce Tablas, Roma reconocía el derecho paterno a cometer infanticidio. Incluso parece que era un deber matar al niño deforme. Cicerón observa en su De legibus: 'El niño horriblemente deforme debe morir inmediatamente, como ordenan las Doce Tablas' (De legibus III, 8, 19)". ENGELHARDT, H. Tristram: Los Fundamentos de la Bioética; Ediciones Paidós. Barcelona, 1995. p. 296.

estulta creencia de *supremacía* racial del nazismo, sino, por lo contrario, a la liberación de las familias de las pesadas cargas que les supondrían criar a un discapacitado en aquellos propectos tiempos en que la única "asistencia pública" era el propio seno familiar y en que la única seguridad social –por llamarle de alguna manera– era la propia fortaleza interna de cada quien.

Ahora bien, esta idea de fortaleza como fundamento de la eugenesia en las sociedades primitivas, no puede tener equivalencia en la sociedad actual, pues precisamente en la actualidad la apariencia es precisamente una de las principales fortalezas del individuo profundamente narcisita propio del posmodernismo.

"Appearance is the most public part of the self. It is our sacrament, the visible self that the world assumes to be a mirror of the invisible, inner self."¹⁰¹

101 ETCOFF, Nancy: *Survival of the Prettiest –The Science of Beauty–*; Anchor Books. New York, 2000. p. 6.

Y esta connotación es terreno fértil para el argumento de la discriminación que parece rondar insistentemente al concepto de eugenesia (bien desprestigiado, como se comentó con antelación, por los horrores de la segunda guerra mundial). Es innegable que el término eugenesia hoy en día resulta políticamente incorrecto y, como veremos en este capítulo, ciertos autores prefieren re-denominar el término, por otro que se ajuste mejor al espíritu original de la eugenesia.

Se decía pues, que una de las principales objeciones a la eugenesia –y en particular al aborto eugenésico– es la discriminación. Shuster apunta que en el desarrollo de las investigaciones relativas a la secuencia del genoma humano –y consecuentemente las investigaciones en torno a la prevención de enfermedades– *"no se ha consultado con los grupos de discapacitados que enfrentan discriminación constante debido a sus discapacidades y temen que el monitoreo genético de embriones y fetos fortalezca la discriminación en contra de discapacidades mentales"*,¹⁰² sin embargo, hay que considerar que no es lo

102 SHUSTER, Evelyne: Genetic Determinism, Reductionism and Discrimination: Tightening the Chains Because of the Human Genome Sequence; En: Reflexiones en torno al Derecho

mismo prevenir una discapacidad que discriminar a un discapacitado. Hay una distinción entre discapacidad y persona con discapacidad: prevenir la discapacidad no es excluir al discapacitado. Savulescu esgrime lo siguiente:

“In the case of selection against disease genes, similar claims are made. For example, one version of the *Disability Discrimination Claim* maintains that prenatal testing for disabilities such as Down syndrome results in discrimination against those with those disabilities both by:

- the statement it makes about the worth of such lives.
- the reduction in the numbers of people with this condition.

Even if the Disability Discrimination Claim were true, it would be a drastic step in favour of equality to inflict a higher risk of having a child with a disability on a couple (who do not want a

child with a disability) to promote social equality.

Consider a hypothetical rubella epidemic. A rubella epidemic hits an isolated population. Embryos produced prior to the epidemic are not at an elevated risk of any abnormality but those produced during the epidemic are at an increased risk of deafness and blindness. Doctors should encourage women to use embryos which they have produced prior to the epidemic in preference to ones produced during the epidemic. The reason is that it is bad that blind and deaf children are born when sighted and hearing children could have been born in their place.

This does not necessarily imply that the lives of those who now live with disability are less deserving of respect and are less valuable. To attempt to prevent accidents which cause paraplegia is not to say that paraplegics are less deserving of respect. It is important to distinguish between disability and persons with disability. Selection reduces the former, but is silent on the value of the latter. There are better ways to make statements about the equality of

people with disability (e.g., we could direct savings from selection against embryos/fetuses with genetic abnormalities to improving well-being of existing people with disabilities).

These arguments extend to selection for non-disease genes. It is not disease which is important but its impact on well-being. In so far as a non-disease gene such as a gene for intelligence impacts on a person's well-being, parents have a reason to select for it, even if inequality results."¹⁰³

Después de todo, nadie quisiera que nacieran niños

103 SAVULESCU, Julian: *Procreative Beneficence: Why we should select the best children*; Bioethics. Volume 15 Number 5/6 2001. Blackwell Publishers Ltd. UK. p. 423. "Consideramos éticamente aceptable el hecho de usar estas técnicas diagnósticas [diagnostico preimplantatorio] para determinar la compatibilidad de ese embrión con otro hijo *enfermo a quien se pretenda curar, siempre que no se instrumentalice el nuevo hijo, convirtiéndolo en un mero medio terapéutico para salvar aquella vida.*" FABRE, Francesc Abel, et. al; Consideraciones sobre el embrión humano. Bioètica & debat, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. p. 8.

discapacitados (salvo el dramático caso de la pareja de mujeres homosexuales sordas que buscaron que su hija fuera igualmente sorda¹⁰⁴ o en el caso de la imprecación a *la Shakespeare: Si tiene descendencia, que sea atroz, un aborto nacido antes de tiempo, y que su aspecto, monstruoso y aberrante, horrorice a la madre que lo mire*¹⁰⁵) aun y cuando esto constituyese un deseo inconfesable:

“De hecho, podríamos imaginar ciertas circunstancias en las cuales las personas se

104 "A deaf lesbian couple who sought a sperm donor with a family history of deafness in order to have a child they hoped would be deaf have attracted a lot of criticism. They have been criticised for deliberately creating a deaf child, for denying their child a hearing aid, and for raising the child in a homosexual household." SPRIGGS, Merle: *Lesbian couple create a child who is deaf like them*; Murdoch Childrens Research Institute, Ethics Unit, Royal Childrens Hospital, Parkville, Victoria, Australia. *Journal of Medical Ethics*, 2002; Volumen 28, p. 283. En ese mismo sentido Cfr. SAVULESCU, Julian: *Deaf lesbians, "designer disability," and the future of medicine*; *Journal of Medial Ethics*, 2002, Volume 325, 5 October, 2002; [<http://jme.bmjournals.com>]

105 SHAKESPEARE, William; *Ricardo III*; Biblioteca clásica contemporánea, Editorial Losada. Buenos Aires, 1997.

mostrarían satisfechas acerca de la alta probabilidad de que el embrión de una grulla pudiese llegar hasta el fin del embarazo, pero le restarían valor a la probabilidad de que un embrión humano (que conduciría, por ejemplo, al nacimiento de un niño deforme) lo hiciera.¹⁰⁶

Este planteamiento (se reitera, *inconfesable* y desde luego políticamente incorrecto) no solo está generalizado en la sociedad, sino que ha sido plasmado de una u otra manera en nuestra cultura, tal y como se observará en el apartado siguiente.

Finalmente, la igualdad es entendida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación según se desprende de los siguientes criterios jurisprudenciales, que se explican a sí mismos:

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son

106 ENGELHARDT: *op. cit.* p. 160.

iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los

sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto. Amparo en revisión 392/2001. Seguros Inbursa, S.A. Grupo Financiero Inbursa. 21 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino

V. Castro y Castro. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Karla Licea Orozco. Amparo directo en revisión 1256/2002. Hotel Hacienda San José del Puente, S.A. de C.V. y otros. 22 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes. Amparo directo en revisión 913/2003. Edgar Humberto Marín Montes de Oca. 17 de septiembre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame. Amparo en revisión 797/2003. Banca Quadrum, S.A. Institución de Banca Múltiple. 26 de mayo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. Tesis de jurisprudencia 81/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de septiembre de dos mil cuatro. Registro No. 180345 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XX, Octubre de 2004 Página: 99 Tesis: 1a./J.
81/2004 Jurisprudencia Materia(s):
Constitucional.

IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN
OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE
ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.

La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. Por tanto, el primer criterio para analizar una norma

a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente. En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida. Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer

párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino que es imperativo. La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que sea exigible que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo obligado que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo

que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.

Amparo en revisión 1155/2008. Ramón Ernesto Jaramillo Politrón. 21 de enero de 2009. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada. Amparo en revisión 221/2009. Wal-Mart de México, S.A. de C.V. (ahora Wal-Mart de México, S.A.B. de C.V.). 20 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Guadalupe de la Paz Varela Domínguez. Amparo directo en revisión 1818/2008. Martha Ponce de León y otros. 24 de junio de 2009. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Amalia Tecona Silva. Amparo en revisión 2131/2009. Carlos

Ruiz Carrillo y otros. 11 de noviembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Blanca Lobo Domínguez. Amparo en revisión 50/2010. Minera Peñasquito, S.A. de C.V. 3 de marzo de 2010. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Israel Flores Rodríguez. Tesis de jurisprudencia 42/2010. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del catorce de abril de dos mil diez. Registro No. 164779 Localización: Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Abril de 2010 Página: 427 Tesis: 2a./J. 42/2010 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del

legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas

que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Amparo en revisión 459/2006. 10 de mayo de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Amparo en revisión 846/2006. 31 de mayo de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo. Amparo en revisión 312/2007. 30 de mayo de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón

Cossío Díaz. Secretaria: Carmen Vergara López. Amparo en revisión 514/2007. 12 de septiembre de 2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Tesis de jurisprudencia 37/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de dos de abril de dos mil ocho. Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Abril de 2008 Página: 175 Tesis: 1a./J. 37/2008 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido).

El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario

que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica

siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Amparo en revisión 1959/2004. Rafael Araluce Santos. 16 de febrero de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. Amparo en revisión 1629/2004. Inmobiliaria Dos Carlos, S.A. de C.V. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo. Amparo en revisión 846/2006. Grupo TMM, S.A. 31 de mayo de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo. Amparo directo en

revisión 537/2006. Armando Raymundo Morales Jacinto. 28 de junio de 2006. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. Tesis de jurisprudencia 55/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintitrés de agosto de dos mil seis. Nota: Por ejecutoria de fecha 28 de noviembre de 2007, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 41/2007-PL en que participó el presente criterio. Registro No. 174247 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Septiembre de 2006 Página: 75 Tesis: 1a./J. 55/2006 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

2.2. Cultura y eugenesia: de Brave New World a Gattaca.

La visión de las creencias y de la cultura en este campo se ha centrado, naturalmente, en los casos dramáticos y, quizás, desprestigiadores de la eugenesia, tomada esta

como la mera manipulación utilitarista de las especies (como se planteaba en los años veinte con *Mein Kampf* de Hitler y *The Pivot of Civilization* de Margaret Sanger) salvo excepciones artísticas, por supuesto.¹⁰⁷

Para la generalidad, la idea de eugenesia apunta preponderantemente a, parafraseando a de Waal, todo lo que suene alemán o sueco antes, durante y después de la segunda guerra mundial; sin embargo, es de destacarse lo siguiente:

“... los científicos norteamericanos y británicos tampoco eran inocentes, porque anteriormente habían sido los introductores de la eugenesia. Abogaron por leyes de inmigración racistas y por

107 *"Eugenesia: Pasa que los cronopios no quieren tener hijos, porque lo primero que hace un cronopio recién nacido es insultar groseramente a su padre, en quien oscuramente ve la acumulación de desdichas que un día serán las suyas. Dadas éstas razones, los cronopios acuden a los famas para que fecunden a sus mujeres, cosa que los famas están siempre dispuestos a hacer por tratarse de seres libidinosos. Creen además que en esta forma irán minando la superioridad de los cronopios, pero se equivocan torpemente pues los cronopios educan a sus hijos a su manera, y en pocas semanas les quitan toda semejanza con los famas."* Julio Cortazar.

la esterilización forzada de los sordos, ciegos y discapacitados mental o físicamente, así como los criminales y los miembros de razas minoritarias. A este efecto se llevaron a cabo operaciones quirúrgicas secretas cuyas víctimas visitaban el hospital por otras razones. Los que prefieren exculpar a la ciencia y hacer racaer la culpa de esta sórdida historia en la pseudociencia harían bien en considerar que la eugenesia era una disciplina académica seria en muchas universidades. En los años treinta había instituciones dedicadas a la eugenesia en Inglaterra, Suecia, Suiza, Rusia, Estados Unidos, Alemania y Noruega. Sus teorías contaban con el apoyo de figuras influyentes, incluyendo presidentes de Estados Unidos. Su fundador, el antropólogo y matemático Sir Francis Galton, fue miembro de la Royal Society y fue nombrado caballero después de haber promovido ideas sobre el mejoramiento del género humano. Para Galton, el ciudadano medio era 'demasiado ruin para el trabajo diario de la civilización

moderna’.”¹⁰⁸

En la literatura, el clásico de clásicos, *Brave New World* – o *Un Mundo Feliz*– de Aldous Huxley, plantea la manipulación de los nacimientos humanos, distinguiéndolos en clases según su coeficiente intelectual y con ello destinándoles, irremediabilmente, al *determinismo laboral* para el que habían sido concebidos. Esta obra de los años treinta (¡!) marcó un hito en esta temática, que rápidamente encontrara su enorme veta cinematográfica (y verdadera vocación). Muy numerosas son las obras que tratan estos tópicos, alusiones a la eugenesia se encuentran, por ejemplo, en la obra de C.S. Lewis: *That Hideous Strength*; o bien en *El país de las sombras largas*¹⁰⁹ de Hans Ruesch; igualmente hay el manejo de

108 DE WAAL, Frans: El bonobo y los diez mandamientos. En busca de la ética entre los primates; Tusquets Editores; Metatemas. México, 2014. p. 33. Título original: The bonobo and the atheist. In search of humanism among the primates.

109 –¡Asiak! –gritó Ernenek–. Se puso en pie de golpe, chocó con la cabeza en la bóveda del *iglú* y sosteniéndolo de un pie, levantó en aire a Papik que estalló en un estridente berrido mientras se le ponía la cara morada.

–¿Qué pasa? –preguntó Asiak asustada.

- *iNo tiene dientes!*

A estas palabras siguió un momento de verdadera consternación. Asiak pasó un dedo por las encías del hijo, sin preocuparse por sus gritos. Ernenek tenía razón: no se descubrían allí rastros de dientes. Asiak se dejó caer sobre el lecho, y por primera vez Ernenek le vio lágrimas que no eran de alegría.

-Debes de haber infringido algún tabú- le dijo él severamente.

-No, que yo sepa.

-¿No habrás comido animales marinos junto con animales terrestres? ¿O no habrás puesto en el mismo recipiente productos de mar y productos de tierra?

-iNo, nunca!

-Entonces habrás dado muerte a una foca o a un caribú blanco o habrás cosido fuera de la estación. ¿Por qué no lo confiesas?

-iPorque no hice nada de todo eso! Probablemente fuiste tú quien trasgredió algún tabú. Piensa, piénsalo bien.

-iUna mujer habla así a su marido! ¿Adonde hemos llegado?

-Pensemos más bien en lo que haremos -dijo Asiak, que se mordió vivamente los labios y procuró contener las lágrimas, porque demasiado bien sabía, como lo sabía Ernenek, lo que había que hacer.

Ernenek se volvió, tosió, refunfuñó y lanzó imprecaciones. Luego se esforzó por reír y por hacer creer que la cosa no le importaba nada. Asiak fue la primera en decir lo que ambos sabían.

-Lo dejaremos en el hielo. Cuanto antes lo hagamos será mejor.

Ernenek acarició la cabeza de su mujer y la olfateó. -Tendrás otros hijos y tal vez esos

esta idea en *Dune*, y particularmente en *El Mesías de Dune*, de Frank Herbert; en *Azteca* de Gary Jennings; en *El Etrusco* de Mika Waltari; en fin, incontables son los títulos en que de una u otra forma refieren el infanticidio eugenésico o a la manipulación de la especie para su “perfeccionamiento”.

Mayor impacto en la sociedad que la literatura son los diversos temas de la bioética que han sido tratados por el cine. Así tenemos que, conforme se ha ido avanzando en el campo de las investigaciones biotecnológicas, se han ido presentando propuestas cinematográficas acordes con el estado de la ciencia. Tenemos la trilogía temática, por así llamarle, protagonizada por el hasta hace poco gobernador de California, Arnold Schwarzenegger: *Twins*, que trata de la experimentación con embriones; *Junior*, que plantea la posibilidad de un embarazo masculino, y *Sexto Día*, sobre clonación reproductiva y terapéutica (como se dijo, para el reemplazo de órganos).

Otras películas abordan estos temas, en *Alien - Resurrection*,¹¹⁰ además de clonación se presenta la

vengan provistos de dientes.

110 No se piense en modo alguno que los anteriores títulos corresponden a los gustos

utilización de úteros artificiales, y en *Gattaca* (palabra convenientemente compuesta por las letras que representan a las bases nitrogenadas del ADN: Guanina, Adenina, Timina, Citosina) se presenta la eugenesia en su máxima expresión. Todavía no se filma la película con el tema biotecnológico más escalofriante de todos: autoprocreación femenina (mediante clonación): una sociedad exclusivamente de mujeres. Habermas apunta lo siguiente:

“Irritants of this kind are provoked by all the current scenarios that step out of science-fiction literature and invade the scientific feature pages. Thus we are of late confronted, by a strange lot of non-fiction authors, with the vision of humans being improved by chip implants, or ousted by intelligent robots.”¹¹¹

Las creencias y el folclor populares también han generado gran influencia respecto de estos tópicos. Es

cinematográficos del autor, se mencionan únicamente en términos de exhaustividad.

111 HABERMAS; op. cit. p. 41.

interesante, por ejemplo, la exposición que realiza Vila-Coro respecto de las supersticiones y leyendas en torno a las cuestiones bioéticas, en particular el nacimiento de "malformados".¹¹² Esta autora reproduce un fragmento de la Partida 4ª, Título XXIII, Ley 5ª del Código de las Siete Partidas, que nos parece elocuente por sí mismo: "*Non deben ser contados por fijos los que nacen de la muger y non son figurados como homes, si hubiesen cabeza o otros miembros de bestia...*".¹¹³

Al final, todos estos procesos culturales, ora mediáticos, ora artísticos, ora populares, han terminado por influenciar a la sociedad, bien con prejuicios o, en el mejor de los casos, con un poco de morbo científico por conocer más allá de lo presentado. Por supuesto, el esfuerzo de la filosofía y del Derecho debe centrarse en que estas influencias meta-científicas no incidan de manera desvirtuada en el ánimo de nuestros legisladores, como penosamente ocurre, tal y como lo abordaremos en

112 VILA-CORO Barrachina, María Dolores: *Introducción a la Biojurídica*; Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995. pp. 87-92.

113 VILA-CORO: *op. cit.* p. 87.

ulteriores capítulos.

2.3. El respeto a la vida humana en cualquier fase y/o circunstancia.

El término: eugenesia; por sí mismo despierta inquietudes, como se ha sugerido, y plantea interrogantes sobre el respeto por la vida humana en cualquier fase o circunstancia. Si, siguiendo a los personistas, un individuo en coma irreversible no es persona, en virtud de no satisfacer los presupuestos para ser persona al no tener racionalidad, no ser auto-reflexivo, carecer de preocupación por la censura o la alabanza moral de sus actos,¹¹⁴ no ser consciente de lo que está bien de lo que es incorrecto, de lo conveniente y de lo inconveniente, ¿merecería nuestro respeto? Por supuesto que sí, solo que, desde esta perspectiva personista, el sujeto en coma irreversible ya no sería titular de derechos, lo que no significa que no existan obligaciones de respeto por parte de los demás.

114 Cfr. ENGELHARDT: *op. cit.* pp. 165-168.

Ya quedó establecido que para los personalistas ser persona equivale a ser digno, luego entonces, contrastando esto con la postura personista ¿si no se es digno no se es persona? Por lo que, ¿de no haber dignidad, tampoco habría titularidad de derechos? Un poco este cuestionamiento parece evocar el enunciado del Enrique VI de Shakespeare –permutando el sujeto del mismo por el término: *quienes no sean personas*–: “*The first thing we do, let's kill all the lawyers.*”¹¹⁵ Es decir, no se puede llegar al extremo de afirmar que se debe ignorar todo aquello que no sea *digno* (concepto, este, utilizado gravemente en la encarnizada batalla por determinar si el embrión es o no es persona) simplemente por no serlo, como si al eliminar la cualidad de digno en la persona, supusiera acabar con sus derechos; esta discusión trasciende, incluso, a los bebés, lo que retomaremos un poco más adelante.

Empero, esta contradicción no debería de constituir un punto álgido en la discusión, si bien el propósito de la misma ronda en la cuestión de la penalización o legalización del aborto (eugenésico en particular) puesto que la dignidad de la persona no es razón suficiente para

115 SHAKESPEARE, William: *Henry VI*; Part 2 (1592).

interpelar los derechos de un embrión (que jurídicamente no es persona al estar sujeto a condición suspensiva para serlo¹¹⁶). Ahora, “no ser persona” (como los animales, incluso Koko, la gorila) no es, de suyo, intrínsecamente indigno. Incluso si esa “no-persona” no tuviera inconveniente en ser destruido, o como plantea Dworkin:

116 Esta noción nos viene desde el Derecho Romano, como apunta Margadant: “... *no se trata de la personalidad otorgada con la condición resolutoria de que el niño nazca muerto o no viable, sino, al contrario, de una personalidad con la condición suspensiva de que nazca vivo y viable. Cumplida esta condición, se considera al niño como persona, con efecto retroactivo desde su concepción; pero, en caso de fallar la condición, dicha personalidad nunca ha existido.*” MARGADANT, Guillermo Floris: *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Derecho Romano*; Editorial Esfinge. México, 1991. p. 120. Lo anterior se colige del artículo 22 del Código Civil Federal: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”; en relación con el 1314, que señala: “Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.” Artículo 337: “Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.”

*"no todo lo que puede ser destruido tiene interés en no ser destruido, por supuesto."*¹¹⁷

Nadie desconoce que hay entes valiosos (desde monumentos históricos hasta los grandes mamíferos que bien podría tratárseles como personas) pero dichos entes valiosos no pueden ser titulares de derechos, sino que entrañan obligaciones de respeto, o límites en cuanto a su uso, disfrute o disposición, a las personas. ¿Qué dignidad existe en un sujeto con coma irreversible? ¿No será la misma dignidad con la que se debe tratar a un cadáver –del que no hay duda que ya no es persona–? (Hay quien hace más por la memoria de la persona que por la persona en desgracia).

Consideramos que el respeto no radica en ser o no ser persona y el respeto a la vida, en estos *casos difíciles* se debe de mirar desde la óptica del conjunto de iusfundamentales que se afectan o afectarían en torno suyo; sin embargo, el propio Shakespeare nos ayuda a ir tomando conclusiones sobre si es necesario "ser persona" para ser objeto de respeto: *¿Acaso todos los hombres*

117 DWORKIN, Ronald: *Life's Dominion. An argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*; Vintage Books. New York, 1994. p. 15

matan las cosas que no aman? –de: El mercader de Venecia–. Sobre el particular, Habermas señala lo siguiente:

“Both sides, it seems, fail to see that something may be “not for us to dispose over” and yet not have the status of a legal person who is a subject of inalienable human rights as defined by the constitution.”¹¹⁸

118 HABERMAS; op. cit. p. 31. Desde otra perspectiva: “Todo ser humano tiene dignidad y no precio, es decir, no puede ser sustituido ni se le debe maltratar con el fin de beneficiar a otro. Cuando digo que no puede ser sustituido, no me refiero a la función que realiza (un carpintero puede sustituir en su trabajo a otro carpintero) sino a su personalidad propia, a lo que verdaderamente es; cuando hablo de ‘maltratar’ quiero decir que, ni siquiera si se le castiga de acuerdo a la ley o se le tiene políticamente como enemigo, deja de ser acreedor a unos miramientos y a un respeto. Hasta en la Guerra, que es el mayor fracaso del intento de ‘buena vida’ en común de los hombres, hay comportamientos que suponen un crimen mayor que el propio crimen organizado que la guerra representa. Es la dignidad humana lo que nos hace a todos semejantes justamente porque certifica que cada cual es único, no intercambiable y con los mismos derechos al reconocimiento social que cualquier otro.” SAVATER, Fernando: *Ética para Amador*; Editorial Paidós Mexicana, S. A., bajo el sello editorial Ariel. México, 2008. p. 121.

El respeto, pues, y sobre todo, el respeto a la vida del embrión –controvertido– ha sido sometido por el parlamento Inglés a dos estudios que han trascendido a la comunidad científica y filosófica internacional, revisaremos brevemente estos estudios enseguida.

2.4. Del informe Warnock al informe Donaldson. La nueva eugenesia: de la fecundación *in vitro* a la técnica de transferencia nuclear.

Quizás el parte-aguas en la determinación sobre la legitimidad en la experimentación embrionaria se halla en el *Informe Warnock*.¹¹⁹ Este informe plantea, entre otras cosas, la legitimidad moral para utilizar embriones humanos en investigaciones científicas, con base en las siguientes consideraciones:

119 WARNOCK, Mary: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*; Department of Health and Social Security. Her Majesty's Stationary Office. Londres, 1984. Muy acorde con este informe *cfr.*: FABRE, Francesc Abel, et. al; *Consideraciones sobre el embrión humano*. Bioètica & debat, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull.

En la concepción, el óvulo y el espermatozoide se unen para formar una sola célula que es *totipotente*, esto es, una célula que contiene toda la información genética necesaria para transformarse, posiblemente, en un ser humano adulto. Es oportuno subrayar que la singamia no se verifica en un instante, sino que ocurre mediante un proceso que toma horas:

“Quienes desean defender el momento de la concepción como el comienzo de una vida humana individual puede que imaginen que, al menos, ellos no tienen ningún problema de definición de límites. Pero la ciencia moderna nos ha proporcionado un conocimiento tan preciso de lo que sucede en la concepción, así como la capacidad de interferir en la fecundación del óvulo, que estos problemas se han vuelto ineludibles. No existe un ‘momento’ de la concepción. La concepción de los seres humanos es un proceso que dura unas veinticuatro horas. Comienza cuando el espermatozoide se abre camino hasta la capa exterior del óvulo. Luego esta capa exterior se cierra, para que no pueda

penetrar ningún otro espermatozoide. Sin embargo, en este momento el material genético del óvulo y el del espermatozoide todavía están separados. El material genético de la mujer no está uniformemente distribuido por todo el óvulo, sino concentrado en lo que se denomina 'pronúcleo', que está rodeado de un líquido espeso que llena el óvulo. Después de que el espermatozoide penetre en el óvulo, su cola desaparece y su cabeza forma otro pronúcleo. Los dos pronúcleos, al principio como dos islas que flotan en el espeso líquido, se juntan gradualmente, pero el material genético no se fusiona hasta unas veintidós horas después de que el espermatozoide penetre en el óvulo, en una fase conocida como singamia. Puesto que esta fusión del material genético la que forma la constitución genética del nuevo individuo (o individuos, si se crean gemelos idénticos), parece razonable decir que la concepción es un proceso que no se completa hasta que se ha producido la singamia.

Preguntar en qué hora de este proceso comienza una vida humana resulta un ejercicio

tan inútil como los proverbiales debates eclesiásticos sobre cuántos ángeles podían caber en la cabeza de un alfiler. Pero para cualquier persona interesada por la vida humana 'desde la concepción' tiene consecuencias prácticas apenas menos significantes que el debate sobre el otro extremo de la vida, sobre el momento preciso de la muerte."¹²⁰

El informe Warnock hace un análisis sobre el desarrollo embrionario en sus primeros días¹²¹ llegando a la conclusión del momento en que se puede establecer como mínimo para la conformación del individuo; así, tenemos que en un proceso de fertilización *in vivo*, luego de la singamia (cuyo proceso lleva un día) que se lleva a efecto en el tercio proximal (parte alta) de las trompas de Falopio y de allí viaja el cigoto al través de la trompa hasta la cavidad del útero. Esto toma de cuatro a cinco días; el cigoto permanece flotando en dicha cavidad uterina y empieza a implantarse en el sexto día luego de su

120 SINGER: *op. cit.* pp. 101-102.

121 WARNOCK: *op. cit.* 11.2-11.7.

fertilización. Durante la implantación, el embrión entra en el endometrio, las paredes que revisten el útero; entre el undécimo y el decimotercer día posterior a la fecundación, la implantación se completa.

Mientras el óvulo fertilizado se encuentra todavía en el tercio proximal de la trompa de Falopio, comienza a dividirse primeramente en dos, luego cuatro, luego ocho, luego dieciséis pequeñas células y así sucesivamente, en un proceso conocido como división celular. Al comienzo de dicho proceso, en dos o cuatro células embrionarias, cada una mantiene su capacidad *totipotencial*. Así bien, si la separación ocurre en la etapa de dos células, cada una podría desarrollarse para formar un embrión por separado. Esta separación podría resultar en la generación de gemelos idénticos.¹²²

Cuando dieciséis o más células han resultado del proceso de división celular, las células quedan unidas en una compacta configuración, similar a una mora, llamada *mórula*. La etapa de *mórula* se alcanza casi al mismo tiempo en que el embrión alcanza la cavidad uterina, en la

122 WARNOCK: *ibídem*. 11.3.

fertilización *in vivo*.¹²³

Luego de completada la implantación, entre el día catorce y el día quince –posterior a la fertilización– espontáneamente puede haber una separación celular que conduzca a la generación de gemelos idénticos;¹²⁴ pero esta separación no puede darse con posterioridad a los quince días subsecuentes de la singamia.

Así las cosas, si bien la comisión Warnock reconoce que un embrión humano¹²⁵ no puede ser considerado como persona y ni siquiera como persona en potencia (pues se trata solo de una colección de células las cuales, y a menos que éstas sean implantadas en un ambiente uterino humano, carecen de potencial para su desarrollo¹²⁶) también reconoce las profundas implicaciones morales que conlleva la experimentación con embriones y su creación *in vitro*, por lo que establece (recomienda) que ningún embrión debe de permanecer vivo más allá del día catorce

123 WARNOCK: *ibíd.* 11.4.

124 WARNOCK: *ibíd.* 11.5.

125 Este informe distingue entre blastocito, hasta la fase de implantación, y embrión, a partir de la implantación y hasta la conformación del feto.

126 WARNOCK: *ibíd.* 11.15.

de su gestación, tomando en consideración que conforme a esta comisión, todavía no existe un individuo hasta dicha fase. Singer comenta lo siguiente:

“Esto sugería que, durante este primer período, el embrión era un racimo de células, en vez de un ser individual. Si consideramos al embrión un individuo desde la concepción –llamémosle Marion–, entonces ¿qué le sucede a Marion si el embrión se divide? ¿Los gemelos recién formados son Marion y un nuevo gemelo, por ejemplo, Ruth? ¿O se trata de dos nuevos gemelos, por ejemplo Ruth y Esther?

Ambas respuestas suscitan paradojas. Si Marion todavía existe, ¿cuál de los gemelos es? No hay una base para decir que uno de ellos está más estrechamente vinculado a la Marion original que el otro. Pero si ninguno de los nuevos gemelos es Marion, ¿qué le ha sucedido? ¿Se ha desvanecido? ¿Deberíamos lamentar la pérdida de un individuo humano, como yo lamentaría la pérdida de una de mis hijas, aun cuando fuera reemplazada por otras dos? Ford llegó a la

conclusión de que, mientras todavía es posible la división en gemelos, el racimo de células no constituye un organismo individual. Por tanto, la vida de un individuo humano no comienza en la concepción, sino unos catorce días más tarde, cuando ya no existe posibilidad de que se divida.”¹²⁷

Con estas conclusiones del informe Warnock, Gran Bretaña, y posteriormente numerosos países, autorizaron la investigación con embriones, principalmente para el desarrollo de la fecundación *in vitro* y la “atención” a la infertilidad y sus métodos para contrarrestarla.¹²⁸ Ahora bien, ¿no se trata de eugenesia la fecundación *in vitro* y lo que ello conlleva? Ya se ha concluido que sí, y sin embargo mucho dista esta eugenesia –si bien inmoral– de las atrocidades nazis. Por otra parte ¿hay efectivamente una manipulación genética en la fecundación *in vitro*? En principio se podría contestar afirmativamente, pero no sería

127 SINGER: *op. cit.* p. 101.

128 Desde luego, se puede percibir la gran influencia del inmoral negocio de la reproducción artificial en esta toma de decisiones políticas.

así en cuanto al perfeccionamiento de la "raza humana" (concepto definitivamente obsoleto) sino más bien en cuanto a la generación de individuos en homeostasis, es decir, según la Real Academia Española (de homeo- y el gr. στάσις, posición, estabilidad) conjunto de fenómenos de autorregulación, que conducen al mantenimiento de la constancia en la composición y propiedades del medio interno de un organismo, *i. e.*, individuos con un funcionamiento sistémico en equilibrio y sano.

En este punto es oportuno especificar que la doctrina trata dos tipos de eugenesia: la eugenesia negativa y la eugenesia positiva. Según Andorno¹²⁹ la negativa (o abortiva) es la que busca la normalidad (estadística) y la positiva es la que busca el mejoramiento de la especie. Al parecer, es preferible llamarles eugenesia prenatal a la que busca la homeostasis (y normalidad estadística) y eugenesia procreativa a la que busca el "mejoramiento" de la especie, que tiene, además, un sentido profundamente narcisista. *"The right to an unmanipulated genetic heritage*

129 ANDORNO, Roberto: *Bioética y dignidad de la persona*; Editorial Tecnos. Madrid, 1998
(versión española del propio autor). p. 75.

*is not at all the same issue as the regulation of abortion.*¹³⁰

Así, en cuanto a la búsqueda de la normalidad estadística, el diagnóstico preimplantatorio (que se analizará más adelante) hace referencia a la eugenesia prenatal; por el contrario, el desarrollo de la *técnica de transferencia nuclear* (misma que se utiliza para la clonación reproductiva)¹³¹ cuenta con un contenido eugenésico procreativo; con independencia de la utilización de dicha técnica para el desarrollo de tejidos para ser utilizados en transplantes de órganos, con un propósito claramente terapéutico.

Por su parte, el informe Donaldson¹³² hace especial hincapié en los beneficios de esta técnica para la solución terapéutica de daños mitocondriales en óvulos que pueden traer como consecuencia malformaciones en el desarrollo

130 HABERMAS, Jürgen: *The Future of Human Nature*; Polity Press. Cambridge, UK, 2012. p. 22.

131 *Vid.* Nota 44.

132 DONALDSON, Liam: *Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility. A report from the chief medical officer's expert group reviewing the potential of developments in stem cell research and cell nuclear replacement to benefit human health*; Department of Health. Londres, junio del 2000. [<http://www.doh.gov.uk/cegc/>]

de algunos órganos internos del feto; por supuesto, el esfuerzo en estas soluciones terapéuticas implica nociones eugenésicas prenatales que justifican, mientras la ciencia no cuente con mejores métodos según este informe, la investigación con embriones humanos.¹³³

En efecto, una de las grandes conclusiones del informe Donaldson (mismo que se apoya significativamente en el informe Warnock) es que el beneficio potencial que involucra la investigación con células estaminales (células madre) en términos de sus posibilidades terapéuticas, es igualmente válido respecto de aquellos propósitos para los que la investigación con embriones es actualmente permitida (fecundación *in vitro*).¹³⁴

Y sin embargo, el término eugenesia sigue desprestigiado y, como se había comentado con antelación, los investigadores prefieren utilizar términos distintos, como se verá enseguida.

2.5. "Eugenesia", el principio de beneficencia procreativa y nuevas biotecnologías.

133 Cfr. DONALDSON: *op. cit.* 4.26-4.27 y 4.36.

134 DONALDSON: *Ibíd.* 4.27.

De acuerdo con Ballesteros,¹³⁵ resulta injustificada la procreación artificial pues *"no hay derecho al hijo, porque el hijo es un don de Dios no sólo para los padres naturales, sino para la sociedad en su conjunto, y por ello para los que, dado el caso, puedan adoptarlos."*

En esa dirección, en el de la ilegitimidad de la procreación artificial, Nédoncelle señala que *"No existe propiamente la creación de una persona por otra... y está bien claro que un hombre no es totalmente el efecto de otro hombre ni aun en la procreación"*.¹³⁶

Por contrasentido, *"el hijo... sí tiene derecho al amor de sus padres, a una familia, a un hogar, a un techo. [...] El hijo tiene una dignidad propia: es un fin en sí mismo y, por ello, no puede ser objeto de transacción, de adquisición, de compra o venta."*¹³⁷ Empero, la realidad del mercado es otra, por desgracia, muy distinta:

"En los principales países industrializados, y

135 BALLESTEROS, Jesús: *Ecologismo Personalista*; Editorial Tecnos. Madrid, 1995. p. 99.

136 BURGOS, Juan Manuel: *El Personalismo*; Manuales de Filosofía número 14. Ediciones Palabra. Madrid, 2000. pp. 83-84.

137 BALLESTEROS; *op. cit.* p. 99.

cuando ya se la creía definitivamente abandonada, la cuestión de la eugenesia vuelve a ocupar un primer plano de la actualidad. Ella aparece vinculada ahora con los avances del denominado Proyecto Genoma y la eventual aplicación de los nuevos conocimientos a la especie humana a través de la fecundación *in vitro*.

Desde el mismo campo médico se mencionan, entre las perspectivas futuras de la medicina reproductiva, la generalización de la fecundación *in vitro* fuera de todo problema de esterilidad, combinada con una selección de embriones que permitirá evitar el nacimiento de aquellos que no se acomoden a los estándares pre-establecidos.”¹³⁸

En la actualidad, pareciera incluso que las investigaciones biotecnológicas principalmente atienden no

138 ANDORNO, Roberto: *El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro*; <http://www.bioetica.org/doctrina1.htm>., 15.11.01. Publicado en Revista Chilena de Derecho, vol. 21, nº 2, 1994, p. 321.

a la búsqueda del conocimiento, sino al interés económico encubierto por un falaz discurso de "libertad"; libertad específicamente reproductiva que dolosamente tratan como irrestricta, como si no hubiera límites a los iusfundamentales o si de un perverso caso de excepción se tratara, atropellando con esto el derecho *erga omnes* a la sustentabilidad. Se reitera que la reproducción artificial o asistida es inmoral por ser en principio *contra-natura* y por atentar contra el derecho fundamental de los niños a dicha sustentabilidad. Habermas señala lo siguiente:

"Any enhancement of the scope and focus of the technological control of nature is bound up with the economic promise of gains in productivity and increasing prosperity, as well as with the political prospect of enlarging the scope for individual choice."¹³⁹

Por cuestiones pragmáticas, *"desde el punto de vista técnico, la eugenesia actual se caracteriza por la posibilidad de emplear procedimientos de biología molecular para el*

139 HABERMAS; *op. cit.* p. 24.

diagnóstico genético y la intervención directa sobre los genes. Entre ellas estarían los diagnósticos preimplantatorio y prenatal, la terapia génica germinal y la ingeniería genética de mejora. Los dos tipos de diagnóstico citados (preimplantatorio y prenatal) se aplican en la actualidad, [comúnmente] mientras que las intervenciones en la línea germinal aún no están suficientemente desarrolladas para poder ser puestas en práctica¹⁴⁰ [aunque ya poco falta].

Pese a que lo más alejado de las actuales posibilidades tecnológicas (ya transcurriendo la segunda década del tercer milenio) y lo más cercano a la ciencia ficción sean las intervenciones en la línea germinal, estas serán un hecho tarde o temprano. Indiscutiblemente la manipulación genética no solamente constituye el paroxismo de la eugenesia y del narcisismo, sino un riesgo mayor al equilibrio medioambiental y, consecuentemente, a la sustentabilidad. Y no solo ello, sino que nos lleva al

140 SOUTULLO, Daniel: *Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal*; [http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/eugenesia.htm] 15.11.01. conferencia pronunciada por el autor en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada el 11 de mayo de 2000. p. 2

cuestionamiento sobre la propia naturaleza humana y a un rompimiento con la forma de percibirnos, de concebirnos (en términos conceptuales) e incluso de relacionarnos.

De manera que cualquier intervención en la línea germinal del futuro hijo hará nugatorio, *ipso facto*, su derecho a un futuro abierto y a ser visto como un fin en sí mismo; por el contrario, la intervención genética se traduce en un medio de satisfacción de los deseos (justificados o no) de la futura madre o de los futuros padres, en el mejor de los casos, y, sobre todo, al impacto que, de manera teleológica, se tendría en la autocomprensión de la persona como agente moral y su lugar en la sociedad. Habermas alerta sobre lo siguiente:

“What is at stake, therefore, with the instrumentalization of prepersonal life is the ethical self-understanding of the species, which is crucial for whether or not we may go on to see ourselves as beings committed to moral judgment and action. Where we lack compelling *moral* reasons, we have to let ourselves be guided by signposts set up by the *ethics* of the species.

The desensitization of the way we look at human nature, going hand in hand with the *normalization* of this practice, would clear the path for liberal eugenics."¹⁴¹

Todo indica que la supuesta libertad eugenésica deviene solamente en propaganda, falaz discurso que se alía con la también supuesta libertad reproductiva irrestricta para justificar los pingües negocios asociados con estas inmorales prácticas. Esta eugenesia liberal a la que alude Habermas¹⁴² no solamente afecta la posibilidad del futuro hijo a un futuro abierto, sino que afecta a la conformación de sus relaciones interpersonales. Pensemos que si la humanidad tardó siglos en aceptar que los rasgos fenotípicos no determinan sobre las capacidades del individuo (*i. e.*, racismo) ¿qué sucedería si en efecto llegara a darse un choque generacional con individuos genéticamente diseñados?

“Knowledge of one’s own genome being

141 HABERMAS; *op. cit.* p. 71.

142 HABERMAS; *Ibid. Cfr.* p. 63

programmed might prove to be disruptive, I suspect, for our assumption that we exist as a body or, so to speak, 'are' our body, and thus may give rise to a novel, curiously asymmetrical type of relationship between persons."¹⁴³

Por mínima que sea la intervención en la línea germinal, cualesquiera que sea el pretendido "beneficio" que reciba el hijo, será como nacer con un tatuaje en el rostro con alguna de las preferencias de los padres (o de la madre, según sea el caso). Tales intervenciones en la línea germinal repercuten en la configuración del individuo en cuanto a la acepción de sí mismo y a la conformación de la identidad personal y en ello nadie, ni la madre o los padres, pueden legítimamente intervenir puesto que, de acuerdo con Habermas, la forma en cómo lidiamos con la vida humana antes del nacimiento, toca nuestro autoentendimiento como miembros de la especie y este autoentendimiento como miembros de una especie está íntimamente entrelazado con nuestro autoentendimiento o

143 HABERMAS; *ídem* p. 42. Lamentablemente la realidad está alcanzando a la ficción: Gattaca y *Brave New World*. *Vid.* pp. 152 y 155.

nuestra auto-reflexión como agentes morales.¹⁴⁴

Precisamente porque una característica de la persona es reconocer lo conveniente de lo inconveniente en su calidad de agente moral, es que los juicios morales se plantean desde la perspectiva de la propia persona, considerando ese uno mismo (*propria persona*) como un fin en sí mismo, irrepetible, único, irremplazable y con esa especial calidad de agente moral de ser uno mismo y que interactúa frente a otros que así le consideran, por ser ellos mismos sí mismos. Habermas se cuestiona respecto de la inconveniencia, para el desarrollo de la persona y de la civilización, de las intervenciones en la línea germinal humana, puesto que la injerencia en la constitución de la propia persona, de uno mismo, sea en lo físico o en lo psíquico, entraña un menoscabo al derecho a un futuro abierto y a ser considerado en igualdad con respecto a los demás. Esta diferenciación genética pone en riesgo la posibilidad y la capacidad de la persona genéticamente manipulada, de establecer una comunicación eficaz con los demás, sobre todo en términos de legitimidad de la propia persona (que se podría ver cuestionada en razón de

144 HABERMAS; *ibid.* p. 67

“diferencias” en el desarrollo o la estructura genética). Sin la posibilidad de una comunicación eficiente, la vida tendría un elemento adicional de dificultad poniendo a este individuo en una irremediable situación de desigualdad, lo que desde luego supone un atropello a sus iusfundamentales. Este repudio a las intervenciones de la línea germinal se justifica desde una perspectiva al parecer personalista, de este autor:

“The capacity of being oneself requires that the person be at home, so to speak, in her own body. The body is the medium for incarnating the personal mode of existence in such a way that any kind of self-reference, as for instance first person sentences, is not only unnecessary but meaningless. It is the body that our sense of direction refers to, denoting center and periphery, the own and the alien. It is the person’s incarnation in the body that not only enables us to distinguish between active and passive, causing to happen and happening, making and finding; it also compels us to differentiate between actions we ascribe to

ourselves and actions we ascribe to others. But bodily existence enables the person to distinguish between these perspectives only on condition that she identifies with her body. And for the person to feel one with her body, it seems that this body has to be experienced as something natural –as a continuation of the organic, self-regenerative life from which the person was born.”¹⁴⁵

¿Y qué decir, por otra parte, del desarrollo de quimeras genéticas: organismos genéticamente manipulados en que se mezcle ADN de distintas especies (como ya se viene haciendo) y entre estas diversas, con el ADN humano? La oposición a esta idea salta como un resorte instintivo inscrito por la naturaleza:

“Symptomatically, it is revulsion we feel when confronted with the chimaera that bears witness to a violation of the species boundaries that we had naively assumed to be unalterable. This

145 HABERMAS; *op. cit.* pp. 57 y 58.

'ethical virgin soil', rightly termed such by Otfried Höffe, consists of the very uncertainty that invades the identity of the species."¹⁴⁶

Por otra parte, en cuanto al diagnóstico preimplantatorio (junto con los diagnósticos prenatales) este establece la posibilidad para la mujer (o en el mejor de los casos, para la pareja) que así lo determine, de evitar la implantación de un embrión con algún tipo de discapacidad genética. Obviamente el abuso que se da radica en no solamente *descartar* a los embriones enfermos, sino que se pretende "escoger" al embrión "más bonito", por decirle de alguna manera; es como pedir "hijos a la carta", algo que en cierto modo ya se hace con la selección del sexo del bebé, como se apuntaba en el capítulo anterior, con el serio desequilibrio medioambiental que ello provoca. O bien, se llega al extremo de la cosificación por el que la madre o bien los padres buscan la reproducción de otro hijo, compatible genéticamente con uno previo, para que aquel pueda fungir como su donador. Andorno señala lo siguiente:

146 HABERMAS; *ídem.* p. 39.

“Desde hace pocos años, la técnica también está siendo usada para seleccionar, no solo un embrión que sea sano sino que, además, sea histocompatible con un hermano ya nacido que sufre de una enfermedad susceptible de tratamiento mediante un trasplante celular. En este caso, el embrión es elegido para servir como ‘bebé-medicamento’, es decir, como donante de células en beneficio de su hermano.”¹⁴⁷

Partiendo ahora de otra perspectiva, ¿qué sucede si los diagnósticos fallan y resulta que nace un bebé con graves alteraciones genéticas? Con independencia de la interesante discusión que supone este asunto, la UNESCO convocó a un simposio internacional sobre “Bioética y los derechos del niño” (veintiocho al treinta de abril de dos mil). En las conclusiones de este simposio, conocidas como

147 ANDORNO, Roberto: *Eugenesia liberal: el diagnostico preimplantatorio*; García, José Juan (director). Enciclopedia de Bioética. [<http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/196-eugenesia-liberal-el-diagnostico-preimplantatorio>] p. 4.

la DECLARACIÓN DE MÓNACO,¹⁴⁸ se determinó que la discapacidad de un niño, cualquiera que sea su grado, jamás debe ser considerada como causa de responsabilidad civil subjetiva (*A child's disability, whatever the degree, should never be considered as a liability*). El propósito indudable es proteger a los hospitales y laboratorios donde se realizan estas pruebas, de posibles demandas en que se reclamase una compensación económica en razón del error diagnóstico. El argumento también apunta a una razón de mercado que deja irresuelto el cuestionamiento sobre si existe responsabilidad civil en caso de descuido o malinterpretación diagnóstica y los costosísimos tratamientos que pudiera provocar una malformación (desde luego asumiendo que ello se verifique en jurisdicciones que consideren como lícito o bien no punible el aborto eugenésico). Pongamos el caso de un médico que se abstiene de informar a la mujer embarazada, o a la pareja, en su caso, que el *nasciturus* padece una seria malformación genética que no solo le provocará una grave discapacidad, sino que implicará cuantiosos gastos en tratamientos y terapias. ¿Conforme al Derecho Civil no

148 The Monaco statement: Bioethics and the rights of the child;
[http://www.unesco.org/ethics/en/vivant/monaco_statement.htm] 8.04.02. p. 1.

debería ser responsable el médico omiso de estos gastos? Según la Declaración de Mónaco, no.

En cuanto al controvertido tópico respecto a ¿qué criterios se siguen para la selección del embrión por implantar?, es de considerarse lo siguiente: el "*Diagnóstico Preimplantatorio se utiliza con el propósito de detectar anomalías cromosómicas o anomalías hereditarias. En principio podría usarse para analizar cualquier rasgo genético, tales como el color del pelo o de los ojos*".¹⁴⁹ Nuevamente es de señalarse que en realidad se debería considerar que si hay una predisposición genética, lo conveniente sería no reproducirse y adoptar, puesto que toda forma de reproducción artificial es inconveniente al atentar contra el derecho *erga omnes* a la sustentabilidad.

Pero, al margen de esto, veamos enseguida cómo se intenta justificar o bien "legitimar" al diagnóstico preimplantatorio cuando este, al ser eugenésico, no se salva de la inmoralidad que la reproducción artificial implica, pues, como señala Habermas:

149 SAVULESCU, Julian: *Procreative Beneficence: Why we should select the best children*; Bioethics. Volume 15, June 2001. Blackwell Publishers, UK, 2001.

“The conceptual distinction between the prevention of the birth of a severely afflicted child and the optimization of the genetic makeup, that is, a eugenic choice, has become blurred.

The conceptual problem of distinguishing between prevention and eugenics will then become a matter of political legislation [...] we cannot help but feel that the human species might soon be able to take its biological evolution into its own hands.”¹⁵⁰

Julian Savulescu argumenta sobre la selección embrionaria utilizando el siguiente ejemplo: En una habitación aislada se echa a girar una rueda de la fortuna, cuyos resultados pueden ir de cero a un millón de euros, mismos que son colocados en dos cajas marcadas con las letras A y B. Se sacan las cajas para que se saque (a ciegas) un papelito con la cifra que se obtiene, pero para el caso de la caja B, además se echará un dado con la posibilidad de que si cae un 6, entonces, con independencia de lo que se saque de la caja, se restarán cien mil euros.

150 HABERMAS; *op. cit.* p. 21.

¿De cuál caja escogería?

Por supuesto de la A, esto es, se utiliza la información disponible y se escoge la opción más parecida a extraer el mejor resultado posible. Partiendo de tal consideración, Savulescu plantea el principio de beneficencia procreativa (*procreative beneficence*) en los siguientes términos: "*las parejas [o más bien, el titular o titulares del embrión] deben seleccionar el hijo, de los posibles hijos que pudieran tener, que se pueda esperar que tenga la mejor vida, o al menos la mejor vida entre los otros, basado en la información relevante, disponible.*"¹⁵¹

Este principio, supuestamente, se opone a la eugenesia en cuanto a que esta se verifica en el terreno social e implica manipulación, mientras que el principio de beneficencia procreativa únicamente atañe a la familia¹⁵² (mono o biparental).¹⁵³ Pero esto será únicamente respecto

151 SAVULESCU: *op. cit.* p. 415.

152 Familia, considerando la procreación del hijo "seleccionado", siguiendo el ejemplo de Savulescu.

153 "¿Con qué derecho y en base a qué criterios de 'buenas' y 'malas' predisposiciones genéticas pueden los padres potenciales y, en su nombre, los médicos intervinientes, destruir vidas humanas para satisfacer el deseo de un hijo sano?" ANDORNO: *op. cit.*; p. 2.

a la decisión, a la elección embrionaria a que se llegue; empero, ello por sí solo supone un desequilibrio ambiental al pasar por encima de la selección natural y provocar *a fortiori* un nacimiento, cuando éste no se habría dado en la naturaleza; por el contrario, se provoca con la sola intervención de la voluntad del hombre (voluntad que se impone al orden natural: injustificable) lo que no solo atenta contra la sustentabilidad del planeta (por cuanto hace a la selección natural) sino que además puede provocar consecuencias existenciales, como apunta Habermas:

“In making their choice, the parents were only looking to their own preferences, as if disposing over an object. But since the object evolves to be a person, the egocentric intervention takes on the meaning of a communicative action which might have existential consequences for the adolescent.”¹⁵⁴

154 HABERMAS; op. cit. p. 51 “La selección embrionaria degrada profundamente la relación paterno-filial, que debería ser un ‘vínculo entre personas’, es decir, entre iguales (aunque con roles distintos), al nivel de una ‘relación de dominación’ de tipo sujeto-objeto, dueño-

En realidad, la selección de los embriones no es algo tan novedoso, pues esta misma selección se realiza con el diagnóstico prenatal (por ejemplo, la prueba de amniocentesis) solo que en vez de no implantar, se aborta. Otra justificación al diagnóstico preimplantatorio consiste precisamente en que se evita el aborto eugenésico al “asegurar”, muy entre comillas, la implantación de un embrión sano o en homeostasis. Habermas se cuestiona lo siguiente:

“Do parents who decide to rely on embryo selection, in view of their own wish for a child, fail to adopt a clinical attitude, which is oriented toward the goal of healing?”¹⁵⁵

Quizá lo más sangrante del derecho a la selección embrionaria (o como señala Dworkin: la autonomía procreativa) es que se puede atentar en contra del principio de beneficencia procreativa (es decir, respecto de la selección del embrión sano) como en el caso de la pareja

esclavo.” ANDORNO: *ibid.* p. 3.

155 HABERMAS; *op. cit.* p. 69

de sordos que iquerían tener un hijo sordo porque su casa estaba diseñada para sordos! La selección de genes sanos es un requisito moral, pero que implica solamente persuasión, mas no justifica coerción alguna.¹⁵⁶ Andorno subraya la inmoralidad del diagnóstico preimplantatorio al aducir lo siguiente:

“El solo hecho de fijar de antemano estándares de ‘calidad’ al hijo por venir, a fin de seleccionar solamente aquellos que cumplan con los requisitos fijados supone una cosificación del hijo, que deja de ser un fin en sí para convertirse en un simple medio destinado a satisfacer los deseos de los padres.”¹⁵⁷

Por contrapartida, ¿existe un derecho a no nacer? Sobre todo ¿a no nacer con malformaciones? Savulescu no llega a ninguna conclusión pero afirma que “indudablemente existe un derecho a la información y un derecho a tomar

156 SAVULESCU: *ibíd.*

157 ANDORNO: *idem*; p. 10.

decisiones sobre cuántos hijos tener, cuándo tenerlos y qué clase de hijos tener.”¹⁵⁸ No obstante, si existiese un derecho a nacer, indiscutiblemente tendríamos que confrontar tal derecho con su dimensión pasiva, esto es, con el derecho a sacrificar la vida –por ejemplo, por un bien superior como la vida de la mujer embarazada, tal y como se expondrá en el siguiente capítulo–. Sobre la dimensión pasiva de los iusfundamentales, Talavera señala lo siguiente:

“En efecto, sería justificable un cierto temor a que el sector de la población social y políticamente dominante, pudiera intentar dificultar o impedir modos de expresarse o formas de vida que son diferentes o que se mueven en sentido contrario al estilo de la mayoría; ejerciendo una coacción directa o indirecta sobre la minoría y sobre la diferencia. De aquí que el principio constitucional de libertad (y el pluralismo como su expresión práctica),

158 SAVULESCU, Julian: *Is there a "right not to be born"? Reproductive decision making, options and the right to information*; Journal of Medical Ethics, volume 28, 2002. pp. 65–67.

exijan en un Estado democrático de Derecho, garantías consistentes de que eso no sucederá. La garantía más poderosa reside en la consagración constitucional de un derecho específico con ese contenido. Situémonos, por ejemplo, en la línea de los derechos fundamentales antes citados: si la mayoría social es profundamente religiosa, cabría pensar que la minoría de no creyentes podría tener serias dificultades y encontrar graves obstáculos para llevar a cabo una forma de vida no religiosa. Sería fácil que sufrieran presiones, expresas o tácitas, para ajustarse al modo de vida dominante, y que se vieran forzados a asumir determinados comportamientos aunque sólo fuera para no jugar con la desventaja de la estigmatización social. En este contexto, se justificaría plenamente la consagración de un derecho fundamental de libertad religiosa, como especificación concreta del valor libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, esta protección del valor libertad es la que exigiría y fundamentaría su doble vertiente, la activa (derecho a practicar

libremente una religión) y pasiva (derecho a no practicar ninguna sin ser estigmatizado).¹⁵⁹

En ese mismo sentido, Atienza establece que la idea de “abuso” de un derecho fundamental es ciertamente una idea autocontradictoria; tener un derecho –un derecho individual– significa tener un *triunfo* frente a la mayoría; significa que ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede prevalecer frente a él. Por otro lado, el argumento en cuestión presupone una concepción por lo menos discutible de los derechos fundamentales. Si alguien tiene un derecho fundamental –por ejemplo, a vivir o a morir– ello significa que contra su derecho no pueden prevalecer –al menos en principio– consideraciones a partir del interés general o de conveniencias políticas; el derecho a la vida implica que se tiene derecho a vivir o a morir y que los demás –y, en su caso, el Estado– tienen no solo deberes negativos, sino también deberes positivos en orden de garantizarnos la vida.¹⁶⁰

159 TALAVERA Fernández, Pedro: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*; Editorial Comares. Granada, 2001. p. 140.

160 ATIENZA, Manuel: *Tras la justicia*; Ariel Derecho. Barcelona, 2003. pp. 108, 109, 113 y

Al margen de la discusión sobre si existe, o no, un derecho a no nacer, Dworkin plantea que los embriones carecen de interés alguno para nacer, así como tampoco tendrían interés en no hacerlo. A tales conclusiones llega Dworkin,¹⁶¹ mismas que se exponen enseguida:

“This important point –that an immature fetus cannot have interests and therefore cannot have an interest in surviving– is often overlooked because people are mistakenly drawn to an argument to the contrary something like this: It is very much in my interests that I am alive now and was not killed at any moment in the past. So when I was a just conceived fetus, it must have been in my interest no to be aborted. Therefore any fetus has interest from the moment of its conception, and abortion is against those interests. This argument is fallacious but we will have to take care to see why.

Once creatures with interest exist, then it

115.

161 DWORKIN: *op. cit.* p. 98.

makes sense to say, in retrospect, that certain events would have been against those interests if they had happened in the past. But it doesn't follow that if these events had happened they would have been against anyone's interests when they did. It is in the interests of every human being now alive, we might assume, that the earth did not explode in a collision with a gigantic meteor millions of years ago. But it does not follow that it would have been against any human being's interests if the earth had exploded then, because there would then never have been any human beings against whose interests that *could* have been.

[...]

Whether abortion is against the interests of a fetus must depend on whether the fetus itself has interests at the time the abortion is performed, not whether interests will develop if no abortion take place."¹⁶²

162 DWORKIN: *Ibíd.* pp. 18-19.

Dworkin sitúa la controversia en un terreno distinto al de si el feto es o no persona, partiendo del *interés* con el que cuentan las personas y del que el feto carece, según este autor. Así, aduce que aquellos que declaran como asesinato al aborto, o tan malo como el asesinato, e insisten en que la vida humana comienza con la concepción, o que el feto es una persona desde el comienzo, no lo hacen porque piensen que el feto tiene derechos e intereses sino para enfatizar sus profundas emociones sobre que el aborto *está mal* porque es la destrucción deliberada de un organismo humano con vida –pese a que el embrión humano es un organismo vivo identificable por lo menos hasta el momento de la implantación en el útero, lo cual ocurre aproximadamente catorce días después de la concepción– ;¹⁶³ Dworkin concluye lo siguiente:

“Once again it would be wise, therefore, to set aside the question of whether a fetus is a person, not because that question is unanswerable or metaphysical, as many judges and commentators have declared, but because it is too ambiguous to

163 DWORKIN: *Ibíd.* p. 21.

be helpful. Once again, we must ask, instead, the key moral questions I distinguished. Does a fetus have interests that should be protected by rights, including a right to life? Should we treat the life of a fetus as sacred, whether a fetus has interests or not? Once again, we do not need to decide whether a fetus is a person in order to answer these questions, and these are the questions that count.”¹⁶⁴

Finalmente, en cuanto al uso industrial y comercial de estas nuevas tecnologías es de apuntar que las mismas no son patentables si antes o durante el procedimiento biotecnológico de que se trate se destruye un embrión humano, según la interpretación judicial relativa a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas [la Directiva] contenida en la sentencia dictada en el asunto C-34/10, *Oliver Brüstle / Greenpeace e. V.*, de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dicha petición de interpretación se presentó en el marco

164 DWORKIN: *Ibíd.* p. 23.

de un procedimiento de anulación, iniciado por Greenpeace e. V., de la patente alemana de la que era titular el Sr. Brüstle, relativa a células progenitoras neuronales, a sus procedimientos de producción a partir de células madre embrionarias y a su utilización con fines terapéuticos.

En esta sentencia se establece que no es patentable un procedimiento que, al emplear la extracción de células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocito, implica la destrucción del embrión.

Sobre la patentabilidad, la sentencia considera que debe insistir sobre el principio que obliga a excluir de tal a las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público y a la moral; igualmente serán excluidos de la patentabilidad los procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana, como la creación de híbridos de seres vivos a base de mezclas de células germinales o totipotentes de personas y animales, así como la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales, sin que esta exclusión de patentabilidad afecte a las invenciones técnicas que tengan un objetivo terapéutico o de diagnóstico que se aplican al embrión y que le son útiles.

Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea en comentario se adhiere a la definición de embrión humano contenida en la Ley [alemana] de Protección de los Embriones que señala que este es: *"el óvulo humano fecundado y capaz de desarrollarse, desde la fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión denominada «totipotencial», es decir, una célula que, reuniéndose las demás condiciones necesarias, es apta para dividirse y desarrollarse hasta formar un individuo. Procede distinguir estas células totipotenciales de las pluripotenciales, es decir, las células madre que, si bien son capaces de convertirse en cualquier tipo de célula, no pueden desarrollarse hasta formar un individuo completo."*

Es de precisarse que esta sentencia se abstiene de abordar cuestiones de naturaleza médica o ética y que se limita a la interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes en la Directiva de marras que, según advierte el Tribunal en cuestión, prohíbe que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable y califica de contrarios al orden público o a la moralidad –y, por tanto, de no patentables– los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines

industriales o comerciales, entre otras biotecnologías de similar naturaleza cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana. Así bien, todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un «embrión humano» en el sentido y a los efectos de la aplicación de la Directiva, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano. Igual calificación debe atribuirse al óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis, debido a que mediante la biotecnología utilizada para obtenerlos, aquellos son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo.

Con base en estas consideraciones, el Tribunal concluye que corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un «embrión humano» en el sentido de la Directiva, pero que con ocasión de un asunto relativo a la patentabilidad de una invención relativa a la producción de células progenitoras neuronales, que supone la utilización

de células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto, ello implica la destrucción de dicho embrión.

En consecuencia, continúan los considerandos de la sentencia en comentario, una invención debe considerarse excluida de la patentabilidad, aunque las reivindicaciones de la patente no se refieran a la utilización de embriones humanos cuando la implementación de la invención requiera la destrucción de embriones humanos; a este respecto, es indiferente que esta destrucción se produzca, en su caso, en un estadio muy anterior a la implementación de la invención, como en el supuesto de la producción de células madre embrionarias a partir de una línea de células madre cuya mera constitución haya implicado la destrucción de embriones humanos. Consecuentemente, una invención debe considerarse excluida de la patentabilidad, aunque las reivindicaciones de la patente no se refieran a la utilización de embriones humanos, cuando la implementación de la invención requiera la destrucción de embriones humanos; con independencia de que esta destrucción se produzca, en su caso, en un estadio muy anterior a la implementación de la invención, como en el supuesto de la producción de células madre embrionarias a partir de una línea de células madre cuya mera constitución

haya implicado la destrucción de embriones humanos, sin que sea óbice que esta biotecnología aduzca no basarse en la utilización de embriones humanos, puesto que sí implica la previa destrucción de los mismos, lo que tendría por consecuencia privar de efecto útil a la referida disposición permitiendo al solicitante de una patente eludir su aplicación mediante una redacción hábil de la reivindicación de la misma.

Los resolutivos de esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son los siguientes:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

– Constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en

el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

- Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un «embrión humano» en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44.

2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

3) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción

previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.

De esta manera, se elimina la posibilidad de que alguna persona se vuelva el explotador comercial exclusivo de una invención en cuyo procedimiento, o previo a éste, se destruyen embriones, sea la fase, estadio o circunstancia en que estos se encuentren y sea cual sea el procedimiento que les haya dado origen. Las voces de la globalización voraz señalan que este tipo de decisiones desincentivan la inversión de los grandes laboratorios farmacéuticos en la investigación de biotecnologías que pueden salvar vidas humanas. Por contrapartida, queda a disposición de la humanidad el conocimiento desarrollado (y no patentado) que permitirá que se siga avanzando en el campo del estudio de las células madre y su aplicación terapéutica, sin tener que recurrir a la destrucción embrionaria en el proceso.

2.6. Aborto eugenésico: ¿quién decide y cómo?

“¿Quién decide *qué* es incuestionable? Y, ¿qué significa la afirmación: esto y aquello es incuestionable?

No estoy más seguro del significado de mis palabras de lo que lo estoy de ciertos juicios. ¿Puedo dudar de que este color se denomina “azul”? Mis dudas constituyen un sistema.

Pues, ¿cómo sé que alguien duda? ¿Cómo sé que utiliza las palabras “Lo dudo” del mismo modo que yo?

Desde que era niño he aprendido a juzgar así:
Eso es juzgar.

He aprendido a juzgar así; he aprendido a reconocer eso como un juicio.”¹⁶⁵

Reiterando a Wittgenstein, ¿quién decide qué es incuestionable? ¿Qué significa la afirmación esto y aquello es incuestionable? Únicamente tomando en cuenta un sistema de referencia podemos estar de acuerdo en una

165 WITTGENSTEIN, Ludwig: *Sobre la certeza*; Serie Cla De Ma Filosofía. Gedisa Editorial. Barcelona, 2003. p.19c

posible respuesta; en nuestro tema, establecer qué es la persona, cuándo comienza la persona y qué derechos de la persona son preponderantes.

*"No son los axiomas aislados los que nos parecen evidentes, sino todo un sistema cuyas consecuencias y premisas se sostienen recíprocamente."*¹⁶⁶ ¿Son los axiomas los puntos de partida para los sistemas de referencia? Pudieran ser, pero también, el mero capricho de la autoridad (*lato sensu*). Precisamente porque todo se vincula a un sistema de referencia también por ello es que no existen derechos absolutos. De allí que la bioética en parte también sea un producto retórico, referenciado a un sistema de juego del lenguaje (como le llama Wittgenstein).¹⁶⁷

166 WITGENSTEIN: *op. cit.*, p. 21c

167 "Pregúntate siempre en esta dificultad: ¿Cómo hemos aprendido el significado de esta palabra ('bueno', por ejemplo)? ¿A partir de qué ejemplos; en qué juegos de lenguaje? Verás entonces fácilmente que la palabra ha de tener una familia de significados." WITGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones filosóficas*; Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM. Editorial Crítica, Barcelona, 2004. p. 97. En cuanto a que la bioética en parte también sea un producto retórico, resulta interesante lo que dice Cortina: "La tentación del relativismo o el subjetivismo es sin duda fuerte y un buen número de incautos han caído en ella, llegando a la

Moral. Costumbre. Experiencia. *"La verdad de algunas proposiciones empíricas pertenece a nuestro sistema de referencia."*¹⁶⁸ *"Y decir que una proposición es todo lo que*

conclusión de que no existen principios ni valores universalizables, sino que el mundo de las valoraciones es siempre relativo a tradiciones y culturas, o bien depende de las preferencias subjetivas. Sin embargo, relativismo y subjetivismo son aves de vuelo corto y vista miope que se ven forzadas al aterrizaje en cuanto se enfrentan a las exigencias de la realidad. 'La bioética salvará a la ética', dijo Stephen Toulmin en frase profética. La bioética, la ética de la economía y la empresa, la de los medios de comunicación, la política y las profesiones salvaron a la ética del espejismo relativista y subjetivista, porque la realidad social les exigía respuestas con altura humana, respuestas entreveradas de principios y valores universalizables. Porque, sin pretensión de universalidad en valores y principios morales, ¿cómo dilucidar si es moralmente aceptable investigar con embriones, clonar seres humanos, permitir que los maridos maltraten a sus mujeres e hijos, dar por buena la discriminación por razón de recursos, de raza o sexo, exigir un desarrollo sostenible, tener en cuenta las generaciones futuras?" CORTINA, Adela: Alianza y contrato. Política, ética y religión; Editorial Trotta. Madrid, 2001. p. 134. "Los modelos teóricos de fundamentación que encontramos en bioética no son capaces de darnos una orientación moral concreta, que pueda zanjar los desacuerdos éticos entre los extraños morales." FERRER, Jorge José y ÁLVAREZ, Juan Carlos: Para fundamentar la bioética –Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea; Desclée De Brouwer, Universidad Pontificia de Comillas, Cátedra de Bioética. Madrid, 2003. p. 214.

168 WITTGENSTEIN: Sobre la certeza; op. cit. p.12c

*puede ser verdadero o falso equivale a decir: Llamamos una proposición a aquello a lo que aplicamos en nuestro lenguaje el cálculo de las funciones de verdad.*¹⁶⁹ Hay argumentos morales que son superados por las ciencias (*i. e.*, por el conocimiento científico). ¿Qué significa esto? Que no se trata de una moral laica sino de una moral *ad hoc* para una comunidad específica. Por ende, el Derecho no debe (o al menos no debería) nutrir sus fundamentos en este tipo de moral (sino en la moral laica).

“Pero, ¿no es la experiencia quien nos enseña a juzgar *así*, es decir, quien nos enseña que es correcto juzgar así? ¿Cómo nos *lo enseña*? *Nosotros* podemos derivarlo de la experiencia, pero la experiencia no nos sugiere cómo derivar

169 “Parece ahora como si la explicación –proposición es cualquier cosa que pueda ser verdadera o falsa– determinase lo que es una proposición diciendo: Lo que se ajusta al concepto de ‘verdadero’, o a lo que el concepto de ‘verdadero’ se ajusta, eso es una proposición. Es así como si tuviésemos un concepto de verdadero y falso con cuya ayuda pudiésemos entonces determinar lo que es una proposición y lo que no lo es. Lo que engrana en el concepto de verdad (como en una rueda dentada), eso es una proposición.” WITGENSTEIN: Investigaciones filosóficas; op. cit. p. 97.

algo de ella. Si la experiencia es la *razón* de que juzguemos de ese modo (y no únicamente la causa), ya no nos queda ninguna otra razón para considerar que eso es una razón.”¹⁷⁰

Carecer de un sistema de referencia universal –como la ciencia– provocaría subjetivismos y, en la mayoría de los casos, soluciones falaces como las que conducen a las paradojas de los silogismos dilemáticos¹⁷¹ o bien a juicios

170 WITTGENSTEIN: *Ibíd.*

171 "De este último, con el que jugaron los griegos (Demócrito jura que los abderitanos son mentirosos; pero Demócrito es abderitano; luego Demócrito miente; luego no es cierto que los abderitanos son mentirosos; luego Demócrito no miente; luego...), hay casi innumerables versiones que no varían de método, pero sí de protagonistas y de fábula. Aulo Gelio (Noches áticas, libro quinto, capítulo X) recurre a un orador y a su alumno; Luis Barahona de Soto (Angélica, onceno canto), a dos esclavos; Miguel de Cervantes (Quijote, segunda parte, capítulo LI), a un río, a un puente y a una horca; Jeremy Taylor, en alguno de sus sermones, a un hombre que ha soñado con una voz que le revela que todos los sueños son vanos; Bertrand Russell (Introduction to Mathematical Philosophy, página 136), al conjunto de todos los conjuntos que no se incluyen a sí mismos. A esas perplejidades ilustres, me atrevo a agregar ésta: En Sumatra, alguien quiere doctorarse de adivino. El brujo examinador le pregunta si será reprobado o si pasará. El candidato responde que será reprobado... Ya se

morales como juicios únicamente de la experiencia. Por ejemplo, una posición absolutista de los derechos afirmaría que la vida es un valor superior a cualquier otro, por lo que habría que preferir la vida ante cualquier situación; empero, hay quien, cualesquiera que sean sus circunstancias, afirma que habría preferido no haber nacido, no haber vivido, con independencia de la calidad de vida que tuviese. Sobre el particular Smilansky aduce lo siguiente:

“Paradoxically, preferring not to have been born need not be a consequence of an evaluation that one’s life is not worth living, nor need such a preference imply this evaluation. We explored a number of ways in which the distinctness of these ideas could be understood. We can now see how who does not find much point in life, or who finds a point but is brutalized by its hardships, or who deeply dislikes himself but nevertheless does

presiente la infinita continuación. Jorge Luis Borges.” KASNER, Edgard y NEWMAN, James: Matemáticas e imaginación; Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. México, 2007. p. 13.

not hold that is “not worth living”, can still prefer to have been spared the whole thing, not to have been in life from the beginning.”¹⁷²

El Derecho no pudo nutrirse de argumentos morales superados por la ciencia, puesto que el Derecho, primeramente es Ciencia y, en segundo lugar, debe ser laico en los Estados Unidos Mexicanos.

Así, considerando lo amplio de las valoraciones subjetivistas respecto de la eugenesia o bien, si se prefiere, la delgada frontera entre la homeostasis y algún defecto genético o congénito del embrión, inmediatamente surge la suspicacia sobre quién estaría en posibilidad de decidir respecto de la práctica de un aborto eugenésico o no. ¿Quién decide y cómo?

En este punto, lo claro es que el sistema de referencia que quien vaya a decidir adopte, para ponderar sus consideraciones sobre qué hacer, debería ser la ciencia,

172 SMILANSKY, Saul: *Ten Moral Paradoxes* (Capítulo 10.- Preferring Not to Have Been Born); Blackwell Publishing. UK, 2007. pp. 111-112. Lo que incide también en lo que se discurría sobre la dimensión pasiva del derecho a la vida, así como sobre la inexistencia de derechos absolutos.

indudablemente. De tal forma, tales consideración tendrán su base en un sistema de referencia universal –válido para todos– siguiendo a Wittgenstein, en el que todos estamos de acuerdo. Ciencia:¹⁷³ el posible final de toda discusión; sobre todo en tratándose de situaciones ligadas a las ciencias naturales.¹⁷⁴

173 "No hay ninguna otra especie en la Tierra que haga ciencia. Hasta ahora es una invención totalmente humana, que evolucionó por selección natural en la corteza cerebral por una sola razón: porque funciona. No es perfecta. Puede abusarse de ella. Es solo una herramienta. Pero es con mucho la mejor herramienta de que disponemos, que se autocorriga, que sigue funcionando, que se aplica a todo. Tiene dos reglas. Primera: no hay verdades sagradas; todas las suposiciones se han de examinar críticamente; los argumentos de autoridad carecen de valor. Segunda: hay que descartar o revisar todo lo que no cuadre con los hechos." SAGAN, Carl: *Cosmos*; Editorial Planeta. Barcelona, 1987. pp. 332-333. "The scientific method, setting high standards for experimental verification, is hard on theories. But it can also be hard on us. If a theory meets these high standards, we are obligated to accept it as reliable science, no matter how violently it conflicts with our intuitions." ROSENBLUM, Bruce y KUTTNER, Fred: *Quantum enigma. Physics Encounters Consciousness*; Oxford University Press, second edition. New York, 2011. p. 27.

174 Una dura crítica a la filosofía de la ciencia natural realiza recientemente Stephen Hawking: "How can we understand the world in which we find ourselves? How does the universe behave? What is the nature of reality? Where did all this come from? [...]"

“Neither the objectivating language of empiricism nor the language of religion can express the normative substance of the protection to which prepersonal human life is entitled in a way that is rationally acceptable to all citizens.”¹⁷⁵

Ahora bien, en lo tocante al cuestionamiento sobre ¿por qué no el mejor?, resulta muy interesante la investigación realizada por los filósofos Allen Buchanan, Dan W. Brock, Norman Daniels y Daniel Wikler¹⁷⁶ en la que parten de lo siguiente:

¿No deberían los padres intentar obtener lo mejor –incluso mediante la genética– para sus vástagos? ¿No esperamos que lo hagan? Nada

Traditionally these are questions for philosophy, but philosophy is dead. Philosophy has not kept up with modern developments in science, particularly physics.” HAWKING, Stephen and MLODINOW, Leonard: *The Grand Design*; Bantam Books. NY, 2010. prolegómenos del Capítulo 1, p. 40.

175 HABERMAS; *op. cit.* p. 32

176 BUCHANAN, Allen et al: *Genética y justicia*; Cambridge University Press. Madrid, 2002.

más natural que los padres busquen lo mejor para sus hijos. Normalmente se considera que los padres tienen permiso, y algunos dirían la obligación, de producir los "mejores" hijos que puedan.¹⁷⁷

A las anteriores nociones inmediatamente se puede pensar en las recomendaciones *eugenésicas* tales como: no fumar durante el embarazo y por el contrario ingerir ácido fólico los primeros meses, tratar de pasar el embarazo con el menor estrés posible, cuidar el sobrepeso, etcétera; mismas que en ningún momento sugieren 'el perfeccionamiento nazi de la raza humana'; empero, "si la idea fuese conseguir hijos lo más perfectos posible, el criterio de cuál sería el hijo más perfecto posible para padres particulares y en circunstancias particulares sería moralmente muy controvertido. Es compatible con el rechazo de este criterio, sin embargo, el que a padres específicos se les pudiese exigir moralmente el que adoptasen determinadas mejoras genéticas."¹⁷⁸

177 BUCHANAN et al: *op. cit.* p. 147

178 BUCHANAN et al: *op. cit.* p. 152. Esta discusión pierde sentido si el criterio de selección

Desde luego, hay numerosas opiniones que señalan la conveniencia, o al menos la "legitimación moral" de los padres, para utilizar diversos medios, incluida la ingeniería genética, "para intentar producir los mejores hijos".¹⁷⁹

La justificación que se da para esta postura es que si gracias a la genética podemos mejorar a nuestros hijos, se podría entender que se les beneficia con dicha mejoría y tal beneficio justifica moralmente adoptar tales medidas.¹⁸⁰ Y principalmente resulta una razón "moral" si dicha mejora no incide en modo alguno en criterios 'estéticos', estos sí, propios del nazismo. *"Las mejoras genuinamente beneficiosas, aun cuando no sean moralmente requeridas, serían moralmente admisibles."*¹⁸¹

adoptado fuese el estado de homeostasis, lo que se traduciría en la procreación de hijos sanos. Desde luego, única y exclusivamente por lo que hace a la validez del argumento *per se*, puesto que la reproducción artificial, en todo caso, es contraria al bien común por atentar contra la sustentabilidad y el derecho a un futuro abierto.

179 BUCHANAN et al: *ibid*.

180 BUCHANAN et al: *ibid*. p. 153

181 BUCHANAN et al: *ibid*. Desde luego, desplazar criterios estéticos del deseo de la futura madre o los futuros padres es más un buen propósito que una realidad (aunque inconfesable). *"Many intellectuals would have us believe that beauty is inconsequential. Since*

Ahora bien, existe también la posibilidad de que en vez de “mejorar” a nuestros hijos al haber hecho uso de la ingeniería genética, hayamos fallado en el intento, dañándoles en alguna forma.¹⁸² En tal caso, dependería del porcentaje de riesgo de la intervención genética de que se trate, lo que ponderaría la viabilidad para realizar la misma, lo que golpea, destruye más bien, este argumento.

“La postura menos rígida para respaldar las mejoras genéticas, y a ese respecto la más fácil de defender, es que está dentro de la legítima autoridad de los padres (o quizá de otras personas) para tener y criar a sus hijos el usar al menos alguna forma de intervención genética

it explains nothing, solves nothing, and teaches us nothing, it should not have a place in intellectual discourse. And we are supposed to breathe a collective sigh of relief. After all, the concept of beauty has become an embarrassment. But there is something wrong with this picture. Outside the realm of ideas, beauty rules. Nobody has stopped looking at it, and no one has stopped enjoyed the sight. Turning cold eye to beauty is as easy as quelling physical desire or responding with indifference to a baby's cry.” ETCOFF, Nancy: *Survival of the Prettiest –The Science of Beauty–*; Anchor Books. New York, 2000. p. 4.

182 BUCHANAN et al: *Ibid.*

para intentar mejorarlos.”¹⁸³

Un aspecto que se destaca sobre esta temática, es que la eugenesia no se plantea, o no se debiese plantear, desde el punto de vista del objetivo de los padres o de la sociedad, caprichosos tanto unos como la otra, sino que el producir los mejores hijos posibles se debe establecer como un objetivo para el propio bienestar del hijo.¹⁸⁴

“The parents’ eugenic freedom, however, is subject to the reservation that it must not enter into collision with the ethical freedom of their children.”¹⁸⁵

La atención se debería de enfocar en la ingeniería genética que pretende traer beneficios a la calidad de vida de los niños sometidos a esta; no el beneficio o la satisfacción de los demás. *"Señalamos que esta perspectiva es similar a la que generalmente se considera apropiada*

183 BUCHANAN *et al*: *íbid.* p. 153.

184 BUCHANAN *et al*: *íbid.* p. 154

185 HABERMAS; *ídem.* p. 49

*para proporcionar tratamientos médicos: la decisión sobre el tratamiento adecuado se centra en el bienestar del paciente y no en la contribución social o en el valor de los pacientes.*¹⁸⁶

En este sentido, y al margen de lo injustificado de la reproducción artificial en cualquiera de sus tipos, y en prosecución del argumento que nos ocupa, cuando los padres optaren por alguna intervención genética, deberían basar su determinación con base en su expectativa razonadamente tomada (y con la información relevante considerada) de que dicha decisión habría de ser compartida por su hijo y no por determinaciones *personales* (que atiendan a sus preferencias en vez del beneficio del hijo).¹⁸⁷

Es importante considerar que no existe un consenso definido entre lo que se considera daño y lo que se considera ventaja, respecto de la ingeniería genética, entre las distintas perspectivas de los proyectos racionales de vida. Los ponderadores varían gravemente en parte de acuerdo a la comunidad moral a la que cada quien

186 BUCHANAN *et al*: *íbid.* p. 155

187 BUCHANAN *et al*: *íbid.*

pertenezca; empero, *"hay tanto beneficios como daños que resultan indiscutibles, porque son medios o impedimentos de carácter general casi para cualquier plan de vida"*¹⁸⁸ como las discapacidades físicas o psíquicas; así como hay ventajas y perjuicios cuya valoración depende del particular punto de vista de cada quien. *"Por lo tanto, los daños y los beneficios no difieren sistemáticamente de forma que las intervenciones genéticas para mejorar a los niños resulten éticamente problemáticas o controvertidas, mientras que intervenciones genéticas similares para tratar una enfermedad o condición genética perjudicial sean éticamente incuestionables o indiscutibles."*¹⁸⁹ Es decir, resulta controversial mejorar la vida futura del *nasciturus*, pero no así mejorar la vida, mediante intervenciones genéticas, del niño con dolencias congénitas.

Se ha visto cómo padres con defectos auditivos pretenden procrear hijos sordos por una mera conveniencia habitacional,¹⁹⁰ así como hay familias que evitan adoptar

188 BUCHANAN *et al*: *íbid.* p. 159.

189 BUCHANAN *et al*: *íbid.*

190 *Vid.* p. 130.

tratamientos genéticos por cuestiones religiosas;¹⁹¹ y, desde luego, misma suerte corren las intervenciones medioambientales que promueven una mejoría en los proyectos de vida de las personas, que igualmente "*pueden basarse en concepciones igualmente idiosincrásicas o sesgadas.*"¹⁹²

En este sentido, nuestra sociedad, que preconiza la independencia y/o autonomía del individuo así como su autodeterminación, debería establecer límites razonables a la ingeniería genética, "*por el interés de mantener razonables oportunidades para estos, aun cuando esas intervenciones pudieran hacer al niño más adecuado para una forma de vida específica favorecida por los padres.*"¹⁹³

De tal suerte que lo exigible respecto de estas intervenciones –genéticas o medioambientales– es que no menoscaben, vulneren o restrinjan las capacidades físicas y mentales de los niños, como para restarles opciones o posibilidades en su futuro.¹⁹⁴

191 Como aquellas religiones que prohíben transfusiones sanguíneas, trasplantes, etcétera.

192 BUCHANAN *et al*: *íbid.* p. 159

193 BUCHANAN *et al*: *íbid.* p. 160

194 BUCHANAN *et al*: *íbid.*

Ahora bien, otro contexto similar, sería para el caso de que el Estado impusiera a “ciertos” gobernados someterse a intervenciones genéticas, por ejemplo para inhibir los genes atribuidos a conductas violentas. Sobre ello, Allen Buchanan, Dan W. Brock, Norman Daniels y Daniel Wikler, apuntan lo siguiente:

“Una importante dificultad en el adecuado papel del Estado en las posibles mejoras genéticas es que no es plausible descartar completamente las mejoras en beneficio de la sociedad, como algo opuesto al sujeto de la mejora. Por ejemplo hay ya pruebas de genes asociados con la disposición a la conducta violenta criminal. Al igual que la legislación penal es un medio justificado de coerción social pensado para evitar o reducir tal comportamiento, la sociedad podría en el futuro aplicar también intervenciones genéticas. Estas intervenciones no se harían en beneficio del sujeto de la intervención (aun cuando dicho individuo también saliese beneficiado), sino en beneficio de la sociedad más en general, y para proteger los derechos de sus miembros contra el

ataque violento.”¹⁹⁵

De tal forma, es posible aducir que los padres debemos mantenernos en una posición neutral, respecto del futuro de nuestros hijos, debiendo fomentar sus propias capacidades y dejar abiertas cuantas oportunidades sea posible, que les permitan diseñar, elegir, autodeterminar sus propios proyectos racionales de vida, sin más limitaciones que su propio desempeño (con independencia de las inherentes a la sociedad y el Estado, claro).¹⁹⁶

“Defender los derechos reproductivos individuales y la autonomía para intentar conseguir lo mejor para nuestros hijos podría crear la oportunidad para que algunas comunidades, utilizando la fuerte presión de la inclusión y la exclusión que ejercen los grupos, modelasen la búsqueda de lo mejor, estableciendo el contexto para que se produzcan resultados tan alarmantes como los provocados

195 BUCHANAN *et al*: *íbid*. p. 163

196 BUCHANAN *et al*: *íbid*.

por la eugenesia respaldada por el Estado.”¹⁹⁷

En general, el darwinismo social y los movimientos “eugenésicos” han apelado a la idea de conformar una sociedad de hombres “superiores”; hogaño, en sus versiones modernas, estas posturas eugenésicas se duelen de las bajas tasas de natalidad en los países altamente industrializados y, más específicamente, de las clases socioeconómicas ricas, en contraposición con las clases obrero–campesinas cuyas tasas de crecimiento poblacional son muy superiores; de tal suerte que se utiliza a la genética (¡!) para intentar explicar por qué el éxito de unos frente a otros (ricos frente a pobres), por qué la mayor incidencia de altos coeficientes intelectuales en una “clase social” frente a otra, llegando a los extremos de creer que dichas distinciones (desigualdades) e incluso las virtudes morales y los rasgos de carácter tienen su origen en los genes.¹⁹⁸

De tal suerte, la mayoría consideraría injusto que solo las clases adineradas pudiesen mejorar la resistencia

197 BUCHANAN et al: *íbid.* p. 166

198 BUCHANAN et al: *íbid.*

inmunológica o bien incrementar la inteligencia de sus futuros hijos mediante la ingeniería genética, lo que permite contemplar como objeciones a la búsqueda “de lo mejor” las consideraciones atinentes a la injusticia social.¹⁹⁹

Tres factores clave afectan a estas opiniones respecto a la injusticia de que exista una diferencia de acceso a tratamientos y mejoras. En primer lugar, si creemos que las desigualdades socioeconómicas que se dan en una organización social son en sí mismas injustas, quizá resultado de prácticas clasistas, racistas y sexistas, ramificar o ampliar dichas desigualdades con más ventajas como consecuencia del tratamiento o de la mejora parecería especialmente injusto. Muchos piensan que buena parte de las desigualdades que experimentamos en nuestra sociedad son injustas. Los grupos más ricos disfrutan de una renta y una riqueza miles de veces superiores a las de los pobres. Con las rentas y la riqueza se

199 BUCHANAN et al: *íbid.*

producen enormes desigualdades en cuanto a influencia y poder políticos. El abismo que contemplamos está claramente influenciado por una historia de prácticas racistas y sexistas. Durante las dos pasadas décadas las desigualdades de renta y riqueza en Estados Unidos han aumentado, no disminuido.²⁰⁰

En igual sentido existe un desequilibrio social en la penalización del aborto eugenésico pues, en la práctica, los pobres son los que no pueden decidir cómo conformar a sus familias y los ricos sí. Quien debería de decidir, en todo caso, debería ser la mujer que va a soportar las cargas del embarazo y de la crianza de un discapacitado (en el mejor de los casos, al lado de su pareja) y dicha decisión deberá asumirla con la información relevante de la que disponga y apoyando su determinación en criterios homeostáticos y conforme al avance de la ciencia genética y embriológica.

Todo esto en cuanto a la justificación "racional" que se presenta conforme a estas disciplinas y situando la

200 BUCHANAN et al: ídem. p. 176. En el siguiente capítulo se discurrirá más sobre el fenómeno de la pobreza y el Derecho.

discusión únicamente en torno a los derechos del embrión y los de la mujer embarazada y, como mucho, tomando en cuenta la circunstancia familiar de esta última; sin embargo, si se incluye el criterio de la sustentabilidad en la ecuación y se opone el derecho del hijo a un futuro abierto: ni resulta justificable la “decisión” adoptada (aunque sea en términos homeostáticos) ni mucho menos conveniente, lo que hace que las intervenciones en la línea germinal (la manipulación genética de las especies en general) sigan la misma suerte, solo que de manera agravada, de la reproducción artificial: la inmoralidad. Queda visto que muy distinto es evitar el nacimiento de un discapacitado, que forzar artificialmente el nacimiento de un “hijo a la carta”.

2.7. Última reflexión: los neurofármacos.

“Why shouldn’t we, after the narcissistic insult suffered through the disruption of our geocentric and our anthropocentric worldviews by Copernicus and Darwin, respectively, approach this third decentration of our worldview – the subjugation of our body and our life to

biotechnology – with more composure?”²⁰¹

Además de los conflictos morales en cuanto a la procreación, eliminación o selección de los embriones, preocupa el destino que pueda darse a la información obtenida mediante el diagnóstico, sea prenatal o preimplantatorio, pues quedan en el aire cuestiones como privacidad, posterior discriminación tanto laboral como en tratándose de seguros médicos, etcétera.²⁰²

Incluso, *“los genetistas pueden acabar con nuestra autonomía, construir una sociedad homogénea y destruir el concepto de la naturaleza humana. Pero... la neurociencia podría hacer todo esto antes.”*²⁰³

201 HABERMAS; *op. cit.* p. 54.

202 MENDELSON, Everett: *The Eugenic Temptation. When ethics lag behind technology*; Harvard Magazine. March–April 2000

[<http://www.harvard-magazine.com/issues/ma00/eugenics.html>] 4.04.02. p.4.

203 THE ECONOMIST: *The ethics of brain science. Open your mind*; May 23rd 2002 (from the print edition)

[http://www.economist.com/printedition/PrinterFriendly.cfm?Story_ID=1143317. 28.05.02]

“Comparemos el escenario de la manipulación genética con los siguientes efectos de la neurotecnología: Un anciano con Alzheimer curado mediante un implante que baña las células cerebrales con un caldo químico. Una pequeña niña que tiene una corteza cerebral que pudiera hacerle ganar un premio Nobel en física, si mantiene un estricto régimen de neurofármacos, por supuesto. Como condición del patrón, los guardias de seguridad deben someterse a escaneos (*scans*) cerebrales a fin de demostrar que no tienen episodios propensos a furia incontrolable. Los músicos en escena consumen drogas que agilizan sus reflejos, afinan su oído y atenúan su ansiedad. ¿No muy diferente de *Gattaca*, verdad?”²⁰⁴

La nueva monitorización de las funciones cerebrales equivale a los análisis genéticos que veíamos en la película *Gattaca*. Y no solo eso, por ejemplo, estas novedosas técnicas pueden fungir como un infalible método de

204 THE ECONOMIST: *op. cit.*

detección de mentiras (ise acabarían las demás pruebas en los juicios!).

¿Y qué decir de la utilización de neurofármacos? Se encuentran solo un paso atrás de la ortodoncia estética, los *lifts* faciales, Viagra y demás "extras médicos". Las compañías farmacéuticas ya ven las vetas de esta mina, cuyo espectro puede enfocarse a la creación de "medicinas" que combatan la timidez, el olvido, la somnolencia y el estrés... la gran meta sería crear el "SOMA" que se les suministraba a los habitantes del Mundo Feliz de Huxley, o como le denomina Arthur Caplan: los "*super-Prozacs*" o las sustancias que transformaban al Dr. Jekyll en Mr. Hyde.²⁰⁵

Desde luego que el uso de estas sustancias tiene como propósito "mejorar" la condición física y/o mental del

205 *"Because the structure and activities of our brain influence our mental health and behavior much more directly than our genes do, it is very likely that advances in the ability to 'read' the brain will be exploited as much as, or more than, knowledge of genetics for such purposes as screening job applicants, diagnosing and treating disease, determining who qualifies for disability benefits and, ultimately, enhancing the brain". CAPLAN, Arthur L. Is Better Best?; SCIENTIFIC AMERICAN. September 2003 issue.*

[<http://www.sciam.com/article.cfm?SID=mail&articleID=0001070F-300E-1F30-9AD380A84189F2D7&chanID=sa006>] 12.09.03

usuario, al igual que sucede con el abuso de las cirugías estéticas.

“Psychiatrist Peter Kramer has made analogies between cosmetic surgery and what he calls ‘cosmetic psychopharmacology,’ for example the use of drugs such as Prozac not just to cure depression, but to transform personality, to feel ‘better than well.’”²⁰⁶

Otro reenfoque tecnológico fundamental es, sin duda, el Proyecto Genoma Humano, principalmente porque demuestra que lo que se “pretendía” saber acerca de los genes del hombre era mucho menos de lo que en realidad se sabía. La sorprendente cifra de genes que resultó que tenemos (apenas aproximadamente treinta mil contra aproximadamente cuarenta mil del arroz²⁰⁷) y los bajísimos

206 ETCOFF, Nancy: *op. cit.* p. 20.

207 “The genome mapping suggests rice may have more genes than humans. The genome of the indica type studied by the UW-China group is believed to contain 45,000 to 56,000 genes, compared with 30,000 to 40,000 for humans. The japonica subspecies is believed to have 42,000 to 63,000.” NATIONAL GEOGRAPHIC: *Hope for the Hungry as Scientists Decode*

porcentajes que diferencian a una, llamémosle, "raza" de otra y, por supuesto, el nulo conocimiento que tenemos de cómo interactúan esos genes entre sí, hace que se vuelva la vista a la importancia medular de los padres en la crianza de los hijos.

El descubrimiento de la secuencia del genoma humano plantea una revaloración de lo que nos enseña Freud y toda la escuela del psicoanálisis respecto de la formación de la

Rice Gene; Seattle Post-Intelligencer. April 5, 2002.

[http://news.nationalgeographic.com/news/2002/04/0405_020405_wirericegene.html

09.04.02]. En ese mismo sentido Pääbo señala que "*The first comparisons will be between the human genome and distantly related genomes such as those of yeast, flies, worms, and mice. A glimpse of what this will show us comes from considering the fact that about 26,000 to 38,000 genes are found in the draft version of our own genome, a number that is only two to three times larger than the 13,600 genes in the fruit fly genome. Furthermore, some 10% of human genes are clearly related to particular genes in the fly and the worm. So, obviously, we share much of our genetic scaffold even with very distant relatives. The similarity between humans and other animals will become even more evident when genome sequences from organisms such as the mouse, with whom we share a more recent common ancestor, become available.*" PÄÄBO, Svante: *Genomics and Society: The Human Genome and Our View of Ourselves*; Science magazine. Volume 291, Number 5507. Issue of 16 Feb 2001. pp. 1219-1220. [<http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/291/5507/1219>. 28.03.02]

conducta del individuo. No son los genes sino el ambiente lo que nos determina.

Nos desvivimos en discusiones similares a las bizantinas (una muestra más de que estamos, dijera Eco, en una nueva edad media²⁰⁸) preocupados por si se afecta o no la dignidad de un embrión cuando hay niños que padecen maltrato, hambre, vejaciones... Queremos prolongar la vida lo más posible, la humanidad apostando a vivir cada vez más años, aunque ello implique la investigación con embriones. Se ve con buenos ojos a las mujeres que se someten a tratamientos de infertilidad, aunque estos sean el resultado de la investigación con embriones. Quizás la cuestión radica en que todo lo nuevo nos genera rechazo.

La eugenesia, en estricto sentido, fue planteada como lo natural por Platón, Aristóteles, Cicerón... Pareciera que el problema no está en la selección eugenésica, sino en la procreación artificial que atenta contra la selección natural de las especies; ¿será cuestión de reenfocar las críticas?²⁰⁹

208 Cfr. ECO, Humberto et al: *La nueva Edad Media*; El libro de bolsillo, Sociología, Alianza Editorial. Madrid, 2004.

209 "En la historia del proceso moral se aprecia una antropomorfización de la naturaleza, y se concibe como crueldad lo que constituye la realidad natural de las cosas; como es el caso

de la sobrevivencia del más fuerte, la existencia de cadenas alimenticias naturales en la que perecen gran cantidad de seres para mantener la sobrevivencia de especies mayores; y el abandono del enfermo, el incapacitado o el viejo, como parte del proceso natural de la vida de las especies." IGLESIAS, Leonardo: Psicología de la voluntad de poder; Serie Psicología Social, número 25. Antrhopos Editorial. Rubí (Barcelona). Nuevo León, 2003. p. 137.

CAPÍTULO III

3.1. El aborto terapéutico y, en caso de violación: excluyentes de responsabilidad penal. 3.2. Del *ius vitae nescisque* a la despenalización del aborto. 3.3. Los bajos índices de procesos por aborto y los altos índices de mortalidad por abortos clandestinos: las leyes contra los pobres. 3.4. La doble moral del Estado laico. 3.5. Procreación obligatoria de discapacitados. Su inconstitucionalidad. 3.6. La falacia legal: El caso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.1. El aborto terapéutico y, en caso de violación: excluyentes de responsabilidad penal.

Conforme se adelantaba, el legislador mexicano ha considerado que el aborto terapéutico y el aborto en caso de violación constituyen una excluyente de responsabilidad

penal.²¹⁰ Por supuesto, en el caso del aborto terapéutico queda claro que se está escogiendo entre dos valores que tendrían una clara desigualdad en sus contrapesos, esto es, la vida de la mujer embarazada respecto de la vida del embrión; la vida de una persona respecto de la vida de, jurídicamente hablando, un bien –dicho esto con todo el respeto hacia el *nasciturus*, por supuesto, y con el propósito de subrayar la poca controversia que existiría al colisionar ambas esferas iusfundamentales–.²¹¹

210 Carrancá expresa, respecto del aborto en caso de violación que: "*La excusa absolutoria se funda en el derecho de la mujer a la voluntaria y no forzada maternidad*". CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl: *Código Penal Anotado*; Editorial Porrúa, Vigésimo cuarta edición. México, 2001. p. 887

211 Aunque, por supuesto, existen posiciones religiosas que aún y en tratándose de salvar la vida de la madre, el aborto terapéutico sigue siendo considerado como un homicidio. Al respecto Engelhardt señala lo siguiente: "*From the early Church, intentionally killing embryos has been acknowledged as a radical failure of love, as one of the worst of actions, whether or not the embryo is yet a person. The humble submission asked of Christians is incompatible with the endorsement of deadly force against humans. It is for this reason that even involuntary homicide and homicide in the course of a just war have required excommunication. Homicide is involved even in defense of the life of the mother, even if the abortion is to preserve her health or prevent her death*". ENGELHARDT, H. Tristram: *The*

Empero, cuando se realiza un análisis respecto de la elección entre la vida del embrión y el honor y la libertad reproductiva, así como la salud mental de la mujer embarazada, entonces el discurso político respecto del preeminente derecho de la vida del embrión ya no parece tan eficaz. ¿Quiere decir que para el legislador mexicano, aunque veladamente, no existe un respeto irrestricto por la vida del embrión?, ¿o acaso el honor –quizá la dignidad– es un valor iusfundamental superior a la vida del embrión? Desde luego que es la libertad reproductiva de la mujer la que impera sobre el derecho a la vida del embrión.²¹²

Foundations of Christian Bioethics; Swets & Zeitlinger Publishers. Lisse, 2000. p. 275.

212 Dworkin realiza el siguiente planteamiento: "*On the a-fetus-is-a-person view, an exception for rape is even harder to justify than an exception to protect the life of the mother. Why should a fetus be made to forfeit its right to live, and pay with its life, for the wrongdoing of someone else?* [Y debiera decirse de ambas partes, tanto del violador, como de la mujer encinta que no optó por la píldora postcoital] *But once again, the exception is much easier to understand when we shift from the claim of fetal personhood to a concern for protecting the divine or natural investment in human life. Very conservative people, who believe that the divine contribution to a human life is everything and the human contribution almost nothing beside it, believe that abortion is automatically and in every case the worst possible compromise of life's inviolability, and they do not recognize an exception for rape. But*

Y aquí el punto medular, materia de este trabajo, sería el siguiente: si para el legislador mexicano la libertad reproductiva de la mujer embarazada y la salud de la mujer embarazada son valores que están por encima de la salud del embrión (y por tal circunstancia le permite el aborto cuando el embarazo es producto de una violación) ¿entonces por qué habría de sancionar a la mujer embarazada (y a quienes intervengan en el aborto) cuando este se practica sobre un embrión malformado? ¿Acaso el bienestar familiar promedio o el proyecto racional de vida²¹³ de una mujer y su libertad reproductiva son valores con menos mérito que el honor y la salud mental de la mujer

moderately conservative people, who believe that the natural contribution normally outweighs the human contribution, will find two features of rape that argue for an exception. First, according to every prominent religion, rape is itself a brutal violation of God's law and will, and abortion may well seem less insulting to God's creative power when the life itself began in such an insult. [...] Requiring a woman to bear a child conceived in such an assault is especially destructive to her self-realization because it frustrates her creative choice not only in sex but in reproduction as well. In the ideal case, reproduction is a joint decision rooted in love and in a desire to continue one's life mixed with the life of another person." DWORKIN, Ronald: *Life Dominion, an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*; Vintage Books. New York, 1994, pp. 95-96.

213 Esta idea se desarrolla en el capítulo siguiente.

embarazada?

En efecto, así como el permiso legislativo para abortar en caso de violación supone la protección al honor, la libertad reproductiva y la salud mental de la mujer embarazada – quien en caso contrario se vería forzada a la crianza del producto de un acto brutal y obligada a ver en ese pobre niño la cara de su violador– para el caso del aborto eugenésico se supondría la protección de la libertad reproductiva de la mujer embarazada y de su bienestar familiar promedio.

Este bienestar familiar promedio implica el derecho a la igualdad en la conformación familiar, pues la crianza de un discapacitado entraña muy elevados costos, tanto económicos como emocionales,²¹⁴ a los que el Estado no

214 En cuanto a los costos emocionales, piénsese, por ejemplo, en el caso de una madre de la que depende absolutamente un discapacitado –supongamos un grave caso de parálisis cerebral– imagínese el temor perpetuo de esta madre por si ella llegase a faltar ¿quién cuidaría entonces de su hijo? ¿Qué destino ominoso le depararía sin ella? Esto, por supuesto, entre otros numerosos ejemplos sobre este tipo de costos. Sobre el particular Engelhardt apunta lo siguiente: *"El deber de proteger la vida de un recién nacido queda desvirtuado cuando la posibilidad de éxito disminuye, cuando la cantidad o la calidad de vida del recién nacido decrece y cuando aumenta el coste de garantizar dicha calidad de vida."*

hace frente ni respalda en modo alguno, y significa que la mujer tiene el Derecho de conformar una familia en condiciones similares a la gran mayoría de familias en el país, es decir, al promedio estadístico por lo menos respecto al tema de la salud.

3.2. Del *ius vitae nescisque* a la despenalización del aborto.

Si existe el permiso para abortar en casos en los que nada tiene que ver la vida del embrión (como sucede con el aborto en caso de violación) ¿por qué entonces no simplemente se despenaliza el aborto? ¿Cuáles son las razones que hacen que el legislador caiga en este tipo de contradicciones?

En la tradición jurídica romana se planteaba el derecho del *paterfamilias* a determinar sobre la vida y la muerte de sus hijos y, observando el contexto eugenésico de la época, con absoluta seguridad impediría el desarrollo de un bebé

ENGELHARDT, H. Tristram: *Los Fundamentos de la Bioética*. Ediciones Paidós. Barcelona, 1995. p. 291.

malformado o producto de alguna infamia.²¹⁵

Con independencia de estos antecedentes de despenalización del aborto en nuestra cultura occidental, resulta interesantísimo el estudio realizado por Donohue y Levitt para la Oficina Nacional de Investigación Económica en los Estados Unidos de América, sobre el impacto de la legalización del aborto en el crimen:²¹⁶

“We offer evidence that legalized abortion has contributed significantly to recent crime reductions. Crime began to fall roughly 18 years after abortion legalization. The 5 states that allowed abortion in 1970 experienced declines earlier than the rest of the nation, which legalized in 1973 with *Roe v. Wade*. States with high abortion rates in the 1970s and 1980s experienced greater reductions in the 1990s. In

215 MARGADANT, Guillermo F.: *El derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Derecho Romano*; Editorial Esfinge. México, 1991. pp. 22 y 200.

216 DONOHUE III, John J., LEVITT, Steven D.: *The Impact of Legalized Abortion on Crime*; NBER Working Paper Series. National Bureau of Economic Research. Working Paper 8004. [<http://www.nber.org/papers/w8004>] Cambridge, November, 2000.

high abortion states, only arrests of those born after abortion legalization fall relative to low abortion states. Legalized abortion appears to account for as much as 50 per cent of the recent drop in crime.²¹⁷

The evidence we present is consistent with legalized abortion reducing crime rates with a twenty year lag. Our results suggest that an increase of 100 abortions per 1,000 live births reduces a cohort's crime by roughly ten per cent. Extrapolating our results out of sample to a counterfactual in which abortion remained illegal and the number of illegal abortions performed remained steady at the 1960s level, we estimate that (with average national effective abortion rates in 1997 for all three crimes ranging from between 142 and 252) crime was almost 15–25 per cent lower in 1997 than it would have been absent legalized abortion."²¹⁸

217 DONOHUE et al: *op. cit.* p. 2, Abstract.

218 DONOHUE et al: *op. cit.* p. 34. Sobre el particular, Eisler abunda diciendo: "It is tragic – and because of their *enormous influence, unconscionable*– that the men who in the name of

Este estudio demuestra que la despenalización del aborto en modo alguno afecta negativamente a la sociedad, sino todo lo contrario. Por contraposición, se plantea la

various divinities claim absolute moral authority (and in the pope's case, infallibility) are so *out of touch with the realities of people's lives. So by any humane, and rational, standards, doing everything possible to dramatically reduce birthrates should be a top moral priority for all the world's secular and religious leaders. Instead* of vigorously promoting safe and effective birth control technologies and sex education, most of the men who head the world's powerful religious hierarchies more often either actively oppose, or at best passively condone, them. If the population gets too big for the world to bear, the natural order will take care of it through famine, disease, etc. Neither—although population experts point out that the only real way to reduce population growth (as well as abortion) is to emancipate women, educate women, and allow women options beyond motherhood —have powerful religious leaders like the pope done anything to support equality for women. Quite the contrary, the Vatican continues to view contraception and feminism as intertwined evils. The *only life many of the leaders of the anti-family planning movement seem to care about —indeed obsess about— is life before birth and after death. For instance, studies show that those U.S. politicians who consistently voted on the antiabortion side generally also voted against gun control and for military aid to the Contras, while at the same time voting to cut funding for health, education, and welfare (including even school lunches for disadvantaged children)— thus demonstrating the most callous indifference to human life after a child is born.*" EISLER, Riane: Sacred Pleasure. *Sex, Myth, and the Politics of the Body*. HarperSanFrancisco. HarperCollins Publishers. New York, 1995. pp. 314–316.

posibilidad de no abortar en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, tal y como hace alusión Dworkin:

“There is an even more extreme position, which holds that abortion is never justified, even when necessary to save the life of the mother. Though that is the official view of the Catholic church and of some other religious groups, only a small minority even of devout Catholics accept it, and even Justice Rehnquist, who dissented in *Roe v. Wade*, said that he had little doubt that it would be unconstitutional for states to prohibit abortion when a mother’s life was at stake. So I have defined ‘very conservative’ opinion to permit abortion in this circumstance. This exceedingly popular exception would be unacceptable to all conservatives, as I have said, if they really thought that a fetus is a person with protected rights and interests. It is morally and legally impermissible for any third party, such as a doctor, to murder one innocent person even to

save the life of another one."²¹⁹

Como se ve, estas dos posiciones antagónicas son representativas de los dos principales polos en la discusión: liberales y conservadores, *pro-choice* y *pro-life*; estas visiones tienen su eje en la irreconciliable discusión respecto de si el embrión es o no es persona –como ya se dijo–; empero, para el caso específico del aborto eugenésico, la discusión debería abandonar estos extremos –siempre abortar o nunca abortar– respecto de la vida del embrión y replantearse tomando en cuenta a la familia –que se conformaría con el nacimiento del hijo discapacitado, la ya conformada o la que la mujer no desea formar, conforme a su proyecto racional de vida– y el bienestar familiar promedio, en el contexto de la discapacidad y/o la malformación.

3.3. Los bajos índices de procesos penales por aborto y los altos índices de mortalidad por abortos clandestinos: las leyes contra los pobres.

219 DWORKIN: *op. cit.* p. 94.

Uno de los criterios de discusión respecto de la penalización del aborto es que dicho tipo penal se encuentra en “desuso”, esto es, que el número de procesos penales por este delito es insignificante,²²⁰ lo que supone que esté o no esté penalizado el aborto, en realidad se trata de “letra muerta de la Ley”, de una figura jurídica que en la práctica no se aplica, lo que hace innecesaria la discusión sobre despenalizar el aborto. Algunos criterios que recogen tesis jurisprudenciales, inclusive de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los encontramos a continuación:

ABORTO.

De acuerdo con el artículo 329 del Código Penal

220 Efectivamente, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) los juicios penales sobre el delito de aborto no figuran en las gráficas estadísticas. INEGI: *Estadísticas Judiciales en Materia Penal*; Cuaderno número 10. Edición 2002, Impreso en México [Presenta información estadística sociodemográfica y jurídico penal sobre Presuntos Delincuentes y Delincuentes Sentenciados al nivel nacional y por entidad federativa registrada en los juzgados de primera instancia en materia penal durante el año 2001].

para el Distrito y Territorios Federales, vigente en el Estado de Baja California, aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho precepto y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos a través de la sanción, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito, no interesa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.

Amparo directo 4709/57. Salvador Sepúlveda Holguín. 19 de marzo de 1958. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Registro No. 264214

Localización: Sexta Época Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Segunda Parte, IX Página: 9 Tesis Aislada
Materia(s): Penal.

ABORTO, DELITO DE (LEGISLACIÓN DE
MICHOACÁN).

La definición legal de aborto contenida en el artículo 303 del Código Penal de Michoacán, fija solamente el concepto de lo que debe entenderse por aborto, pero a su demostración puede llegarse por el examen médico de la madre, sin que sea necesaria la presencia del feto.

Amparo penal en revisión 1606/46. García Cardona Aurora. 5 de julio de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Registro No. 303866 Localización: Quinta Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación LXXXIX Página: 185 Tesis Aislada Materia(s): Penal.

ABORTO PRODUCIDO POR GOLPES,
RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE.

El hecho de que la muerte haya sobrevenido media hora después de expulsado el feto no altera en nada la situación jurídica, si el producto fue expulsado el quinto mes de la preñez, ello es, dentro del período de la gestación y su viabilidad era, en consecuencia, nula, atenta la época en que fue expulsado, por lo que la muerte debe considerarse como consecuencia necesaria de la expulsión, la que a su vez fue efecto de los golpes producidos.

Amparo directo 8662/50. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 13 de noviembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Registro No. 293013 Localización: Quinta Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación CXXX Página: 472 Tesis Aislada Materia(s): Penal.

ABORTO INTENCIONAL.

Siendo el deseo del abortador, salvo caso de excepción, la muerte del feto, es ese el objeto de delito y en él radican la intencionalidad; así, es evidente que el inculpado, al golpear a la ofendida, y contestar a los testigos presenciales, cuando éstos le dijeron que la mujer estaba embarazada y podía causarle el aborto, que eso era lo que quería, externó su deseo de atentar contra la vida en gestación; y si logró su propósito criminal según el dictamen médico, justamente fue condenado por el delito intencional de aborto.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 139/79. Hugo Pérez Ruvalcaba. 30 de abril de 1980. La publicación no menciona el sentido de la votación en el asunto. Ponente: Víctor Manuel Franco. Registro No. 251309 Localización: Séptima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación 133-138 Sexta Parte Página: 13 Tesis Aislada Materia(s): Penal.

ABORTO. BIENES JURÍDICAMENTE

PROTEGIDOS POR LA NORMA QUE LO PREVEÉ COMO DELITO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De acuerdo con el artículo 339 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho dispositivo legal y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos por la norma, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito no importa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Registro No. 221268 Localización: Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación VIII, Noviembre de 1991 Página: 141 Tesis Aislada Materia(s): Penal

ABORTO, TIPOS DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

Existe diferencia entre el aborto médico obstétrico y el aborto como ilícito penal, pues desde el primer punto de vista, consiste en la expulsión del producto de la concepción, su viabilidad, es decir, su capacidad de vida extrauterina, estará determinada por la edad intrauterina; mientras que, legalmente, no se define al aborto, por la maniobra abortiva, como expulsión del producto, sino por la consecuencia de ella, que es la muerte del concebido como la

contempla el artículo 339 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Registro No. 221271 Localización: Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación VIII, Noviembre de 1991 Página: 142 Tesis Aislada Materia(s): Penal

ABORTO, INEXISTENCIA DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD POR ESTADO DE NECESIDAD EN EL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

La excluyente de responsabilidad por estado de necesidad, prevista por la fracción III del artículo 343 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, como todas las de su especie, se configura cuando la realización de la conducta típica, en este caso el aborto, se produce ante una situación de peligro actual, grave e

inminente, como la muerte de la madre, que sólo puede resolverse en esa forma, es decir, provocando la muerte del producto de la concepción, porque únicamente por esa vía es dable salvar la propia vida de la madre; de manera que si no se actualizan los elementos que típicamente la integran, no surge esa causa de inexistencia del delito, máxime si no se justifica el sacrificio del bien jurídico tutelado por el artículo 339 de la legislación en comento para salvar otro también protegido por la ley penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Registro No. 221272 Localización: Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación VIII, Noviembre de 1991 Página: 142 Tesis Aislada Materia(s): Penal

Sin embargo, si bien es cierto que en México es casi

inexistente el número de causas penales por el delito de aborto, también es cierto que al ser un ilícito que involucra al médico, orilla a la mujer embarazada a recurrir a alguien no profesional que utilizará métodos insalubres y por demás peligrosos para la salud de la mujer embarazada en la práctica del aborto; aunado a que, obviamente, la seguridad social, el sistema de salubridad pública, no practicará abortos salvo en los casos permitidos, entre comillas, por nuestra legislación.

Esta circunstancia, cabe decirse que execrada por la comunidad internacional, constituye, tan solo en México, el tercer lugar de mortalidad materna.²²¹ Sobre el particular la Organización Mundial de la Salud se ha pronunciado como sigue:

“Aunque el uso de anticonceptivos se ha extendido mucho en los últimos 30 años, todavía se practican en el mundo entre 26 y 53 millones de abortos anuales (Henshaw y Morrow, 1990).

221 CONAPO (Consejo Nacional de Población) cifras tomadas entre los años 1992 – 1994.
CONAPO: *Indicadores básicos de salud reproductiva y planificación familiar*; México, 1996.
[Cfr: <http://www.gire.org.mx>]

Estos abortos, realizados sin garantías de seguridad –es decir, por personal incompetente y en malas condiciones de higiene– causan todos los años entre 50 000 y 100 000 defunciones femeninas que podrían haberse evitado (Organización Mundial de la Salud, 1993). La mayor parte de esta mortalidad afecta al mundo en desarrollo.

El gran número de mujeres que recurren a un aborto sin garantías de seguridad pone de relieve que la población femenina debe tener acceso a una amplia gama de métodos de planificación familiar a fin de poder controlar sin riesgos su propia fecundidad (Salter et al., 1996). El hecho de que tantas mujeres se expongan a sufrir lesiones graves e incluso la muerte, por no hablar ya de las consecuencias sociales o penales, para poner fin a un embarazo hace patente el grado de desesperación con que tratan de evitar o aplazar el embarazo. Muchas de las que han sido víctimas de un aborto sin garantías de seguridad sufren complicaciones y han de ser tratadas en un hospital o establecimiento análogo. Sin embargo, rara vez salen del hospital

debidamente aleccionadas para no caer de nuevo en el proceso de coito no protegido, embarazo no deseado y aborto sin garantías de seguridad, que tan a menudo culmina en lesiones traumáticas, afecciones tardías o incluso la muerte.”²²²

Esta realidad pone de manifiesto la incongruencia respecto de la penalización del aborto “como un medio jurídico de proteger la vida”. Como se comentaba, la penalización del aborto no tiene tanto impacto en cuanto a los juicios penales que se sigan en contra de quienes abortan, sino que el mayor impacto de la penalización del aborto se tiene, como se veía, en la mortalidad materna así como en los subsecuentes costos de salud pública que implica la atención de una mujer lesionada por la *mal-praxis* de un aborto.

Y en este punto queda expuesto que, si la penalización del aborto no redundará en procesos penales (y no por ello

222 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Planificación familiar postaborto guía práctica para administradores de programas*; Family Planning materials. Department of Reproductive Health and Research (RHR). World Health Organization. [http://www.who.int/reproductive-alth/pages_resources/listing_family_planning.htm]

quiere decir que la “amenaza” jurídica funcione, pues los abortos se siguen y seguirán practicando) pero dicha penalización sí incide en la imposibilidad de los servicios médicos públicos para atender abortos, luego entonces estas leyes tienen como único propósito alejar a los pobres de la posibilidad de decidir, de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de los hijos que deseen tener;²²³ esto significa que en realidad son los

223 Segundo párrafo del artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Sobre esto Burgoa comenta que “éste [segundo párrafo] *en substancia, proclama la libertad de procreación, imponiendo simultáneamente a los órganos del Estado la obligación pasiva de no determinar, por ningún acto de autoridad, el número de hijos que desee tener la pareja humana. La disposición que comentamos es la base constitucional de lo que se llama planeación familiar, la cual de ninguna manera entraña el desconocimiento de la aludida libertad, sino una política de persuasión que se debe implantar y desarrollar legislativa y administrativamente por el Estado tendiente a infundir en el varón y la mujer una conciencia de responsabilidad en cuanto a la procreación de los hijos con el objeto primordial de controlar el crecimiento demográfico que tan graves problemas sociales, económicos y ecológicos provoca y cuyo estudio y pretendida solución han originado diversos eventos de carácter internacional en los que nuestro país ha participado*”. BURGOA, Ignacio: *Las Garantías Individuales*; Editorial Porrúa, 23ª edición. México, 1991. pp. 275-276.

pobres los únicos que deben arriesgar la vida en caso de querer abortar, como si las consecuencias que efectivamente se sufren por un aborto practicado fuera del entorno médico, de suyo, significaran un castigo por atentar con esta particular política de “no-abortar”.

¿Cuál es el propósito de permanencia de estas leyes contra los pobres? Porque en realidad los no-pobres se van al extranjero a abortar o bien pagan una clínica particular que, aunque casi clandestinamente, practiquen abortos o bien, en la que los médicos (dos) estén dispuestos a afirmar (en el muy remoto caso de que alguien denunciara el hecho) que se trató de un aborto terapéutico. ¿Es esto congruente con la garantía de igualdad que supone la libertad procreativa? ¿Quiere decir que los pobres no pueden gozar de libertad procreativa en la realidad debido a un precepto penal que no cuenta con sustento constitucional alguno? ¿No es esto una doble moral del Estado?

3.4. La doble moral del Estado laico.

Conforme a la garantía de libertad de culto establecida

en el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *"Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley"*.

Por su parte, el artículo 130 de nuestra Carta Magna, establece que los Estados Unidos Mexicanos es un país laico: *"El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley."*

Esta separación *histórica* del Estado y las iglesias da fundamento a la laicidad del Estado Mexicano, misma que se subraya en cuanto a la garantía a la educación impartida por el Estado contenida en el artículo tercero de la ley de leyes, cuya fracción primera preconiza lo siguiente: *"Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa."*²²⁴ De

224 Porrúa Pérez apunta sobre el particular: *"El evangelio separó el aspecto religioso de la esfera de la competencia del Estado. 'Dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de*

acuerdo con Soberanes, la libertad religiosa:

“Se complementa con dos principios jurídico-constitucionales denominados de ‘laicidad del Estado’ y de ‘separación del Estado de las Iglesias’...

Las prohibiciones establecidas por el artículo 130 constitucional, en lo relativo a no mezclar lo religioso con lo político, dada la idiosincrasia del pueblo mexicano, que en este sentido puede ser fácilmente influenciado por quien ejerce

*Dios’ es la frase de Dios mismo, que separó los campos. Existe un bien público religioso; pero ese bien ya no incumbe al Estado, sino que está encomendado a una Institución nueva, internacional y universal: la Iglesia. Pero esta doble esfera de actividad no implica pugna entre ambas instituciones. Cada una en su campo es autónoma. No hay conflicto de intereses, sino complementación de funciones... Hay que precisar que el Estado y la Iglesia son entes culturales distintos, cada uno de ellos con un campo específico de acción determinado por sus diversos fines. Cada una de ambas instituciones es soberana en su respectiva esfera y la paz y armonía entre las mismas se logra al conservarse dentro de su campo de actividad. La Iglesia no debe intervenir en los asuntos de la competencia estricta del Estado, pero este también debe abstenerse de intervenir en la esfera propia de la Iglesia.” PORRÚA PÉREZ, Francisco: *Teoría del Estado*; Editorial Porrúa, 24ª edición. México, 1991. pp. 294–295.*

autoridad espiritual, se establece que los ministros de culto no pueden ser votados en elecciones populares ni desempeñar cargos públicos ni integrar partidos o asociaciones políticas, como tampoco estos últimos pueden tener alguna denominación religiosa, así como los mismos ministros no pueden hacer proselitismo a favor de candidato, partido o asociación política alguna, u oponerse a las leyes del país o sus instituciones en reuniones públicas, actos de culto o propaganda religiosa, ni las publicaciones de carácter religioso. De esta forma se impide manipular los sentimientos religiosos del pueblo con fines políticos.”²²⁵

Por su parte, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece los siguientes criterios respecto de la libertad de culto y la libertad religiosa:

225 SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis: *Derechos de los Creyentes*; Colección Nuestros Derechos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición. UNAM. México, 2000. pp. 42-45.

LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO.
SUS DIFERENCIAS.

La libertad religiosa tutelada por el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene una vertiente interna que atiende a la capacidad de los individuos para desarrollarse y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino; y una vertiente externa a la que alude particularmente dicho precepto constitucional al establecer que "todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.". Así, la regla específica del párrafo tercero del citado artículo, según la cual los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos y los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria, se aplica a un subconjunto muy preciso de manifestaciones externas de la libertad religiosa, pues por actos de culto público hay que entender

no sólo los externos sino también los colectivos o grupales, y además pertenecientes al ámbito de la expresión institucionalizada de la religión. En efecto, no todo acto de expresión externa de una creencia religiosa es un acto de "culto público", ya que, por ejemplo, llevar la kipá o una medalla de la Virgen en el cuello, es símbolo y expresión de la filiación religiosa judía o católica, respectivamente, de la persona que los lleva, y en esa medida son una manifestación externa de la libertad religiosa, pero no constituyen actos de culto público. Análogamente, el hecho de que varias personas lleven dichos símbolos conjuntamente no convierte a esa coincidencia en un acto de culto público, como tampoco lo serían otras expresiones o vivencias colectivas de ciertas creencias religiosas, como fundar una escuela privada con orientación religiosa u organizar una excursión privada a un lugar sagrado; sino que los actos de culto público son los específicamente orientados a desarrollar de manera colectiva los ritos, ceremonias y prácticas que las diferentes religiones reconocen como manifestaciones institucionalizadas o

formalizadas de su fe religiosa, definidas y gobernadas por reglas preestablecidas por ellas.

Amparo en revisión 1595/2006. Stephen Orla Searfoss. 29 de noviembre de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl Manuel Mejía Garza. Registro No. 173252 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Febrero de 2007 Página: 654 Tesis: 1a. LXI/2007 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional.

LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS.

El primer párrafo del artículo 24 de la Constitución Federal consagra en sus términos nucleares la libertad religiosa, esto es, la libertad de sostener y cultivar las creencias religiosas que cada uno considere, libertad que también incluye la de cambiar de creencias religiosas. El precepto encierra, además, tanto una referencia a la dimensión interna de la libertad religiosa como a su dimensión externa. La faceta interna de la

libertad religiosa se relaciona íntimamente con la libertad ideológica y, aunque es difícil de definir de un modo que sea general y a la vez útil, atiende a la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino. Ello no significa que nuestro texto constitucional proteja sólo el desarrollo de ideas, actitudes y planes de vida religiosos, en contraposición a ideas y actitudes ateas o agnósticas; así como los derechos de reunión, asociación o expresión protegen tanto la posibilidad de reunirse, fundar y pertenecer a asociaciones y expresarse como la opción de los que prefieren no hacerlo, la Constitución protege la opción de no desarrollar los contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual por otro lado viene asegurado por la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1o. En esta vertiente interna, la libertad religiosa es de algún modo ilimitada, puesto que el Estado no tiene medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad: su

pensamiento. Sin embargo, existen medios por los cuales el Estado y los particulares moldean de hecho las creencias de las personas y, en los casos en los que, por el tipo de fines perseguidos o por los medios usados el impacto sobre esta dimensión sea empíricamente ostensible y sobrepase los niveles ordinarios, no puede descartarse que la dimensión interna cobre relevancia para el control de constitucionalidad de normas y actos. La dimensión o proyección externa de la libertad religiosa es múltiple y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión o la libertad de enseñanza. Una proyección típica y específica, pero en modo alguno única, que la Constitución menciona expresamente es la libertad de culto, que se refiere a la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas.

Amparo en revisión 1595/2006. Stephen Orla Searfoss. 29 de noviembre de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario:

Raúl Manuel Mejía Garza Registro No. 173253
Localización: Novena Época Instancia: Primera
Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación
y su Gaceta XXV, Febrero de 2007 Página: 654
Tesis: 1a. LX/2007 Tesis Aislada Materia(s):
Constitucional.

Así bien, esto significa que las instituciones, tanto orgánicas como jurídicas, se abstendrán de contar con contenidos propios de alguna iglesia; sin embargo, las doctrinas religiosas, como factores reales de poder,²²⁶ han

226 "Aparte de las limitaciones anteriores, el Constituyente no debe prescindir de numerosos factores políticos, que condicionan el éxito de su obra. Esos factores, que en sí mismos son extrajurídicos, introducen con frecuencia en la obra del Constituyente elementos auténticamente jurídicos y que ya existían con anterioridad; de este modo la Asamblea de Filadelfia tuvo que incorporar en la Constitución determinados status preexistentes de las colonias, y nuestra primera Constitución no pudo menos que recoger ciertos principios impuestos por la época, entre ellos la intolerancia religiosa. Se trata de los factores reales de poder, que rigen en el seno de toda sociedad y que funcionan según la fórmula expresiva de Lasalle: 'Se toman esos factores reales de poder y, a partir de este momento, incorporados a un papel (la Constitución), ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley,

penetrado en algunas de nuestras instituciones jurídicas, dotándolas de contenidos que, sin duda, no son laicos.

En efecto, con poca fortuna, alejados del espíritu iusfundamental de las libertades religiosas y, por ende, del Estado Laico, las mayorías religiosas se imponen a los derechos de los individuos. Sobre el particular, Elster apunta lo siguiente:

“Se da el caso de una mayoría popular que actúa a través de sus representantes a partir de una pasión permanente. Una ojeada a las citas del párrafo precedente permite ver el predominio de expresiones como ‘súbdito’, ‘voluble’, ‘desbordada’, ‘precipitación’, ‘veleidad’ y otros semejantes. En contraste, en las dos asambleas del siglo XVIII hubo pocas alusiones a pasiones y prejuicios más permanentes que podrían moldear la voluntad de la mayoría. En Filadelfia, por ejemplo, nadie mencionó el racismo o el fanatismo religioso como amenazas potenciales

*y es castigado.”. TENA RAMÍREZ, Felipe: *Derecho Constitucional Mexicano*; Editorial Porrúa, 25ª edición. México, 1991. pp. 28-29.*

contra los derechos individuales. A finales del siglo XX estos problemas de etnicidad y religión pueden ser los mayores peligros que se ciernen sobre el régimen de mayorías."²²⁷

Sobre esto mismo, se apunta que *"la apelación al consenso o al consenso solapado parece funcionar en gran parte de la misma forma que lo hace la ideología en una explicación marxista. 'Las ideas de la clase gobernante son en cada época las ideas gobernantes: esto es, la clase que es la fuerza material gobernante de una sociedad es al mismo tiempo su fuerza intelectual gobernante.'"*²²⁸ Ya se había comentado sobre el tópico relativo a la legalización de la moral, sobre el particular es oportuno abundar sobre las diferencias entre una moral religiosa y una moral laica en los casos que resultan moralmente incongruentes con la laicidad del Estado: por supuesto el aborto eugenésico,

227 ELSTER, John: *Régimen de Mayorías y Derechos Individuales*; En: *De los Derechos Humanos, Las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*. Colección Estructuras y Procesos, Editorial Trotta. Madrid, 1998. p. 173.

228 ENGELHARDT, H. Tristram: *Los Fundamentos de la Bioética*; Editorial Paidós. Barcelona, 1995. p. 85.

aunque también el divorcio²²⁹ y la eutanasia.²³⁰ Engelhardt

229 En efecto, no existen razones laicas para establecer un procedimiento largo, costoso y, en algunas veces, hasta humillante como el divorcio. El divorcio consiste en una forma "legalizada" en que las iglesias que no lo toleran, hacen que quienes desean romper el vínculo matrimonial se vean impedidos a hacerlo rápida y fácilmente; por el contrario, someterán sus diferencias estrictamente bilaterales, conyugales, al arbitrio del sistema jurídico –al través del juez– para que en el supuesto de que lleguen a acreditar los extremos de su acción, puedan dejar de estar casados. Desde un punto de vista laico, se insiste, no existen argumentos para la vigencia del divorcio; su razón de ser la encuentra en esta imposición de las mayorías religiosas como factores reales de poder. Por mayoría de razón, resulta atinente el siguiente apunte de Talavera: *"Con estas premisas, en la actualidad, la función que tradicionalmente tenía el matrimonio civil, desde el punto de vista 'institucional', sería prácticamente nula, puesto que apenas existen verdaderos principios, finalidades y obligaciones que proteger, en cuanto que estrictamente matrimoniales. Su significación y sentido habría que buscarla hoy más bien en dimensión operativa, es decir, una regulación legal que funciona realmente como un sistema de garantías y presunciones para asegurar la tutela de ciertos bienes y derechos dentro de una relación estable de pareja. Se estaría produciendo un cambio absolutamente significativo en el terreno sociológico y jurídico que va desde la concepción tradicional del matrimonio como vínculo legal, hacia la de un 'hecho afectivo juridificado', de carácter estable y cuyas consecuencias se producen mientras que la relación subsista como tal. Por consiguiente, en un sistema donde ya no tendría sentido hablar de protección institucional al matrimonio, puesto que en la práctica su función es meramente instrumental, no parece haber impedimento para institucionalizar jurídicamente un modelo alternativo al matrimonio".*

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro: *La Unión de Hecho y el Derecho a no Casarse*; Colección filosofía, derecho y sociedad, Editorial Comares. Granada, 2001. pp. 20-21.

230 Con independencia de lo mucho que la doctrina analiza sobre este también espinoso tema, desde un punto de vista laico si persona es ser digno ¿cómo es que entonces el Estado Mexicano se puede oponer a la eutanasia, obligando a quien padece esta angustia y congoja que precede una terrible muerte, a soportar el estado de agonía, que resulta indigno por antonomasia? Dworkin manifiesta lo siguiente: *"Because we cherish dignity, we insist on freedom, and we place the right of conscience at its center, so that a government that denies that right is totalitarian no matter how free it leaves us in choices that matter less. Because we honor dignity, we demand democracy, and we define it so that a constitution that permits a majority to deny freedom of conscience is democracy's enemy, not its author. Whatever view we take about abortion and euthanasia, we want the right to decide for ourselves, and we should therefore be ready to insist that any honorable constitution, any genuine constitution of principle, will guarantee that right for everyone."* DWORKIN: *op. cit.* p. 239. El Institut Borja de Bioètica de la Universitat Ramon Llull arriba a las siguientes conclusiones en su Declaración *"Hacia una posible despenalización de la eutanasia"*: *"Nuestra reflexión sobre la eutanasia no nos lleva a pedir su legalización indiscriminadamente, sino una posible despenalización en determinados supuestos que representen una inevitable tensión conflictiva entre valores equiparables a la vida misma y que pongan en evidencia la posibilidad o la necesidad de no prolongarla innecesariamente. La despenalización de la eutanasia, una vez llegada su concreción en la norma jurídica, debería exigir la concurrencia de unos requisitos imprescindibles, sin los cuales sería una acción que en una u otra medida debería ser penalizada."*

realiza una interesantísima diferencia entre moral dotada de contenido y moral laica, como se aprecia enseguida:

“La vida moral se vive en dos niveles o dimensiones: a) El de una ética secular que se esfuerza en ser pobre de contenido, pero que es capaz de abarcar numerosas comunidades morales divergentes, y b) las comunidades morales particulares dentro de las cuales es posible alcanzar una comprensión dotada de contenido de la vida buena. El primero se puede defender por medio de argumentos morales seculares generales en torno a la naturaleza de la ética. Esta dimensión ofrece algunas conclusiones morales seculares absolutas y universales, aunque de pobre contenido. Teniendo en cuenta que representa un intento de asegurar la autoridad y el propósito moral de la acción común más allá de las comunidades morales, presupone la existencia de una serie de puntos de vista morales contrapuestos y la riqueza de la vida moral en ellos contenida. Tomada en sí misma, la bioética sería un marco vacío. La

segunda dimensión ofrece visiones dotadas de contenido rivales de la vida buena, incluyendo explicaciones concretas de las virtudes y de los vicios.”²³¹

En este contexto, tenemos que las visiones sobre la moral dependen de la comunidad moral en la que uno se ubique, pues dicha moral estará dotada de un contenido particular que explicará los diferentes principios y valores que dicha comunidad moral desea practicar. Por el contrario, una moral laica, no puede estar dotada de contenidos, sino en el más mínimo de los sentidos y se explica únicamente y exclusivamente por dos principios bioéticos seculares: el Principio de Permiso y el de Beneficencia.²³²

“En su sentido más general y comprensivo, el punto de vista moral secular será aquella posición intelectual a partir de la cual se comprende que los conflictos concernientes a la

231 ENGELHARDT: 1995, *op. cit.* p. 104.

232 ENGELHARDT: 1995; *op. cit.* pp. 111 y ss.

corrección e incorrección de una acción particular pueden resolverse intersubjetivamente por mutuo acuerdo...

Para que la voluntad a favor de un punto de vista moral sea algo más que una inclinación hacia un punto de vista moral particular, tendrá que ser una voluntad a favor de una estructura moral tan general como el concepto mismo de moralidad...²³³

En la medida en que es posible una descripción de la ética secular general, que en su generalidad se puede caracterizar como parte esencial de los esfuerzos de las personas, tal explicación de la ética se justifica por el hecho de ser un elemento ineludible de la vida. De esta forma se ha justificado el principio de permiso: es la condición necesaria para poder resolver con autoridad moral las controversias morales entre extraños morales sin recurrir a la fuerza y para mantener un lenguaje ético secular mínimo destinado a alabar y censurar. En este sentido es un lenguaje

233 ENGELHARDT: 1995; *op. cit.* pp. 113-114.

formal, ya que proporciona el proceso vacío para generar autoridad moral en una sociedad pluralista secular por medio del consenso mutuo. El principio de permiso está en condiciones de demostrar que el aborto, la anticoncepción y el suicidio no se pueden prohibir con autoridad moral, pero no puede demostrar que sea bueno pagar por el aborto y la anticoncepción para el indigente o ayudar a individuos racionales que traten de cometer suicidio y necesitan ayuda...²³⁴

En resumen, la violación al principio de permiso justifica la restricción de la autonomía del infractor. La violación del principio de beneficencia priva al infractor del derecho a reivindicar aquel tipo de beneficencia que él ha negado a los demás.²³⁵

Este Principio de Permiso es señalado como una "ética procedimental mínima" por Ferrer y Álvarez²³⁶ en la que se

234 ENGELHARDT: 1995; *op. cit.* pp. 120-121.

235 ENGELHARDT: 1995; *op. cit.* p. 124.

236 FERRER, Jorge José y ÁLVAREZ, Juan Carlos: *Para fundamentar la bioética -Teorías y*

cuestionan cuáles serían los límites a la legitimidad que el propio permiso puede conferir y si este basta, en términos morales, para justificar cualquier acción, por una parte y, por la otra, en caso de existir dichos límites al consentimiento, en tratándose del contenido total del Principio de Permiso, ¿de dónde derivan y cuáles serían estos?²³⁷

paradigmas teóricos en la bioética contemporánea; Desclée De Brouwer, Universidad Pontificia de Comillas, Cátedra de Bioética. Madrid, 2003. p. 240.

237 Ni Engelhardt ni Ferrer y Álvarez dan respuesta a este último cuestionamiento sobre los límites del consentimiento para legitimar al Principio de Permiso; que desde luego existen, al no haber absolutos ni en la moral ni en el Derecho. Si partimos de la premisa de que mientras haya consentimiento libre, responsable e informado habrá permiso, entonces tendríamos que afirmar que el propio principio en comentario entraña sus propios límites, pues tal es la naturaleza de la responsabilidad. Habría que precisar, más bien, que los límites al permiso quedan difusos justo como difusa es la noción de responsabilidad en nuestros días (como un rasgo propio del posmodernismo); por ejemplo: ¿es legítimo el 'permiso' que da una persona para convertirse en trabajador-esclavo por ocho horas diarias en los países subdesarrollados? El consentimiento se da pues es su responsabilidad trabajar, aun en condiciones materialmente de esclavitud. ¿Es esto legítimo? La cuestión hace pensar en las Leyes de la Robótica de Asimov: "1. A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm; 2. A robot must obey orders given it by human beings except

Para Adela Cortina, *"una ética laica es aquella que, a diferencia de la religiosa y de la laicista, no hace ninguna referencia explícita a Dios ni para tomar su palabra como orientación ni para rechazarla. Es decir, que no cierra la ética lo trascendente, sino que la deja 'abierta a la religión', como diría José Luis Aranguren, pero tampoco afirma que no hay más fundamento de la moral que el religioso, dejando a los no creyentes ayunos de fundamento racional.*

where such orders would conflict with the First Law; 3. A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law." Cfr. ASIMOV, Isaac: *I Robot*; Bantam Books. New York, 1991. Pareciera que el Principio de Permiso podría basarse, precisamente, en no hacerse daño ni permitir, por omisión, que alguien más se haga daño; como permitir o bien practicar una cirugía electiva que implique mutilación, por poner un supuesto. *"We allow that violence is done to the body among 'primitive' cultures or that it was done by ancient societies, but we have yet to realize that beauty brings out the primitive in every person. During 1996 a reported 696,904 Americans underwent voluntary aesthetic surgery that involved tearing or burning their skin, shucking their fat, or implanting foreign materials. Before the FDA limited silicone gel implants in 1992, four hundred women were getting them every day. Breast implants were once the province of porn stars; they are now the norm for Hollywood actresses, and no longer a rarity for the house wife."* ETCOFF, Nancy: *Survival of the Prettiest –The Science of Beauty–*; Anchor Books. New York, 2000. p. 5.

La ética laica es aquella que puede ser asumida por creyentes y no creyentes siempre que no sean fundamentalistas religiosos o fundamentalistas laicistas. En este sentido es en el que considera que las expresiones más adecuadas son las de ética de mínimos para la ética cívica y éticas de máximos para las éticas que hacen propuestas de vida feliz.” Habla Rawls de ‘concepción moral de la justicia para la estructura básica de la sociedad’ para referirse a lo que Cortina denomina ‘ética de mínimos’, y de ‘doctrinas comprensivas del bien’ para mencionar lo que denomina ‘éticas de máximos’. “La ética civil contendría entonces aquellos elementos comunes de justicia por debajo de los cuales no puede caer una sociedad sin caer a la vez ‘bajo mínimos’ de moralidad. La ‘fórmula mágica del pluralismo’ consiste entonces en compartir unos mínimos de justicia, progresivamente ampliables, en respetar activamente los máximos de felicidad y de sentido de la vida que no se comparten y en promover aquellos máximos de felicidad y sentido que sí se comparten.”²³⁸

238 CORTINA, Adela: op. cit. pp.139-141. En ese sentido Atienza apunta: ‘Por eso –añade GRACIA– los primeros configuran una “ética de mínimos” y los segundos una “ética de máximos”: “A los mínimos morales se nos puede obligar desde fuera, en tanto que la ética de

Visto lo anterior, es de concluirse que en un Estado laico es contrario a la noción de los Derechos Humanos obligar a la mujer, en cuanto a la procreación, con argumentos de una moral dotada de contenido (religiosa) en vez de una moral secular. Luego entonces es una cuestión de conciencia que cada quien debe observar, pero que no puede ser motivo para que el Estado utilice su poder en uno u otro sentido para coaccionar en torno a una determinada moral u otra, lo que en la realidad resulta en una doble moral del Estado.²³⁹

máximos depende siempre del propio sistema de valores, es decir, del propio ideal de perfección y felicidad que nos hayamos marcado. Una es la ética del "deber" y la otra la ética de la "felicidad". También cabe decir que el primer nivel [el configurado por los principios de no maleficencia y justicia] es el propio de lo "correcto" (o incorrecto), en tanto que el segundo [el de los principios de autonomía y beneficencia] es el propio de lo "bueno" (o malo). Por eso, el primero se corresponde con el Derecho, y el segundo es el específico de la Moral". ATIENZA, Manuel: *Bioética, Derecho y Argumentación*; Palestra Temis. Lima-Bogotá, 2004. p. 47. "Toda moral es por oposición al *laissez aller* una especie de tiranía contra la 'Naturaleza' y también contra la 'razón' [Más allá del bien y del mal. Sección 1a. Af. 188]. Nietzsche, citado por IGLESIAS: *op cit.* p. 141.

239 Es fundamental tomar en consideración que el impedimento a abortar que se interpreta de los textos sagrados de la antigüedad, obedece a un criterio moral válido para una sociedad

3.5. Procreación obligatoria de discapacitados. Su inconstitucionalidad.

La prohibición del aborto eugenésico rigurosamente significa, por ende, que el Estado impone a las familias una obligación de procrear discapacitados. Obligación que no solo implica el desmoronamiento del núcleo familiar debido a los elevados costos emocionales que entraña, por ejemplo, la crianza de un discapacitado agónico, sino el

tribal del desierto en la que la mujer poco o nada importaba. Situación muy similar a la del Medioevo en la que los doctores de la iglesia confirmaron el o los impedimentos para abortar: no era en realidad la mujer la que abortaba, sino el hombre, es decir, el hombre obligaba a la mujer a practicar un aborto aun y cuando ella no lo hubiese deseado así; de manera que el cuerpo de la mujer y su libertad quedaba supeditada a la volición del varón, lo que, quizás para compensar tan ingente desigualdad, la moral de aquellas propectas épocas sancionaba al "abortador". Hoy en día dicha moral resulta vacua pues, indiscutiblemente, la mujer es la que tiene el derecho, garantizado por el Estado laico, y la libertad para decidir sobre su propio cuerpo. Sobre esto Dworkin apunta que: *"That freedom of choice about abortion is a necessary implication of the religious freedom guaranteed by the First Amendment."* *"Recognizing that women have a constitutional right to determine how their own bodies are to be used is a prerequisite, not a barrier, to the further claim that the government must ensure that this right is not illusory"*. DWORKIN: *op. cit.* pp. 26 y 54.

rompimiento respecto a la igualdad de opciones que toda familia debe tener si aceptamos que, constitucionalmente, el varón y la mujer son iguales ante la Ley y esta, la Ley, protegerá la organización y el desarrollo de la familia.²⁴⁰

“Suppose parents discover, early in the mother’s pregnancy, that the fetus is genetically so deformed that the life it would lead after birth will inevitably be both short and sharply limited. They must decide whether it is a worse frustration of life if the gravely deformed fetus were to die at once –wasting the miracle of its creation and its development so far– or if it were to continue to grow in utero, to be born, and to live only a short and crippled life.”²⁴¹

Siguiendo este planteamiento, Singer aduce que no puede existir censura alguna, por lo menos por parte del Estado, por querer que un hijo recién nacido con síndrome

240 Primer Párrafo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

241 DWORKIN: *op. cit.* p. 90.

de Down, por ejemplo, muriera, y señala: *"No existe una acusada distinción ética entre lo que hicieron [querer que muriera] y lo que la mayoría de las mujeres embarazadas hacen cuando se les propone un aborto porque el feto que llevan tiene síndrome de Down. En ambos casos, la decisión no es en un principio de la incumbencia del Estado ni de los médicos, le concierne principalmente a la familia en que nace el bebé."*²⁴²

Si como establece el texto constitucional, el Estado garantiza la igualdad entre hombres y mujeres y protegerá el desarrollo de la familia, resulta contrario a estos iusfundamentales que el propio Estado impida que las mujeres elijan sobre su bienestar familiar promedio. ¿Por qué, si no existen razones laicas para prohibir el aborto eugenésico, el Estado conculca el derecho de las mujeres y de las familias de tener acceso al bienestar promedio, al imponerle la obligación de procrear discapacitados?²⁴³

242 Singer, Peter: *Repensar la vida y la muerte -El derrumbe de nuestra ética tradicional-*; Editorial Paidós, Transiciones. Barcelona, 1997. p. 212.

243 "Nuestras reflexiones acerca de la posición moral secular de las personas y de la limitada autoridad moral secular del Estado nos han llevado a reconsiderar la moralidad secular con respecto a la eutanasia activa y pasiva de recién nacidos con graves taras

Resulta interesante atender a reflexiones sobre este aspecto, surgidas en el seno de la moral dotada de contenido –religiosa– como enseguida se transcribe:

Las sociedades occidentales han permitido, por lo general, la muerte del recién nacido cuando los gastos de tratamiento eran elevados y las posibilidades de éxito escasas. Partiendo de motivos morales no seculares que van en contra de desear la muerte del niño, tales omisiones nunca se han descrito como infanticidio, aunque la muerte fuese frecuentemente una consecuencia previsible de la interrupción del tratamiento. Generalmente se excusa de procurar tratamiento si este constituye una grave carga para uno mismo o para la sociedad. En palabras del Papa Pío XII:

‘Normalmente se espera que se utilicen solamente medio ordinarios –según las

mentales y físicas, ya que no puede justificarse la categórica prohibición legal de dichas prácticas en virtud de principios morales seculares generales”. ENGELHARDT: 1995; *op. cit.* p. 298.

circunstancias de las personas, lugares, épocas y culturas-, es decir, medios que no impliquen una pesada carga (*aucune charge extraordinaire*) para uno mismo o para los demás. Una obligación más estricta sería demasiado gravosa (*trop lourde*) para la mayoría y dificultaría excesivamente la consecución de bienes superiores, más importantes."²⁴⁴

Las cargas familiares y el difícil entorno social para el discapacitado, constituyen, cuando son impuestas, una desigualdad en las condiciones respecto de los demás, aunado a la contradicción respecto a la garantía, como derecho fundamental, del desarrollo de la familia; consecuentemente, resulta inconstitucional la procreación obligatoria de discapacitados, no solamente porque conculca la libertad de culto, como se expuso anteriormente, sino, también, porque atenta contra la igualdad entre los hombres, contra la igualdad entre las familias e impide el desarrollo *promedio* de éstas, se reitera, cuando dicha procreación de discapacitados es

244 ENGELHARDT: 1995; *op. cit.* pp. 294-295

impuesta.²⁴⁵ Estas consideraciones nos llevan incluso a un campo aún más inexplorado que el del aborto eugenésico: la eutanasia neonatal. Máxime cuando nos enfrentamos al caso de no poder practicar un aborto eugenésico debido al riesgo de muerte de la mujer embarazada. O bien cuando el diagnóstico prenatal falla y nace un niño con severas deformaciones físicas y mentales. Por supuesto, estos aspectos deberán ser tratados en un trabajo ex-profeso para ello.²⁴⁶

245 "And though many people have become superb parents to disabled or disadvantaged children, and some extraordinary ones have found a special vocation in that responsibility, it will sometimes be a devastating blow to a parent's prospects to have a crippled child rather than a normal one, or a child whose bearing and care will seriously strain family resources." DWORIN: *op. cit.*; p. 100.

246 Sobre el particular, Sklansky concluye lo siguiente: "Confusion regarding the definition of neonatal euthanasia pales in comparison with euthanasia's moral and legal complexity. The law, perhaps more so than morality, speaks clearly about active euthanasia. However, the moral and legal status of passive neonatal euthanasia, (i. e., withholding/withdrawing treatment from critically ill newborn infants) remains ambiguous. Parents and physicians have legal duties to provide medical care for defective infants, but the limits to these duties have not been well defined. Parents, physicians and nurses who participate in foregoing life sustaining medical treatment for critically ill infants may be found guilty of child neglect,

3.6. La falacia legal. El caso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como se planteó al comienzo de este trabajo, en realidad no existe el aborto eugenésico como excluyente de responsabilidad penal, sino que, para el caso del Distrito Federal, resulta una mera simulación de los contenidos del

manslaughter or murder. Thus, the formal position statements of the AMA and the AAP (as well as several from Europe) appear to condone a practice for which persons may be found criminally liable in the United States, and probably in parts of Europe. Because the law should reflect, not define, our most considered moral judgments, the best possible legal solution should include a process for decision making which minimizes the risk of abuses and mistakes. The specific criteria for the "best interests of the newborn" should not and cannot be enumerated by the law. But if we as a society believe that certain instances of passive neonatal euthanasia should be allowed, with some discretion left to parents and physicians, the law should make this clear. The legal status of the widespread practice of passive neonatal euthanasia needs to be reviewed and clarified, at least in the United States, and perhaps on both sides of the Atlantic." SKLANSKY, Mark (University of California, San Diego, California USA): *Neonatal euthanasia: moral considerations and criminal liability*; The Journal of Medical Ethics, 2001. 27:5-11 [<http://jme.bmjournals.com/cgi/content/full/27/1/5> 11.12.2002]

aborto terapéutico.²⁴⁷

Sin embargo, los grupos conservadores de la legislatura de la Ciudad de México consideraron que era pertinente entablar una acción de inconstitucionalidad²⁴⁸ contra esta figura jurídica, mal llamada como aborto eugenésico.

Al resolver el caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se dijo, mediante comunicado de prensa que, "*En la discusión, los ministros establecieron que la Constitución Federal protege la vida humana y, de igual forma, protege*

247 "La clave para entender el concepto de falacia es una noción eminentemente gradual, la de apariencia, es inevitable que haya una amplia zona de vaguedad entre los argumentos falaces, los buenos argumentos y los malos argumentos: la apariencia de engaño puede ser tan leve que se trate en realidad de un buen argumento (al que podría faltarle, por ejemplo, una premisa –que estaría implícita– para convertirse en bueno), o tan intensa que los argumentos falaces sean difíciles de distinguir de los que, sin más, son malos argumentos. En realidad, podría decirse que el concepto de falacia es eminentemente contextual." ATIENZA, Manuel: *Curso de Argumentación Jurídica*; Editorial Trotta. Madrid, 2013. p. 117.

248 Conforme a la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las acciones de inconstitucionalidad tendrán por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución. En su caso, la Suprema Corte de Justicia podrá declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

*al producto de la concepción, en tanto que este es una manifestación de la vida humana, independientemente del momento del proceso biológico en que se encuentre.*²⁴⁹

Empero, resulta interesante apuntar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece un derecho a la vida *explícito*, sino que el mismo resulta un derecho *implícito*, al que se arriba luego de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 22 constitucional.²⁵⁰

Por contundentes que suenen las conclusiones de nuestros señores Ministros, como se verá enseguida, no se establecen los mecanismos de argumentación²⁵¹ e

249 Suprema Corte de Justicia de la Nación: Comunicado número 497; México, D.F. a 29 de Enero del 2002. Con el título: "*VALIDA SCJN ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL*".

250 Primer párrafo del artículo 22 Constitucional: "Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de 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 sancione y al bien jurídico afectado.

251 Siguiendo a Atienza: "*Por función práctica o técnica de la argumentación jurídica entiendo básicamente que esta debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de*

interpretación utilizados para llegar a la conclusión transcrita anteriormente; aunado a que en ningún momento existe pronunciamiento alguno respecto del grave conflicto de derechos que implica el aborto eugenésico, esto es, la colisión jurídica respecto de los derechos del embrión y los de la mujer embarazada, mismos que han sido señalados con antelación en este trabajo.

Por supuesto, hubo voces afines con el trabajo judicial que nos ocupa, en los que, obviando elementos meridianamente claros de contradicción y falacia –que analizaremos después– consideraron adecuada la intervención de la Corte, aunque dichas voces carezcan de sustento alguno, como se ve enseguida (particularmente al afirmar que el derecho a la vida en nuestra Constitución es un *valor supremo*):

producir, interpretar y aplicar el Derecho. Para que una teoría de la argumentación jurídica pueda cumplir esta función de carácter instrumental (dirigida tanto a los prácticos del Derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica), tendría que poder ofrecer un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación, y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección.” ATIENZA, Manuel: *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*; Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y Debates 31. Madrid, 1997, p. 250.

“En el proyecto se adujo, de acuerdo con lo señalado por la ministra ponente, que la vida humana se encuentra protegida constitucionalmente; sin que la Constitución distinga en que [sic] momento se inicia esta. Esa ha sido la primera y estimo que la más importante conclusión a la que hemos arribado. La vida se ha reconocido –y ese creo es también uno de los mayores logros en la resolución del proyecto– como un valor superior del ordenamiento, acorde con la tendencia mundial que sugiere establecer en las Constituciones un catálogo más amplio de derechos fundamentales.

En consecuencia, el reconocimiento de la protección constitucional del derecho a la vida, se reconoció bajo el argumento de que nuestra Constitución establece el derecho a la vida y, por tanto, el aborto es un ilícito penal. Se señaló igualmente que la misma Constitución establece limitantes al derecho a la vida, (como en el caso del artículo 22 constitucional, que prevé la pena de muerte para el traidor a la patria, el

incendiario, el plagiaro, etcétera²⁵²); pero que finalmente, como se proponía en el proyecto, la fracción III del artículo 334 del Código Penal resultaba constitucional...

... la protección de la vida del producto de la concepción se deriva tanto de los preceptos constitucionales 1º, 14 y 123..."²⁵³

Con poca fortuna, y más como un trabajo retórico que jurisdiccional, la Corte mexicana desperdió una primera oportunidad en la que podía abordar y esclarecer la

252 Artículo 22 Constitucional, último párrafo, vigente al momento de la resolución del caso que nos ocupa: "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

253 ORDÓÑEZ, Jorge: *El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México*. En: *DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; Carbonell, Miguel, Coordinador. Serie Doctrina Jurídica, número 96. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002, pp. 862-863.

problemática referente a la colisión de iusfundamentales, y en particular del aborto eugenésico que, como se ha expuesto, resulta inexistente para el Distrito Federal. Enseguida se transcribe, para su inmediata consulta, la tesis aislada P. VII/2002, pronunciada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Tomo XV, Febrero del 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Materia Constitucional:

ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Del análisis de lo dispuesto en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte, por una parte, que para que se actualice la excusa absolutoria que prevé es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se haya cometido el delito de aborto, es decir, que una o varias personas hayan producido la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y II. Que previamente a lo anterior: 1) Dos

médicos especialistas hubieren emitido juicio en el sentido de que existe razón suficiente para diagnosticar: a) Que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; b) Que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales y c) Que éstos puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél. 2) Exista consentimiento de la mujer embarazada. 3) Éste responda a una decisión libre, informada y responsable. 4) Como garantía de que la decisión reúne las características especificadas, los médicos que hicieron el diagnóstico hayan proporcionado a la mujer embarazada una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. 5) Que tal información comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes; y, por otra, por ser una garantía para las personas que intervinieron en la muerte del producto de la concepción, deben existir las constancias necesarias, sustentadas en pruebas idóneas que acrediten el cumplimiento minucioso de todos y cada uno de los requisitos exigidos, pues si no está demostrado alguno de ellos, la

autoridad respectiva puede llegar a la conclusión de que no se actualiza la excusa absolutoria a que se refiere el citado numeral y, por ende, deban aplicarse las sanciones previstas en los artículos 330 a 332 del citado ordenamiento penal. No escapa a la consideración de este Alto Tribunal que los requisitos de naturaleza médica se encuentran condicionados a la evolución de la ciencia y que la responsabilidad de los diagnósticos, en su caso, corresponderá a los dos médicos especialistas a que alude la norma; sin embargo, de llegar a producirse el aborto, dichos diagnósticos podrán ser analizados por otros médicos especialistas, a fin de que la autoridad respectiva esté en aptitud de determinar si tales diagnósticos iniciales tuvieron la sustentación idónea y fueron claros para quienes sin ser peritos en la materia, como en su caso lo puede ser la mujer embarazada, le sean entendibles en cuanto a sus conclusiones.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio

Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Como se observa, el Pleno del tribunal supremo mexicano pasó por alto la circunstancia que se trató en el Capítulo I de este trabajo: en realidad no se trata de un aborto eugenésico, pues es necesario, para que dicho aborto goce de excusa absolutoria, que los daños físicos o mentales que presente el embrión *puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél*. Lo que no deja de traducirse en un recurso retórico²⁵⁴ destinado a un auditorio

254 "Sin embargo, relativismo y subjetivismo son aves de vuelo corto y vista miope que se

determinado, pero no así una verdadera resolución jurisdiccional,²⁵⁵ puesto que la realidad –el aborto eugenésico– no se reproduce en el marco normativo ni, tampoco, se traduce en el criterio jurisdiccional. Por el contrario, se emplean argumentos que denominan una situación distinta a la que describen: llamándole aborto eugenésico al aborto terapéutico.

No deja de llamar la atención que, en la parte final de la tesis jurisprudencial en comento, se va más allá de los alcances de la propia ley, es decir, se está propiamente legislando, puesto que el espíritu del legislador es confiar

ven forzadas al aterrizaje en cuanto se enfrentan a las exigencias de la realidad. 'La bioética salvará a la ética', dijo Stephen Toulmin en frase profética." CORTINA, Adela: op. cit. p. 134.

255 Sobre el particular, Atienza señala que: *"La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad. Un razonamiento lógico-deductivo, o demostrativo, implica –como hemos visto– que el paso de las premisas a la conclusión es necesario: si las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión. Por el contrario, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión. Por eso, en la argumentación es fundamental la referencia a un auditorio al que se trata de persuadir."* ATIENZA, Manuel: op. cit. p. 68.

en el diagnóstico de dos médicos y no, como lo establece la Corte, establecer la posibilidad para la autoridad de verificar y determinar –¿mediante un tercer peritaje, o cuarto?– si aquellos dos Galenos actuaron correctamente; luego entonces, ya no son suficientes dos diagnósticos, mismos que se utilizarían, precisamente, al analizar la excusa absolutoria que nos ocupa, sino algunos diagnósticos más o, al menos, la evaluación, por otros médicos, de los diagnósticos previamente aportados, lo que irrumpe con los límites legales impuestos por el legislador, además de que revierte la carga de la prueba, pues establece que se deberán demostrar los elementos de inocencia, o de lo contrario la autoridad presumirá que no se cumplieron con los requisitos que configuran la excusa absolutoria: *culpable hasta que se demuestre lo contrario*; una característica inequívoca del nuevo protagonismo de los jueces en el Estado Constitucional de Derecho.²⁵⁶

256 De acuerdo con Perez Luño: "el Estado constitucional no solo se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es también el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de la tercera generación". PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (Universidad de Sevilla): *Estado constitucional y derechos de la tercera generación*;

Por otra parte, en el siguiente criterio emitido por el Pleno, esto es, la Tesis: P. VIII/2002, de esa misma fecha, pareciera como si nuestros Ministros, que, cabe recalcar, difícilmente se pusieron de acuerdo, se contradijeran respecto del criterio pronunciado inmediatamente antes. Enseguida se transcribe la tesis en comentario:

ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO

En: Anuario de Filosofía del Derecho XIV (1997), p. 565. Como rasgo de este protagonismo de la jurisdicción constitucional, se llega a lo que Vidal apunta como El Juez creador de Derecho: *"Frente a la teoría de la subsunción y en la cumbre de la reacción antiformalista, la Escuela del derecho libre que como observa Prieto 'rechaza por primera vez los principios de vinculación del Juez a la norma y de plenitud no ya de la ley sino incluso del Derecho' configura un juez creador autónomo de Derecho [...] Dworkin ha advertido sobre los riesgos que contiene la libre creación del Derecho por los jueces y subrayado la coherencia constitucional y la legitimidad democrática de la teoría de la división de poderes. Afirmar la creación judicial del Derecho, implica un doble error: de un lado supone atentar a la legitimidad democrática puesto que el juez no crea, sino que aplica el derecho que proviene del legislador; y de otro, aplicar retroactivamente el Derecho."* VIDAL GIL, Ernesto J.: *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*; Universitat de València. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 54-55.

AUTORIZA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN.

Del análisis de lo previsto en el citado numeral, se desprende que en su fracción III se contempla una disposición que no guarda relación con el principio de certeza jurídica en materia penal, consistente en la prohibición de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, toda vez que lo único que determina es que, cuando se reúnan los requisitos ahí especificados, no se impondrá la pena señalada en las disposiciones relacionadas con el delito de aborto, por lo que es claro que no transgrede dicho principio.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero

de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VIII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Febrero de 2002. Tesis: P. VIII/2002. Página: 415. Materia: Constitucional. Tesis aislada.

Con independencia de la falta de tino con que fue presentada la acción de inconstitucionalidad cuya resolución se analiza, se observa que el Pleno establece que mientras se reúnan los requisitos establecidos en la excusa absolutoria referida (supuestamente para el aborto eugenésico) no se impondrán las penas previstas para dicho aborto; empero, en el criterio anterior, de igual validez y jerarquía, se señalaron diferentes requisitos a los establecidos por el legislador, lo que de suyo redundaba en contradicción. Con independencia en que la Corte no

realiza, en este caso, interpretación distinta a la que emana del sentido literal de la ley.

Ahora bien, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis P. IX/2002 de ese mismo catorce de febrero de dos mil dos, trata de dar solución a los argumentos planteados, no sin inconsistencia, en la acción de inconstitucionalidad promovida por los referidos diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, quienes expusieron el argumento de la "transgresión de la garantía de igualdad" respecto de los discapacitados, mismo que se reseñó en capítulos anteriores de este trabajo; empero, la respuesta judicial obtenida resulta incompleta y no se compromete con el análisis de colisión de iusfundamentales que exigía el caso, como se observa enseguida:

ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN.

Al establecer el citado precepto la posibilidad de que cuando se produzca la conducta delictiva

(aborto) prohibida expresamente por el artículo 329 de aquel ordenamiento, pero se reúnan los requisitos consignados en aquella fracción, las sanciones previstas en los diversos numerales 330, 331 y 332, no podrán aplicarse, es indudable que no transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso,

aprobó, con el número IX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Inmediatamente surge una interrogante en cuanto al planteamiento general de la tesis en comentario: si en la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal no se autoriza que se prive de la vida al producto de la concepción ¿entonces qué se autoriza? Visto desde un enfoque puramente retórico, efectivamente, "no autoriza", pues lo único que tal hipótesis plantea es una excusa absolutoria; empero, en realidad la consecuencia de *facto* es "permitir", "autorizar", que se practique este tipo de abortos. Así bien, resulta meridianamente claro que el Pleno de la Corte eligió meticulosamente el discurso²⁵⁷ con

257 "Según Habermas, en todo acto de habla (afirmaciones, promesas, mandatos, etc.) dirigido a la comprensión mutua, el hablante elige una pretensión de validez (eine Anspruch auf Gültigkeit), es decir, pretende que lo dicho por él es válido o verdadero en un sentido amplio... [la acción comunicativa] a lo que Habermas llama el discurso. Esto quiere decir que el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar que sus aserciones son

el que pretendía convencer, con un planteamiento que, ya se señalaba, no compromete²⁵⁸ y en el que se vierten razones defectuosas, como cuando se establece que la norma analizada "*no dispone que a determinados productos*

verdaderas (discurso teórico) o que una determinada acción o norma de acción es correcta (discurso práctico). Por lo que se refiere a las otras dos pretensiones, la de inteligibilidad es condición, pero no objeto de la comunicación (y da lugar a lo que Habermas llama 'discurso explicativo'), y la de la veracidad no se resuelve discursivamente: si un hablante es o no sincero solo puede reconocerse en sus acciones... La verdad de las proposiciones o la corrección de las normas depende, en última instancia, de que se pueda alcanzar un consenso en una situación de total libertad y simetría entre todos los participantes en el discurso... La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones solo si para todo participante en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla." ATIENZA, Manuel: *op. cit.* pp. 180 – 182.

258 Siguiendo a Atienza: "*La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad. Una razonamiento lógico-deductivo, o demostrativo, implica –como hemos visto– que el paso de las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión. Por el contrario, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino demostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión. Por eso, en la argumentación es fundamental la referencia a un auditorio al que se trata de persuadir.*" ATIENZA, Manuel: *op. cit.* p. 68.

de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio". Lo que sin duda constituye una falacia judicial, por haberse ofrecido un razonamiento inadecuado para establecer la pretensión específica puesta en cuestión,²⁵⁹ destinado a un auditorio

259 Atienza señala los tipos de falacias, retomando a Toulmin y enfatiza sobre su "criterio para clasificar las falacias, que permite incluir a estas en cinco categorías diferentes, según que las mismas surjan: 1) de una falta de razones, 2) de razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas, 4) de suposiciones no garantizadas y 5) de ambigüedades [...] Las falacias debidas a razones defectuosas aparecen cuando las razones ofrecidas a favor de la pretensión son del tipo correcto pero, sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica puesta en cuestión (podría decirse que lo que falla aquí es la cualificación o la condición de refutación); dichas falacias pueden cometerse por efectuar una generalización apresurada (se llega a una conclusión con pocos ejemplos o con ejemplos atípicos), o porque un argumento se basa sobre una regla que es en general válida, pero no se considera que el caso en cuestión puede ser una excepción a la misma (falacia del accidente)." ATIENZA, Manuel: *op. cit.* p. 118. No obsta precisar que "El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas [...] La lógica jurídica, especialmente la judicial [...] se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del Derecho y de su funcionamiento en la sociedad (Perelman, 1979)". ATIENZA, Manuel: *ibidem.*, p. 83.

en particular y no a una solución iusfundamental, puesto que, por lo menos desde la perspectiva del aborto eugenésico, sí se estaría disponiendo que *determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida*; ahora bien, como en la realidad se trata de una variante retórica del aborto terapéutico, en ese sentido es congruente la explicación judicial.

El criterio jurisprudencial que nos ocupa no resuelve la cuestión planteada, puesto que ello habría obligado, necesariamente, a dilucidar sobre la colisión de derechos fundamentales que se confrontan en el llamado aborto eugenésico.²⁶⁰ Lejos de ello se desvía el tema y se

260 Cuestión ésta que afrontó el Tribunal Español, como apunta Vidal respecto de la Sentencia del TC Nº 53/85: *"Reconoce el Tribunal, cerrando el debate jurídico y moral en torno al significado del término 'todos' del art. 15 de la Constitución, que solo la persona es titular de derechos fundamentales y en consecuencia que el nasciturus no es titular del derecho fundamental a la vida que solo es adscribible con carácter absoluto a todos los que sean personas según se deriva de la interpretación que realiza la Comisión Europea de Derechos Humanos. Ahora bien, ello no implica que el nasciturus carezca de toda protección sino que su vida es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Constitución de donde se deriva para el Estado un deber general negativo de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y un deber general positivo de*

resuelve, si bien de manera congruente con la Constitución, utilizando argumentos insuficientes al aducir que *"dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio"*; esto resulta contradictorio con el contenido de la propia disposición, que establece que *"cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada"*, no será sancionado el aborto.

Como se observa, en realidad se deja de aplicar sanción penal si el aborto se produce respecto de fetos con ciertas características (las anteriormente transcritas de la disposición penal en comentario) lo que resulta contradictorio con el propio criterio del Tribunal Supremo.

La solución de la Corte se funda, pues, en motivos inadecuados, pues no se transgrede la garantía de

establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga su protección fundamental incluyendo en último término las garantías penales." VIDAL GIL, Ernesto J.: *op. cit.*; p. 215.

igualdad, no por las razones apuntadas, sino precisamente porque no se está discriminando a discapacitados, puesto que prevenir una discapacidad (tal y como la prevención de causas de discapacidad) no puede ser considerado como discriminatorio, lo que constituye un iusfundamental de la mujer embarazada, como se apuntaba al comienzo del capítulo anterior.

Finalmente, siguiendo la misma línea resolutive, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina redundar en el planteamiento legal, sin entrar al razonamiento iusfundamental por el que la disposición impugnada no resultaba violatoria de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –materia de la acción de inconstitucionalidad– según se aprecia a continuación:

ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA.

La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para

diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 10/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Febrero de 2002. Tesis: P./J. 10/2002. Página: 416. Materia: Constitucional. Jurisprudencia.

La máxima judicatura mexicana únicamente se concentró en reiterar que quedaba subsistente el delito, que por cierto resulta abiertamente inconstitucional –también por otras razones– y que dicha disposición se trataba de una excusa absoluta; pero el criterio jurisprudencial que nos ocupa en ningún momento establece los razonamientos por los que dicha excluyente de responsabilidad penal resulta o no resulta violatoria de derechos fundamentales.

Así bien, es evidente el manejo retórico y político en la resolución de la acción de inconstitucionalidad de referencia, cuya única explicación resulta de la intención clara de dejar de abordar este caso desde la óptica específica de valoración en el contexto del control de constitucionalidad, que forzosamente habría conducido al Poder Judicial de la Federación al análisis de la colisión de derechos fundamentales, con resultados desastrosos para la enarbolada bandera política de la supuesta preeminencia constitucional del Derecho a la vida del embrión, como un Derecho *absoluto*.

Por el contrario, la penalización del aborto eugenésico resulta violatoria de las Garantías de libertad procreativa, libertad de culto e, incluso, a la de igualdad, tal y como se expondrá más adelante.

CAPÍTULO IV

4.1. La persona: titular de derechos fundamentales; su comienzo según el Derecho Mexicano. 4.2. Argumentación iusfundamental. 4.3. Derechos a algo y restricción iusfundamental. 4.4. Reglas y principios; conflictos y colisiones. 4.5. Decisión casuística sobre la preeminencia del Derecho de la mujer a su proyecto racional de vida.

4.1. La persona: titular de derechos fundamentales; su comienzo según el Derecho mexicano.

Por lo que hace al comienzo de la persona en el Derecho mexicano, respecto al estatuto legal del embrión, primeramente se debe apuntar que la legislación aplicable será especial para la Ciudad de México así como para cada una de las treinta y un entidades federativas que integran los Estados Unidos Mexicanos, pues la circunstancia jurídica de la persona se regirá en el fuero local; con independencia

de que el Código Civil Federal también establece normas en este mismo sentido y que serán aplicadas en los territorios federales.

Empero, salvo pequeñas diferencias, la legislación es consistente en cuanto a proteger a la persona física desde el momento de la concepción, observando las prescripciones clásicas del Derecho Romano respecto al *nasciturus*; es decir, conforme a las observaciones en este sentido de Margadant,²⁶¹ la personalidad jurídica del producto de la concepción se somete a la condición

261 MARGADANT, Guillermo Florís: *El Derecho Privado Romano. Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*; Editorial Esfinge. México, 1991. pp. 119-120. En ese mismo sentido, Domínguez Martínez apunta lo siguiente: "*La capacidad jurídica, o personalidad –asevera por su parte Trabucchi– se adquiere con el nacimiento (art. 1º). Antes de la separación el feto no se distingue de la madre: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum (Ulpiano); por lo que no puede tener personalidad propia: Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur (Papiniano). Es preciso agregar que el feto separado tiene necesidad de otro requisito para que comience su existencia jurídica: debe nacer vivo. Un feto nacido muerto no es persona: qui morturi nascuntur neque nati neque procreati videntur (Paulo).*" DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez*; Editorial Porrúa. México, 2000. pp. 142-143.

suspensiva de que nazca vivo y viable. *"Cumplida esta condición, se considera al niño como persona, con efecto retroactivo desde su concepción; pero, en caso de fallar la condición, dicha personalidad nunca ha existido"*.

El producto de la concepción podrá tener capacidad para heredar o recibir donaciones, si es que, se reitera, nace vivo y viable, es decir, si, desprendido enteramente del seno materno, permanece vivo por veinticuatro horas o bien es presentado con vida ante el Registro Civil.²⁶²

Como se había comentado, existen sutiles distinciones entre una entidad federativa y otra. Por ejemplo, en el Estado de Quintana Roo se tiene más confianza en los dictámenes médicos y únicamente se establece como requisito para tener capacidad de heredar y de recibir donaciones, nacer vivo (y, por supuesto, haber sido

262 El Código Civil Federal señala lo siguiente: artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código; y artículo 337.- Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

concebido antes de la muerte del autor de la sucesión o de la donación).

Físicamente el producto de la concepción será protegido mediante la penalización del aborto. En toda la República está considerado como un delito, aunque existen circunstancias que atenúan la punibilidad o bien que la eximen, tal y como se analizó en capítulos precedentes.

Entre otros casos, es de mencionarse el llamado aborto por *seducción ingenua*, en el que la concepción no deseada es a consecuencia de la inexperiencia sexual de la mujer; atenúa la punibilidad el hecho de tener “buena fama”, de haber logrado ocultar el embarazo y de que el producto de la concepción sea fruto de una unión ilegítima. Esta disposición se contiene en el Código Penal Federal y se repite en casi la totalidad de los códigos criminales locales. La pena máxima será de un año, por lo que es seguro que la sujeto activo del delito no llegará a ser encarcelada.²⁶³

En contraposición a lo anterior, Domínguez Martínez²⁶⁴ realiza la siguiente réplica:

263 *Vid.* artículo 332 del Código Penal Federal.

264 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ: *op. cit.* pp. 154-155.

“No creemos –considera Rojina Villegas en cuya opinión apoyamos nuestra posición al respecto– que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse, cómo puede ser heredero o donatario el ser que solo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no-viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no-viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.”

Por supuesto, la posición anteriormente reproducida que

implica que el aborto deba ser tratado como homicidio, al tratarse de la muerte de una *persona*, no es muy reiterada en la doctrina mexicana que se inclina por el concepto de ficción jurídica respecto de la personalidad del *nasciturus* en tratándose de la condición suspensiva que se plantea desde el Derecho Romano y que prevalece desde el punto de vista estrictamente legal; sin embargo, el más alto tribunal mexicano se ha decantado por el planteamiento de Rojina Villegas, en clara inversión de la jerarquía normativa y muy equivocadamente sirviendo a directrices no-iusfundamentales,²⁶⁵ como se observa a continuación:

DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

265 "...tener un derecho fundamental –como también se ha dicho– parece que tiene que significar que, al menos en principio, ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede prevalecer frente a él. El que el ejercicio de un derecho implique un obstáculo para llevar a cabo una determinada política gubernamental o que, incluso, sitúe al Gobierno ante un auténtico dilema no puede ser, por sí misma, una razón válida para limitar dicho derecho. En otro caso, habría que limitar también, y por las mismas razones, la libertad de expresión, de manifestación, etc., cuando con ellas se persigan 'fines ilícitos'". ATIENZA, Manuel: *Tras la justicia*; Editorial Ariel. Ariel Derecho. Barcelona, 2003. pp. 134-135.

Del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que al establecer, respectivamente, el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; que nadie podrá ser privado, entre otros derechos, de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y que la pena de muerte sólo podrá imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000.
Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002.
Mayoría de siete votos de los señores Ministros

Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discrepó el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 13/2002, la tesis

jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos. Registro No. 187816 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Febrero de 2002 Página: 589 Tesis: P./J. 13/2002 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

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.

Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y

treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto

antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.

Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Febrero de 2002 Tesis: P./J. 14/2002 Página: 588 Materia: Constitucional Jurisprudencia. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea

Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto

Nava Malagón. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Como lo señala de manera meridianamente clara Atienza,²⁶⁶ respondiendo a la pregunta sobre si puede equivocarse el Tribunal Constitucional: "*que una decisión sea, en este sentido, definitiva no quiere decir que sea infalible; ni siquiera que sea correcta; esto pasa, precisamente, con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que recién se transcribió.*"

En efecto, la tesis en comentario muestra el deseo que se tenía por ajustarse a cuestiones meta-jurídicas y cumplir con una agenda política en vez de aplicar criterios válidos de argumentación judicial, partiendo de las más antiguas nociones positivistas sobre la preeminencia constitucional²⁶⁷ en el sistema jurídico de un Estado, en el

266 ATIENZA, Manuel: *op. cit.* p. 132.

267 Véase KELSEN, Hans: *La Teoría pura del Derecho*. Ediciones Gernika. México, 1993. pp. 51-62, de donde se destaca lo siguiente: "*Pero urge advertir que el orden jurídico no es un*

que nada puede situarse por encima de su Carta Magna; empero, en la especie resulta que se interpreta a la Constitución a partir de las leyes que emanan de ella y de tratados internacionales que se ubican, incluso también, por debajo de esta, lo que indudablemente nos lleva a una reducción al absurdo,²⁶⁸ puesto que la interpretación constitucional no puede provenir de normas jerárquicamente inferiores pues al hacerlo entrarían en conflicto precisamente los iusfundamentales, que se verían amenazados por los vaivenes emocionales y votaciones

sistema de normas de Derecho coordinadas, situadas unas al lado de otras, por así decirlo, sino una serie escalonada de diversas zonas normativas, que podemos presentar, en esquema, del modo siguiente: el grado supremo de un orden jurídico estatal está formado por la constitución en el sentido material de la palabra-, cuya función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación. El grado inmediato lo constituyen las normas generales creadas por el procedimiento legislativo, cuya función consiste no solo en determinar los órganos y el procedimiento, sino, en esencia, también el contenido de las normas individuales, creadas de ordinario por los tribunales y las autoridades administrativas.” p. 57.

268 “En el argumento por reducción al absurdo se comienza con la suposición de una determinada tesis; luego se muestra que esa tesis lleva a una consecuencia que resulta inaceptable (absurda), y de ahí se concluye negando la tesis inicial. Se trata, pues, de una forma indirecta de argumentar.” ATIENZA, Manuel: op. cit. p. 106.

viscerales de las legislaturas que no pueden compararse, en términos cualitativos, con el Constituyente Permanente.²⁶⁹

Más aún, resultó que nuestros señores ministros ni siquiera analizaron correctamente los tratados internacionales con los que *interpretan* a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resultando consecuentemente falaz su fallo, tal y como se observa enseguida:

La referida tesis jurisprudencial sobre el "derecho a la

269 "Pero hemos llegado en nuestro estudio a un punto en que ya no resalta con la misma nitidez la separación en el tiempo y en la teoría del Poder Constituyente frente a los Poderes constituidos. En efecto, el artículo 135 [constitucional] establece un órgano, integrado por la asociación del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados, capaz de alterar la Constitución, mediante adiciones y reformas a la misma. Ese órgano tiene que participar en alguna forma de la función soberana, desde el momento en que puede afectar la obra que es expresión de la soberanía. Su función es, pues, función constituyente. Y como, por otra parte, se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con su tarea, consideramos que merece por todo ello el nombre de Poder Constituyente Permanente." TENA RAMÍREZ, Felipe: *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa. Vigésima quinta edición. México, 1991. pp. 45-46.

vida del producto de la concepción”, aduce que: *“del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [...] se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana.”* Esto es erróneo.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño no plantea la protección de la vida niño *antes* del nacimiento; únicamente hace mención, en el preámbulo, respecto a proteger al niño antes del nacimiento, sin que esto pudiese considerarse como la configuración de un derecho a la vida del *nasciturus*, puesto que tal prolegómeno no constituye en modo alguno una norma jurídica. Expone lo anterior los artículos 1º y 6º de la Convención en comentario:

Artículo 1.

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 6.

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

En ningún momento la referida Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en Nueva York en el año de mil novecientos ochenta y nueve, establece derecho alguno a la vida del *nasciturus*, contrario a lo dicho por el más alto tribunal mexicano; lejos de ello, el preámbulo antes señalado habla de lo siguiente:

"Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"

Desde luego, esta "*debida protección legal*" antes del

nacimiento no implica el derecho a la vida, que por su relevancia se hubiera explicitado, obviamente, sino a la protección a los derechos del *nasciturus* para heredar o recibir donaciones, tal y como lo ha establecido el Derecho Civil desde la época de los romanos, así como el deber general negativo del Estado de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, que desde luego es un iusfundamental de la mujer embarazada.

Igualmente la Corte se excede en su urgencia por justificar lo que en nuestro Derecho Constitucional Mexicano es inexistente: El derecho a la vida del embrión. Debe recordarse que ni siquiera hay dispositivo constitucional alguno que establezca de manera explícita el derecho a la vida. De tal manera, nuestro tribunal constitucional se equivoca al indebidamente fundamentar su tesis señalando al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto que la referencia en este tratado internacional se hace respecto de la pena de muerte, en relación con el derecho a la vida, lo que de ninguna manera pudiera extenderse, lógicamente, a la vida del embrión (pena de muerte) según se observa seguidamente:

Artículo 6.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este Artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá

derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este Artículo podrá ser invocada por un estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

La resolución que nos ocupa sobre el supuesto “derecho a la vida del *nasciturus*” planteada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acaba por sorprender al plantear que, de los derechos constitucionales al trabajo y a la salud²⁷⁰ se sigue un derecho a la vida del

270 Artículo 4º constitucional (vigente al momento de este fallo judicial): El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Artículo 123 constitucional.

Apartado A

Fracción V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

Fracción XV. El patrón está obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su

embrión; si acaso una *protección* contra abusos patronales enfocada, desde luego, a la mujer embarazada trabajadora, siendo que los derechos del *nasciturus* que invocan solo se sustentan al través de falacias. Por el contrario, y como se ha visto, el artículo 4º constitucional fundamenta el derecho al aborto y no viceversa.

Incluso en el supuesto no concedido de que dichas garantías individuales tuvieran relación con el derecho a la

establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.

Apartado B.

Fracción XI, inciso C). Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

vida del embrión, en cualquier caso habría una colisión entre tales iusfundamentales que resultaría en la transgresión precisamente del derecho a la vida que urgentemente la Justicia de la Unión decide "proteger", puesto que se aniquilaría la dimensión pasiva de tal derecho a la vida (como se planteó en capítulos anteriores) desarticulando la estructura intrínseca de este derecho fundamental que, como bien estima Atienza, *"implica que se tiene derecho a vivir o a morir y que los demás –y, en su caso, el Estado– tienen no sólo deberes negativos, sino también deberes positivos en orden a garantizarnos la vida."*²⁷¹

Empero, en relación con estos criterios y aquellos por los

271 *"Ahora debo añadir que aunque el derecho a la vida implique que se pueda tomar también la opción de no vivir, de morir, ello no quiere decir que sea un derecho de libre disposición, en el sentido fuerte de esta expresión. El derecho a la vida se distingue en este aspecto del derecho a la propiedad y se asemeja al derecho de voto o al derecho a elegir una determinada religión. Uno puede disponer libremente de su propiedad y transmitir en consecuencia a otros sus derechos sobre un determinado objeto, pero no puede vender su voto o hacer un contrato renunciando en el futuro a adherirse a un determinado credo religioso aunque, naturalmente, pueda votar o no votar y adherirse a una religión o a otra."*
ATIENZA, Manuel: *op. cit.* p. 115.

que se determinó que el aborto eugenésico era una excusa absolutoria, debe decirse que si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación no resuelve una colisión de iusfundamentales, por lo menos deja implícito que a los ojos de los señores ministros no hay tal colisión. Para la Corte implícitamente no hay discusión en la prevalencia del derecho de la mujer embarazada por sobre el *nasciturus*, pues de haberla, y además si esta fuese favorable al *nasciturus*, entonces no podrían justificar que el aborto eugenésico es constitucional al constituir un excusa absolutoria de un delito. Al ser implícitamente favorable la colisión con respecto a los derechos de la mujer, puede esta invocar como excusa absolutoria ejercitar su derecho a la libertad reproductiva y terminar con el embarazo por encima del derecho a la vida del *nasciturus* en este caso. Esto debió de haber sido justificado debidamente en resguardo de la garantía a la debida motivación de las resoluciones judiciales tutelada a favor de la parte quejosa.

Después de todo, Atienza concluye que existen diez errores frecuentes en la argumentación bioética, como bien se ilustra con la jurisprudencia anteriormente analizada. Dichos diez errores se explicitan como sigue:

“Son muchas las causas que llevan a cometer errores de argumentación en el campo de la bioética o en cualquier otro campo. De acuerdo con lo que hemos dicho, algunos de esos errores (o engaños: si el que esgrime el argumento es consciente de su invalidez, pero la utiliza por razones estratégicas) son de naturaleza formal o pragmática. Pero otros –quizás los más frecuentes y los más graves– son de carácter material, en el sentido de que tienen que ver con tesis falsas sobre diversos aspectos de la ética en general o de la bioética (que, al fin y al cabo, no es otra cosa que una modulación de la ética –sólo hay una ética– a un determinado campo). He aquí un elenco de lo que me parece, son errores frecuentes sobre la moral y que están en un fondo de muchas argumentaciones defectuosas en esta materia:

1. No distinguir la moral social o positiva de la moral crítica o justificada; las opiniones que un determinado grupo humano tiene sobre lo que está bien o mal, de los juicios morales

racionalmente justificados.

2. Considerar que la ética no es más que una colección de opiniones subjetivas y subjetivas no solamente porque provengan de cada sujeto ético –lo que inevitablemente es así–, sino porque no pueden pretender ser válidas más allá del ámbito definido por la actividad de ese sujeto.

3. Identificar el Derecho con la moral y aceptar que lo correcto o lo bueno es lo que un determinado Derecho positivo considera como tal.

4. Identificar la ética con la técnica, de manera que se supone que lo que puede (técnicamente) hacerse es también lo que debe hacerse.

5. Sustituir la ética por la ideología, el discurso ético racional por invocaciones o palabras prestigiosas ('derechos humanos', 'dignidad humana', 'bien común', etc.) que, si no se precisan mínimamente, no tienen más que un significado emotivo.

6. Confundir la ética con la religión, el contexto

del descubrimiento de las ideas morales (cuya raíz, en el caso de mucha gente, es la religión) con el contexto de la justificación (en el que la religión no debería jugar ningún papel).

7. Incurrir en la 'falacia naturalista', consiste en pasar, sin más fundamentación, del discurso descriptivo al prescriptivo o valorativo.

8. Confundir en la argumentación moral, las cuestiones fácticas con las normativas.

9. Desconocer que los principios morales tienen carácter *prima facie*: aportar razones que pueden, en algún caso, ser derrotadas por otras (provenientes de otros principios), pero que por ello no quiere decir que carezcan de objetividad.

10. Recabar de la ética –de los supuestos 'especialistas en ética' – lo que no puede dar: doctrina moral (lo que choca con el hecho de que no existen 'autoridades morales': nadie tiene una competencia particular frente a los demás para determinar lo que está bien o mal) en lugar de

teoría moral.”²⁷²

Se evidencia entonces que parte de los errores judiciales en materia de bioética antes expuestos, parten del problema de dejar de resolver con base en criterios laicos (en razón de la obligatoriedad en este sentido que establece la propia Constitución) puesto que si bien ha quedado apuntado que, desde esta postura laica, el embrión no puede ser considerado persona, igualmente es claro que esta posición es determinadamente controvertidísima; sin embargo, si se retoma el argumento que señala a la ciencia como el criterio que determina el consenso para la resolución de toda discusión, se tendría que considerar que el comienzo de la persona resulta científicamente medible, *a contrario sensu*, conforme al criterio asumido para determinar la muerte o fin de un individuo: electroencefalograma plano;²⁷³ esto es, cuando las funciones cerebrales del pensamiento y conciencia dejan de existir.

272 ATIENZA, Manuel: *Bioética, Derecho y Argumentación*; Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Editoriales Palestra y Temis. Lima-Bogotá, 2004. pp. 30-31.

273 *Cfr.* Artículo 344, fracción II del tercer párrafo de la Ley General de Salud.

En tal caso, si la persona termina, muere, cuando presenta muerte cerebral²⁷⁴ y dicha muerte cerebral se establece a partir del encefalograma plano medido en dos ocasiones con espacio de cinco horas; luego entonces, la persona debe comenzar a partir de que las funciones cerebrales del pensamiento y conciencia empiezan a existir, esto es, cuando concluye la generación del cuerpo humano al completarse la conformación del telencéfalo; esto sucede después del quinto mes de embarazo.

“Consciousness requires a sophisticated network of highly interconnected components, nerve cells. Its physical substrate, the thalamo-cortical complex that provides consciousness with its highly elaborate content, begins to be in place between the 24th and 28th week of gestation. Roughly two months later synchrony of the electroencephalographic (EEG) rhythm across both cortical hemispheres signals the onset of global neuronal integration. Thus, many of the circuit elements necessary for consciousness are

274 Cfr. Artículo 343, fracción I de la Ley General de Salud.

in place by the third trimester."²⁷⁵

Por su parte, Carlson al explicar el desarrollo del telencéfalo –área del cerebro anterior encargada, entre otras, de las funciones de pensamiento y conciencia– señala que: "*aunque los cambios reconocibles a nivel macroscópico en las vesículas telencefálicas en desarrollo*

275 KOCH, Christof: *When Does Consciousness Arise in Human Babies? Does sentience appear in the womb, at birth or during early childhood?*; Scientific American Mind, September, 2009.

[<http://www.scientificamerican.com/article.cfm?id=when-does-consciousness-arise>]

02.09.09. Schrödinger señala lo siguiente: "*We higher vertebrates possess such an organ mainly in our nervous system. Therefore consciousness is associated with those of its functions that adapt themselves by what we call experience to a changing environment. The nervous system is the place where our species is still engaged in phylogenetic transformation; metaphorically speaking it is the 'vegetation top' (Vegetationsspitze) of our stem. I would summarize my general hypothesis thus: consciousness is associated with the 'learning' of the living substances; its 'knowing how' (Können) is unconscious.*" SCHRÖDINGER, Erwin; *What is life? The physical aspect of the living cell*. First published 1944. Cambridge University Press. 14th printing. New York, 2003. p. 98.

son muy notorios, multitud de fenómenos celulares internos condicionan la funcionalidad del telencéfalo. A pesar de que los detalles específicos de estos cambios quedan fuera del ámbito de esta obra, en muchas regiones del encéfalo la secuencia general de los mismos empieza con una regionalización inicial del telencéfalo. Esta da paso a la generación y emigración dirigida de los precursores neuronales y a la formación de las diversas capas de la corteza cerebral, o bien a la formación de agregados neuronales en las estructuras internas del telencéfalo o el diencefalo, como el tálamo o el hipocampo.” [el desarrollo temprano del tamaño del cerebro, no significa que sus interconexiones electroquímicas funcionen.] “La maduración funcional de las vías individuales, que viene indicada por su mielinización, se produce a lo largo de un amplio período y no queda concluida hasta el principio de la edad adulta. En concreto, durante el período posnatal precoz, se puede seguir la maduración de las vías funcionales en el sistema nervioso a través de la exploración neurológica clínica. La mielinización empieza en el sistema nervioso periférico, donde las raíces motoras cumplen este proceso antes que las sensitivas (lo que ocurre entre los 2 y 5 meses). La mielinización de la médula espinal comienza hacia la semana 11 y evoluciona

*siguiendo un gradiente craneocaudal. Durante el tercer trimestre, se inicia la mielinización del encéfalo, pero, a diferencia de lo que sucede en el sistema nervioso periférico, en este empieza por las vías sensitivas (p. ej., el sistema visual). La mielinización de las vías asociativas complejas en la corteza cerebral se produce después del nacimiento.*²⁷⁶

Y además de esta simetría en el comienzo y fin de las funciones cerebrales de pensamiento y conciencia (racionalidad y auto-reflexividad),²⁷⁷ esto en virtud de completarse la generación del telencéfalo, se vuelve aplicable en ese sentido el planteamiento cartesiano: *cogito ergo sum*. Pienso, luego existo (*je pense donc je suis*).²⁷⁸

276 CARLSON, Bruce M.: *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*; Elsevier Mosby. Tercera Edición. Barcelona, 2005. pp. 261 y 272. "El elemento de la viabilidad fetal fuera del útero materno, que se establece alrededor de la semana 22-24." FABRE, Francesc Abel, et. al; *Consideraciones sobre el embrión humano*. Bioètica & debat, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. p. 10. Esto es igualmente coincidente con el término de la generación del cuerpo humano y la conformación del telencéfalo.

277 *Vid.* Página 81.

278 "Examiné atentamente lo que era yo, y viendo que podía imaginar que carecía de

Pienso, o bien tengo capacidad de pensar, luego entonces soy (persona); cuando pierda irremediamente la capacidad física de pensar, luego entonces ya no seré (persona). Para la ciencia entonces, el comienzo de la persona se produce después del quinto mes de gestación, puesto que es entonces cuando comienza la actividad cerebral superior (pensamiento y conciencia) al concluir la generación del cuerpo humano con todas sus funciones al completarse la conformación del telencéfalo (responsable

cuerpo y que no existía nada en que mi ser estuviera, pero que no podía concebir mi no existencia, porque mi mismo pensamiento de dudar de todo constituía la prueba más evidente de que yo existía –comprendí que yo era una substancia, cuya naturaleza o esencia era a su vez el pensamiento, substancia que no necesita ningún lugar para ser ni depende de ninguna cosa material; de suerte que este yo –o lo que es lo mismo, el alma– por lo cual soy lo que soy, es enteramente distinto del cuerpo y más fácil de conocer que él. Después de esto reflexioné en las condiciones que deben requerirse en una proposición para afirmarla como verdadera y cierta; acababa de encontrar una así y quería saber en qué consistía su certeza. Y viendo que en el yo pienso, luego existo, nada hay que me dé la seguridad de que digo la verdad, pero en cambio comprendo con toda claridad que para pensar es preciso existir juzgué que podía adoptar como regla general que las cosas que concebimos muy clara y distintamente son todas verdaderas; la única dificultad estriba en determinar bien qué cosas son las que concebimos clara y distintamente.” DESCARTES, René: Discurso del Método (y otras obras). Colección “Sepan cuantos...” número 177. Editorial Porrúa. México, 2006. p. 24.

del comienzo de dichas funciones cerebrales de pensamiento y conciencia). Quizás esta posición que toma como referencia a la ciencia, pueda conciliar socialmente las posiciones personalistas con las personistas, *i. e.*, la persona no comienza con la singamia ni después del nacimiento, sino a partir de que concluye la generación del cuerpo y el individuo tiene la capacidad física que le caracteriza como persona: actividad cerebral superior, es decir, pensamiento y conciencia (raciocinio y auto-reflexividad *-cogito ergo sum-*) casi después de la mitad del embarazo en que, se reitera, concluye la generación del telencéfalo.²⁷⁹

279 Incluso resulta coincidente el planteamiento de Santo Tomás de Aquino en este sentido al señalar en la segunda respuesta a las objeciones del artículo 2 de la cuestión 118, que el alma es creada por Dios hasta que termina la generación humana, lo que sucede con la generación del telencéfalo: *"Por lo tanto, hay que decir: La generación de un ser implica siempre corrupción de otro, y, por eso, tanto en los hombre como en los animales, al llegar una forma superior se corrompe la precedente, pero de tal manera que en la forma siguiente queda todo lo que había en la anterior más lo que ella trae de nuevo. De este modo, mediante diversas generaciones y corrupciones se llega a la última forma sustancial tanto en el hombre como en los animales. Esto resulta evidente en los animales engendrados a partir de la descomposición. Por lo tanto hay que decir que el alma intelectual es creada por Dios al*

¿Pero qué sucede antes del sexto mes si no hay persona? Pregunta insondable, decididamente, pero podemos recoger algunas ideas del físico, premio Nobel, Erwin Schrödinger, partiendo de Demócrito,²⁸⁰ quien señaló: "*Al parecer (Diles*

completarse la generación humana, y que esta alma es, a un mismo tiempo, sensitiva y vegetativa, corrompiéndose las formas que le preceden." SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma de Teología I, Parte I*; Biblioteca de Autores Cristianos. Segunda Edición. Madrid, 2006. p. 984. Schrödinger señala lo siguiente: "*We higher vertebrates possess such an organ mainly in our nervous system. Therefore consciousness is associated with those of its functions that adapt themselves by what we call experience to a changing environment. The nervous system is the place where our species is still engaged in phylogenetic transformation; metaphorically speaking it is the 'vegetation top' (Vegetationsspitze) of our stem. I would summarize my general hypothesis thus: consciousness is associated with the 'learning' of the living substances; its 'knowing how' (Können) is unconscious.*" SCHRÖDINGER, Erwin; *What is life? The physical aspect of the living cell*. First published 1944. Cambridge University Press. 14th printing. New York, 2003. p. 98.

280 "Estos indicios, este soplo sobre la existencia de los átomos, fue explotado mucho más a fondo por un hombre llamado Demócrito, procedente de la lejana colonia jónica de Abdera en el norte de Grecia. Abdera era una especie de ciudad chiste. Si en el año 430 a. de C. uno contaba una historia sobre alguien de Abdera las carcajadas estaban aseguradas. Era en cierto modo el Brooklyn de la época. Demócrito creía que había que disfrutar y comprender todo lo de la vida; comprender y disfrutar eran una misma cosa. Dijo que 'una vida sin regocijo es un largo camino sin una posada'. Demócrito podría haber nacido en Abdera, pero

*dice: convencionalmente) es color, al parecer es dulzura, al parecer amargor; en realidad son sólo átomos y el espacio vacío”:*²⁸¹

no era tonto. Creía que se habían formado espontáneamente a partir de la materia difusa del espacio un gran número de mundos, para evolucionar y más tarde decaer. En una época en la que nadie sabía de la existencia de cráteres de impacto, Demócrito pensó que los mundos a veces entran en colisión; creyó que algunos mundos erraban solos por la oscuridad del espacio, mientras que otros iban acompañados por varios soles y lunas; que algunos mundos estaban habitados, mientras que otros no tenían ni plantas ni animales ni agua; que las formas más simples de vida nacieron de una especie de cieno primordial. Enseñó que la percepción –la razón por la cual pienso, por ejemplo, que tengo una pluma en la mano– era un proceso puramente físico y mecanicista; que el pensamiento y la sensación eran atributos de la materia reunida de un modo suficientemente fino y complejo, y no de algún espíritu infundido por los dioses en la materia. Demócrito inventó la palabra ‘átomo’, que en griego significa ‘que no puede cortarse’. Los átomos eran las partículas últimas, que frustraban indefinidamente nuestros intentos por reducirlas a piezas más pequeñas. Dijo que todo está hecho de una reunión de átomos, juntados, intrincadamente. Incluso nosotros. ‘Nada existe –dijo–, aparte de átomos y el vacío.’” SAGAN, Carl: *Cosmos*; Editorial Planeta. Barcelona, 1987. p. 180.

281 SCHRÖDINGER, Erwin: *¿Qué es una ley de la naturaleza?*; Número 243 de la Colección Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1975. p. 88.

“Nos resulta muy difícil admitir que la localización de la personalidad en el organismo sólo es simbólica y para uso práctico. Cuando, con nuestros conocimientos actuales, nos adentramos profundamente en esa mirada tan expresiva, tropezamos con un mecanismo sin duda interesante, pero increíblemente complejo: billones de células especialadísimamente construidas, en una comunicación infinitamente complicada, pero sin duda intensa y recíproca, destinada a poner un orden; acompasados choques de corriente eléctrica, pulsando incesantemente, pero con un ritmo que cambia con enorme rapidez, que pasa de una a otra célula nerviosa, para lo cual a cada instante se forman o vuelven a bloquearse miríadas de contactos, acompañadas de modificaciones químicas. Todo esto encontramos, acaso para descubrir, finalmente, varios haces de corrientes que fluyen por unas largas prolongaciones de las células, unas fibras nerviosas motoras, hasta llegar a ciertos músculos del brazo, que nos hacen extender una mano vacilante y temblorosa –antes de una despedida, por ejemplo–, en tanto

que otros haces de corrientes producen una secreción glandular que llena de lágrimas los ojos. Pero en todo este recorrido no encontramos en parte alguna la personalidad, no damos con el dolor del corazón ni con la pena que mueve esta alma, cuya realidad, sin embargo, nos es tan indudable como si nosotros mismos la padeciésemos... como en efecto la padecemos. Y es que, en rigor, el análisis fisiológico nos revela, de cada hombre, aun de nuestro amigo más íntimo, la misma imagen que en el gran relato de E. A. Poe *La máscara de la muerte roja*, se muestra al audaz que se atreve a arrancarle el antifaz y el embozo, y debajo... no encuentra *nada*. Pues, las células nerviosas y las corrientes eléctricas, ¿son más que nada, cuando se trata de valores de sentimiento y de la pervivencia del alma? En el primer instante, este descubrimiento puede horrorizarnos. No obstante, podemos superar nuestra aversión si pensamos que todo esto se aplica también a nosotros, y sin embargo *existimos* nosotros; pues sin duda, pensamos, como dijo Descartes. Hasta puede haber momentos en que resulte consolador saber que

un cuerpo hoy inanimado nunca fue, más que simbólicamente, el asiento de aquella alma que tanto echamos de menos.”²⁸²

Finalmente, y como *errare humanum est*, seis años después, cuando se despenaliza el aborto en la Ciudad de México respecto de la interrupción del embarazo antes de la duodécima semana de gestación, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una diversa acción de inconstitucionalidad, mediante sentencia del veintiocho de agosto de dos mil ocho. En esta resolución de control de la

282 Schrödinger: *íbid.* p. 98. Al parecer, no podemos limitarnos únicamente a la cuestión del genoma humano para determinar qué es y cuándo comienza la persona, existiendo una realidad subatómica. Ronsenblum y Kuttner plantean lo siguiente: "*Might a worldview suggested by quantum mechanics have relevance beyond science? Consider earlier discoveries that did have such relevance: Copernicus' realization that Earth was not the center of the cosmos, or Darwin's theory of evolution. The relevance of quantum mechanics is, in a sense, more immediate than Copernican or Darwinian ideas, which deal with the far away or long ago. Quantum theory is about the here and now. It even encounters the essence of our humanity, our consciousness.*" ROSENBLUM, Bruce y KUTTNER, Fred: *Quantum enigma. Physics Encounters Consciousness*; Oxford University Press, second edition. New York, 2011. p. 6.

constitucionalidad en México, el máximo tribunal se desdice de su anterior postura, para rectificar como sigue:

“Una vez establecido lo anterior, este Tribunal considera que lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida, por ejemplo, el artículo 4º de la Constitución, que contiene previsiones relacionadas con la salud, el medio ambiente, la vivienda, a la protección a la niñez, a la alimentación, y el artículo 123 que contiene disposiciones específicas para el cuidado de las mujeres en estado de embarazo y parto.

Es decir, la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se

les procure lo materialmente necesario para ello.”

²⁸³ [Énfasis añadido].²⁸⁴

Esta resolución, que Atienza califica como una buena decisión mal argumentada, revierte la falacia judicial por la que se produjo la tesis jurisprudencial bajo el rubro: “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”. Y señala Atienza que es una buena decisión mal argumentada porque parecen estar confundiéndose dos cosas distintas: *“una es si la vida es o no presupuesto para los otros derechos, y la respuesta obviamente es que sí, y otra, si la vida es un derecho absoluto, a lo que habría que contestar que no.”*²⁸⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación debió de haber ponderado el valor de la vida con el de la autonomía de la mujer, la protección de la salud, etc., para llegar a la

²⁸³ ATIENZA, Manuel: *Curso de Argumentación Jurídica*; Editorial Trotta. Madrid, 2013. pp. 565 – 567.

²⁸⁴ Cfr. las tesis jurisprudenciales transcritas en las páginas 334 y 337 de este trabajo.

²⁸⁵ ATIENZA, Manuel; *op. cit.* p. 568.

conclusión de que estos últimos valores pesan más que el de la vida de un embrión hasta la duodécima semana de gestación. Finalmente, votos particulares producidos en la referida sentencia del veintiocho de agosto de dos mil ocho fueron concurrentes en que los bienes en conflicto son la libertad de la madre y la vida del *nasciturus*.²⁸⁶

Por supuesto, la discusión sobre el comienzo de la persona radica en el momento en que empezará la titularidad de derechos –cuestión que no trata ni compete al Derecho Penal, desde luego–; circunstancia que cobra especial relevancia cuando, en tratándose de los posibles iusfundamentales del *nasciturus* colisionan con los de la mujer embarazada, como se analiza a continuación.

4.2. Argumentación iusfundamental.

Hablar de derechos humanos podría resultar por sí mismo retórico; al punto en que no parece difícil que órganos jurisdiccionales pronuncien sus fallos aduciendo uno u otro “derecho a algo” en la esfera de los derechos

286 *Ibid.* pp. 568 – 569.

fundamentales, sin cumplir con los procedimientos de argumentación iusfundamental de los que debe(ría) estar revestido todo análisis judicial.

Más aún, se llega a ver la utilización, no sin ligereza, de términos inadecuados en el mero afán retórico de los fallos jurisdiccionales, como por ejemplo el empleo de locuciones como principios constitucionales absolutos o derechos irrestrictos (a algo).

Siguiendo a Alexy,²⁸⁷ partamos de la forma (el procedimiento) que emplea el juzgador para dar coherencia a su argumentación; posteriormente abordemos las nociones de derechos a algo y la restricción a tales derechos a algo, para finalizar con la exposición de los conflictos y colisiones de reglas y principios constitucionales, respectivamente. Se tratará de relacionar estos aspectos con el quehacer pragmático del Tribunal Constitucional (quehacer común para los países que utilizan el sistema de derecho escrito (romano-germánico)).

La discusión respecto a tales procedimientos de argumentación iusfundamental se centra en "*la cuestión de*

287 ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*; Colección: El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001.

*la controlabilidad racional de la argumentación iusfundamental” en donde “el discurso iusfundamental” resulta “un procedimiento argumentativo en el que lo que se trata es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre la base presentada”.*²⁸⁸

Tal argumentación en las resoluciones judiciales, dentro de la esfera de las normas iusfundamentales, consiste en un “procedimiento de ponderación racional”, pero no es un procedimiento que puede conducir a una única respuesta correcta, sino que *“cual sea la solución que, después de una ponderación, es considerada como correcta depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio procedimiento de ponderación.”*²⁸⁹

Esto es, el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de llegar a distintas soluciones sobre un mismo caso, la solución que decida aplicar (considerada formalmente como la correcta) dependerá no solo de las exigencias legales para la resolución judicial, sino de factores metajurídicos pues *“la vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la*

288 ALEXY, Robert: *op. cit.* p. 553.

289 *Ídem.* p. 525.

moral. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica."²⁹⁰

Tomando en consideración este 'sistema abierto' y, más aún, debido a la exclusiva competencia del órgano jurisdiccional para el control constitucional, se llega muy a menudo a situaciones materialmente legislativas, como se analizaba en capítulos anteriores, por parte del Tribunal Constitucional en las que no únicamente interpreta una norma de derechos humanos, sino que incluso llega a transformar el ordenamiento jurídico como consecuencia del procedimiento de argumentación iusfundamental.

"El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general" revestido de "*condiciones restrictivas*" como "*la sujeción a la ley, al precedente y a la dogmática. Sin embargo, estas sujeciones no conducen en todos los casos*", como se comentaba anteriormente, "*exactamente a un solo resultado*".²⁹¹ Contrariamente a lo que se sugiere, en cuanto a la certidumbre en las resoluciones

290 *Ibidem.* p. 525.

291 *Ibid.* p. 530.

jurisdiccionales, Alexy comenta lo siguiente:

“No existe ningún motivo para este tipo de actitud de todo-o-nada. La discusión ética actual, influenciada metodológicamente sobre todo por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, y por lo que respecta a su contenido, orientada fuertemente por la ideas de Kant, ha mostrado que ciertamente no son posibles teorías morales materiales que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente, a cada cuestión moral pero, que sí son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional. Una versión especialmente promisorio de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional.”²⁹²

La implementación de una 'teoría del discurso

292 *Ibíd.*, p. 530.

iusfundamental' supone como ventaja establecer las "reglas morales materiales" que no están presentes en los procedimientos legales con los que se pronuncian los fallos jurisdiccionales respecto a la argumentación iusfundamental, debido a que *"es mucho más fácil fundamentar sus reglas, en tanto reglas de la argumentación práctica racional, que las reglas morales materiales"*. Para ello, *"hay que vincular la teoría de la moral con la teoría del derecho"*,²⁹³ vinculación que será posible mediante la implementación de un modelo argumentativo procedimental que conste de la siguiente graduación:

a) El discurso práctico general: su sistema de reglas formula algo así como un código general de la razón práctica.

b) El procedimiento legislativo del Estado democrático constitucional, definido por un sistema de reglas (jurídicas).

c) El discurso jurídico: sujeto a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática, conlleva a una reducción considerable de la inseguridad de resultado del discurso práctico general.

293 *Ibíd.*, p. 531.

d) El procedimiento judicial: en el que no solo se argumenta sino que también se decide. Los resultados de este procedimiento son razonables si sus reglas y su realización satisfacen las exigencias de los tres primeros procedimientos.²⁹⁴

Las bases de la argumentación iusfundamental se concentran en tres de los aspectos que se apuntaban arriba: ley, precedente y dogmática. *"La fuerza de la sujeción es relativizada por el hecho de que los argumentos semánticos y genéticos, cuando son relevantes, no siempre obligan el resultado por ellos exigido"*.²⁹⁵ Así bien, se comentaba que el órgano jurisdiccional va más allá del texto legal al momento de sus fallos iusfundamentales, en cuyos casos *"las razones a favor de la solución contraria al texto tienen que tener un peso tal que, desde el punto de vista de la Constitución, justifiquen un apartamiento de su texto (del legal)"*.²⁹⁶

En cuanto a los precedentes se deben observar dos reglas en su uso:

294 *Ibíd.* pp. 531 – 532.

295 *Ibíd.* p. 533.

296 *Ibíd.* p. 534.

(1) Si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo.

(2) Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación.²⁹⁷

Para Alexy, *"los precedentes contribuyen indispensablemente a la seguridad de la argumentación iusfundamental pero, la argumentación de los precedentes no basta, por sí sola, para el control racional de la fundamentación iusfundamental"*.²⁹⁸ Sobre todo cuando se reiteran 'desatinos jurisdiccionales'.

Y sin embargo, no queda resuelta la problemática que supone la determinación de una solución judicial frente a cualquier otra que se presente con simultaneidad. Por supuesto, el órgano impartidor de justicia debe dotar de contenido su argumentación iusfundamental (aunado a las reglas discursivas que se han visto). Para ello, resulta imprescindible esclarecer el significado de "tener un derecho a algo" y, por contrapartida, "¿qué restricciones se presentan al tener un derecho a algo?", lo que redundará,

²⁹⁷ *Ibíd.* p. 537.

²⁹⁸ *Ibíd.* p. 540.

desde luego, en el estatus jurídico del embrión al colisionar con los derechos humanos de la mujer embarazada.

4.3. Derechos a algo y restricción iusfundamental.

Siguiendo en el contexto procedimental de la argumentación iusfundamental, *"el concepto de derecho a algo comparte con el de pretensión el carácter relacional. Al igual que una pretensión, un derecho a algo se dirige siempre contra algún otro y, en ambos casos, el objeto es una acción o una omisión."*²⁹⁹ (Esto, por otra parte, pone de relieve la inutilidad retórica en los Derechos Humanos). Del análisis de los 'derechos a algo' se colige que los contenidos iusfundamentales –como libertad, igualdad, etcétera– tienen su origen en estos esquemas de relación sinalagmática: Individuo–Estado.

Así, *"el objeto de un derecho a algo es siempre una acción del destinatario". "Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario, no tendría sentido incluir al*

299 *Ibíd.* p. 186.

destinatario en la relación".³⁰⁰ De manera que se puede establecer la siguiente secuencia relacional:

(1) Todos tienen derecho a la vida...

(2) *a* tiene frente al Estado el derecho a que este no lo mate;

(3) *a* tiene frente al Estado el derecho a que este proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros.³⁰¹

En cuanto a los derechos al no-impedimento de acciones, se establece la relación siguiente: "*a tiene frente al Estado un derecho a que este no le estorbe la realización de la acción h*".³⁰²

Igualmente, se puede establecer con respecto a los derechos a la no-afectación de propiedades y situaciones que "*a tiene frente al Estado un derecho a que este no*

300 *Ibíd.* p. 187.

301 *Ibíd.* p. 188.

302 *Ibíd.* p. 191.

*afecte la propiedad A (la situación B) de a.*³⁰³

En relación con los derechos a la no-eliminación de posiciones jurídicas, el análisis se verifica en cuanto a que *"a' tiene frente al Estado un derecho a que este no elimine la posición jurídica PJ de 'a' (que existe una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que este no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas)".*³⁰⁴

Por otra parte, y contrario a lo anterior, los derechos a acciones positivas suponen dos posibilidades que siguen las estructuras enseguida expuestas:

(1) *a* tiene frente al Estado un derecho a que este lleve a cabo la acción positiva fáctica *hf* (*i. e.*, El derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones).

303 *Ibíd.* p. 192.

304 *Ibíd.* p. 194.

(2) *a* tiene frente al Estado un derecho a que este lleve a cabo la acción positiva normativa *hn* (e. gr. Si se admite que el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales, el derecho de este a la protección a través de normas del derecho penal).³⁰⁵

Resulta claro que la noción de 'derechos a algo' tiene operatividad en cuanto a la disposición de un individuo con relación a otro (en el caso de los derechos fundamentales: el Estado). Las normas iusfundamentales fungirán como marco de referencia para el alcance, contenido y dimensión de dichos derechos; esto deberá dotar de contenido las resoluciones jurisdiccionales que se *elijan* luego del procedimiento de argumentación iusfundamental que se siga; empero, antes de tocar los aspectos *difíciles* de la argumentación en comentario (que supone la colisión entre derechos fundamentales) resulta oportuno establecer los marcos de referencia que fungen como delimitadores de tales 'derechos a algo'.

¿Existen derechos fundamentales irrestrictos (o, en otras

305 *Ibíd.* pp. 194 – 196.

palabras, absolutos)? Para Alexy existen dos análisis posibles: *"según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada solo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos."*³⁰⁶

En contraposición, la *teoría interna* interpreta a la restricción como el límite de los derechos fundamentales. *"Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido"*.³⁰⁷ Ahora bien, *"si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que nunca pueden ser restringidas las posiciones iusfundamentales, pero sí los bienes iusfundamentalmente protegidos"*.³⁰⁸ Lo que, en la praxis judicial, viene a resultar lo mismo, como se verá enseguida.

Si *"restringibles son bienes iusfundamentalmente protegidos (libertades / situaciones / posiciones de derecho*

306 *Ibíd.* p. 268.

307 *Ibíd.* p. 269.

308 *Ibíd.* p. 271.

*ordinario) y posiciones prima facie concedidas por principios iusfundamentales”, “las restricciones de derechos fundamentales son normas (siempre constitucionales) que restringen posiciones iusfundamentales prima facie”.*³⁰⁹ De manera que *“las reservas legales, en tanto tales, no son restricciones; fundamentan sólo la posibilidad jurídica de restricciones”.*³¹⁰ Recordemos que, de la integración discursiva que se verifique de estas nociones (derechos a algo y restricciones a tales derechos) la argumentación iusfundamental quedará dotada del contenido exigido en su conformación.

Las normas constitucionales fungen como límites y contrapesos a los derechos fundamentales individuales. Las restricciones necesarias para el equilibrio del sistema de derechos constitucionales, requieren de *“una ponderación entre el respectivo principio de derecho fundamental y el (los) principio(s) que lo restringe(n)”*; considerando que *“principios contrapuestos restringen materialmente las posibilidades jurídicas de la realización de principios*

309 *Ibíd.* p. 272.

310 *Ibíd.* p. 273.

*fundamentales*³¹¹ (llegando a las colisiones entre principios, que serán objeto de comentario más adelante). Los propios principios son *"una restricción de un derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón para que, en lugar de una libertad iusfundamental prima facie o de un derecho fundamental prima facie, aparezca una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido"*.³¹² De manera que es la propia constitución la que establece las restricciones a los derechos que ella misma confiere (o, si se prefiere, reconoce).

Sin embargo, *"el concepto de restricción corresponde a la perspectiva del derecho; el de cláusula restrictiva, a la perspectiva de la norma. Una cláusula restrictiva es la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza prima facie. Las cláusulas restrictivas pueden ser tácitas o expresas."* Aunque no se puede soslayar que *"en algunas cláusulas es dudoso si son cláusulas restrictivas o partes*

311 *Ibíd.* p. 275.

312 *Ibíd.* p. 276.

*del supuesto de hecho".*³¹³

Así bien, se colige que la restricción (o límite) a un derecho constitucional a algo es *"sólo admisible si en el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad"*. De lo que se puede inferir que no existen derechos fundamentales irrestrictos (o absolutos). Ballesteros señala que: *"Los derechos humanos no son absolutos, porque el ser humano es interdependiente y necesitado de los otros. Los derechos de la personalidad no surgen en el vacío ni son ilimitados, pero a su vez el límite o restricción tiene límites. Esto es lo que constituye el contenido esencial (Wesensgehalt) tal como ha sido analizado por la Jurisprudencia constitucional alemana y autores como Häberle o Alexy"*.³¹⁴

313 *Ibíd.* p. 277.

314 BALLESTEROS, Jesús: *¿Derechos?, ¿Humanos? Persona y Derecho*; Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra Vol. 48-2003. Separata. p.28. *"Vigo acepta que algunos derechos (como el de no ser sometido a tortura) sí que tendrían un carácter absoluto"*

Todo principio iusfundamental está sometido a los contrapesos del sistema en su totalidad, aunque es cierto que *"un principio cuanto más se le desplaza, tanto más resistente se vuelve"*; por lo que *"la fuerza de las razones opuestas tiene que aumentar desproporcionadamente"*. Al elegir este tipo de principios como premisa de la argumentación iusfundamental (como en el retórico caso del derecho a la vida) *"la seguridad de la protección es tan alta que, bajo circunstancias normales, podría hablarse de una protección absoluta"*,³¹⁵ por supuesto, en cuanto a las decisiones judiciales se refiere.

Estas restricciones se ven más claramente en tratándose de la colisión de principios y en la resolución jurisdiccional

(‘no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia’), pero este no parece ser el caso del derecho a la vida (aunque no sea explícito al respecto), dado que, en relación con él, habría que llevar a cabo una ponderación. [...] Quizás pueda resultar de interés aludir a que en el ámbito de la teoría iusnaturalista clásica encontramos autores como Finnis que rechazan la posibilidad de jerarquizar los ‘bienes humanos básicos’ (entre los que está la vida) atento a su inconmensurabilidad y que corresponde a cada ser humano definir su propio proyecto de vida asignándole el peso que estime y pueda concretar a tener de vocación, contexto, etc.”

ATIENZA, Manuel; *op. cit.* pp. 568 – 569.

315 ALEXY, Robert; *op cit.* p. 291.

de los llamados casos difíciles (*hard cases*) que se analiza a continuación y que suponen la confrontación entre derechos fundamentales.

4.4. Reglas y principios; conflictos y colisiones.

Alexy deja en claro que tanto las reglas como los principios (ambos constitucionales) "*son normas porque ambos dicen lo que debe ser*".³¹⁶ "*Los principios son mandatos de optimización, que están categorizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas*".³¹⁷ "*En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no*".³¹⁸ Respecto a los conflictos de reglas, el autor apunta lo siguiente:

Un conflicto entre reglas sólo puede ser

³¹⁶ *Ibíd.* p. 83.

³¹⁷ *Ibíd.* p. 86.

³¹⁸ *Ibíd.* p. 87.

solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma vale o no vale jurídicamente.³¹⁹

Si los conflictos de reglas se verifican en el terreno de la validez; *"la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez"*, se lleva a cabo *"en la dimensión del peso"*.³²⁰ La solución de estos conflictos consiste en establecer entre los principios en tensión, una *"relación de precedencia condicionada"*³²¹ cuya formulación se observa a continuación:

Si el principio P1, bajo las circunstancias C,

319 *Ibíd.* p. 88.

320 *Ibíd.* p. 89.

321 *Ibíd.* p. 92.

precede al principio P2: (P1 P P2) C, y si de P1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica C = R.

Una formulación algo menos técnica reza:

Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.³²²

La anterior relación de precedencia incide en la conceptualización de los principios como *mandatos de optimización*, en los que no pueden existir relaciones irrestrictas (absolutas) de preeminencia entre un principio y otro (pues, como se ha descrito, la autoridad judicial elegirá, conforme al procedimiento argumentativo que siga, qué peso específico, de entre los principios, inclina la balanza).

En efecto, en caso de colisión entre principios

³²² *Ibíd.* p. 94.

iusfundamentales, la solución no se dará "*declarando inválido a uno de ambas normas, sino a través de una 'ponderación' en la que ninguno de los dos principios 'puede pretender una precedencia básica'. Más bien habría que 'decidir cuál interés debe ceder, teniendo en cuenta la confirmación típica del caso y las circunstancias especiales del caso en particular'*".³²³ (El problema es que la Suprema Corte no aporta las razones por las que deja de tomar en consideración los *mandatos de optimización* que no fueron elegidos como premisas en la argumentación del fallo que se pronunció, dejando sin motivación el hecho de haber abandonado las demás hipótesis).

Alexy critica de 'demasiado simple' el modelo de Dworkin (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres 1978) que establece el diferente carácter *prima facie* entre reglas y principios, cuando dice que "*las reglas, cuando valen, son aplicables de una manera del todo-o-nada, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión*".³²⁴ En este

323 *Ibíd.* p. 96.

324 *Ibíd.* p. 99.

punto el autor en comentario se muestra excesivamente optimista con su crítica (pues más que simple, el modelo de Dworkin es pragmático) toda vez que en la realidad los órganos jurisdiccionales no tan fácilmente distinguen entre reglas y principios (*i. e.*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, al resolver sobre el aborto eugenésico, eligió adoptar un mandato de optimización en vez de aplicar la regla iusfundamental atinente); empero, Alexy establece que *"la introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo sobre la base de un principio"*, e incluso *"una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla"*.³²⁵

Y, sin embargo, cuando nuestro autor establece las distinciones entre reglas y principios como razones, llega a una conclusión no muy distinta de la que critica, pues establece que *"los principios son siempre razones prima facie; a menos que se haya establecido una excepción, (son) razones definitivas"*.³²⁶

Ahora bien, con independencia de lo anterior y

325 *Ibíd.* p. 100.

326 *Ibíd.* p. 101.

retomando la cuestión de los derechos absolutos, en cuanto a los *mandatos de optimización*, Alexy establece que *"los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico"*.³²⁷ Lo que prácticamente reitera la inexistencia de prerrogativas constitucionales absolutas (irrestringidas). Incluso añade: *"el que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia a favor de (por ejemplo) la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones"*.³²⁸

Finalmente, es posible afirmar que *"si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho*

327 *Ibíd.* p. 106.

328 *Ibíd.* p. 109.

fundamental depende del principio opuesto".³²⁹ Y esto nos sitúa en la operatividad misma de los derechos (fundamentales o no) pues la eficacia de la esfera de derechos del individuo solamente cobrará vida cuando exista una amenaza contra, o bien se violente, tal derecho; de la misma manera, un principio resultará aplicable cuando sea confrontado con otro tomando en consideración la ponderación que exija el procedimiento argumentativo iusfundamental que siga el juzgador constitucional, como se observa a continuación en que se hacen colisionar el derecho humano a la libertad reproductiva de la mujer embarazada y el invocado derecho fundamental a la vida, del embrión.

4.5. Decisión casuística sobre la preeminencia del derecho de la mujer a su proyecto racional de vida.

Antes que nada, partamos de la afirmación que realiza Ferrajoli sobre la "*autodeterminación en materia de*

329 *Ibíd.* p. 112.

maternidad (y consecuentemente de aborto)”³³⁰ de las mujeres:

“Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la ‘soberanía’ de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo; porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del

330 FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías; La ley del más débil*; Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2004. pp. 84–85. Por analogía, la libertad del hombre supone que la mente y lo que esta conciba, es autodeterminable hasta las últimas consecuencias; no podría suponerse lo contrario para el cuerpo. Al respecto Habermas apunta que: “*we cannot, from the premise of pluralism, ascribe to the embryo ‘from the very beginning’ the absolute protection of life enjoyed by persons who are subjects possessing basic rights.*” HABERMAS, Jürgen: *The Future of Human Nature*; Polity Press. Cambridge, UK, 2012. p. 42.

segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal. En efecto, se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho–poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir *constituyente*, de tipo pre– o meta–jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho–pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de

cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.”³³¹

Siguiendo estos argumentos de Ferrajoli, cualquier intromisión del Estado (o incluso de la sociedad) a esta “*autodeterminación en materia de maternidad*” entrañaría, indubitadamente, una intrusión a la libertad misma de cualquier mujer y, sobretodo, a su proyecto de vida, lo que no sería ni bueno ni correcto, como dice Ross,³³² por el contrario, y más aún, obligar a la mujer a procrear un discapacitado en contra de su decisión y voluntad, en contra de la autodeterminación de lo que quiere para su

331 *Ibid.* p. 85.

332 Ross plantea que un acto no es correcto porque, siendo una cosa, produzca *buenos* resultados diferentes de ella; es correcto porque es él mismo la producción de un cierto estado de cosas. Tal producción es correcta en sí misma, independientemente de toda consecuencia; y todo lo que es últimamente bueno es también intrínsecamente bueno, es decir, es bueno independientemente de sus consecuencias, o: sería bueno aun cuando se diera aisladamente. ROSS, W.D.: *Lo correcto y lo bueno*; Ediciones Sígueme. Segunda Edición. Salamanca, 2001. pp. 62 y 90. “*Al final, es la condición humana la que define la bondad o maldad de un acto; depende del momento histórico, de quien obra, del que juzga, de la circunstancia en la que se expresa el acto.*” IGLESIAS: *op. cit.* p. 138.

vida, vuelve al Estado injusto, pues aleja a dicha mujer del bien común, considerando el principio aristotélico en que *"el bien de una persona está determinado por el proyecto racional de vida que elegiría con la racionalidad deliberativa, entre la clase de proyectos del máximo valor"*.³³³ En efecto, un Estado es injusto, cuando atenta contra lo que Rawls establece como el proyecto racional de vida, según se define enseguida:

"el proyecto de vida de una persona es racional, cuando –y sólo cuando– 1) es uno de los proyectos congruentes con los principios de

333 *"El bien de un individuo es la composición hipotética de las fuerzas impulsivas que resulta de la reflexión deliberativa que cumple determinadas condiciones. Adaptando la noción de Sidgwick a la elección de proyectos, podemos decir que el proyecto racional para una persona es el que elegiría con racionalidad deliberativa (entre los que son compatibles con los principios contables y con otros principios de elección racional, una vez establecidos estos). Es el proyecto sobre el que recaería la decisión como resultado de una reflexión cuidadosa, en la que el agente reconsideraría, a la luz de todos los hechos pertinentes, lo que probablemente realizaría aquellos proyectos, investigando así el modo de acción que mejor cumpliría sus deseos más fundamentales."* RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México, 2002. pp. 378 y 385.

elección racional, cuando estos se aplican a todas las características importantes de su situación, y 2) es ese proyecto entre los que satisfacen esta condición, el que sería elegido por él con plena racionalidad deliberativa, esto es, con plena conciencia de los hechos importantes y tras una cuidadosa reflexión acerca de las consecuencias.”³³⁴

“...con ciertas salvedades, podemos pensar que una persona es feliz cuando está en vías de una realización afortunada (más o menos) de un proyecto racional de vida trazado en unas condiciones (más o menos) favorables, y si esa persona confía razonablemente en que su proyecto puede llevarse a cabo. Alguien es feliz cuando sus proyectos se desarrollan bien, cuando sus más importantes aspiraciones se van realizando, y cuando se siente seguro de que su buena fortuna será duradera.”³³⁵

334 *Íbid.* p. 370.

335 *Íbid.* p. 371.

Así, será injusto el Estado que interfiera en este proyecto racional de vida, puesto que *"en una sociedad justa, las libertades básicas se dan por sentadas, y los derechos, asegurados por la justicia, no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales;*³³⁶ incluso en tratándose del proyecto racional de vida familiar, esto es, el proyecto en el que una mujer se autodetermina como madre y válidamente decide el tipo de familia que va a conformar, o dicho de una manera cruda: si desea procrear o no a un discapacitado.³³⁷

Ahora bien, queda claro que tanto para diferentes posiciones de la doctrina como para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el embrión tiene derecho a vivir; luego entonces cómo definir qué iusfundamental debe prevalecer ¿la libertad reproductiva de la mujer embarazada o el derecho a la vida del producto de la concepción?

336 ALEXY, Robert: *op. cit.* p. 39.

337 Esto, claro, desde la perspectiva de los derechos individuales y llevando la colisión de derechos humanos hasta las últimas consecuencias y al margen de si se conforma o no una familia biparental.

Retomemos las nociones de Alexy respecto de los Derechos a Algo y analicemos el caso del derecho [D] a la vida [V] de un embrión con discapacidades [m] frente al Estado [e]. Según Alexy³³⁸ esta relación triádica será expresada mediante el siguiente enunciado:

DmeV

[m] debería ser una persona, lo que en términos del embrión tendría un valor de cero si seguimos las conclusiones a las que se arriba en apartados precedentes respecto del comienzo y fin de la persona, lo que terminaría abruptamente esta exposición al resultar de toda la ecuación, obviamente, un valor de derecho nulo; sin embargo, asumamos la posibilidad de algún tipo de derecho del embrión discapacitado para poder producir el análisis lógico-relacional que propone Alexy, aplicado a la colisión del derecho a la vida del embrión, frente al iusfundamental de la libertad reproductiva de la mujer embarazada.

Así bien, tendríamos que la estructura representada por DmeV, significaría:

i) un embrión con discapacidades tiene frente al Estado

338 ALEXY, Robert: *op. cit.* p. 187.

el derecho a que éste no lo mate.

ii) un embrión con discapacidades tiene frente al Estado el derecho a que éste proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros.

Precisamente en este supuesto (ii) es que se produce la colisión respecto de la libertad reproductiva [L] de la mujer embarazada [f], que igualmente tiene un *derecho a algo*, que esquemáticamente se traduce en: DfeL, lo que implicaría:

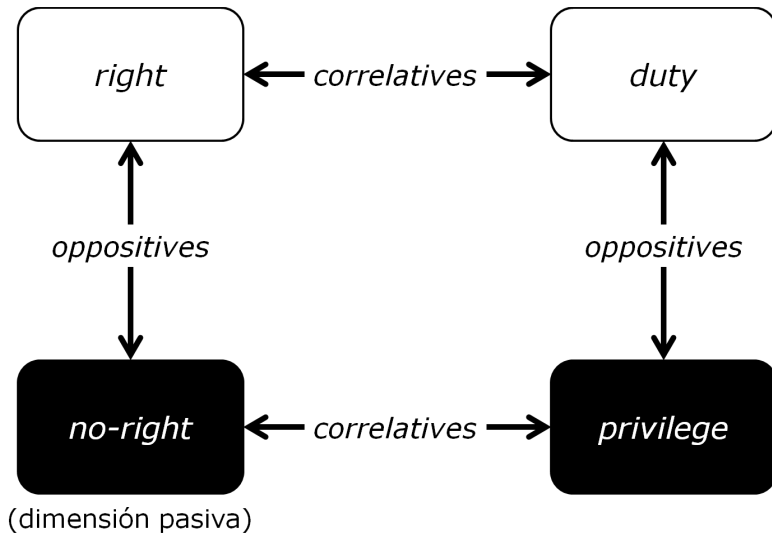
iii) la mujer embarazada tiene frente al Estado el derecho a que este no coarte su libertad reproductiva.

iv) la mujer embarazada tiene frente al Estado el derecho a que este proteja su libertad reproductiva frente a intervenciones arbitrarias de terceros.

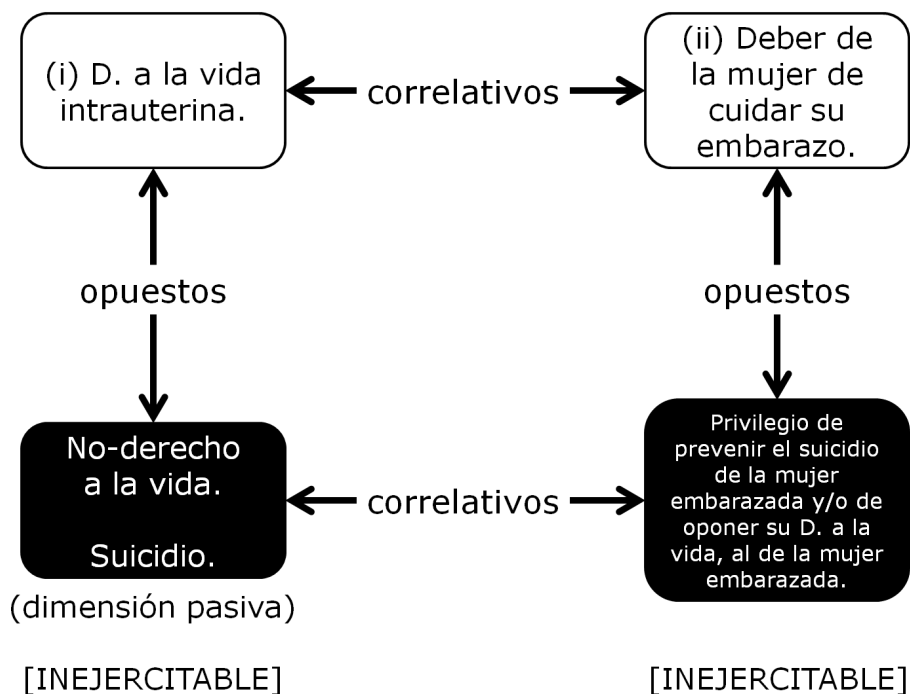
Ahora bien, en las relaciones lógico-jurídicas establecidas por Hohfeld,³³⁹ refiriéndose al ámbito de los derechos a algo, se designan con las expresiones: "derecho", "deber", "no-derecho" y "privilegio", a lo que Alexy concluye que "el núcleo de la teoría de Hohfeld lo constituyen sus tesis sobre las relaciones lógicas entre

339 *Ibid.* p. 203.

relaciones jurídicas. Según Hohfeld, las relaciones lógicas en el ámbito de los derechos a algo pueden ser presentadas en el siguiente esquema:



Introduzcamos ahora en este esquema la relación triádica DmeV para realizar el análisis lógico-relacional del derecho a la vida intrauterina del embrión con discapacidades:



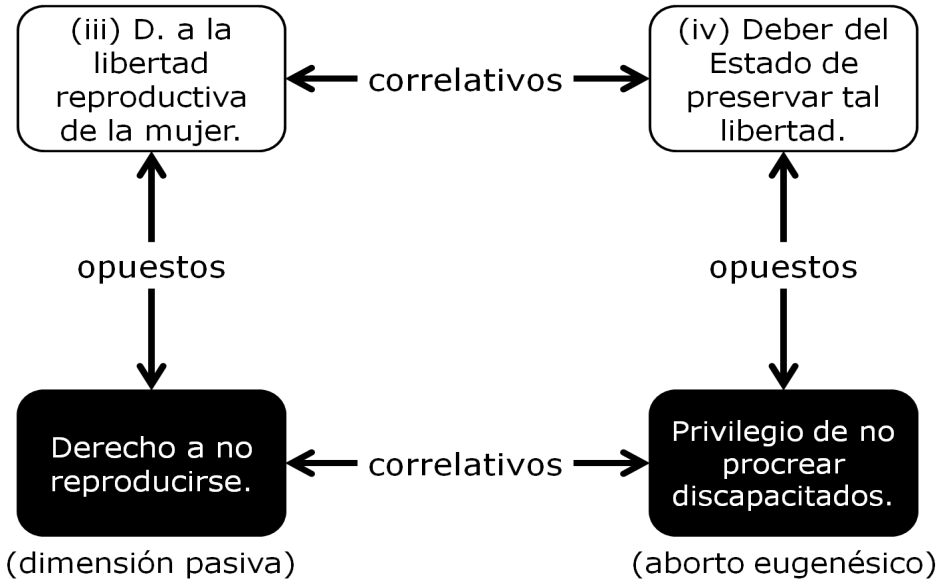
Inmediatamente se observa en este análisis lógico-relacional la desnaturalización del iusfundamental a la vida, convirtiendo a la vida intrauterina del discapacitado en una obligación para la mujer embarazada.

Igualmente, resulta poco clara la relación jurídica correlativa hacia el Estado y la mujer, puesto que si existe un derecho a la vida intrauterina oponible al Estado y, consecuentemente, a la propia mujer embarazada, entonces únicamente habría coherencia argumentativa si

fuese seguro que el Estado Mexicano pudiera obligar a la mujer embarazada a cuidar su embarazo (*i. e.*, consultar regularmente al ginecólogo, alimentarse adecuadamente, vivir en condiciones higiénicas, tomar ácido fólico, etcétera) aunado al deber estatal de cubrir los costos no solo gineco-obstétricos, sino de alimentos de la mujer embarazada (techo, alimentación, vestido, esparcimiento y educación); además de asegurar que la propia mujer embarazada cuidaría de su embarazo, lo que se antoja más como una prerrogativa o como mucho, para ciertos sectores, como un deber moral, pero nunca como una obligación jurídica.

Igualmente la idea de gozar del privilegio de prevenir el suicidio de la mujer embarazada y/o de oponer su derecho a la vida frente al de la propia mujer embarazada, deviene en reducción al absurdo, pues no hay discusión respecto de privilegiar (vágase la redundancia) la vida de la mujer embarazada frente a la del producto de la concepción cuando hubiese que elegir entre ambas.

De tal manera, si el análisis se sigue desde el embrión, entonces resulta ilógico al existir serias inconsistencias lógico-relacionales. Pero veamos qué ocurre cuando se verifica este mismo análisis desde la libertad reproductiva de la mujer embarazada, en el que tenemos lo siguiente:



Prima facie vemos que la dimensión pasiva de los iusfundamentales guarda una relación armónica respecto del derecho de procrear discapacitados y el no-derecho a hacerlo. Igualmente los correlativos resultan coherentes al oponérsele al derecho el deber del Estado a preservar tal libertad reproductiva en el sentido de resguardar frente a terceros el embarazo, sean cuales fuesen las circunstancias, así como el privilegio, en este sistema lógico-relacional, de optar o no por el aborto eugenésico.

En este esquema el sistema es plenamente lógico, lo que

inevitablemente implica privilegiar, supeditar el aducido derecho a la vida del producto de la concepción, frente al iusfundamental a la libertad reproductiva de la mujer embarazada. Ello implica que tal derecho a la vida intrauterina se determine por voluntad de la mujer; voluntad que atiende fundamentalmente al incuestionable derecho a su proyecto de vida familiar.

Ninguna mujer puede, en términos de Justicia, ser obligada por el Estado Mexicano a procrear e incluso criar discapacitados si esa no es su autodeterminación en términos de convertirse en madre de un discapacitado. Para el Estado Mexicano el embrión, después de todo, es una decisión de la mujer, de la que desde luego será responsable, pues toda libertad entraña responsabilidad, pero el Estado Mexicano no puede válidamente entrometerse en tal decisión, aun y cuando la misma entrañe la práctica de un aborto eugenésico, puesto que la libertad reproductiva resulta intrínseca a la potestad de las personas para determinar su proyecto racional de vida y, en particular de las mujeres, para determinar su proyecto racional de vida familiar.

CONCLUSIONES

El avance del Derecho en cuestiones de equidad y género no libera a la mujer de las terribles decisiones a las que se puede ver sujeta, como la que gira entorno al presente trabajo. Desde luego, las batallas que se libran en el fuero interno de la mujer solo le competen a ella misma; para el Derecho lo que interesa son únicamente las consecuencias de tales decisiones.

Resulta interesante observar a los factores reales del Poder interactuar, unos en la creación de la Ley, formalmente, y otros, en la intervención del órgano jurisdiccional respecto del control de la constitucionalidad; en el primer caso, el populismo y exiguas reivindicaciones sociales conllevaron al legislador del Distrito Federal a crear una figura jurídica que, solo en apariencia, sugiriese que responde a una necesidad social y a una realidad iusfundamental: permitirle a la mujer la interrupción del embarazo de un discapacitado, antes de su viabilidad, antes de que comience la persona; empero, del análisis de

tal instituto jurídico resulta que únicamente se emplearon herramientas demagógicas para simular la respuesta del Derecho a la necesidad apuntada, pero que en realidad solamente se trató de una variante de la proyecta figura del aborto terapéutico, en la que, por cierto, parece no existir mucha discusión en la jurisprudencia mexicana sobre la preeminencia de los valores constitucionales en disputa: la vida de la mujer embarazada.

Por otra parte, tenemos que, también bajo el asedio de diversos factores reales del Poder, el supremo tribunal mexicano evita pronunciarse de fondo sobre el asunto y se limita a justificar a dicha figura desde la óptica del Derecho Penal, y no desde la perspectiva de la defensa constitucional, dándole al aborto eugenésico tratamiento de excluyente de responsabilidad e implicando que, por lo menos en lo evidente, no existe para la Suprema Corte de Justicia de la Nación una colisión de iusfundamentales, razón por la cual ni siquiera justifica no haber abordado el tema, lo que debió haber hecho conforme a la garantía a la debida motivación.

A lo largo de este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones: primeramente, en el Capítulo I se evidenció que la excluyente de responsabilidad penal

relativa al aborto eugenésico es en el fondo idéntica a la del aborto terapéutico en el caso del Distrito Federal, único tratado por el órgano de control de la constitucionalidad en México; así, al ser la causa de la causa, causa de lo causado, y al establecerse que el aborto no será penado cuando el producto de la concepción presente alteraciones, genéticas o congénitas, que puedan dar como resultado daños físicos o mentales al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del *nasciturus*, ello, consecuentemente, pondría en peligro de afectación grave a la salud de la madre, lo que obliga al aborto terapéutico; luego entonces no estamos en presencia de una verdadera excusa absolutoria distinta y específica respecto del aborto eugenésico.

La casi inexistencia de procesos criminales por abortos eugenésicos apunta a que el tipo penal cumple su función social de evitar que se incurra en la conducta delictiva; empero, la prohibición se centra en los médicos, quienes al parecer no practican abortos –y por consecuencia no hay denuncias que desencadenen un procedimiento jurisdiccional penal–. Al no existir atención médica pública en el país para atender abortos, consecuentemente estos se realizan en condiciones insalubres y por charlatanes. Esto provoca que la práctica de abortos clandestinos se

ubique como una de las principales causas de mortalidad de la mujer embarazada cuando esta es pobre.

Por otra parte se observaba que las razones para la prohibición del aborto eugenésico en México, conforme a la Ley y a la Jurisprudencia, encuentran su fundamento en la legalización de la moral, lo que se asocia con la pretensión de ciertos factores reales del Poder de imponer una ética específica o una moral dotada de contenido, sin que existan suficientes razones iusfundamentales para su justificación, sino, al parecer, lo contrario.

Sin duda uno de los principales generadores de cuestionamientos son los argumentos que establecen que el aborto eugenésico atenta contra la dignidad de la persona. Esto cobra relevancia cuando, conforme a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad conlleva la noción más genuina, más pura, de igualdad; de manera que es de protegerse al *nasciturus* con malformaciones, como a cualquier otro *nasciturus*.

En contrapartida del aborto eugenésico, el desarrollo de procedimientos eugenésicos procreativos entrañan desigualdad y, consecuentemente, discriminación, como en el caso de la elección del sexo del bebé por parte de los propios padres, lo que resulta claramente sexista (bien

machista o feminista) o bien por el abuso de las técnicas de reproducción asistida que implica poner en riesgo la sustentabilidad del planeta y consecuentemente violentar el iusfundamental a un medio ambiente, precisamente, sustentable. Lo anterior aunado a los dilemas éticos consistentes en el riesgo de que los hijos sean considerados en función de la *satisfacción* de los padres, antes que un fin en sí mismos

La primera crítica al aborto eugenésico o incluso a las biotecnologías que involucran investigación con embriones es que se está matando a una persona, pues se acaba con un ser humano. La discusión radica en la determinación del comienzo de la persona, como titular de derechos y obligaciones, puesto que, donde hay persona, hay exigencia para el Estado de protegerle. El concepto de persona determina el momento de su comienzo. De allí que para los personalistas la persona comience con la singamia, y para los personistas, con el nacimiento o bien a edades muy avanzadas del *nasciturus*. De cualquier forma, si se considera que el embrión es persona, entonces estaríamos en presencia de lo que la doctrina conoce como *hard cases*, pues aun en este supuesto la vida no puede ser tomada como un bien jurídico superior a la libertad, pues se trata igualmente de un derecho fundamental, ambos

aparentemente de la misma categoría al no haber derechos absolutos. Las posiciones filosóficas que fundamentan el comienzo de la persona se contraponen con tal rigor, que pareciera que existen argumentos y contra-argumentos en similar número y de igual veracidad lógica; sin embargo, la tarea del Derecho es encontrar un punto de equilibrio entre ambas posiciones y dar una solución razonable a este problema de la sociedad.

Del Capítulo II se extraen las siguientes conclusiones: se puede llamar eugenesia prenatal a la que busca la homeostasis (y normalidad estadística) que tiene un sentido de mayor apego a la naturaleza y eugenesia procreativa a la que busca el "mejoramiento" de la especie, que tiene, además, un sentido profundamente narcisista; el aborto eugenésico no implica discriminación, principalmente porque la prevención de una discapacidad (como puede ser la prevención de las discapacidades provocadas por la poliomielitis) no supone en modo alguno que se discrimine a quienes sufran de tal discapacidad. Hay una distinción entre discapacidad y persona con discapacidad: prevenir la discapacidad no es excluir al discapacitado.

Probablemente la eugenesia tuvo su origen en la

emulación de la naturaleza y llegó desde las sociedades primitivas a las primeras civilizaciones. Luego de la adopción de la eugenesia en tales sociedades primitivas como una emulación del mundo natural, la cultura ha tenido también un papel preponderante en la difusión de la eugenesia en particular y, en general, de la bioética, tanto a través de tradiciones y leyes, como de la literatura y la cinematografía. Al final, todos estos procesos culturales, ora mediáticos, ora artísticos, ora populares, han terminado por influenciar a la sociedad, bien con prejuicios o, en el mejor de los casos, con un poco de morbo científico por conocer más allá de lo presentado.

“Although most people would say they no longer believe that ‘what is beautiful is good’, preferential treatment of beautiful people is extremely easy to demonstrate, as is discrimination against the unattractive.”³⁴⁰

340 ETCOFF, Nancy: *Survival of the Prettiest –The Science of Beauty–*; Anchor Books. New York, 2000. p. 25. “‘Beauty is the mark of the well made, whether it be a universe or an object,’ said Thomas Aquinas, and the well made is an ‘imitation of an idea in the mind of the creator.’” ETCOFF; op. cit. p. 18.

Por otra parte, el respeto a la vida humana en cualquier fase y/o circunstancia no se debe circunscribir a si el *nasciturus* sea o no sea persona solamente; estos *casos difíciles* se deben de mirar desde la óptica del conjunto de iusfundamentales que se afectan o afectarían en torno suyo. El respeto a la vida del embrión ha sido sometido por el parlamento inglés a dos estudios que han trascendido a la comunidad científica y filosófica internacional. El informe Warnock hace un análisis sobre el desarrollo embrionario en sus primeros días llegando a la conclusión del momento en que se puede establecer como mínimo para la conformación del individuo, en la especie: transcurridos catorce días luego de la singamia; con estas conclusiones del informe Warnock, Gran Bretaña (y posteriormente numerosos países) autorizaron la investigación con embriones principalmente para el desarrollo de la fecundación *in vitro* y la "atención" a la infertilidad y sus métodos para contrarrestarla; lo que desde luego implica atentar contra la sustentabilidad del planeta.

Por otra parte tenemos al informe Donaldson (mismo que se apoya significativamente en el informe Warnock); una de las grandes conclusiones a las que arriba es respecto al beneficio potencial que involucra la investigación con células estaminales (células madre) en

términos de sus posibilidades terapéuticas; investigación igualmente válida respecto de aquellos propósitos para los que la investigación con embriones es actualmente permitida (fecundación *in vitro*) y cuyo límite es precisamente destruir al referido embrión antes del día catorce de su gestación.

Una de las técnicas biomoleculares en desarrollo es la del diagnóstico preimplantatorio que, junto con los diagnósticos prenatales, establece la posibilidad para la mujer (o en el mejor de los casos para la pareja) que así lo determine, de evitar la implantación de un embrión con algún tipo de discapacidad genética. Esto implica serios cuestionamientos morales y redundante en desequilibrio ambiental pues es igualmente atentatorio al derecho *erga omnes* –y principalmente de los niños– a un medio ambiente sustentable. El diagnóstico preimplantatorio se utiliza con el propósito de detectar anomalías cromosómicas o anomalías hereditarias. En principio podría usarse para analizar cualquier rasgo genético, tales como el color del pelo o de los ojos. Obviamente el abuso que se da radica en no solamente *descartar* a los embriones enfermos, sino que se pretende “escoger” al embrión “más bonito”, por decirle de alguna manera; es como pedir “hijos a la carta”, algo que en cierto modo ya se hace con la selección del

sexo del bebé, como ya se apuntaba.

Ahora bien, en caso de error en el diagnóstico, según la Declaración de Mónaco, la discapacidad de un niño, cualquiera que sea su grado, jamás debe ser considerada como causa de responsabilidad civil subjetiva. Con esto se protege a los hospitales y laboratorios donde se realizan estas pruebas, de posibles demandas en que se reclamase una compensación económica en razón del error diagnóstico.

Bien ahora, con independencia de la seria afectación medioambiental y solo como una justificación discursiva tenemos que un ponderador para la selección embrionaria es el principio de beneficencia procreativa (*procreative beneficence*) por el que se debe seleccionar el embrión, de los embriones que se tuvieran, que se pueda esperar que tenga la mejor vida, o al menos la mejor vida entre los otros, basado en la información relevante disponible.

Lamentablemente el derecho a la selección embrionaria (la autonomía procreativa, que desde luego tiene límites) puede caer en abusos y abandonar el principio de beneficencia procreativa (es decir, respecto de la selección del embrión sano) e implantar embriones con determinados tipos de discapacidad que se ajusten a la de los padres.

Al margen de la discusión sobre si existe, o no, un derecho a no nacer, Dworkin plantea que los embriones carecen de interés alguno para nacer, así como tampoco tendrían interés en no hacerlo. La controversia se sitúa en un terreno distinto al de si el feto es o no persona, partiendo del *interés* con el que cuentan las personas y del que el feto carece según este autor.

Quién decide y cómo, respecto de practicar un aborto eugenésico, debe sujetarse a un sistema de referencia universal –como la ciencia– en el que todos estamos de acuerdo. Desde luego, hay numerosas opiniones que señalan la conveniencia, o al menos la legitimación moral de los padres, para utilizar diversos medios, incluida la ingeniería genética, “para intentar producir los mejores hijos”.

La justificación que se da para esta postura es que si gracias a la genética podemos mejorar a nuestros hijos, se podría entender que se les beneficia con dicha mejoría y tal beneficio justifica moralmente adoptar tales medidas. Y principalmente resulta una razón moral si dicha mejora no incide en modo alguno en criterios ‘estéticos’, estos sí, propios del nazismo.

Ahora bien, existe también la posibilidad de que en vez

de “mejorar” al hijo al haber hecho uso de la ingeniería genética, se haya fallado en el intento, dañándole en alguna forma. En tal caso, dependería del porcentaje de riesgo de la intervención genética de que se trate, lo que ponderaría la viabilidad para realizar la misma.

Un aspecto que destaca sobre esta temática, es que la eugenesia no se plantea, o no se debiese plantear, desde el punto de vista del objetivo de los padres o de la sociedad, caprichosos tanto unos como la otra, sino que el producir los mejores hijos posibles se debería establecer como un objetivo para el propio bienestar del hijo. Lo exigible respecto de estas intervenciones –genéticas o medioambientales– es que no menoscaben, vulneren o restrinjan las capacidades físicas y mentales de los niños, como para restarles opciones o posibilidades en su futuro. Así, bajo esta perspectiva, y al margen de la violación al derecho a la sustentabilidad, quien debería de decidir, en todo caso, debería ser la mujer que va a soportar las cargas del embarazo y de la crianza de un discapacitado (en el mejor de los casos, al lado de su pareja) y dicha decisión deberá asumirla con la información relevante de la que disponga y apoyando su determinación en criterios homeostáticos y conforme al avance de la ciencia genética y embriológica.

Finalmente en este Capítulo II se replantea la crítica a la eugenesia puesto que la misma en realidad se ha concentrado en lo atinente a la investigación con embriones, más que por lo que hace al "mejoramiento" del individuo. Al respecto, no solamente se pueden "mejorar" las habilidades de la persona al través de la eugenesia procreativa, sino mediante los neurofármacos que se encuentran solo un paso atrás de la ortodoncia estética, los *lifts* faciales, Viagra y demás "extras médicos" que pretenden "mejorar" artificialmente al individuo; el siguiente paso: la manipulación del genoma humano. Pareciera que la sociedad ve con agrado estas "mejoras", esto con una clara inclinación eugenésica, en las que incluso en la actualidad ya hay quien se somete a terapias biomoleculares a partir de células madre para la regeneración celular del organismo, sin importarles demasiado que tales terapias se basan en la investigación con embriones, cuestión que sin duda queda de soslayo en estos casos.

En el Capítulo III se realizó una comparación entre el aborto terapéutico y el aborto en caso de violación, ambas como excluyentes de responsabilidad penal. A la luz del tratamiento legal de los mismos resalta la inconsistencia de la justificación jurídica en México respecto de las razones

para su prohibición en tratándose del aborto eugenésico, es decir, la supuesta defensa de la vida del embrión. En efecto, así como el permiso legislativo para abortar en caso de violación supone la protección al honor, la libertad reproductiva y la salud mental de la mujer embarazada –y no a la vida del embrión– para el caso del aborto eugenésico se supondría la protección de la libertad reproductiva de la mujer embarazada y de su bienestar familiar promedio que implica el derecho a la igualdad en la conformación familiar. Derivado de esta posición en que queda claro que la vida del embrión no es el ponderador respecto de la prohibición del aborto, se tiene, además, que un estudio demuestra que la despenalización del aborto en modo alguno afecta negativamente a la sociedad, sino todo lo contrario, en contraposición con posiciones coherentes con la defensa de la vida del embrión que no permiten el aborto en ningún caso o circunstancia.

Las incoherencias legislativas en torno al tema ciertamente provocan índices bajísimos de procesos criminales por aborto puesto que la función de disuasión de la conducta delictiva funciona respecto de los médicos que se verían sancionados por practicarlo; consecuentemente, la mujer embarazada recurre a clínicas o a parteras clandestinas, lo que provoca en México la tercera causa de

mortalidad materna. Lamentablemente estas leyes únicamente afectan a los pobres que carecen de posibilidades de optar por abortos seguros fuera del país (pues si bien en la Ciudad de México el aborto está despenalizado si se practica hasta la duodécima semana del embarazo, en tratándose del aborto eugenésico esta temporalidad resulta inservible puesto que los análisis prenatales se practican durante el cuarto mes de gestación).

Dado que las razones para la penalización del aborto en México se contienen en una moral dotada de contenido, en un Estado (supuestamente) laico como el mexicano resulta contrario a la noción de los Derechos Humanos obligar a la mujer a la procreación con argumentos que no provengan de una moral secular. A su vez, la prohibición del aborto eugenésico rigurosamente significa que el Estado Mexicano impone a las familias una obligación de procrear discapacitados; empero, las cargas familiares y el muy difícil entorno social para el discapacitado constituyen, cuando son impuestas, una desigualdad en las condiciones respecto de los demás, aunado a la contradicción respecto a la garantía, como derecho fundamental, del desarrollo de la familia; consecuentemente, resulta inconstitucional la procreación obligatoria de discapacitados, no solamente

porque conculca la libertad de culto sino, también, porque atenta contra la igualdad entre los hombres, contra la igualdad entre las familias e impide el desarrollo *promedio* de estas, se reitera, cuando dicha procreación de discapacitados es impuesta.

Al resolver sobre este tópico, el órgano de control de la constitucionalidad en México si bien determina que esta despenalización a una variante del aborto terapéutico (llamado en este caso como aborto eugenésico) no es inconstitucional, en realidad no resuelve la cuestión planteada, puesto que ello habría obligado, necesariamente, a dilucidar sobre la colisión de derechos fundamentales que se confrontan en el llamado aborto eugenésico, cosa que no se hace ni de soslayo. Lejos de ello se desvía del tema y, si bien de manera congruente con la Constitución, se resuelve utilizando argumentos insuficientes y con base en motivos inadecuados en los que resulta meridianamente claro que el Pleno de la Corte eligió meticulosamente el discurso con el que pretendía convencer, con un planteamiento que no compromete y en el que se vierten razones defectuosas; la máxima judicatura mexicana únicamente se concentró en reiterar que quedaba subsistente el delito, que por cierto resulta abiertamente inconstitucional –también por otras razones–

y que dicha disposición se trataba de una excusa absoluta; pero el criterio jurisprudencial que nos ocupa en ningún momento establece los razonamientos por los que dicha conducta penal resulta o no resulta violatoria de derechos fundamentales. Por el contrario, la penalización del aborto eugenésico resulta violatoria de las garantías de libertad procreativa, libertad de culto e, incluso, a la de igualdad.

En el Capítulo IV se estableció el comienzo de la persona según el Derecho Mexicano, mismo que somete a la personalidad jurídica del producto de la concepción a la condición suspensiva de que nazca vivo y viable siguiendo las prescripciones clásicas del Derecho Romano; empero, físicamente el producto de la concepción será protegido mediante la penalización del aborto. En toda la República está considerado como un delito, aunque existen circunstancias que atenúan su punibilidad o bien que la eximen.

Es el caso que el más alto tribunal mexicano se ha decantado por un planteamiento contrario, en clara inversión de la jerarquía normativa y muy equivocadamente sirviendo a directrices no-iusfundamentales, al establecer que la protección al

derecho a la vida del producto de la concepción deriva de la Constitución, de los Tratados Internacionales y de leyes federales y locales.

La referida tesis jurisprudencial sobre el "derecho a la vida del producto de la concepción", aduce que: *"del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana."* Esto es erróneo. En la especie resulta que se interpreta a la Constitución a partir de las leyes que emanan de ella y de tratados internacionales que se ubicaban al momento del fallo en comento incluso también por debajo de ésta, lo que indudablemente nos lleva a una reducción al absurdo, puesto que la interpretación constitucional no puede provenir de normas jerárquicamente inferiores.

Más aún, la Convención sobre los Derechos del Niño no plantea la protección de la vida del niño *antes* del nacimiento; únicamente hace mención, en el preámbulo, respecto a proteger al niño antes del nacimiento, sin que esto pudiese considerarse como la configuración de un

Derecho a la Vida del *nasciturus*, puesto que tal prolegómeno no constituye en modo alguno una norma jurídica. Ahora bien, ni siquiera hay dispositivo constitucional alguno que establezca de manera explícita el derecho a la vida. De igual manera, nuestro tribunal constitucional se equivoca al indebidamente fundamentar su tesis señalando al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto que la referencia en este tratado internacional se hace respecto de la pena de muerte, en relación con el derecho a la vida, lo que de ninguna manera pudiera extenderse, lógicamente, a la vida del embrión (pena de muerte).

Finalmente, la resolución judicial que nos ocupa sobre el aducido derecho a la vida del *nasciturus* planteada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acaba por sorprender al plantear que, de los derechos constitucionales al trabajo y a la salud se sigue un derecho a la vida del embrión; si acaso se sigue una *protección* contra abusos patronales enfocada, desde luego, a la mujer embarazada trabajadora, siendo el caso que los derechos del *nasciturus* que invocan solo se sustentan al través de falacias. Por el contrario, y como se ha visto, el artículo 4º constitucional fundamenta el derecho al aborto y no viceversa.

Por otra parte, si bien la Suprema Corte no resuelve una colisión de iusfundamentales, por lo menos deja implícito que a los ojos de los señores ministros no hay tal. Para la Corte implícitamente no hay discusión en la prevalencia del derecho de la mujer embarazada por sobre el del *nasciturus*, pues de haberla, y además si esta fuese favorable a este último, entonces no podrían justificar que el aborto eugenésico es constitucional al constituir un excusa absoluta de un delito. La Suprema Corte incurre en los diez errores frecuentes en la argumentación bioética que señala Atienza respecto de las resoluciones judiciales aquí tratadas.

Se evidencia entonces que parte de los errores judiciales en materia de bioética parten del problema de dejar de resolver con base en criterios laicos (en razón de la obligatoriedad en este sentido que establece la propia Constitución) puesto que si bien ha quedado apuntado que, desde esta postura laica, el embrión no puede ser considerado persona, igualmente es claro que esta posición es determinadamente controvertidísima; sin embargo, si se retoma el argumento que señala a la ciencia como el criterio que determina el consenso para la resolución de toda discusión, se tendría que considerar que el comienzo de la persona resulta científicamente medible, *a contrario*

sensu, conforme al criterio asumido para determinar la muerte o fin de un individuo. Para la ciencia entonces, el comienzo de la persona se produce a después del quinto mes de gestación, puesto que es entonces cuando comienza la actividad cerebral superior (pensamiento y conciencia) medible por la actividad eléctrica del cerebro (encefalograma no-plano) y, mayormente importante, concluye la generación del cuerpo humano y todas sus funciones al completarse la conformación del telencéfalo (responsable de dichas funciones cerebrales). Quizás esta posición que toma como referencia a la ciencia, pueda conciliar socialmente las posiciones personalistas con las posiciones liberales, *i. e.*, la persona no comienza con la singamia ni después del nacimiento, sino a partir de que concluye la generación del cuerpo con todas sus funciones y el individuo tiene la capacidad física que le caracteriza como persona: actividad cerebral superior, es decir, pensamiento y conciencia (raciocinio y auto-reflexividad – *cogito ergo sum*–) casi después de la mitad del embarazo en que, se reitera, concluye la generación del telencéfalo.

Por supuesto, la discusión sobre el comienzo de la persona radica en el momento en que empezará la titularidad de derechos; circunstancia que cobra especial relevancia cuando, en tratándose de los posibles

iusfundamentales del *nasciturus* colisionan con los de la mujer embarazada.

Así bien, hablar de Derechos Humanos en el contexto judicial mexicano podría resultar por sí mismo retórico; al punto en que no parece difícil que órganos jurisdiccionales pronuncien sus fallos aduciendo uno u otro “derecho a algo” en la esfera de los derechos fundamentales, sin cumplir con los procedimientos de argumentación iusfundamental de los que debe estar revestido un análisis judicial, como ocurrió en el caso del aborto eugenésico en México.

Debido a la exclusiva competencia del órgano jurisdiccional para el control constitucional, se llega muy a menudo a situaciones materialmente legislativas en las que no únicamente se interpreta una norma de Derechos Humanos, sino que incluso se llega a transformar el ordenamiento jurídico como consecuencia del procedimiento de argumentación iusfundamental.

Las bases de dicha argumentación se concentran en tres de los aspectos: ley, precedente y dogmática; el órgano jurisdiccional va más allá del texto legal al momento de sus fallos iusfundamentales, en cuyos casos las razones a favor de la solución contraria al texto tienen que tener un peso tal que, desde el punto de vista de la Constitución,

justifiquen un apartamiento de su texto (del legal). El órgano impartidor de justicia debe dotar de contenido su argumentación iusfundamental (aunado a las reglas discursivas que debe observar) lo que en en este caso no se hizo.

Tener un derecho a algo comparte con el derecho de pretensión el carácter relacional. Al igual que una pretensión, un derecho a algo se dirige siempre contra algún otro y, en ambos casos, el objeto es una acción o una omisión. Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario, no tendría sentido incluir al destinatario en la relación. Así, la noción de derechos a algo tiene operatividad en cuanto a la disposición de un individuo con relación a otro (en el caso de los derechos fundamentales: el Estado). Las normas iusfundamentales fungirán como marco de referencia para el alcance, contenido y dimensión de dichos derechos; esto deberá dotar de contenido las resoluciones jurisdiccionales que se *elijan* luego del procedimiento de argumentación iusfundamental que se siga; la restricción (o límite) de un derecho constitucional a algo es solo admisible si en el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio de Derechos Humanos. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a

su restricción y restringibilidad. De lo que se puede inferir que no existen derechos fundamentales irrestrictos (o absolutos). Los Derechos Humanos no son absolutos, porque el ser humano es interdependiente y necesitado de los otros. Los derechos de la personalidad no surgen en el vacío ni son ilimitados, pero a su vez el límite o restricción sí tiene límites. Todo principio iusfundamental está sometido a los contrapesos del sistema en su totalidad, aunque es cierto que un principio cuanto más se le desplaza, tanto más resistente se vuelve.

Tanto las reglas como los principios constitucionales son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Los principios son mandatos de optimización, que están categorizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. En caso de colisión entre principios iusfundamentales, la solución no se dará declarando inválido a uno de ambas normas, sino a través de una ponderación en la que ninguno de los dos principios puede pretender una precedencia básica; más bien habría que decidir cuál interés debe ceder, teniendo en cuenta la confirmación típica del caso y las circunstancias especiales

en particular. El problema es que la Suprema Corte no aporta las razones por las que deja de tomar en consideración los mandatos de optimización que no fueron elegidos como premisas en la argumentación del fallo que pronunció, dejando sin motivación el hecho de haber abandonado las demás hipótesis. De tal suerte, al resolver sobre el aborto eugenésico, eligió adoptar un mandato de optimización en vez de haber aplicado la regla iusfundamental atinente.

De cualquier forma, toda intromisión del Estado Mexicano (o incluso de la sociedad) a la autodeterminación en materia de maternidad entrañaría una intrusión a la libertad misma de cualquier mujer y, sobretodo, a su proyecto de vida. Obligar a la mujer a procrear un discapacitado en contra de su decisión y voluntad, en contra de la autodeterminación de lo que quiere para su vida, vuelve al Estado injusto, pues aleja a dicha mujer del bien común y atenta contra su proyecto racional de vida; incluso en tratándose del proyecto racional de vida familiar, esto es, el proyecto en el que una persona se autodetermina como madre y válidamente decide el tipo de familia que va a conformar.

Al realizar un análisis lógico-relacional respecto de la

colisión de iusfundamentales en comento, se verifica una desnaturalización del derecho fundamental a la vida, convirtiendo a la vida intrauterina del discapacitado en una obligación. Igualmente, resulta poco clara la relación jurídica correlativa hacia el Estado y la mujer, puesto que si existe un Derecho a la vida intrauterina oponible al Estado y, consecuentemente, a la propia mujer embarazada, entonces únicamente habría coherencia argumentativa si fuese seguro que el Estado Mexicano pudiera obligar a la mujer embarazada a cuidar su embarazo (*i. e.*, consultar regularmente al ginecólogo, alimentarse adecuadamente, vivir en condiciones higiénicas, etcétera) aunado al deber estatal de cubrir los costos no solo gineco-obstétricos, sino de alimentos de la mujer embarazada (techo, alimentación, vestido, esparcimiento y educación); además de asegurar que la propia mujer embarazada cuidaría de su embarazo, lo que se antoja más como una prerrogativa o como mucho, para ciertos sectores, como un deber moral, pero nunca como una obligación jurídica.

Igualmente la idea de gozar del privilegio de prolongar la vida por cualquier medio deviene en absurdo, pues no hay discusión respecto de privilegiar (válgase la redundancia) la vida de la mujer embarazada frente a la del producto de la concepción cuando hubiese que elegir entre ambas.

Por otra parte, la dimensión pasiva de los iusfundamentales guarda una relación armónica respecto del derecho de procrear discapacitados y el no-derecho a hacerlo. Igualmente los correlativos resultan coherentes al oponérsele al derecho el deber del Estado a preservar tal libertad reproductiva en el sentido de resguardar frente a terceros el embarazo, sean cuales fuesen las circunstancias, así como el privilegio, en este sistema lógico-relacional, de optar o no por el aborto eugenésico. En este esquema el sistema es plenamente lógico, lo que inevitablemente implica privilegiar, supeditar el supuesto derecho a la vida del producto de la concepción,³⁴¹ frente al iusfundamental a la libertad reproductiva de la mujer embarazada. Ello implica que tal derecho a la vida intrauterina se determine por voluntad de la mujer; voluntad que atiende fundamentalmente al incuestionable derecho a su proyecto racional de vida familiar.

341 "Esta vida humana, entendemos que es digna de ser protegida con mayor intensidad; aun así, tampoco creemos que se pueda hablar de la vida del embrión como un valor absoluto, sino que es ponderable, en caso de conflicto grave, con otros valores." FABRE, Francesc Abel, et. al; Consideraciones sobre el embrión humano. *Bioètica & debat*, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. p. 9.

Ninguna mujer puede, en términos de Justicia, ser obligada por el Estado Mexicano a procrear e incluso criar discapacitados si esa no es su autodeterminación en términos de madre de un discapacitado. El embrión, después de todo, es una decisión de la mujer, de la que desde luego será responsable, pues toda libertad entraña responsabilidad, pero el Estado Mexicano no puede válidamente entrometerse en tal decisión, aun y cuando la misma entrañe la práctica de un aborto eugenésico, puesto que la libertad reproductiva resulta intrínseca a la potestad de las personas para determinar su proyecto racional de vida y, en particular de las mujeres, para determinar su proyecto racional de vida familiar.

Indiscutiblemente quedó pendiente en la jurisprudencia mexicana el análisis iusfundamental del aborto eugenésico en cuanto a la colisión que se verifica entre el *nasciturus* y la mujer encinta; pero, más aún, quedó intocado el examen del aborto, en general y, por supuesto, el eugenésico, como tipo penal en el contexto de los derechos fundamentales, en particular de la mujer; al parecer esta situación se replica en toda América del norte pues similares decisiones judiciales se han adoptado en los septentrionales países vecinos:

“In the legal field, medical technology has certainly ‘muddied the waters of personhood’ and called into question the once-stable notion of who counts as a living human. However, in cases of treatment or not treatment decisions made on behalf of imperiled infants, Canadian and American courts have rarely challenged openly the legal and moral personhood of such patients. They have preferred to focus their attention on a best interest analysis and such a standard appears to be adequate.

Nevertheless, in this debate, courts seem to have carefully and consciously chosen to evade significant issues linked to the status of imperiled neonates.”³⁴²

Las causas de estas evasiones, ora legislativa, ora judicial, al parecer se encuentran en el influjo de la moralidad mayoritaria, una moral dotada de un contenido

342 HURLIMANN, Thierry: *‘Imperiled’ Newborns: A Duty to Treat? From personhood to best interests*; Faculté de droit. Université de Montréal. Éditions Thémis. Montréal, 2005. p. 141.

religioso que colisiona con la idea del Estado laico y que incluso, en algunos desafortunados casos, radicaliza a ciertas facciones intolerantes. Consecuentemente, al tratar de imponerse un criterio moral religioso –que si bien es naturalmente válido, únicamente resultaría exigible a aquellos que compartamos una misma Fe– se conculca, irremediable y gravemente, la libertad de culto, garantía individual que incluso ha caracterizado a México en el pasado en su discurso hacia el exterior.

Pero el aborto eugenésico como tipo penal, esto es, la penalización de dicho aborto, no únicamente violenta abiertamente la garantía anteriormente apuntada –la libertad de culto– sino que transgrede flagrantemente el derecho fundamental a la libertad procreativa, explícito este a diferencia de otros, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin soslayar que el atropello a la libertad procreativa de la mujer desemboca en un tratamiento iusfundamental violatorio, a su vez, de la garantía de igualdad de la mujer embarazada, puesto que la limitación que implica a la mujer sobre la elección del destino de su propio cuerpo (permanecer o no permanecer embarazada) implica un tratamiento desigual frente al varón, quien en ningún momento es limitado, por ley alguna, sobre las elecciones que realice sobre sí mismo.

Así bien, no existen argumentos en una moral laica para impedir el aborto eugenésico antes del comienzo de la persona. Los argumentos existentes provienen de una moral dotada de contenido y de la legislación de la moral. Prohibir el aborto eugenésico antes del comienzo de la persona significa imponer dicha moral particular o no-laica y por tanto conculcar la libertad procreativa y la de culto.

En la práctica, la prohibición del aborto eugenésico se traduce como una disposición privativa de los pobres, de aquellos que no pueden pagar clínicas privadas, extranjeras o nacionales, y que dependen de la seguridad social para su atención sanitaria; la prohibición en comento implica, igualmente, severas cargas para la Familia, así como una injerencia injustificada en el proyecto racional de vida (personal y familiar) de la mujer.³⁴³

343 "Deciding whether the life of a newborn infant who may only survive with disabilities is worth living is an ethical and philosophical judgment that calls for an open and honest discussion about moral personhood theories and their practical impact on a best interests analysis. The mood of general indignation that surrounds moral personhood theories should not deter the courts nor legislators from further developing and discussing standards that have a direct link with the concept of 'person'. Moreover, this debate should be a continuing public debate, engaging discussants from each of the affected spheres, namely legal, medical,

ethical and also the ordinary citizen who makes up 'society'. Beyond the essential role of this discussion towards facilitating better-informed law, the loftier goal of such a debate is that it 'could contribute more fully to social dialogue about what it means to be human'".

HURLIMANN: op. cit. p. 143.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales; Colección: El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001.

ANDORNO, Roberto: Bioética y dignidad de la persona; Editorial Tecnos. Madrid, 1998 (versión española del propio autor).

ANDORNO, Roberto: El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro; [http://www.bioetica.org/doctrina1.htm] Publicado en Revista Chilena de Derecho, vol. 21, nº 2, 1994.

ANDORNO, Roberto: Eugenesia liberal: el diagnóstico preimplantatorio; García, José Juan (director). Enciclopedia de Bioética.

[http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/196-eugenesia-liberal-el-diagnostico-preimplantatorio]

ARISTÓTELES: Politics; Dover Publications, Inc. Mineola,

New York, 2000.

ASIMOV, Isaac: I Robot; Bantam Books. New York, 1991.

ATIENZA, Manuel: Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica; Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y Debates 31. Madrid, 1997.

ATIENZA, Manuel: Tras la Justicia; Ariel Derecho. Barcelona, 2003.

ATIENZA, Manuel: Bioética, Derecho y Argumentación; Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Palestra Temis. Lima-Bogotá, 2004.

ATIENZA, Manuel: Curso de Argumentación Jurídica; Editorial Trotta. Madrid, 2013.

BALLESTEROS, Jesús: ¿Derechos?, ¿Humanos? Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra Vol. 48-2003. Separata.

BALLESTEROS, Jesús: Ecologismo Personalista; Editorial Tecnos. Madrid, 1995.

BELLVER Capella, Vicente: ¿Clonar? Ética y Derecho ante la Clonación Humana; Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida. Editorial Comares. Granada, 2000.

BUCHANAN, Allen, BROCK, Dan W., DANIELS, Norman y WIKLER, Daniel: *Genética y justicia*; Cambridge University Press. Madrid, 2002.

BURGOA, Ignacio: *Las Garantías Individuales*; Editorial Porrúa, 23ª edición. México, 1991.

BURGOS, Juan Manuel: *El Personalismo*; Manuales de Filosofía número 14. Ediciones Palabra. Madrid, 2000.

CAPLAN, Arthur L.: *Is Better Best?*; Scientific American.Com. September 2003 issue. [<http://www.sciam.com/article.cfm?SID=mail&articleID=0001070F-300E-F30-9AD380A84189F2D7&chanID=sa006>]

CARLSON, Bruce M.: *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*; Elsevier Mosby, Tercera Edición. Barcelona, 2005.

CARPIZO, Jorge: *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*; Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2008.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl: *Código Penal Anotado*; Editorial Porrúa, 24ª edición. México, 2001.

CONAPO (Consejo Nacional de Población): *Indicadores*

básicos de salud reproductiva y planificación familiar, cifras tomadas entre los años 1992–1994. México, 1996.

CORTINA, Adela: Alianza y contrato. Política, ética y religión; Editorial Trotta. Madrid, 2001.

CORTINA, Adela: Ética aplicada y democracia radical; Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.) Madrid, 2001.

DE WAAL, Frans: El bonobo y los diez mandamientos. En busca de la ética entre los primates; Tusquets Editores; Metatemas. México, 2014.

DESCARTES, René: Discurso del Método (y otras obras); Colección "Sepan cuantos..." número 177. Editorial Porrúa, México, 2006.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez; Editorial Porrúa. México, 2000.

DONALDSON, Liam; Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility. A report from the chief medical officer's expert group reviewing the potential of developments in stem cell research and cell nuclear replacement to benefit human health; Department of Health, Londres, junio del 2000.

[<http://www.doh.gov.uk/cegc/>]

DONOHUE III, John J., LEVITT, Steven D.: The Impact of Legalized Abortion on Crime. NBER Working Paper Series, National Bureau of Economic Research. Working Paper 8004. <http://www.nber.org/papers/w8004>. Cambridge. November, 2000.

DWORKIN, Ronald: Freedom's Law –The moral reading of the American Constitution–; Harvard University Press. Cambridge, Massachussetts, 1999.

DWORKIN, Ronald: Life's Dominion. An argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom; Vintage Books. New York, 1994.

ECO, Humberto et al: La nueva Edad Media; El libro de bolsillo. Sociología. Alianza Editorial. Madrid, 2004.

EISLER, Riane: Sacred Pleasure. Sex, Myth, and the Politics of the Body; Harper San Francisco. HarperCollins Publishers. New York, 1995.

ELSTER, John: Régimen de Mayorías y Derechos Individuales. En: De los Derechos Humanos, Las conferencias de Oxford Amnesty de 1993; Colección Estructuras y Procesos, Editorial Trotta. Madrid, 1998.

ENGELHARDT, H. Tristram, Jr.: Bioethics Critically Reconsidered, Having Second Thoughts. Philosophy and

Medicine Vol. 100. Springer. 2012.

ENGELHARDT, H. Tristram, Jr.: Los fundamentos de la bioética; Ediciones Paidós. Barcelona, 1995.

ENGELHARDT, H. Tristram, Jr.: The Foundations of Christian Bioethics; Swets & Zeitlinger Publishers. Lisse, 2000.

ETCOFF, Nancy: Survival of the Prettiest –The Science of the Beauty–; Anchor Books. New York, 2000. p. 4.

FERRAJOLI, Luigi: Derechos y garantías; La ley del más débil; Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid.

FERRER, Jorge José y ÁLVAREZ, Juan Carlos: Para fundamentar la bioética –Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea; Desclée De Brouwer, Universidad Pontificia de Comillas, Cátedra de Bioética. Madrid, 2003.

FUSCALDO, Giuliana; What makes a parent? It's not black or white; Centre for The Study of Health and Society. University of Melbourne. December, 2002.

HABERMAS, Jürgen: The Future of Human Nature; Polity Press. Cambridge, UK, 2012.

HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard: The Grand

Design; Bantam Books. NY, 2010.

HURLIMANN, Thierry: 'Imperilled' Newborns: A Duty to Treat? From personhood to best interests; Faculté de droit. Université de Montréal. Éditions Thémis. Montréal, 2005.

IGLESIAS, Leonardo: Psicología de la voluntad de poder; Serie Psicología Social, número 25. Antrhopos Editorial. Rubí (Barcelona); Nuevo León, 2003.

INEGI (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática): Estadísticas Judiciales en Materia Penal; Cuaderno número 10, Edición 2002. Publicación anual.

INEGI: XII Censo General de Población y Vivienda. Resultados Definitivos. México, 2000.
[www.inegi.gob.mx]

INSTITUT BORJA DE BIOÈTICA. Universitat Ramon Llull: Consideraciones sobre el embrión humano; Bioètica & debat, volumen 15, número 57, monográfico 2009. Tribuna Abierta. FABRE, Francesc Abel et al.

INSTITUT BORJA DE BIOÈTICA. Universitat Ramon Llull: Declaración: Hacia una posible despenalización de la eutanasia.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: Lecciones de Derecho Penal;

Editorial Harla. México, 1997.

KASNER, Edgard y NEWMAN, James: Matemáticas e imaginación; Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. México, 2007.

KOCH, Christof: When Does Consciousness Arise in Human Babies? Does sentience appear in the womb, at birth or during early childhood?; Scientific American Mind, September, 2009.

[<http://www.scientificamerican.com/article.cfm?id=when-does-consciousness-arise>]

KOTLER, Philip; Marketing Management. The Millennium Edition. Prantice Hall, Upper Saddle River. New Jersey, 2000.

LUSTIG, B. Andrew: At the roots of Christian bioethics: critical essays on the thought of H. Tristram Engelhardt, Jr.; Christian Bioethics, 17(3), 315-327. Oxford University Press. January, 2012

MACKLIN, Ruth: Dignity is a useless concept; British Medical Journal, Volume 327, Number 7429 (December, 2003).

[<http://bmj.com/cgi/content/full/327/7429/1419>]

MARGADANT, Guillermo Floris: El Derecho Privado Romano

como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Derecho Romano; Editorial Esfinge. México, 1991.

MENDELSON, Everett: The Eugenic Temptation. When ethics lag behind technology; Harvard Magazine. March-April 2000
[<http://www.harvardmagazine.com/issues/ma00/eugenics.html>]

NATIONAL GEOGRAPHIC: Hope for the Hungry as Scientists Decode Rice Gene; Seattle Post-Intelligencer. April 5, 2002.

[http://news.nationalgeographic.com/news/2002/04/0405_020405_wirericegene.html]

NIETZSCHE, Friedrich: El Anticristo; Biblioteca Edaf, número 81. Editorial Edad. Madrid, 1985.

ORDÓÑEZ, Jorge: El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México. En: Derechos Fundamentales Y Estado; Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Carbonell, Miguel, Coordinador. Serie Doctrina Jurídica, número 96. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2002.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Planificación familiar postaborto guía práctica para administradores de programas.

[http://www.who.int/reproductivehealth/pages_resources/listing_family_planning.htm]

PÄÄBO, Svante: Genomics and Society: The Human Genome and Our View of Ourselves; Science magazine. Volume 291, Number 5507, Issue of 16 Feb 2001.

[<http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/291/5507/1219>]

PARLAMENTO EUROPEO: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Universidad de Sevilla): Estado constitucional y derechos de la tercera generación. En: Anuario de Filosofía del Derecho XIV (1997).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica; Tecnos. Madrid, 1997.

PLATÓN: Diálogos. Fedón o del Alma; Editorial Porrúa, 22ª edición. México, 1991.

- PORRÚA PÉREZ, Francisco: Teoría del Estado.; Editorial Porrúa, 24ª edición. México, 1991.
- RAWLS, John: Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México, 2002.
- REYES, Alfonso: Cartilla Moral; Colección Centzontle. Fondo de Cultura Económica. México, 2004.
- ROBERTSON, John A., School of Law, University of Texas at Austin: Preconception Gender Selection; The American Journal of Bioethics. Winter 2001, Volume 1, Numer 1. The MIT Press.
- ROSENBLUM, Bruce y KUTTNER, Fred: Quantum enigma. Physics Encounters Consciousness; Oxford University Press, second edition. New York, 2011.
- ROSS, W. D.: Lo correcto y lo bueno; Ediciones Sígueme. Segunda Edición. Salamanca, 2001.
- SAGAN, Carl: Cosmos; Editorial Planeta. Barcelona, 1987.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO: Suma de Teología I, Parte I; Biblioteca de Autores Cristianos. Segunda Edición. Madrid, 2006.
- SAVATER, Fernando: Ética para Amador; Editorial Paidós Mexicana, S. A., bajo el sello editorial Ariel. México, 2008.

SAVULESCU, Julian: Deaf lesbians, "designer disability," and the future of medicine; *Journal of Medical Ethics*, 2002, Volume 325, 5 October, 2002.

SAVULESCU, Julian: Is there a "right not to be born"? Reproductive decision making, options and the right to information; *Journal of Medical Ethics*. Editorial, 2002; volume 28.

SAVULESCU, Julian: Procreative Beneficence: Why we should select the best children; *Bioethics*. Volume 15 Number 5/6 2001. Blackwell Publishers Ltd. UK.

SCHRÖDINGER, Erwin: ¿Qué es una ley de la naturaleza?; Número 243 de la Colección Breviarios. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1975.

SCHRÖDINGER, Erwin: What is life? The physical aspect of the living cell; Cambridge University Press. 14th printing. New York, 2003.

SHAKESPEARE, William: Ricardo III. Biblioteca clásica contemporánea. Editorial Losada. Buenos Aires, 1997.

SHUSTER, Evelyne: Genetic Determinism, Reductionism and Discrimination: Tightening the Chains Because of the Human Genome Sequence. En *Reflexiones en torno al Derecho Genómico*; Muñoz de Alba Medrano, Marcia,

Coordinadora. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2002.

SINGER, Peter: Repensar la vida y la muerte –El derrumbe de nuestra ética tradicional–; Paidós Transiciones número 4. Editorial Paidós. Barcelona, 1997.

SKLANSKY, Mark (University of California, San Diego, California USA): Neonatal euthanasia: moral considerations and criminal liability; The Journal of Medical Ethics, 2001; 27:5–11

[<http://jme.bmjournals.com/cgi/content/full/27/1/5>]

SMILANSKY, Saul: Ten Moral Paradoxes; Blackwell Publishing, UK, 2007.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis: Derechos de los Creyentes; Colección Nuestros Derechos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2000.

SOUTULLO, Daniel: Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal. <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/eugenesia.htm>

(Texto de una conferencia pronunciada por el autor en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada el 11 de mayo del 2000).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: Comunicado

número 497; México, D.F., 29 de enero de 2002.

SZALAVITZ, Maia, The Howard University: Human Genome. Race and the Genome; HMS Beagle, The BioMedNet Magazine.

[<http://news.bmn.com/hmsbeagle/97/notes/profile?print=yes>] Posted March 2, 2001, Issue 97.]

TALAVERA Fernández, Pedro: La unión de hecho y el derecho a no casarse; Editorial Comares. Granada, 2001.

TENA RAMÍREZ, Felipe: Derecho Constitucional Mexicano; Editorial Porrúa, 25ª edición. México, 1991.

THE ECONOMIST: The ethics of brain science. Open your mind; May 23rd 2002 (from the print edition)

[http://www.economist.com/printedition/PrinterFriendly.cfm?Story_ID=1143317]

UNESCO: The Monaco statement: Bioethics and the rights of the child.

UNESCO: Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights.

VIDAL Gil, Ernesto J.: Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de

algunos casos difíciles; Universitat de València, Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.

VILA-CORO Barrachina, María Dolores: Introducción a la Biojurídica; Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995.

WARNOCK, Mary: Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology; Department of Health and Social Security. Her Majesty's Stationary Office. Londres, 1984.

WIKER, Benjamin: Darwin and the Descent of Morality; First things 117 (November, 2001): 10-13 [<http://www.firstthings.com/ftissues/ft0111/opinion/wiker.html>]

WITTGENSTEIN, Ludwig: Investigaciones Filosóficas; Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM. Editorial Crítica. Barcelona, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig: Sobre la Certeza; Serie CLA.DE.MA Filosofía. Editorial Gedisa. Barcelona, 2003.

ZUBIRI, Xavier: Sobre el Hombre; Alianza Editorial, Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1986.