

V. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA RELATIVO A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009*

En sesión de veintiocho de septiembre de dos mil once, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desestimó la acción de inconstitucionalidad 11/2009, promovida por la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California, presentada bajo la ponencia del señor Ministro José Fernando Franco González Salas, en virtud de que no se alcanzó la votación mayoritaria calificada a favor de la propuesta de invalidez respecto de la porción normativa del artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, que dice: "al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida".

* *Semanario...*, op. cit., p. 745; Reg. IUS: 40765.

Para fijar una postura clara y contundente sobre el tema, es oportuno exponer los antecedentes sobre los que se desarrolla mi reflexión y análisis constitucional:

- Primero, el Estado de Baja California estableció una disposición en su Constitución Política Local, para incorporar el **derecho a la vida** dentro del catálogo de derechos fundamentales de todo individuo en su territorio.

- Segundo, la Constitución de Baja California en su artículo 7 "... tutela el derecho a la vida, al sustentar que **desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se reputa como nacido, para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.**" (fin de la cita).

Así, la norma constitucional hace énfasis en que la protección legal de la **vida humana** no ha de postergarse hasta el nacimiento, sino que comienza desde el momento en que cada individuo es concebido y le asiste hasta que muere.

- Tercero, el organismo encargado de la protección de los derechos humanos en esa entidad federativa ha promovido una acción de inconstitucionalidad en contra de esa norma, por los motivos que se detallan en el proyecto.

Así, lo cierto es que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación debe decidir **única y exclusivamente** si la norma impugnada **transgrede** los principios o disposiciones de la Constitución Federal, utilizando también —como referente de interpretación— a los tratados internacionales sobre derechos humanos: el llamado control de convencionalidad sobre el que ya se ha

pronunciado este Pleno, con motivo de la reciente reforma al artículo primero constitucional.

Es mi convicción que, a partir de esas reflexiones y no de otras, esta Suprema Corte debe declarar si es válido o inválido el precepto que establece el derecho a la vida desde el momento de la concepción en Baja California.

Bajo esa óptica desarrollaré los temas que motivan mi voto, en el siguiente orden:

Primero. El derecho a la vida

A. ¿Existe un derecho a la vida en la Constitución Federal?

Sí, siempre lo ha habido y hoy está expresamente previsto.

Es cierto que durante los dos siglos pasados un lector no podría encontrar en la Constitución la frase "derecho a la vida", como tampoco hallaría una mención directa al "derecho a la libertad", o al "derecho a la propiedad", puesto que eran grandes conceptos y principios que daban sustento al sistema de garantías individuales de esos tiempos.

Aun sin esas palabras y sin los sofisticados términos médicos del siglo XXI, la *vida humana* —**la vida de las personas**— ha sido y es una de las materias esenciales del Texto Constitucional que data desde 1824, 1857, 1917 y de todas las reformas hasta esta fecha.

Las grandes luchas por la libertad, la igualdad y la justicia son la expresión de un derecho simple pero muy amplio: **El elevadísimo derecho a la propia existencia.**

Hubo tiempos en que unos sujetos eran verídica y jurídicamente dueños de otros, quienes no eran considerados *humanos, personas o individuos*, desde el derecho.

Hubo momentos en la historia en que grupos y comunidades enteras eran abiertamente excluidas del sistema constitucional y jurídico, para someter su destino a la voluntad de otros.

Tras la evolución histórica, el derecho les reconoció lugar, **nos ha dado lugar** a todos como "seres humanos" como entes libres y **dueños de nosotros mismos**, sin que nadie pueda definir arbitraria y externamente, por sobre nosotros, respecto de nuestra vida, libertades, posesiones, bienes y derechos.

Ese **derecho a existir** es la gran razón del estado de libertades, es el fundamento del Estado de derecho y el sustento de la democracia constitucional.

El **derecho a la vida** es la nueva forma poderosa de expresar —en este nuevo siglo— el mismo principio de igualdad y libertad que subyace en nuestra historia y tradición constitucional.

La soberanía reside originaria y esencialmente en el pueblo, del que dimana todo poder público y para cuyo beneficio se establece.

La vida individual en ese pueblo soberano no es estática: nace, crece, se reproduce y muere. **La tutela constitucional no**

es beneficio exclusivo de la generación que la escribe: se hereda durante siglos, la hemos heredado, porque protegió cada vez mejor la vida de nuestros ancestros.

La Constitución ha protegido a la *vida humana* de los peligros de cada tiempo. Su principal amenaza ha sido y es desconocerla y minimizarla desde el derecho.

El derecho a la vida en nuestro país, se ha traducido históricamente en obligaciones de custodia y de tutela del Estado hacia las personas y grupos, para que **existan y ejerzan libremente** sus derechos en condiciones de dignidad. Cito algunos ejemplos:

- La abolición de la esclavitud reconoció la vida de seres humanos que antes no podían decidir sobre sí mismos, eran cosas.
- Los derechos de la infancia incorporaron a los menores de edad, al gran concepto de "seres humanos" reconocidos en la ley. Dejaron de ser una especie de objeto propiedad de los padres y tutores.
- Los derechos laborales dieron lugar a beneficios para las mujeres embarazadas, para procurarlas a ellas y también —sin la menor duda— al ser humano en gestación.
- La prohibición de la pena de muerte es un avance trascendente. Reconoce a la vida como un bien tan elevado, que resulta **definitivamente intocable** para el Estado y para sus leyes, aun ante las peores ofensas y en las más agravantes circunstancias criminales.

- Finalmente, el reconocimiento expreso del derecho a la vida, que abordaré enseguida:

En suma, estoy cierto que la Constitución establece y ha establecido el derecho a la vida, y que la reconoce como un flujo entre generaciones, y no sólo como un atributo de los individuos ya nacidos.

B. ¿Dónde se encuentra la tutela de la vida en la Constitución Federal?

El esquema constitucional de los dos siglos pasados no se construyó desde los derechos humanos, sino a partir del concepto de garantías individuales que representaban los límites del poder público frente a la población y sus derechos.

Bajo tal esquema, el medio que utilizaba nuestra Constitución para tutelar los más preciados bienes jurídicos era mediante prohibiciones a los poderes y órdenes de gobierno.

Por ejemplo, cuando se redactaron los proyectos de las Constituciones liberales del siglo XIX (en concreto, en 1856), no se propusieron textos que dijeran "todo individuo tiene derecho a la libertad, a la propiedad y a la vida", sino que se debatieron fórmulas que establecían **límites, prohibiciones y salvaguardas**, para garantizar que nadie fuera privado arbitrariamente de todo ello.¹

¹ Artículo 26 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, Ciudad de México 1856: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad, sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente y según las formas expresamente fijadas en la ley y exactamente aplicadas al caso.". Tomado de: *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*. Congreso de la Unión. Séptima Edición, LIX Legislatura, Tomo XVI, p. 530.

El artículo 29 de la Constitución de 1857 establecía la suspensión de garantías, pero **"con excepción de las que aseguran la vida del hombre"**. Es decir, que desde entonces **la vida humana** era objeto directo de las garantías constitucionales.

Esa misma metodología imperó en el Constituyente de 1917: aunque no dedicó un capítulo a los derechos fundamentales, sí estableció uno para definir las garantías individuales que los protegen. En el segundo párrafo del artículo 14, desde su formulación original, se incluyó una clara previsión, que cito en seguida. Decía el artículo 14:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones y derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos ..."

Además, ese artículo 14 constitucional ha tenido una sola reforma (en 2005), que consistió en suprimir la referencia a "la vida". Curiosamente, al desaparecer esa palabra, se amplió la protección a "la vida", porque se eliminó toda posibilidad de que el Estado prive de ella a cualquier persona, a través de la pena de muerte.

Como complemento y consecuencia, se reformó también el artículo 22 constitucional, para abolir la pena de muerte de manera expresa y contundente.

Es verdad que el derecho punitivo y sus límites son apenas una parte de la explicación y expresión del derecho a la vida. Pero con aquellos cambios México comenzó el nuevo milenio con una tutela fortalecida respecto de la vida humana.

Este año, apenas el 10 de junio de 2011, se verificó el cambio más relevante en nuestro esquema constitucional: Se abandonó definitivamente el sistema de las garantías individuales, y adoptamos los derechos humanos como eje de protección y salvaguarda constitucional de toda persona en este territorio.

La reforma reconoció a los derechos humanos como esencia y razón de las garantías que otorga. Incorporó a los tratados internacionales, como referente sustantivo para interpretarlos, favoreciendo en todo tiempo a las personas, con la protección más amplia.

De los tratados me ocuparé más adelante.

Este cambio constitucional nos trajo también una novedad que no había estado presente en ninguna de las discusiones de este Pleno:

Por primera vez el "derecho a la vida" quedó expresamente reconocido y consagrado como tal en el Texto Constitucional. De manera diáfana y contundente, hoy está inscrito como un derecho que no puede restringirse ni suspenderse por el Estado, aun en los casos más extremos.

El mismo decreto que reformó al artículo primero también modificó el contenido del artículo 29, que regula la única vía constitucional para la suspensión o restricción de **los derechos y las garantías constitucionales**, en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

El nuevo texto del artículo 29 no sólo menciona los derechos humanos en general, sino que los enuncia con claridad. Por eso, en su párrafo segundo, se puede leer lo siguiente:

"En los decretos (de suspensión o restricción de garantías) que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de **los derechos** a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, **a la vida**, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; **la prohibición de la pena de muerte**; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos."

Hoy, el derecho a la vida es mucho más que la prohibición a la pena de muerte y, por eso, la Constitución los menciona a ambos por separado.

En conclusión, las normas de las Constituciones Locales que establecen el derecho a la vida, no pueden ser contrarias a la Constitución Federal, sino que le son complementarias y congruentes con su nueva estructura.

Segundo. La vida y la concepción

No parece haber oposición en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del reconocimiento del derecho a la vida, pero parece existir una insistente argumentación para evitar reconocerla en todas sus dimensiones.

Un camino complejo es tratar de leer e interpretar **el derecho a la vida** a la luz del texto gramatical de las normas constitucionales redactadas desde los dos siglos anteriores, sin considerar todo su contexto.

La norma impugnada de la Constitución Local de Baja California dice lo siguiente:

"... desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se reputa como nacido, para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida."

Esta norma se refiere al individuo como ser humano, destinatario directo de los derechos humanos que hoy rigen constitucionalmente en todo el territorio nacional.

No se refiere a la personalidad jurídica propiamente dicha, la cual sin lugar a dudas admite diversas modalidades en su regulación.

La norma impugnada repite fundamentalmente el texto del Código Civil Federal que, en esencia, data también del siglo XIX. Una norma preconstitucional, que ha forjado desde el derecho civil nuestra noción de la personalidad jurídica, y que hoy parece confundirse con nuestra noción de vida humana.

El Código Civil señala en su 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 pro-**

tección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

Es el mismo texto de la norma cuya inconstitucionalidad analizamos.

Esa norma del derecho mexicano federal también tiene por nacido al **individuo** desde que es concebido. Tal precepto ha estado vigente en esos mismos términos durante toda nuestra vida constitucional.

En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, antecedente directo del código de 1883 y del siguiente en 1928 (que aún nos rige) se disponía que:

"La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley; y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."²

Esta distinción entre la capacidad jurídica (personalidad jurídica) y la protección del individuo desde la concepción y hasta la muerte, tiene profundas raíces que reconocían la trascendencia de la gestación de un nuevos ser, en materia de filiación, sucesión, tutela, familia, entre otros.

A la *personalidad jurídica* se le pueden imponer límites, restricciones y cortapisas, pero no a la persona como **ser humano**.

² Texto del artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, que fue reproducido en el artículo 11 del texto del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884. Las obras fueron consultadas en el acervo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El artículo 23 del Código Civil Federal dice:

"La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, **son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona** ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes."

El concepto de *persona*, entendido como individuo biológico, es diferente al de "personalidad jurídica", entendido como un centro de imputación de derechos y obligaciones propiamente dichas.

Siempre ha sido así en México.

Como conclusión, apunto que no estamos frente a una novedad normativa con esta disposición de la Constitución Local de Baja California que analizamos.

A. ¿Qué significa la protección de la ley a partir de que el individuo es concebido?

Se ha dicho que la reforma no distingue entre *fecundación* y *concepción*, ello a partir de los informes del Congreso del Estado y de la documentación parlamentaria de la reforma impugnada.

Sin embargo, en el texto resultante no se advierte tal sinonimia. El vocablo utilizado es el de la **concepción**, que es el mismo que se usa en las normas antes citadas y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

En mi opinión, el estudio de constitucionalidad debe centrarse en esta terminología que, insisto, no es ajena al diseño de nuestro orden jurídico.

Aunque ese término gramatical provoca reflexiones inmediatas, es importante hacer un deslinde conceptual previo:

No estamos analizando una norma que proteja la **concepción** de un nuevo ser, frente a otros seres, sino que se trata de una disposición que busca fortalecer el derecho humano a la vida, que parece responder a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, desde mi punto de vista.

Debemos evitar un falso debate: No estamos analizando un derecho establecido en favor del *nasciturus*, sino de todo individuo. No son dos sujetos diferentes, no son dos subespecies, sino la misma entidad en momentos diferentes.

Alguna vez se debatió con pasión si el origen del hombre era divino, o si era válida la teoría de la evolución de Darwin. Hoy se debate nuevamente el origen de la vida y se discute con la misma vehemencia si el ser humano desciende del cigoto o si éste le es humanamente ajeno.

En el texto que se sometió a consulta del Pleno se explicaba que no basta que el "embrión" pertenezca a la especie del *homo sapiens* para "calificar como persona/individuo en sentido normativo" sino que hace falta "que se cumplan, desde el punto de vista conceptual y normativo, otras condiciones" como sentir, razonar, recordar, entre otras cosas.

En su voto razonado, la señora Ministra Sánchez Cordero hablaba de una persona privada del conocimiento en estado de coma, que adolece de esas características: hay ausencia de sentido, de razón, de recuerdo, de conocimiento. No por eso deja de ser humano.

En mi opinión, el principio de no discriminación consiste justamente en eliminar condiciones que deba cumplir un ser humano para "calificar" como persona.

No todo "embrión" —como lo llama el proyecto analizado— llegará necesariamente a nacer y, aun naciendo, no necesariamente tendrá plenitud y longevidad.

Pero hasta este momento de nuestro desarrollo tecnológico, lo que sigue siendo cierto es que **toda persona** comenzó su **vida propia e individual** con la concepción. No hay un solo ser humano que no haya sido concebido y que, desde entonces, inicie su ciclo biológico de crecimiento y hacia la muerte, que es la contracara de la vida propia.

Muere el embrión sin que muera la madre; evidencia de una vida independiente a la que la ley mexicana le ha reconocido derecho de protección desde el siglo XIX, mediante la ficción de tener *por nacido, para todo efecto legal* al individuo concebido. Así es desde nuestros albores jurídicos como nación.

Por ello, no comulgo con quienes afirman que "la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece que los no nacidos sean personas, individuos o sujetos jurídicos o normativos y sólo los reconoce como bienes jurídicamente protegidos, por más que califiquen

como pertenecientes a la especie humana", que se discutió a partir del proyecto sometido a consulta.

Pareciera que tras el calificativo de "bien jurídico" a la persona en gestación, se le identificara como un *mal jurídico* del que es necesario prescindir en las normas, porque su reconocimiento produce una colisión de derechos.

Los "no nacidos", como se les llamó en el proyecto analizado y en el debate del Pleno, no son sujetos diferentes y "no reconocidos" por la Constitución.

Tampoco son "bienes". Nuestro orden jurídico se refiere a ellos, incluso, con la palabra "hijos". El destino natural de un concebido es llegar a nacer, ese es el que merece protección legal para generar condiciones que le signifiquen mejoría en su gestación, en lugar de perjuicios.

Aunque tenga tutores y padres, no tiene dueños.

B. ¿Hay derechos para humanos y derechos para embriones?

Se dijo que la reforma le da un estatus jurídico de "persona" a un embrión que cuenta con protección legal, pero que no goza de la calidad de titularidad de derechos humanos.

En el proyecto sometido al Pleno, se concluía que esa indebida equiparación, resta y afecta los derechos de las personas nacidas quienes sí son humanos, muy en particular, de las mujeres.

Pero ¿Existe una competencia entre seres nacidos y no nacidos?

Aun si existiera, ¿sería motivo de inconstitucionalidad?

¿Se debe elegir *a priori* o se debe ponderar según el mérito de cada caso, cuando aparecen conflictos y zonas de contacto entre derechos fundamentales de diversas personas?

El derecho a la vida se instituye para los nacidos y los no nacidos, sin que el derecho de uno se imponga frente al del otro, de forma indefectible y absoluta. Al menos, tal y como está redactada la norma impugnada, no parecen existir exclusiones indebidas en perjuicio de nadie.

Sobre el particular, traigo a colación la propuesta del titular del Ejecutivo Federal al Senado de la República para que se retire la declaración interpretativa respecto al Pacto de San José, esto es una cuestión que en esta fecha se encuentra en curso, pero me interesa solamente destacar el texto del comunicado de prensa de la presidencia de la República, porque coincide en lo esencial con su contenido:

"La convención prevé que la ley protegerá, en general, el derecho a la vida a partir del momento de la concepción. La declaración interpretativa, formulada por México al depositar el instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981, fue en el sentido de que dicha disposición no constituye obligación de legislar para proteger la vida desde la concepción, dejando claro que los Estados conservan el derecho de prever excepciones en su legislación, como es el caso de excluyentes de responsabilidad en casos de aborto.

"México ha asumido plenamente el reconocimiento de los derechos humanos contemplados en tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y entre ellos el derecho a la protección de la vida, que es un bien jurídicamente tutelado por nuestra legislación, tanto federal como local. Al retirar la declaración interpretativa, México refrenda un compromiso con el derecho a la vida como un bien jurídicamente tutelado por el derecho mexicano.

"Con la reciente reforma a la Constitución, promulgada el 10 de junio de 2011, se reconocen los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México es parte con el mismo nivel de protección que los contenidos en nuestra Carta Magna y se establecen los principios de interpretación de las normas relativas a los derechos humanos, por lo que no tiene sentido mantener la declaración interpretativa.

"El retiro de la declaración interpretativa no implicaría obligaciones adicionales a las que adoptó nuestro país al suscribir el Pacto de San José, ni tendría como consecuencia la modificación de las restricciones que actualmente establece la legislación penal mexicana en materia de delitos contra la vida y, en particular, la regulación en materia de aborto, toda vez que, por ejemplo, la expresión 'en general' permite que la legislación civil y penal ordinaria, pueda preservar, en concreto agravantes, atenuantes, o excluyentes de responsabilidad respecto de los tipos penales con los que se tutele el derecho a la vida, con pleno respeto a la soberanía de los Estados de la Federación, expresada en sus Constituciones, leyes y disposiciones de los Congresos Locales.

"Comunicado sobre declaración interpretativa respecto del Pacto de San José. Presidencia de la República. México, D.F. Lunes 26 de septiembre de 2011."

Ese es el texto del comunicado. Convengo puntualmente con su conclusión. Desde 1870 está vigente una norma que protege la vida desde el momento de la concepción y ha estado vigente en paralelo con las normas que sancionan el aborto y con las que determinan las excluyentes de incriminación y las excusas absolutorias. La protección del individuo desde su concepción no significa establecer un derecho absoluto, sino de un derecho susceptible de ponderación frente a otros que se le opondan.

Tercero. La vida humana desde la concepción y los derechos de la mujer

Se discutió en el Pleno la propuesta de declarar fundado el concepto de invalidez que básicamente señala que reputar como nacido al individuo concebido y, en consecuencia, declarar su protección ante la ley, atenta contra la dignidad y derechos de la mujer.

No concuerdo con tal razonamiento.

La norma impugnada alcanza a hombres y mujeres en su protección prenatal. Desde luego, toda persona tiene derecho de decidir el número y espaciamiento de sus hijos; la mujer, quien lleva la vida en su seno, también tiene derechos y tutela especial en cuanto a la maternidad. **Pero nada de esto se ve mermado o afectado de forma directa, necesaria e inminente por la sola emisión de la norma impugnada.**

La protección legal del individuo desde la concepción no significa por sí misma, un atentado contra el ejercicio libre de la sexualidad y las capacidades reproductivas.

El derecho a la vida —según se lee en la norma impugnada— asiste a madre e hijo no nato. A diferencia de lo que se relata en el proyecto analizado, no existe una prevalencia o superioridad del derecho a la vida del concebido, frente a los demás derechos de cualquier otra persona. Nada en la norma sostiene esa afirmación.

De hecho, la vida de la madre y la vida del hijo en su vientre pueden entrar en conflicto; puede comprometerse la supervivencia de ambos en situaciones médicas. La ley de Baja California, como la de otras entidades, otorga preferencia a la madre cuando sea necesario provocar un aborto para salvar la vida de ella.

Ningún derecho es absoluto respecto de otros; siempre están en conjugación constante; hay situaciones límite que demandan intervenciones caso por caso, supuesto tras supuesto, que no pueden ser previstas desde una sola norma.

Para solucionar esos posibles dilemas, está el resto del orden jurídico estatal y nacional.

El derecho a la vida no es absoluto respecto de otros derechos. El derecho a decidir el número y momento de los hijos tampoco es una prerrogativa absoluta. ¿Puede ejercerse esa decisión en cualquier momento? ¿Es posible decidir una y otra vez e, incluso, cambiar de opinión a lo largo de la misma gestación?

Hace unos días leí un relato probablemente ficticio de una mujer que embarazada llega ante su médico y le pide que la auxilie a abortar porque por su situación económica y circunstancias personales, no le es posible mantener a dos hijos: uno que tiene tres años y el que está por nacer. El médico le contesta: "Muy bien señora ¿qué le parece si eliminamos al de tres años? ése le cuesta más caro; deje que nazca el que está por llegar". No sé qué haya decidido la mujer, porque eso no lo relata la historia. Lo que es claro es que ella era quien debía elegir y decidir.

La solución es imposible, cuando se busca establecer un derecho absoluto sobre los otros, ya sea el derecho a la vida o el derecho a decidir libremente el número de los hijos. Ninguno de ellos lo es.

Nada hay de denigrante en la previsión que protege la vida desde la concepción, en tanto existan derechos de libre ejercicio de la sexualidad; servicios de control natal y salud reproductiva, información accesible, así como las excluyentes de responsabilidad en el aborto como en los casos de violación, de inseminación no consentida o de aborto terapéutico, tal y como están previstos en Baja California.

Es decir que el propio ordenamiento jurídico debe hallar los mecanismos que solucionen los casos límite en que dos o más derechos fundamentales puedan entrar en aparente competencia.

En otras palabras: la posible confrontación de derechos de dos o más personas no es razón para declarar la inconstitucionalidad de la norma que consagra alguno de esos derechos humanos.

Cuarto. Los "efectos" de la norma impugnada

En el proyecto que fue discutido en el Pleno se expusieron disertaciones hipotéticas de lo que podría derivarse de la norma impugnada.

Si el individuo se reputa como tal desde la concepción —se dijo— el tipo penal del aborto sería derogado y sustituido por el de homicidio, pues al abortar se estaría privando de la vida a una persona.

La experiencia histórica de México revela la coexistencia de una norma que protege la vida desde la concepción en el Código Civil y del tipo penal del aborto, es cuestión de terminología y no es de mayor trascendencia.

Los tipos penales modulan diversas situaciones que, aun siendo similares, tienen rasgos característicos que las distinguen jurídicamente. Además del homicidio, existen otros tipos penales como el feminicidio o la inducción al suicidio (*hasta el punto de ejecutar la muerte*), que en apariencia son iguales: en todos se priva de la vida a otro, pero en cada caso hay aspectos que distinguen una conducta de la otra.

Así parece suceder en el caso del aborto.

Con esto quiero decir que aun cuando sea posible imaginar consecuencias hipotéticas, no existe evidencia directa de que la norma impugnada por sí misma esté causando una contradicción con los principios de la Constitución Federal por su sola promulgación.

Cualquier ley, reforma o derogación y cualquier acto de aplicación normativa en Baja California podrán ser objeto de control constitucional en su propio mérito, en su momento y bajo los procedimientos pertinentes.

Quinto. La norma impugnada y su impacto descendente

Las normas constitucionales de los Estados son ley superior para diversos propósitos, pero no son los referentes que dotarán de contenido a los derechos humanos en Baja California.

El artículo primero constitucional señala que los derechos humanos deben interpretarse conforme a la Constitución Federal y atendiendo a los tratados internacionales.

Los Estados, lo ha dicho la Suprema Corte, pueden ampliar pero no restringir los derechos. En cada caso se debe procurar la protección más amplia.

En el proyecto se explicaba que con la emisión de la norma impugnada los derechos de la mujer no se amplían, sino se reducen. Sin embargo, no es así.

Ninguna norma amplía o reduce los derechos frente a otros de manera inmediata y directa. Se requieren actos concretos de aplicación; conflictos y controversias concretas; circunstancias que ameriten la intervención pública para ponderar y resolver respecto de los derechos en pugna.

Este Pleno ha resuelto ya que los Jueces locales también participan en el control difuso de la defensa y salvaguarda de los

derechos humanos. Hemos dicho que los tratados internacionales serán fuente de interpretación para todos los casos.

¿Cuáles tratados? Los que establezcan y protejan de mejor manera los derechos humanos en conflicto. Tanto los que versan sobre la persona y su protección desde la concepción como los que establecen derechos para la mujer.

No hay ningún menoscabo a los derechos de la mujer en Baja California, porque todos sus derechos en torno a la maternidad, y en particular sobre el delito de aborto, permanecen exactamente igual a como estaban antes de esta reforma.

Sexto. La norma impugnada y los anticonceptivos

El proyecto expuso con claridad que la regulación de los servicios de salud reproductiva y los medios de información y control natal están a cargo de las autoridades federales.

Sin embargo, concluía que la norma impugnada podía dar lugar a que se excluya indebidamente de esos servicios a las mujeres en Baja California.

Pero de la norma impugnada no se deriva tal conclusión. Aunque es una posibilidad fáctica, no se trata de una consecuencia ineludiblemente previsible, a partir del texto del artículo cuestionado.

De darse casos así, existen medios para prevenir y corregir los acontecimientos que deberán ser usados en su momento.

Séptimo. El derecho a la vida y los tratados internacionales

Termino estas consideraciones con una reflexión holística del sistema de derechos humanos que estamos comenzando a construir en México desde este año 2011.

El artículo primero constitucional señala que:

"... todas las **personas** gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte."

Coincido con el proyecto en la interpretación constitucional de que la voz "persona" que se usa indistintamente también como individuo, ser humano y hombre, en diversos aspectos.

Sigue el artículo primero:

"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."

Además, dice el artículo:

"**Todas las autoridades**, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y **garantizar los derechos humanos** de conformidad con los principios de universalidad, **interdependencia**, indivisibilidad y progresividad."

Para interpretar el concepto de "persona" en relación con el derecho a la vida, en el contexto de los derechos humanos es pertinente voltear la mirada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 4 establece:

"Artículo 4. Derecho a la vida.

"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. ..."

Bajo esta primera lectura, la norma impugnada se apega al referente que, como puede verse, no es absoluto ni excluyente de otros derechos, pero es muy contundente respecto de la protección desde la concepción, para que nadie pierda la vida arbitrariamente, ni siquiera antes de nacer.

Ahora bien, existe una declaración interpretativa del Estado Mexicano respecto de esta disposición, la que expresamente consiste en lo siguiente:

Con respecto al párrafo 1 del artículo 4 considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", **ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.**

Esa declaración interpretativa significaba que la protección del individuo y de la vida a partir de la concepción no se asumiría como obligación sino como facultad; México anunció

entonces, en 1981 (hace 20 años),³ que estaría en su dominio reservado el establecimiento de tal protección.

Dos décadas después se dio la reforma a los artículos 1 y 29 constitucionales, junto con el cambio de denominación del capítulo primero de la Constitución Federal. Lo anterior, sumado al nuevo esquema de protección y tutela de derechos humanos nos permite considerar que el país ha ejercido ya esa facultad reservada:

- Ha asumido constitucionalmente el derecho a la vida, con aplicación general en toda la nación.

- Para efectos de tutela de derechos humanos, el artículo primero remite a los tratados internacionales. Si en el nivel federal llegara a plantearse un caso en el que sea necesario interpretar la protección de la persona, la propia Constitución, hoy vigente y superior a la declaración interpretativa de 1981, nos obligaría a mirar el artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El caso analizado se trata de una norma local, inserta en el apartado de protección y tutela de los derechos humanos. Su efecto se circunscribe al reconocimiento de la vida como un derecho humano, pleno, acreditable, tutelable, que de conformidad con los tratados internacionales que forman parte de nuestro sistema de protecciones constitucionales, reconoce al individuo y lo protege desde la concepción.

³ 7 de mayo de 1981. *Diario Oficial*.

Si bien no existe una disposición expresa en la Constitución Federal sobre la protección de la vida desde la concepción, tampoco existe una prohibición ni limitante para los Estados de la Federación en ese sentido.

Más aún, ¿Cómo será posible declarar la inconstitucionalidad de una norma que prácticamente reproduce el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando el artículo primero de nuestro texto reconoce expresamente a esos instrumentos mundiales, como fuente de protección de las personas, de sus derechos humanos y de los bienes jurídicos que ellos tutelan, como la vida, posesiones, derechos, integridad y dignidad, entre otros?

En su voto razonado, el señor Ministro Aguirre Anguiano señaló: "Yo no conozco ningún tratado internacional que establezca como derecho de la mujer el aborto voluntario". Entonces, por qué no atender al contenido del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Me parece una contradicción evidente declarar que ese tipo de normas son inconstitucionales, porque no tienen un referente gramatical en nuestra Constitución, sin considerar el nuevo esquema que exige la interpretación de los derechos humanos a la luz de los tratados, siempre procurando la protección más amplia.

No es, insisto, la protección más amplia del no nacido frente al nacido, sino la protección más amplia del individuo y del derecho a la vida de toda persona, nacida o no; madre o hijo.

Al no nacido le beneficia también el artículo 29: desconocer en él a un individuo sería conceder que su derecho a la vida no está tutelado en casos de suspensión de garantías, por ejemplo.

Este razonamiento tampoco significa que la penalización del aborto sea la vía conveniente, efectiva y única, para proteger a la vida desde la concepción. Una afirmación no implica necesariamente a la otra.

Octavo. El derecho a la vida y el aborto

El tema que nos ocupa, aunque se trata del derecho a la vida, conlleva necesariamente un pronunciamiento sobre el tipo penal del aborto y sus excluyentes de responsabilidad.

Este Pleno ya ha resuelto en el caso del Distrito Federal, que corresponde a cada entidad federativa el establecimiento de sus tipos penales, sus castigos y los agravantes y excluyentes que considere adecuados en su propia realidad soberana, siempre que ello no afecte derechos humanos previstos en la Constitución y ahora, en los tratados.

No estamos haciendo un juicio de constitucionalidad sobre el tipo penal del aborto, de sus consecuencias positivas o negativas, ni de su pertinencia en el orden jurídico.

Debemos juzgar y no prejuzgar sobre la constitucionalidad de una norma en su propio mérito. No estamos habilitados por la Constitución para expulsar normas del sistema sólo por sus imperfecciones técnicas, por sus potenciales o hipotéticos efectos, o sus posibles interpretaciones, **sino únicamente por su desacato claro y directo de la Constitución.**

Las leyes y los actos que derivan de cualquier norma están sujetos a un control de constitucionalidad que también se está ampliando y evolucionando.

En todas partes del país, el Poder Judicial Federal y Local, así como la Suprema Corte de Justicia, deberemos atender toda queja y reclamo de quienes vean comprometidos, amenazados o afectados sus derechos humanos.

Esta norma, por sí misma, no afecta a persona alguna. No significa en sí misma un mandato o una carta abierta para ninguna autoridad en ningún sentido. Significa, por el contrario, una restricción valiosa para el poder público, **que reitera la convicción internacional de que todo individuo merece la protección de la ley, sin que para ello se le pueda exigir nada más que existir.**

El valor de esta postulación no es sólo del orden moral o ético, sino que forma parte del sistema de derechos humanos vigente en nuestro orden constitucional desde junio pasado y, por ello, considero que los conceptos de invalidez planteados son infundados y que la norma que se analiza es acorde con la Constitución y con los tratados internacionales que nos obligan como Tribunal Constitucional en esta Décima Época que estamos iniciando.

Esas razones motivaron mi voto en contra de la propuesta de declarar la invalidez de la reforma impugnada.

En la fecha de la sesión en que este tema fue discutido, fue hecho del conocimiento público que está presentada una pro-

puesta para retirar la declaración interpretativa a la que me he referido.

Hipóticamente —como lo hizo el proyecto— quise suponer que el Senado aprobaría y retiraría tal declaración; quise también suponer que se presentaría algún medio impugnativo en contra de esa decisión ¿Será inconstitucional que se retire la reserva? Eso es, sin embargo, elucubración.