El derecho a decidir o derecho a la procreación

Alejandro Madrazo (CIDE)

"Entonces, en mi ánimo personal, al hacer esta ponderación de intereses, tomo muy en cuenta, que no hay imposición de embarazos, sino en todo caso, ejercicio no responsable de la libertad sexual de la mujer."

"El derecho a la vida está protegido por la Constitución expresamente y no así el derecho de la mujer a decidir unilateralmente sobre su cuerpo; (…) no existe disposición constitucional que expresamente reconozca la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo; no desconozco la existencia de ese derecho pero no tiene rango constitucional entre nosotros."

Ministro Presidente Guillermo I. Ortíz Mayagoitia

Sesión extraordinaria vespertina del 27 de agosto de 2008.

"¿Qué entonces hay que afectar los derechos de las mujeres? Afectarlos ligeramente."

Ministro Mariano Azuela Güitrón

Sesión extraordinaria vespertina del 27 de agosto de 2008.

"Quizás sea cierto que el embarazo sea una especie de esclavitud, ¿pero acaso no todos somos productos de un embarazo?"

Voto de Minoría suscrito por los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, y Guillermo Ortíz Mayagoitia

Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

I.- Introducción

Sostengo que el derecho a decidir está consagrado textualmente en la Constitución Mexicana. El artículo 4º constitucional, en su párrafo segundo establece que:

> "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos."

Es difícil imaginar un texto constitucional que consagre el derecho a decidir en forma más explícita. En contraste con lo que sucede en otros países, en que las instancias de interpretación constitucional han determinado que el derecho a decidir se encuentra *implícitamente* consagrado en el texto constitucional, al interprete constitucional mexicano le bastaría una interpretación estrictamente textualista para concluir que, en México, a las mujeres les asiste el derecho fundamental a decidir sobre la continuación o interrupción de sus propios embarazos.

En menos de una década, la Suprema Corte mexicana ha fallado en dos ocasiones sobre la liberalización de la interrupción legal del embarazo.[1] En ambas ocasiones han sostenido su constitucionalidad. En ninguno de los dos casos ha sustentado su pronunciamiento apoyandose en el pasaje citado del artículo 4º constitucional, ni ha ofrecido una interpretación que permita dilucidar el contenido específico del texto constitucional. En ambas ocasiones, la decisión de la Corte se ha enfocado más en aspectos técnicos de la construcción del derecho penal que con aspectos sustantivos sobre el derecho a decidir de las mujeres.

Lo anterior no quiere decir que el derecho decidir no haya sido puesto sobre la mesa de debate. Muy al contrario, en el caso fallado en agosto de 2008 – del que me ocuparé

[1] Se trata de los casos siguientes: a) la acción de inconstitucionalidad 10/2000 en la que se impugnaron reformas a la legislación local del Distrito Federal que ampliaban en número de excusas absolutorias para el delito de aborto fue fallada en enero de 2002 y se le conoce popularmente como *Ley Robles*; y b) las acciones de inconstitucionalidad acumuladas 146/2007 y 147/2007 en que se impugnaron reformas a la legislación local por las que se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo durante las 12 primeras semanas de gestación en el Distrito Federal, caso fallado en agosto de 2008. En el texto me referiré al primer caso como el Caso Ley Robles y al segundo como el Caso Despenalización del Aborto.

principalmente en este artículo (en adelante, *caso Despenalización*) [2] – tanto las partes como algunos de los ministros abordaron la cuestión sobre el contenido y extensión del derecho consagrado en el artículo 4º constitucional.[3] De hecho, lo que más me interesa explorar en este artículo es la enorme discrepancia entre interpretaciones *divergentes* del texto constitucional que se ofrecieron a lo largo del juicio, y las visiones que subyacen en estas interpretaciones.

Lo cierto es que, a pesar de la polémica que se presentó entre las partes, en el fallo, la Suprema Corte no se pronunció sobre la materia. Las razones de esta omisión son muchas, creo que principalmente estratégicas, y no interesa en este artículo abordarlas. Lo que me interesa es la ausencia actual de una interpretación clara sobre el texto constitucional en referencia y las interpretaciones que buscan imponerse a dicho texto.

La ausencia es importante y la necesidad de un pronunciamiento claro al respecto se torna apremiante. En enero de 2009 una nueva acción de inconstitucionalidad referente al tema del aborto fue presentada ante la Suprema Corte (11/2009). El Procurador de los Derechos Humanos del estado de Baja California impugnó una reforma constitucional local en la que se consagra como constitucional el derecho a la vida desde la concepción, y se derogan las normas que entren en conflicto con la reforma. La demanda del Procurador sostiene, entre otras cosas, que la consagración del derecho a la vida del producto de la concepción en la constitución local, limita indebidamente el derecho a decidir de las mujeres en la constitución federal. Reformas constitucionales idénticas o muy similares han sido aprobadas en 6 estados (Colima, Durango, Jalisco, Morelos, Puebla y Sinaloa) y están

[2] Las reformas impugnadas las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007 modificaron el Código Penal del Distrito Federal y la Ley de Salud del Distrito Federal. En materia penal, las reformas redefinieron al delito de aborto como la interrupción del embarazo con el consentimiento de la mujer embarazada después de la 12ª semana de gestación, y estableciendo como tipo penal distinto, llamado aborto forzado, la penalización de la interrupción del embarazo en cualquier momento de la gestación cuando se realiza sin el consentimiento de la mujer embarazada. Las modificaciones a la Ley de Salud del Distrito Federal garantizan, en materia administrativa, que las autoridades de salud proporcionen información suficiente para la salud sexual y reproductiva – particularmente para la prevención de embarazos no deseados - y, en su caso, ofrezcan gratuitamente el servicio de interrupción legal del embarazo a las mujeres que lo soliciten.Gaceta Oficial del Distrito Federal, «Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de salud para el Distrito Federal,» 26 de abril de 2007: 2-3.

[3] En ánimo de hacer explícitos mis propios prejuicios, debo señalar que representé a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) ante la Suprema Corte (técnicamente, fungí como "delegado" de la ALDF) durante su tramitación.

pendientes de aprobación al escribir estas líneas en 6 estados más (Aguascalientes, Estado de México, Guanajuato, San Luis Potosí, Querétaro y Veracruz). No sabemos a cuántos estados se terminará extendiendo la estrategia de reformas constitucionales locales que han impulsado quienes están por penalizar a las mujeres que abortan, ni cuántos de esos casos serán llevados en algún momento ante la Suprema Corte.

Lo que si podemos decir es que el debate sobre la despenalización del aborto apenas comienza en México. En este contexto sostengo que es importante que las discusiones constitucionales en torno al tema puedan realizarse con base en una interpretación clara del derecho a decidir del que habla el artículo 4º constitucional.

Adelantándome un poco, mi impresión es que quienes están a favor de penalizar el aborto – en la Suprema Corte y fuera de ella - están haciendo un esfuerzo, medianamente conciente y sostenido – más no necesariamente exitoso – por articular una interpretación sustantiva sobre el contenido normativo específico del texto constitucional que habla sobre la libertad reproductiva. Sin que necesariamente se refieran explícitamente a las afirmaciones unos de otros, litigantes y Ministros que apoyan la penalización del aborto repiten argumentos, reproducen conceptos y tocan lugares comunes; parten de supuestos semejantes. Están, en otras palabras, construyendo un *concepto* del derecho fundamental en cuestión.

En contraste, quienes estamos a favor del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio embarazo no hemos logrado iniciar a articular un concepto claro de los derechos reproductivos que emanan de del pasaje constitucional en cuestión. En consecuencia, este artículo es un ejercicio de autocrítica, al menos en la misma medida en la que es un ejercicio de crítica a la posición antagónica.

Hasta ahora, quienes estamos por ensanchar la libertad reproductiva de las mujeres, hemos prevalecido en los litigios tramitados ante la Suprema Corte, pero no hemos logrado ofrecer una concepción sustantiva acerca de los derechos reproductivos que la Constitución

consagra. Por su parte, quienes buscan penalizar a las mujeres que abortan han fracasado en la Corte, pero han avanzado comparativamente más – cuantitativamente y no cualitativamente, por así decirlo – en la construcción de una interpretación del texto constitucional afín a sus objetivos y concepciones sobre el papel de las mujeres en relación con su sexualidad y su reproducción.

Al final del día y en la medida en la que avanza el debate constitucional, estoy convencido de que la Suprema Corte tendrá que ofrecer una interpretación sustantiva del párrafo 2º del artículo 4º de la Constitución. Cuál vaya a ser esa interpretación, dependerá de quiénes logren impulsar mejor – convencer sobre - su versión de los derechos reproductivos; pero para impulsarla, es preciso primero articularla.

El objetivo de este artículo es identificar, analizar y esbozar las interpretaciones del texto del artículo 4º constitucional citado que hasta hoy compiten por imponerse, por más embrionarias que éstas sean. Mi esperanza es que este ejercicio sirva para varias cosas. En primer lugar, quisiera alertar a quienes en México trabajamos en la materia sobre la importancia de abordar la discusión sustantiva sobre los derechos reproductivos a nivel constitucional. En particular, debemos de reorientar nuestra estrategia argumentativa y retomar un papel protagónico en la construcción positiva de los derechos reproductivos. Hasta ahora, nuestro papel se ha centrado en *defender* reformas legales de su impugnación constitucional. A partir de ahora, habrá también que impugnar reformas legales (constitucionales a nivel local, en la mayor parte de los casos) invocando los derechos de las mujeres, en particular sus sexuales y reproductivos. En el largo plazo resulta indispensable ofrecer un concepto claro y articulado sobre el derecho a decidir.

En segundo lugar, me interesa presentar, a quienes trabajan el tema fuera de México, una perspectiva sobre la situación que guarda la interpretación constitucional de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto mexicano actual. Lo anterior con dos propósitos:

primero, porque el Distrito Federal se ha convertido en un referente regional en la materia, y es importante entender las limitaciones de lo logrado en México y no sobredimensionarlo; segundo, porque mi impresión es que la ausencia de una propuesta sustantiva sobre los derechos reproductivos plasmados en el texto constitucional se explica en parte por la falta de debate en la academia jurídica mexicana sobre el tema. Resulta fundamental que la academia jurídica mexicana, se inserte en una conversación más amplia, en especial con el resto de la región latinoamericana, que nos retroalimente en este esfuerzo.

El artículo se divide en 3 secciones. La primera sección pretende identificar y analizar la versión de los derechos reproductivos de las mujeres que durante el caso *Despenalización* ofrecieron los defensores del derecho a la vida de embrión, dentro y fuera de la Corte. Esta versión fue denominada por sus proponentes como el "derecho a la procreación". La segunda sección busca identificar y analizar lo que el debate ha ofrecido como alternativa al "derecho a la procreación", dentro y fuera de la Corte, que denominaré "derecho a decidir". La tercera y última sección busca explora la coyuntura actual en la determinación de los derechos reproductivos que la Constitución otorga a las mujeres en México, y las alternativas que se ofrecen.

II.- El derecho de procreación.

Las dos autoridades que interpusieron acciones de inconstitucionalidad en contra de la despenalización de la interrupción del embarazo en el DF – la Procuraduría General de la República (en adelante, PGR) y el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante, PCNDH) - ofrecen interpretaciones convergentes del párrafo 2º del artículo 4º constitucional, citado al inicio de éste artículo. En forma consistente, ambas se

refieren al derecho constitucional establecido en ese pasaje como "derecho de procreación" o "derecho a la procreación"[4].

Como se explica en las páginas que siguen, se trata de un derecho muy distinto al que he referido como "derecho a decidir", aunque sea exactamente el mismo texto constitucional que les sirva de fundamento. En esta sección intentaré reconstruir el concepto del "derecho a la procreación" que se perfila tanto de las demandas presentadas por la PGR y el PCNDH, como del voto minoritario de los tres Ministros que apoyaron sus peticiones. A fin de minimizar el riesgo de que mi posición personal (adversa, por decir lo menos, a las propuestas que aquí se analizan) tienda a tergiversar el "derecho a la procreación" que nos ofrecen PGR y CNDH, y que complementan los ministros disidentes, me permitiré citar sus textos *in extenso*.

Facetas y fines.

El Presidente de la CNDH es quién, en su demanda, elabora con mayor detalle el "derecho a la procreación". Para él, el "derecho a la procreación" es, en primer lugar, un derecho individual oponible al Estado que consiste en impedir que el Estado *obligue* a alguien a la procreación:

> "es oponible al Estado, toda vez que éste no puede intervenir… […] …es libre, en cuanto que el Estado no puede ejercer coacción en su ejercicio; […] El derecho a la procreación es, ciertamente, un derecho individual sobre todo bajo la consideración que a nadie puede obligársele a procrear."[5]

Hasta aquí, parecería no haber motivo de polémica. Sin embargo, la perspectiva cambia cuando preguntamos *¿a qué se refiere* el Presidente de la CNDH por "procreación"?. Aunque es equívoco en su uso del término "procreación" – pues nunca es suficientemente explícito como para determinar si por procreación se refiere a la consumación del acto sexual o la

[4] El presidente de la CNDH también lo refiere como "derecho a la reproducción humana". Demanda inicial de acción de inconstitucionalidad sometida por José Luis Soberanes Fernández, Presidente de la CNDH, p. 29 visible en www.cndh.org.mx/lacndh/accionesIncontit/derechoVida.pdf (en adelante, Demanda PCNDH).
[5] Demanda PCNDH, pág. 32.

fecundación exitosa del óvulo - lo que queda claro es que se refiere a un momento específico, que se agota al ocurrir.[6] En consecuencia, y aquí inicia la polémica,:

> "Ahora bien, hay que reconocer que este derecho individual es de ejercicio conjunto o en pareja, pues uno solo, por más que se quiera, no puede procrear. En los casos tradicionales, se requiere de la voluntad de dos personas, de la unión del ejercicio de su derecho de procreación.
>
> "Así, ejercido el derecho a la procreación (…) éste debe considerarse siempre en **sentido positivo**, pues de lo contrario la procreación, que es lo que se pretende al ejercerse este derecho, puede llegar a no materializarse, lo que es contradictorio. Al ejercerse el derecho de procreación se esta tomando la decisión de procrear y esta es una situación que debe privilegiarse constitucionalmente lo más posible. No se ejerce la libertad sexual – en su faceta de procreación – para no lograr esta última. Si se decidió procrear no debe actuarse en contra de la procreación, pues entonces se puede llegar al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona. Ejercido el derecho, entonces, las normas actúan como consecuencia de la procreación, estableciendo derechos y obligaciones, tanto para los progenitores como para el Estado."[7]

El derecho a la procreación otorga una *libertad* a las personas que les permite optar entre tener relaciones sexuales o no tenerlas ("en los casos tradicionales" diría el autor de la demanda). Una vez ejercido este derecho "en sentido positivo" – esto es, una vez sostenidas las relaciones sexuales y/o, se entiende, resultando éstas en un embarazo – el "derecho a la procreación" deja de ser una libertad y se bifurca: por una parte, otorga un derecho de *protección* – oponible al estado – para que no se impida llevar el embarazo a término; por la otra, se transforma en un conjunto de *obligaciones* a cargo de "los progenitores". ¿Cuáles son éstas obligaciones? No esta especificado en la demanda, pero sin lugar a dudas una de ellas – para la mujer – es llevar el embarazo a término. La libertad reproductiva queda así reducida a

[6] Existe una ambigüedad persistente en la totalidad de la demanda, ya nunca se aclara si la "procreación" se refiere al acto sexual o a la fecundación. Por una parte, habría que identificarla con el acto sexual, por ser la fecundación un fenómeno que no depende estrictamente de la voluntad de una persona y, en consecuencia, no puede constituir el ejercicio de un derecho. Sin embargo, como se verá más adelante, el "derecho de procreación" implica una "faceta" que depende de que efectivamente se de la fecundación del óvulo. Una tercera alternativa sería que "procreación" se refiere a coito en la "faceta de libertad" y a fecundación en la "faceta de responsabilidad", pero entonces habría que separar dos "derechos" por no tener relación ya entre sí. Ver *infra*.

[7] Demanda PCNDH, pág. 33.

la libertad sexual es su sentido más estrecho: nadie puede ser obligado a tener coito[8] contra su voluntad.

En cuanto a la autonomía de la mujer en relación con su propio cuerpo, después del "ejercicio" del "derecho de procreación", el Dr. José Luis Soberanes Fernández, Presidente de la CNDH, nos dice que "no vemos por ningún lado que el derecho de procreación implique el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación de su propio cuerpo, mucho menos una maternidad aislada, esto es, sin que se considere al padre progenitor."[9] Sobre la autodeterminación de la mujer nos dice:

> "Esta autodeterminación, de querer ubicársele correctamente, la encontramos antes del ejercicio del derecho a la procreación. Alguien puede disponer de su cuerpo antes de haber ejercido el derecho a la procreación, lo cual es aceptable, pues hay que reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquella fácilmente disponer sobre su propia sexualidad e integridad, en cuanto que esta conducta es un acto que la ley no prohíbe.
>
> En cambio, la faceta de responsabilidad que comporta el ejercicio libre de la sexualidad implica que se evalúe, precisamente por la posibilidad misma de la procreación, la situación antes de ejercer el derecho, a fin de tomar las medidas conducentes a lo deseado, ya que después de ejercido encontrará limitaciones frente a la vida del producto de la concepción y frente al progenitor."[10]

La construcción del "derecho a la procreación" que nos ofrece el PCNDH puede entonces articularse, hasta el momento, de la siguiente forma: el "derecho a la procreación" se compone de dos *facetas*. La primera "faceta", llamémosle la de la *libertad sexual*, puede manifestarse de dos formas: en "sentido positivo" y en "sentido negativo" (por oposición al primero). En "sentido positivo" resulta un derecho de "ejercicio conjunto", específicamente "en pareja". En "sentido negativo" constituye un derecho individual, oponible al estado, consistente en que nadie pueda ser obligada(o) a "procrear", esto es, al coito).

---

[8] Utilizo el término "coito" porque se refiere específicamente a el "ayuntamiento carnal del hombre con la mujer", esto es, al acto sexual entre una pareja heterosexual por vía vaginal. Aunque nunca lo refieren explícitamente, creo que los proponentes del "derecho a la procreación" estaban pensando en ese tipo específico de acto sexual y no en otros.
[9] Demanda PCNDH, pág. 32.
[10] Demanda PCNDH, pág 36.

Una segunda “faceta”, llamada por el Dr. Soberanes “de responsabilidad” inicia con la “procreación”, el *derecho* es reducido a una protección frente a terceros de que la gestación no sea interrumpida. Al lado de este derecho reducido, surgen son *obligaciones* a cargo de los “progenitores”, notoriamente, la obligación de la mujer de llevar a término su embarazo.

Llamemos a la primera faceta el derecho de “libertad sexual”, y a la segunda el “derecho de procreación” en sentido estricto. Hay un último rasgo del “derecho a la procreación” (esto es, del conjunto que componen las dos facetas enunciadas) que articula la vinculación necesaria entre ambas facetas y que vale la subrayar: la concatenación entre la “libertad sexual” y el “derecho de procreación” *stricto sensu*, no sólo es cronológica, sino también instrumental. La libertad sexual, ejercida “en sentido positivo”, tiene como finalidad activar la segunda faceta: la de procrear. En otras palabras, la libertad sexual puede ejercerse como *abstención* o como medio para el ejercicio del “derecho de procreación” en sentido estricto. La construcción que nos ofrece el Ombudsman mexicano no contempla el ejercicio de la libertad sexual con fines distintos a la procreación. Recordemos que el PCNDH sostiene se el derecho que nos ocupa “debe considerarse siempre en sentido positivo, pues de lo contrario la procreación, que es lo que se pretende al ejercerse este derecho, puede llegar a no materializarse lo que es contradictorio.”

Otorgándole el beneficio de la duda, suponemos que el Ombudsman no pretende sostener que *en todos o en la mayoría de los casos* el coito *tiene* o *debe tener* por finalidad la reproducción. Tampoco es sostenible sostener que, en los hechos, las personas cuentan con la información suficiente y los métodos anticonceptivos suficientemente eficaces como para estar en posibilidades de que *solo* el coito que se realiza <u>con el fin</u> de resultar en fecundación, desemboque en ella. En consecuencia, sus afirmaciones deben ser entendidas como un llamado a que el derecho *impute* la *finalidad de procrear* a quién “ejerce en sentido positivo” su libertad sexual. Volvamos sobre el texto citado:

> "No se ejerce la libertad sexual – en su faceta de procreación – para no lograr esta última. Si se decidió procrear no debe actuarse en contra de la procreación, pues entonces **se puede llegar al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona.**"

Así, el "derecho a la procreación" que nos ofrece el Ombudsman *presume* que la "libertad sexual" se ejerce "positivamente" con la ***finalidad específica y determinada*** de procrear. Esta atribución de intencionalidad es fundamental. La finalidad *ficta* que se le imputa a quienes participan del coito (ejercicio de la libertad sexual en su vertiente positiva, diría el Dr. Soberanes, ruborizado) es la pieza que explica gran parte de la caracterización del "derecho a la procreación".

En primer lugar, la teleología que se imputa al despliegue de la sexualidad explica la vinculación necesaria entre la "libertad sexual" y el "derecho de procreación", *stricto sensu*, al grado que formen una unidad conceptual. Si la libertad sexual es un *medio* y un *requisito* para la aparición del "derecho de procreación", ello explica porqué en realidad se conciba como una "faceta" inicial de un solo derecho, y no como un derecho en sí mismo. En segundo lugar, se explica también el carácter *binario* de la libertad sexual: o se ejerce "negativamente", mediante la abstención, con el fin de *evitar* la procreación; o bien se ejerce "positivamente", mediante el coito, para *procurar* la procreación. El concepto de "derecho de procreación" no admite que la "faceta de libertad sexual", que le constituye, se ejerza, por ejemplo, *lúdicamente*, o de cualquier otra forma sin la intención de concebir.

En tercer lugar, el carácter binario de la libertad sexual explica, a su vez, porqué el Ombudsman no "ve" "por ningún lado" el derecho de la mujer a la autodeterminación de su cuerpo: la mujer no tiene más alternativa que la que se presenta entre el ejercicio "positivo" o el ejercicio "negativo" de la libertad sexual. Si el coito tiene una finalidad determinada, necesaria, entonces la libertad se limita a emprender la búsqueda de esa finalidad o a no

emprenderla. El cuerpo se usa para procrear o no se usa para procrear: esas son las alternativas.

Finalmente, la presunción explica porqué la libertad sexual se ejerce "en sentido positivo" de forma *conjunta* y, específicamente, *en pareja* (heterosexual, se entiende). Para procrear no se necesita ni más ni menos que una pareja, mujer y hombre. Más, menos o distintos tipos de participantes sobran, faltan o derrotan el propósito del ejercicio "positivo" de la libertad sexual. Se salen de lo normal y, en consecuencia, de la norma. Resulta obvio que el Ombudsman mexicano parte de una concepción específica de lo que considera la reproducción "normal" que no incluye ni tecnología, ni la reproducción en números superiores a dos.[11] Aunque no lo haga explícito, al afirmar que el derecho se ejerce "en pareja", el Ombudsman parte de una concepción de la reproducción humana que estima *natural*. Más adelante exploraremos la importancia del carácter *natural* del modelo de reproducción humana que nuestro Ombudsman tiene en mente.

El "derecho a la reproducción" que ofrece el Presidente de la CNDH tiene ya un perfil bastante definido. Antes de pasar a los elementos que el Procurador y los Ministros disidentes aportan a este "derecho a la reproducción", vale la pena recapitular un poco lo que hasta aquí se ha dibujado:

- El "derecho a la procreación" se desdobla en dos fases: una de "libertad sexual" y otra "de responsabilidad". La primera consiste en la libertad – oponible al estado - de optar entre sostener relaciones sexuales o de abstenerse de hacerlo; la segunda arranca cuando se tienen relaciones sexuales y consiste en la protección del producto de la concepción. Ésta última se traduce, principalmente, en obligaciones a cargo de los partícipes del acto sexual y del Estado de proteger el proceso de gestación (en el derecho a exigir dicha protección).

[11] Bien puede llevarse a cabo la reproducción humana sin pareja, o el acto sexual, con fines reproductivos, realizarse con más de una persona a la vez. No interesa aquí contravenir su presunción de normalidad, sino simplemente entender cuál es el concepto de "derecho a la reproducción" que nos ofrece.

- La faceta de libertad sexual, cuando se ejerce “negativamente” es un derecho individual. En contraste, cuando se ejerce “positivamente” es un derecho de ejercicio conjunto en pareja.
- Específicamente, la autodeterminación de la mujer en relación con su cuerpo se limita a la faceta de “libertad sexual”, quedando obligada, al menos, a tolerar un embarazo una vez iniciada la “faceta de responsabilidad”.
- La imbricada construcción conceptual anterior se sostiene *imputando* a los partícipes del coito la finalidad de procrear.

Derecho condicionado

La PGR es mucho menos abundante en su interpretación del 2º párrafo del artículo 4º constitucional. A diferencia del PCNDH no ofrece un perfil articulado del “derecho de procreación” (así lo denomina), pero si aporta un elemento claro que es compatible con lo sostenido por el PCNDH, y complementan la construcción del concepto de “derecho a la procreación”.

Al igual que el PCNDH, la PGR - tras invocar selectivamente pasajes del proceso legislativo que culminó con la inclusión del pasaje que nos interesa en el texto constitucional - nos da su opinión al respecto:

> “… no queda lugar a dudas, que el Poder Reformador de la Constitución General de la República, reconoció en el numeral constitucional en estudio, el inherente derecho de las personas a decidir **de manera libre, responsable e informada** el número y espaciamiento de sus hijos.
>
> “No obstante, debe de destacarse que (…) la libertad de procreación, que es tanto del hombre como de la mujer según lo analizado, significa que el ejercicio de dicho derecho está sujeto a tres requisitos:
>
> 1. Que la decisión sea libre.
> 2. Que sea responsable.
> 3. Que sea informada.
>
> “Si se analiza cuidadosamente tanto el precepto constitucional como los motivos que le dieron origen, se arriba a la ineludible convicción de juicio de que el empleo de la medida abortiva no puede ser considerado como el

> ejercicio de la libertad de procreación, ya que entonces ello obviamente no sería producto de la responsabilidad y la información, **porque supone un embarazo no planeado en forma responsable**."[12]

Con la aportación de la PGR, el "derecho de procreación" queda condicionado a que su ejercicio sea responsable e informado. Esto es, si el derecho no se ejerció con responsabilidad, entonces no se puede gozar de él. Se trata de un derecho condicionado a su debido uso. ¿Quién califica el uso? Debemos suponer que, al menos en primera instancia, es la propia PGR quien se arroga la potestad de calificar de responsable o irresponsable el ejercicio del derecho, pues a final de cuentas son las procuradurías las que monopolizan el ejercicio de la acción penal.

La PGR nos dice que, por necesidad lógica, el aborto no puede fundarse en el derecho de procreación (responsable), pues, por definición, el aborto implica necesariamente un embarazo irresponsable. La afirmación, tomada en sus propios términos, resulta insostenible en la medida en la que pueden haber razones supervenientes para tornar un embarazo deseado y debidamente planeado en uno no deseado. Sin embargo, no interesa aquí evidenciar las inconsistencias de las afirmaciones de la PGR, sino delinear el perfil del "derecho de procreación" que sostiene. Desafortunadamente, la PGR se da por satisfecha con el argumento de la imposibilidad lógica de un aborto fundado en el derecho de procreación responsable y no abunda sobre cuál es el contenido del "derecho de procreación" del que nos habla. Habrá entonces que remitirnos a la demanda de la CNDH. Pero volvemos a ella con un nuevo elemento: ni siquiera estamos en presencia de un derecho si la persona no cumple con las condicionantes de tomar una decisión responsable e informada.

[12] Demanda inicial de acción de inconstitucionalidad sometida por Eduardo Medina-Mora Icaza, Procurador General de la República, p. 96, en archivo con el autor (en adelante, Demanda PGR). Énfasis en el original.

La minoría

En agosto de 2008, la Suprema Corte falló a favor de la constitucionalidad de las reformas que despenalizaban la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre de gestación. 6 Ministros y 2 Ministras se pronunciaron por sostener la reforma. 3 Ministros, incluido el Ministro Ponente y el Ministro Presidente, se pronunciaron por la inconstitucionalidad. El proyecto de sentencia elaborado por el Ministro Aguirre Anguiano fue rechazado por la mayoría calificada de la Corte, y la elaboración de la sentencia pasó a la ponencia del Ministro Cossío. Cada uno de los Ministros que votaron por la constitucionalidad elaboró un voto concurrente por separado.[13] Los Ministros que formaron la minoría, en contraste, emitieron un voto disidente conjunto. Es este voto el que nos interesa, pues en él se rescatan diversos elementos del "derecho de procreación" o "derecho a la procreación" que proponen el PCNDH y la PGR.

En primer lugar, en nombre del concepto – "derecho de procreación" fue retomado tanto en el voto de minoría[14] como en el proyecto.[15] En segundo lugar, el voto de minoría identifica el ejercicio de la libertad reproductiva con la libertad de sostener o no sostener coito. Una vez que se decidió participar en el coito, la libertad se limita a proteger a la mujer de una interrupción del embarazo no deseado, pero impone la obligación de llevar el embarazo a término:

> "Si bien nadie puede imponérsele un embarazo, cuando éste se deriva del ejercicio sexual libremente ejercido (sic) y decidido y no impuesto mediante coacción, la condición de responsabilidad a que se sujeta este derecho en la Constitución impone el deber de no interrumpirlo."[16]

---

[13] Con la notable y desafortundada excepción del Ministro José Ramón Cossío que prefirió limitarse a la sentencia que redactó a nombre de la mayoría.

[14] El engrose final incluyó no solo la sentencia y los votos concurrentes y disidente, sino también – como anexos al voto disidente - el proyecto rechazado y las intervenciones públicas de los tres Ministros que formaron la minoría. A continuación se rescatan aquellos elementos del "derecho de procreación" ofrecido por el PCNDH y la PGR que fueron retomados por los Ministros disidentes en el voto disidente únicamente, por razones de espacio. Sin embargo se invita a quién esté interesado a revisar sus anexos, que son harto reveladores de la racionalidad que suscriben los Ministros disidentes. [14] Voto de minoría en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 54, en http://informa.scjn.gob.mx/sentencia.html (en adelante, Voto de minoría)

[15] Proyecto de sentencia realizado por el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguano, pág. 368. En adelante, Proyecto.

[16] Voto de minoría, pág. 55

Más aún la minoría sostiene la *imposibilidad* de la imposición de un embarazo:

> "… hablar de embarazos impuestos es desconocer toda la protección que la Constitución y las leyes secundarias dan a la mujer para que ejerza su libertad sexual, de la cual, como lógica consecuencia, pueden resultar embarazos, por lo que no hay posibilidad constitucional ni legal de imposición de embarazos."[17]

En tercer lugar, la minoría retoma la aportación de la PGR sosteniendo que la libertad sexual es un derecho condicionado; un derecho que obliga más de lo que faculta:

> "Tal libertad sexual que nuestro orden constitucional y legal garantiza, se encuentra sujeta a la condición de su ejercicio responsable e informado, es decir que la decisión relativa se tome de manera respondable e informada, por lo que **no es posible hablar de embarazos impuestos a las mujeres que libremente mantienen y aceptan relaciones sexuales de las cuales pueda derivar un embarazo**.
>
> (…)
>
> …no se está ante supuestos de imposición de embarazos sino en todo caso, ante **un ejercicio no responsable de la libertad sexual de la mujer**; y, por la otra, que la libertad sexual se sujeta constitucionalmente a las condiciones de información y responsabilidad.
>
> "…el artículo 4º constitucional contempla obligaciones a cargo de la mujer para disfrutar de sus derechos…"[18]

En esta tesitura, los Ministros de la minoría nos informan que, en su opinión, las "consecuencias de la libertad sexual ejercida con irresponsabilidad deben ser asumidas por su causante."[19]

En cuarto lugar, la minoría (hipotética o contradictoriamente) sostiene también la necesidad de ejercer el "derecho a la procreación" en forma conjunta o "en pareja", *cuando se lleva a cabo un aborto*:

> "La posibilidad de la madre de decidir unilateralmente sobre la muerte del producto en gestación, menoscaba ese derecho del padre, cuya voluntad no es tomada en cuenta al respecto.

[17] Voto de minoría, pág. 163
[18] Voto de minoría, pág 163-4. Énfasis agregado.
[19] Voto de minoría, pág. 172.

> "Así como la concepción fue realizada por dos personas, resulta ilógico que el resultado de la misma no sea compartido entre las dos personas que la produjeron. Si el ejercicio fue irresponsable, ambos debieran cargar con las consecuencias, pero si se decide que es mejor matar a un ser humano a que dos personas carguen con las consecuencias de sus actos libres, por lo menos se debería escuchar a las dos partes que intervinieron en la creación del nuevo ser humano."[20]

En quinto lugar, tenemos que, junto con el Presidente de la CNDH, los Ministros disidentes no ven en el párrafo segundo del artículo 4º constitucional derecho alguno de autodeterminación de la mujer: "El precepto en análisis no consagra expresamente los derechos a la autodeterminación del cuerpo y a un plan de vida, que los Ministros de la mayoría derivan implícitamente."[21]

Las citas dignas de ser exhibidas contenidas en el voto de minoría y sus anexos darían para varias cuartillas más de transcripción. Sin embargo, interesa pasar a analizar lo sostenido por la mayoría de los Ministros a fin de poder hacer un análisis de la coyuntura actual.

III.- El (potencial) derecho a decidir.

Quienes participamos en la defensa de la despenalización del aborto invocamos en repetidas ocasiones los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, citamos el párrafo 2º del artículo 4º constitucional y los pasajes pertinentes de cuanto tratado internacional se pronuncia al respecto. Sin embargo, no ofrecimos un concepto articulado sobre el derecho a decidir que fungiera como contrapeso al "derecho a la procreación". Las razones son múltiples y, en su mayoría, estratégicas y tienen que ver, sobre todo, con el hecho de que estábamos *defendiendo* un texto vigente, con *presunción de constitucionalidad* a nuestro favor: sólo necesitábamos convencer a los Ministros de que la despenalización es constitucionalmente admitida; no había necesidad de exigir el reconocimiento del derecho a decidir de las mujeres. Enfatizamos otros argumentos que consideramos tenían mayor

[20] Voto de minoría, pag. 175.
[21] Voto de minoría, pág. 56.

probabilidad de éxito y dedicamos particular ahínco en desarticular los argumentos del PCNDH y la PGR.

En retrospectiva, con la confianza que da un fallo favorable (en particular con una contundente mayoría de 8 votos, 4 más del mínimo que buscábamos) y considerando el contexto actual en que mayorías legislativas están parapetando la penalización del aborto en las constituciones locales a lo largo y ancho del país, me pregunto si debimos haber realizado un esfuerzo mayor por procurar que la Corte se pronunciara sobre la correcta interpretación del pasaje constitucional que nos interesa. En cualquier caso, es importante reconocer que durante el litigio optamos por *afirmar* las libertades sexuales y reproductivas de las mujeres, no las sostuvimos argumentativamente, y mucho menos ofrecernos un concepto del "derecho a decidir".

Tampoco los Ministros que formaron la mayoría ofrecen una caracterización sustantiva del derecho consagrado en el párrafo 2º el artículo 4º constitucional. Afirman la existencia, importancia y preeminencia de unos y otros derechos de las mujeres (cuestión de enorme trascendencia, por cierto, si consideramos que el proyecto inicialmente presentado ni siquiera los abordaba como tales y el engrose los menciona en forma notoriamente escueta), pero no elaboran el contenido normativo del texto constitucional. Además, la dispersión de votos concurrentes y la ausencia de referencias cruzadas explícitas que precisen con qué porciones de los votos concurrentes ajenos cada Ministro participante en la mayoría coincidía, son circunstancias que dificultan identificar un discurso común o, inclusive, un diálogo entre Ministros que estuvieron por sostener la constitucionalidad de la despenalización del aborto que habría permitido desarrollar un concepto del derecho a decidir. Veamos.

El Ministro Góngora Pimentel invoca los "derechos sexuales y reproductivos" de las mujeres, y enfatiza su vinculación con otros derechos fundamentales. Sostiene que los

derechos sexuales y reproductivos "son la puerta de acceso al reconocimiento de la verdadera igualdad y el ejercicio pleno de la ciudadanía."[22] Sin duda es relevante establecer la vinculación íntima entre derechos sexuales y reproductivos y otros derechos, como los de ciudadanía y el de equidad. Pero ello no equivale una caracterización sustantiva de los derechos sexuales y reproductivos, simplemente señala una vinculación con otros derechos.

El Ministro Valls, en su voto particular, también vincula lo que él llama la "libertad reproductiva" y "libertad de procreación" con otros derechos fundamentales, concretamente con el libre desarrollo de su personalidad y su salud.[23] Aporta dos elementos – la mínima intervención del estado y el carácter personalísimo de la decisión - que podrían servir para construir una caracterización más sustantiva.[24] Sin embargo, no abunda mayormente en ellos.

El Ministro Franco estima que existe un derecho exclusivo de las mujeres que denomina "derecho a la autodeterminación en materia de maternidad"[25], pero no lo elabora conceptualmente. Asimismo, subraya las modalidades que el texto constitucional establece referentes a la responsabilidad e información con que deben abordarse estos temas, pero a diferencia del Procurador y los Ministros disidentes, no considera que éstas sean *condicionantes* para el ejercicio del derecho, sino que constituyen *obligaciones* a cargo del estado de proporcionar la información adecuada para tomar la decisión y los medios necesarios para llevarla a cabo responsablemente.[26]

---

[22] Voto concurrente que formula el Ministro Genaro David Góngora Pimementel en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 10. (en adelante, Voto Góngora). Desafortunadamente, fuera de esa afirmación, su análisis quedó en pie de página, afirmando que:

> "…resulta relevante que se identifique que los derechos humanos de las mujeres tienen un especial pronunciamiento en lo relativo al verdadero ejercicio de la ciudadanía equitativa que tiene un papel central en los derechos sexuales y reproductivos por ser en sí mismo el derecho que les permite tener acceso a otros derechos, ya que son las reproductoras de la especie."

[23] Voto concurrente que formula el Ministro Sergio A. Valls Hernández en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 9. (en adelante, Voto Valls).
[24] Voto Valls, pág. 10
[25] Voto concurrente que formula el Ministro Fernando Franco González Salas en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 8. (en adelante, Voto Franco).
[26] Voto Franco, págs. 15-6.

También la Ministra Sánchez Cordero reconoce la vinculación que existe entre la "libertad reproductiva" y otros derechos como la dignidad, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad[27], pero no elabora mayormente el contenido normativo de la "libertad reproductiva".

Finalmente, el Ministro Silva Meza es quién, en su voto particular, más enfáticamente reprocha que "la problemática de la mujer" solo sea abordada "en vía de consecuencia"[28] por los Ministros disidentes y por el Proyecto original.[29] Sostiene que la identificación de los derechos de las mujeres es *indispensable* para resolver la cuestión constitucional planteada. Consistente con su crítica, identifica los derechos fundamentales de las mujeres involucrados ("la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación, la libertad sexual y la reproductiva, la autodeterminación y la intimidad.") y, en referencia al pasaje constitucional que nos ocupa señala:

> "En torno a la igualdad de género, libertades sexual y reproductiva, debo decir que tanto del texto, como del proceso legislativo que culminó con la reforma la artículo 4º constitucional…, se desprende que la consagración de los postulados ahí contenidos obedeció en gran medida a mitigar la discriminación de la que en ese entonces aquejaba al género femenino.
>
> "(…)
>
> "Así las cosas, es claro que lo que el Legislador quiso plasmar fue el deber del estado de no intervenir en una decisión personal como lo es la planificación familiar, adquiriendo además el claro compromiso de dotar a la población de los medios suficientes e idóneos para ejercer lo que se denomina 'paternidad responsable'."[30]

Silva Meza aporta tres elementos importantes a la determinación de los "alcances" de la "libertad sexual y la reproductiva": a) existe una vinculación estrecha con la igualdad (sustantiva, suponemos) de género, b) conjuntamente se orientan a mitigar la discriminación por motivo del género, y c) se traducen en dos obligaciones concretas a cargo del estado: no

[27] Voto concurrente que formula la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 7. (en adelante, Voto Sánchez).
[28] Voto concurrente que formula el Ministro Juan N. Silva Meza en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, págs. 6-7. (en adelante, Voto Silva).
[29] Se queja también que la sentencia no recoja el énfasis que la mayoría dio a los derechos de las mujeres. Voto Silva, pág. 1.
[30] Voto Silva págs. 10-1.

intervenir en las decisiones personales de planificación familiar y dotar de los medios suficientes (información y servicios, podemos suponer) para el ejercicio "responsable" de la reproducción.

Ésta revisión sucinta de los votos concurrentes, nos arroja un panorama fragmentado: existe poco diálogo constructivo entre los Ministros. Más que diálogo, se trata de posicionamientos individuales que no se engarzan concretamente los unos con los otros. Para empezar, llama la atención el que exista una enorme dispersión en la terminología empleada por los Ministros para referirse al "derecho a decidir" que consagra el artículo 4º constitucional (y que contrasta con la consistente referencia a un "derecho a la procreación" o "derecho de procreación" entre la minoría de la Corte, la PGR y el PCNDH). En segundo lugar, vemos que, en la mayoría de los casos la invocación de derecho consagrado en el artículo 4º se limita a eso, a referirlo, o bien a señalar un vínculo con otros derechos fundamentales.

Haciendo un esfuerzo por recapitular, los votos concurrentes si ofrecen algunos elementos sustantivos sobre las implicaciones normativas del texto constitucional (no intervención del estado en la planeación familiar, obligación a cargo del estado de informar, la finalidad de mitigar la inequidad y la discriminación por género). Sin embargo, estos elementos no son ni consistentemente sostenidos y mayormente elaborados.

IV.- Naturalezas, esencias y fines.

¿Qué podemos decir de todo esto? Quisiera focalizar mis reflexiones en un punto muy específico: el (relativo) éxito de los proponentes del "derecho de procreación" en articularlo y el (relativo) fracaso de los potenciales proponentes del "derecho a decidir" en hacer lo propio[31] tiene que ver con que la *arquitectura conceptual* dominante en la doctrina jurídica es

[31] Por supuesto, me incluyo en este grupo al que califico como "potenciales" proponentes justamente porque creo que no hemos articulado aún un concepto sustantivo del derecho contenido en el artículo 4º constitucional, pero creo que podemos (de debemos) hacerlo.

mucho más favorable a los *propósitos* que persiguen los proponentes del "derecho a la procreación" y los presupuestos acerca de la reproducción humana de los que parten.

Trataré de explicarme en forma clara y breve.

Arquitectura conceptual y método teleológico-conceptual

La arquitectura – esto es, la "estructura actual de las creencias"[32] – que con frecuencia articula los conceptos jurídicos que utilizamos deriva del uso de lo que James Gordley ha denominado el método "teleológico-conceptual", empleado precisamente en la construcción de conceptos y la derivación de consecuencias normativas a partir de ellos.[33] El método teleológico conceptual se habría desarrollado cuando los teólogos salamantinos del siglo XVI, quienes sintetizaron la filosofía aristotélico-tomista con los textos jurídicos romanos del *Corpus Iuris*. Abordaron los conceptos e instituciones jurídicas como si fuesen *sustancias* (esto es, entidades como pueden ser naturales – como un animal o el hombre – o artificiales – como una silla) con una *esencia* determinada y fija. En el esfuerzo por desentrañar esta *esencia* construyeron los conceptos siguiendo la teoría aristotélica de las cuatro causas, según la cual la esencia se conoce cuando se identifican las *causas* de las cosas (causa final, causa formal, causa eficiente y causa material). En la construcción de estos conceptos, siguiendo a Tomás de Aquino, otorgaban un peso mayor a la "causa final" en la construcción de definiciones y conceptos, de allí que Gordley lo llame *teleológico*-conceptual. En este esquema, la *causa* final de una institución jurídica (v.g. un contrato) corresponde al fin que, por su *naturaleza*, se orientaba una institución, no al objetivo libremente escogido de quién, por ejemplo, celebrara el contrato.

---

[32] Ver Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law: reconstructing legal scholarship*, The University of Chicago Press, 1999. La cita la tomo de la traducción de Daniel Bonilla publicada por Editorial Gedisa, 2001, pág. 60.

[33] Ver JAMES GORDLEY, THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE (Clarendon Press, 1991). Para una síntesis de las propuestas de Gordley específicamente enfocadas a lo que aquí interesa, ver Alejandro Madrazo, "*From Revelation to Creation: The Origins of Text and Doctrine in the Civil Law Tradition*", MEXICAN LAW REVIEW, vol. I, number 1, pág. 50 y siguientes.

Gordley nos dice que, con el pasar de los siglos y el desprestigio en que cayó el pensamiento escolástico, el método se perdió, junto con sus presupuestos ontológicos y metodológicos. Sin embargo, las doctrinas concretas, los conceptos y definiciones, persistieron, si bien con fuertemente alterados – tergiversados inclusive – y devinieron inoperantes en muchos aspectos. A pesar de ello, Gordley sostiene que este método dio forma a, por lo menos, el grueso del aparato conceptual y doctrinal del derecho privado (las materias de propiedad , responsabilidad extracontractual, contratos y enriquecimiento ilícito) que hemos heredado hasta el presente en las tradiciones jurídicas occidentales, incluyendo el *common law*.[34]

Por mi parte, sostengo que la arquitectura conceptual – no el método en su forma original – ha servido como modelo para el desarrollo de conceptos y doctrinas distintas a las heredadas en derecho privado, extendiéndose así, por ejemplo al derecho administrativo y el derecho constitucional.[35] Por imitación (del derecho privado, más precisamente de la toral materia de teoría de las obligaciones), hemos aprendido a construir y a operar nuestros conceptos jurídicos a imagen y semejanza de los conceptos elaborados mediante el método teleológico-conceptual de los teólogos salamantinos. Si este es el caso, la arquitectura conceptual heredada del método teleológico-conceptual serviría para entender tanto la estructura del propuesto "derecho a la procreación" como la aparente comodidad con la que sus proponentes la ofrecen (y, también, la incomodidad con la que los eventuales proponentes del "derecho a decidir" hemos abordado el derecho fundamental que nos interesa).

Esencialismo y finalismo

No hay necesidad de adentrarnos en demasiado detalles sobre el modelo teleológico-conceptual para explorar le punto que me interesa de la arquitectura conceptual que, creo

[34] James Gordley, FOUNDATIONS OF PRIVATE LAW, Oxford University Press, 2006.
[35] Ver "Conclusiones" de Alejandro Madrazo, Revelation and Creation: The Theological Foundations of Modern Legal Science in Mexico, presentada como tésis para la obtención del grado de J.S.D. en la Escuela de Derecho de Yale.

subyace en el "derecho a la procreación". Enfoquémonos en dos aspectos únicamente: i) la teleología del derecho y ii) el esencialismo sobre el que descansa.

Como mencioné, la *causa final* fue privilegiada por el método teleológico-conceptual, sobre las demás causas. En consecuencia, me enfocaré en analizar el preponderante papel que juega la *finalidad ficta* del "derecho a la concepción".[36] Recordemos que la *causa final* no constituía un *fin* en tanto que objetivo, sino una *tendencia natural* de la *sustancia* que se trataba. En este contexto, la *tendencia* o *causa final* era *con independencia* de la *voluntad real,* el objetivo, del sujeto que ejercía el derecho o participaba en una actividad. Consistente con la función de la *causa final*, la *finalidad ficta* que los proponentes del "derecho a la procreación" imputan al sujeto que ejerce el derecho - la voluntad real de las personas involucradas poco interesa, lo que interesa es la *tendencia natural* del coito. En otras palabras, si entendemos que la *teleología* del "derecho a la concepción" no corresponde a la voluntad de las partes sino a aquello que para lo que el coito sirve *por su naturaleza*, deja de extrañarnos que los proponentes del "derecho a la concepción" no estén interesados en discutir posibilidades distintas a la procreación como *teleología* del coito. En su entender no cabe – o más precisamente, no interesa – que las personas sostengan coito, por ejemplo, por motivos lúdicos, por curiosidad, por estatus, por dinero, por vergüenza, por venganza, por satisfacer sus necesidades de control, sus impulsos sádicos o masoquistas, por satisfacer fantasías, o simplemente por deporte. Todo ello es *accidental*, no *esencial* al coito (en su entender del coito, por supuesto) y, en consecuencia al derecho que lo tutela.

Esto me lleva al siguiente punto: la imputación ficta de la voluntad de procrear presume que hay *una* y *solo una* modalidad *natural* del coito. Esto es, el coito y, en

[36] Podría analizar distintos aspectos del "derecho a la concepción" desde la arquitectura conceptual del modelo teleológico-conceptual de Gordley. Por ejemplo, la *causa eficiente* del derecho sería la "pareja" que "en conjunto" participa en el coito (lo cual explica que sean dos y solo dos los partícipes); la *causa material* correspondería al "producto de la concepción" (de allí la necesidad de protegerlo y preservarlo, pues de otra forma la procreación no se logra). Sin embargo, no interesa aquí usar al "derecho a la concepción" como un ejemplo de la aplicabilidad de la arquitectura conceptual a los conceptos jurídicos, sino más bien utilizar la arquitectura conceptual referida para *mejor entender* un concepto específico, el de "derecho a la procreación".

consecuencia también su espejo jurídico – el “derecho a la procreación” –, tiene una naturaleza, una esencia. Esa *esencia* no depende de la voluntad (pasajera, *accidental*) de las personas que participan en él, o de la coyuntura *accidental* en la que acaece (quién participa, cuándo, cómo y dónde). Esa esencia perdura *a pesar* de voluntades pasajeras o de modalidades accidentales y en consecuencia es la *esencia* perdurable y no la *voluntad* pasajera lo que el derecho reconoce, tutela, consagra. Esto es, el derecho – a través del reconocimiento de un derecho fundamental – solo tutela aquello que corresponde a la naturaleza, a la esencia de la reproducción/coito. Por eso se ejerce “en pareja” (más de dos es una tergiversación) y se presume que se ejerce conjuntamente *por un hombre y una mujer* (lo otro, es *contra natura*). Ello explica, también, que el “derecho de procreación” ni siquiera aborde, por ejemplo, modalidades que la tecnología o la sociedad “artificialmente” construyen. En el “derecho a la procreación” que se ejerce “en pareja” no se puede hablar sobre el alquiler de matriz, la donación de esperma o la adopción por un individuo (aunque confieso que me muero de curiosidad de saber qué nos dirían los proponentes sobre la adopción de un menor por una *pareja* homosexual).

Este esencialismo indiferente ante los objetivos reales del sujeto es evidenciado cuando el PCNDH nos dice que, de “no debe actuarse contra la procreación” (i.e. abortar) “pues entonces **se puede llegar al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona.**” ¿Qué no el texto constitucional, al decirnos que toda persona tiene “derecho a decidir” sobre su reproducción, nos está diciendo *precisamente* que la procreación debe ser **voluntaria**? No. Para los proponentes del “derecho a la procreación” supeditar las consecuencias normativas de un derecho fundamental *a la voluntad* de una persona implicaría negar su *esencia*, definirlo a partir de lo *accidental*. En la tradición aristotélico-tomista - que informa el método teleológico-conceptual y la arquitectura conceptual que derivó del mismo - las cosas tienen su propia *naturaleza* y, si ésta es alterada,

la cosa deja de ser lo que es. Por ello, la PGR y la minoría nos dicen que *querer abortar implica necesariamente que no se está en presencia de un derecho fundamental*, sino ante la apariencia de un derecho pues el coito no se realizó en forma responsable. El requisito de responsabilidad aquí funge como la exigencia de que se ejerza acorde con su naturaleza, respetando su esencia y procurando su natural tendencia.

¿Cuál es el punto al que quiero llegar? El esencialismo que empapa toda la construcción teórica en torno al "derecho a la procreación" es fácilmente acogido por nuestra arquitectura conceptual. Identificado el *fin ficto* que los proponentes imputan al coito – la procreación -, las características y consecuencias normativas que los proponentes proponen, si bien no se desprenden lógicamente, si se acomodan con naturalidad en el imaginario jurídico compartido del gremio jurídico. El "derecho a la procreación" es fácilmente acogido por la mente jurídica.

Por suerte para nosotras,[37] el concepto está tan mal construido y lo argumentos que lo sostienen padecen de tantas contradicciones internas (sin mencionar el hecho de que sus proponentes son tan cándidos en sus sesgos ideológicos), que difícilmente se sostendrá. Pero es importante oponerle una alternativa mejor construida, pues quien calla, otorga.

Causas finales **para el derecho a decidir**

No quisiera concluir este texto sin hacer una reflexión sobre la ausencia de una alternativa a estas alturas del debate constitucional. A diferencia del "derecho a la procreación", la autonomía sexual y reproductiva que buscamos quienes buscamos ensanchar los derechos de las mujeres no se acomoda fácilmente a la arquitectura conceptual que nos acomoda como abogados. Si conforme a la arquitectura conceptual referida el concepto se construye en torno a una finalidad *determinada y necesaria*, entonces la autodeterminación de cada persona, la pluralidad de preferencias sexuales y reproductivas que buscamos sean

[37] Aquí los hombres somos franca minoría.

tuteladas, no encuentran fácil acomodo. Si atribuimos una *finalidad ficta* a quien ejerce el "derecho a decidir", derrotamos el propósito mismo de que sea *su decisión* real la que rija su vida reproductiva.

Por otra parte, si queremos desarrollar un concepto de "derecho a decidir" que sea ampliamente aceptado por el gremio, necesitamos construirlo de forma que sea *amigable* para nuestra forma de entender el mundo (jurídico). La solución no es fácil, pero creo que hay direcciones en las que se puede explorar. En mi opinión, existen dos posibles *teleologías* en las que se puede anclar el "derecho a decidir" y a partir de las cuales se puede construir un concepto sustantivo del que se puedan derivar consecuencias normativas satisfactorias. La cuestión está en enfocar no el fin que persigue *quien ejerce el derecho a decidir*, sino en indagar acerca de los fines que persiguió *el constituyente* al otorgar a las personas el derecho a decidir.

Dos son las candidatas que propongo: a) la igualdad sustantiva entre la mujer y el hombre y b) la autodeterminación de cada quién. No elaboraré mayormente estos fines, ni el concepto de "derecho a decidir" que podría elaborarse a partir de ellos, pues mi objetivo en escribir estas líneas es precisamente el *iniciar* un diálogo que permita ese desarrollo. Me limitaré a señalar lo siguiente:

i) *La igualdad sustantiva*. El fin que resulta candidato natural a ocupar el puesto de *causa final* de nuestro derecho es la igualdad sustantiva entre mujer y hombre. La reforma constitucional que incorporó la cláusula que otorga el "derecho a decidir" a cada persona sobre "en número y espaciamiento de los hijos" incluía también cláusulas que establecían que el "varón y la mujer son iguales ante la Ley.", que la ley debía proteger a la familia (artículo 4º constitucional) y que rediseñaron el régimen laboral a fin de proteger necesidades específicas de las mujeres, como el respeto a las semanas finales de la gestación y lactancia

(artículo 123 constitucional). De la iniciativa y los debates legislativos[38] se aprecia con toda claridad que tanto la cláusula sobre "el derecho a decidir", la protección de la familia y el rediseño del régimen laboral se incluyeron como modificaciones *instrumentales* a hacer efectiva la igualdad del varón y la mujer. Además de éste argumento genealógico, existen muchas razones que sustentan que el control de la maternidad es indispensable para la efectiva igualdad sustantiva de la mujer frente al varón.

ii) *La autodeterminación*. Pocas circunstancias tienen un impacto tan determinante en la forma en la que uno se concibe a sí mismo como la existencia de una relación materno-filial (o, en mi caso, paterno-filial). La autodeterminación como finalidad del derecho a decidir no solo es congruente con el texto expreso, sino que además nos permite establecer una *teleologíaa* que no ignora las motivaciones reales que alguien tiene para participar tanto en el acto sexual como en la reproducción humana (bajo la modalidad que ésta se de), sino al contrario, que permite *incorporarlas* de forma que se respete plenamente a cada individuo.

Estas reflexiones tienen por propósito provocar una lluvia de ideas y una lluvia de críticas (constructivas, por favor) que sirvan para emprender la tarea de construir un concepto de "derecho a decidir" que, a la postre, sirva a los decisores como fundamento para resolver controversias en la materia que nos ocupa (y otras). Lo que me queda claro, es que si queremos defender y ensanchar el derecho a decidir, más nos vale empezar a articularlo y a señalar sus alcances.

[38] FALTA REFERENCIA PRECISA.