

XIV. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

SENTENCIA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN

*Dr. Jorge Adame Goddard**

1. INTRODUCCIÓN

El 26 de abril de 2007 se reformó el Código Penal del Distrito Federal (arts. 144-147) y se añadieron dos artículos (16-bis-6 y 16-bis-7), a la Ley de Salud de esta entidad, con el objeto de legalizar el aborto (o «interrupción voluntaria del embarazo»), por la sola decisión de la madre y sin necesidad de alguna justificación, en las primeras doce semanas de gestación y, consecuentemente, señalar que los hospitales públicos de salud debían prestar el servicio de aborto gratuito y en condiciones sanitarias adecuadas.

El Procurador General de la República y el Comisionado Nacional de Derechos Humanos presentaron una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia, con el

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

fin de que juzgara acerca de la constitucionalidad de ambas reformas. La Suprema Corte, en sesión pública del Pleno el día 28 de agosto de 2008, decidió, por ocho votos a favor y tres en contra, que tales reformas eran conformes con la Constitución Federal.

Mientras tanto, en la mayoría de las entidades federativas de la República, la posibilidad de legalizar el aborto como se había hecho en el Distrito Federal, se contempló como una amenaza al derecho a la vida de todas las personas, por lo que los ciudadanos de esos Estados quisieron evitar que lo mismo ocurriera en sus territorios, y formaron grupos y movimientos sociales con el objeto de promover una reforma a la Constitución local de sus respectivas entidades federativas, en la que se estableciera que la vida humana se protegerá desde el momento de la concepción.

La primera entidad que hizo esa reforma fue Baja California, a la cual siguieron otros diecisiete Estados.

Dicha reforma consistió en agregar un párrafo al artículo 7o. que actualmente declara que el Estado de Baja California reconoce a sus habitantes los derechos humanos reconocidos en la Constitución General de la República; el párrafo adicional dice:

... de igual manera esta norma fundamental 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 le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.

El Procurador de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California presentó, el 26 de enero de 2009, una acción de inconstitucionalidad respecto de esa reforma ante la Suprema Corte de Justicia. Por otra parte, también se impugnó la reforma constitucional del Estado de San Luis Potosí, similar a la de Baja California.

La Suprema Corte, en Pleno, tomó la decisión respecto de la acción de constitucionalidad sobre la reforma a la Constitución de Baja California, en la sesión pública del 28 de septiembre de 2011. La votación fue de siete Ministros a favor de declarar su inconstitucionalidad, como lo proponía el proyecto presentado por el Ministro José Fernando Franco González; los votos a favor, además del voto del autor del proyecto, fueron los de los Ministros: Luis María Aguilar Morales, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero, Juan Silva Mesa, Sergio Valls Hernández y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Votaron a favor de la constitucionalidad de la reforma cuatro Ministros: Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Luna Ramos, Guillermo Ortiz Mayagoitia y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Para declarar la inconstitucionalidad de una ley, la Constitución exige (art. 105-II último párrafo) una mayoría de ocho votos, que no se obtuvo; para declarar la validez constitucional de la reforma bastaría la mayoría simple de seis votos, que tampoco se obtuvo. Por tanto, conforme al resolutivo segundo fue: "Se desestima la presente acción de inconstitucionalidad."

Respecto de la acción de inconstitucionalidad sobre la Constitución de San Luis Potosí, que tuvo lugar en la siguiente sesión pública del Pleno, no hubo una nueva discusión, y básicamente se resolvió en el mismo sentido que en el caso de la Constitución de Baja California.

En el presente comentario analizaré exclusivamente los argumentos vertidos en relación con la reforma de Baja California (acción de inconstitucionalidad 11/2009), dando por supuesto que son los mismos que los que se dieron en relación con la reforma impugnada en San Luis Potosí. En primer lugar atenderé los argumentos de la mayoría, tal como están en el voto particular del Ministro Franco (que es la reproducción de la parte sustancial del proyecto de sentencia que no alcanzó la mayoría necesaria) y en el voto particular, concurrente con el proyecto, del Ministro Aguilar, quienes fueron los únicos que hicieron votos particulares. En el segundo apartado analizaré los argumentos de la minoría contenidos, por orden alfabético, en los votos particulares de los Ministros Aguirre Anguiano, Ortiz Mayagoitia y Pardo Rebolledo. En el tercer apartado presentaré mi opinión sobre este debate, y en el cuarto intentaré una perspectiva del resultado de las consecuencias previsibles que podrá tener esta sentencia.¹ Finalmente expresaré mi opinión acerca de los argumentos, de la decisión y de las consecuencias que previsiblemente tendrá.

2. LOS ARGUMENTOS DE LA MAYORÍA PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN

Como lo señalé anteriormente, en este apartado analizaré los argumentos de la mayoría, comenzando con los contenidos en

¹ Hago este análisis con base en la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad 11/2009, que puede consultarse públicamente en la página web de la SCJ (<http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>) y que están juntos en un archivo electrónico relativo al expediente 11/2009 denominado "Engrose Oficial igual a Público". Los documentos que contiene este archivo son: 1) La sentencia. 2) Voto concurrente del Ministro Luis María Aguilar. 3) Voto particular del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. 4) Voto particular del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. 5) Voto particular del Ministro José Fernando Franco González. Y 6) Voto particular del Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia. Cada uno de estos documentos tiene numeración propia. Al citarlos en este trabajo, indicaré el nombre del autor del voto y la página del mismo.

el proyecto de sentencia presentado por el Ministro Franco, quien en vista de que el proyecto no obtuvo la mayoría de votos necesaria para ser aprobado, decidió presentarlo como voto particular. Después analizaré el voto particular del otro Ministro de la mayoría que hizo un voto particular, Aguilar Morales.

a) El voto del Ministro Franco González Salas

El proyecto no logró la mayoría necesaria, pero dicho Ministro decidió presentar los considerandos séptimo y octavo de su proyecto como voto particular.

La primera cuestión que analiza, siguiendo el orden establecido por el actor en su escrito de demanda, es si la adición a la Constitución de Baja California, en cuanto otorga al concebido no nacido el carácter de persona, es o no conforme con la Constitución General. Señala el Ministro Franco que ésta es la "cuestión central",² de cuya respuesta depende la decisión final. Anota³ que este punto de su proyecto fue el que "...más rechazo obtuvo de las y los señores Ministros. Sin embargo, [...] estimo que varios, si no todos, utilizaron premisas y argumentos, en los aspectos fundamentales, no lejanos a los que contiene el proyecto."⁴

Él acepta que la Constitución mexicana protege expresamente el derecho a la vida, pero afirma que ni la Constitución

² Voto Ministro Franco González Salas, p. 7.

³ Voto Ministro Franco González Salas, p. 7, nota 4.

⁴ Para hacer ver esta coincidencia material de los demás Ministros que votaron en el mismo sentido del proyecto, transcribe, en su misma nota 4, la versión estenográfica de las intervenciones orales en la sesión correspondiente de los Ministros Cossío Díaz, Valls Hernández, Zaldívar Lelo de Larrea, Aguilar Morales, Silvo Meza y Sánchez Cordero.

ni los tratados dicen expresamente que se protege la vida desde la concepción. Señala que en la decisión de la Corte respecto de la reforma al Código Penal del Distrito Federal que legalizó el aborto por la sola petición de la madre antes de las doce semanas de gestación, consideró que "no existe unanimidad... sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado." Y que, de los diversos tratados de derechos humanos, sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla de que se protegerá la vida, "por lo general", desde el momento de la concepción, pero que al ratificar ese tratado, México hizo una declaración interpretativa de que corresponde al Estado decidir a partir de qué momento comienza la protección.

Su primera conclusión⁵ es que, en general, la protección al derecho a la vida que hace la Constitución de Baja California es conforme con la Constitución general, pero no así la afirmación de que la protección comienza con la concepción, y la que otorga al concebido el "carácter de individuo y que se le tenga como nacido para todos los efectos legales." Para demostrar la inconstitucionalidad de estas dos últimas afirmaciones hace un análisis de lo que se entiende por "concepción", y de lo que la Constitución entiende por individuo, persona y ser humano, que le toma casi veinte páginas.⁶

Primero, afirma que hay cierta inseguridad terminológica porque unos autores hablan de fecundación y otros de concepción, pero finalmente acepta que no hay diferencias importantes

⁵ Voto Ministro Franco González Salas, p. 15.

⁶ Voto Ministro Franco González Salas, pp. 16 a 35.

de significado, y cita⁷ a un autor (Bruce Carlson) quien dice "la fecundación (concepción) consiste en una serie de procesos... <que> comienzan cuando los espermatozoides inician la penetración en la corona radiada que rodea el óvulo y terminan con el entremezclamiento de los cromosomas maternos y paternos tras la entrada del espermatozoide en el óvulo." Al concluir este proceso, añade, se tiene ya el óvulo fecundado al que se denomina técnicamente cigoto. De aquí concluye⁸ que "si bien la ciencia ha definido cuál es el momento en que se puede hablar de concepción (fecundación) natural, es sumamente difícil determinar, en la inmensa mayoría de los casos, el momento real en que se completa ese proceso en una mujer."

Llama la atención el reconocimiento de que la ciencia "ha definido el momento en que se puede hablar de concepción (fecundación) natural", en comparación con la afirmación que anteriormente había hecho, citando lo que la Corte había afirmado al resolver sobre la constitucionalidad del aborto, de que "no existe unanimidad sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana." Estas dos afirmaciones son contradictorias, a menos que se entienda que el cigoto no tiene "vida humana", de modo que se puede reconocer que el cigoto existe al momento de la concepción o fecundación, pero que no tiene vida humana, lo cual parece ser un presupuesto implícito que tiene el Ministro Franco.

En el análisis de los términos individuo, persona, ser humano, llega a la conclusión que éstos pueden tener un significado diferente en la Filosofía, Psicología y en otras ciencias. Admite

⁷ Voto Ministro Franco González Salas, p. 19.

⁸ Voto Ministro Franco González Salas, p. 20.

que "un ser humano efectivamente puede definirse en términos de su pertenencia a la especie *Homo sapiens* (y la pertenencia a esta especie es determinable empíricamente y, en último análisis, con base en criterios científicos), lo que lleva a la conclusión correcta, con este enfoque, de que desde el momento de la fecundación del óvulo de una mujer por un espermatozoide de un hombre, inicia la formación de un ser humano." No obstante, dice que "constitucionalmente el concepto de «ser humano» significa no sólo la pertenencia a la referida especie, sino que, además, se refiere a miembros de la especie humana con ciertas características o atributos que les otorga o reconoce el propio sistema normativo." De aquí resulta que "la pertenencia a la especie *Homo sapiens* es condición necesaria pero no suficiente para calificar como persona/individuo en sentido normativo." Dice que "el concepto de persona o de individuo como sujeto jurídico es una noción normativa."⁹

Con esa premisa de que persona o individuo es un ser humano que cumple las condiciones requeridas por las normas, se pregunta si al cigoto (al recién concebido) "¿se le puede considerar razonablemente como una persona o individuo —sujeto jurídico normativo— de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?"¹⁰ Y la respuesta es "no, toda vez que la Constitución... no establece que los nacidos sean personas, individuos o sujetos jurídicos normativos."¹¹

Él opina que la Constitución únicamente otorga derechos a los nacidos, y que si bien se refiere en algunos artículos a los

⁹ Voto Ministro Franco González Salas, pp. 23-24.

¹⁰ Voto Ministro Franco González Salas, p. 24.

¹¹ Voto Ministro Franco González Salas, p. 25.

concebidos (art. quinto transitorio del decreto de reformas al art. 30 constitucional y el art. 123), lo hace sólo por considerarlos «bienes jurídicamente protegidos», pero no personas o individuos "por más que califiquen como pertenecientes a la especie humana."¹²

Como en su opinión el concebido no nacido no es una persona constitucionalmente reconocida, concluye que la reforma a la Constitución de Baja California es anticonstitucional, porque considera como sujetos jurídicos a quienes la Constitución Federal no reconoce como tales.¹³ Por eso dice que lo que hace la reforma de la Constitución de Baja California no es una "extensión de derechos, sino... la creación de un nuevo grupo de sujetos de derechos", y esto no lo puede hacer una Constitución local, porque "si se considerara que el producto de la gestación tiene derechos constitucionales (como por ejemplo, el derecho a la salud, a la integridad física o a la vida, entre otros) éstos limitarían los derechos de las personas (principal, pero no exclusivamente de la mujer que no desea procrear) que sí están reconocidos como sujetos normativos en la Constitución Federal."¹⁴

Añade que, en todo caso, como lo indicó la Suprema Corte en la resolución sobre la constitucionalidad del aborto en el Distrito Federal (acción de inconstitucionalidad 147/2007), "el derecho a la vida no es absoluto, ya que ninguno de los derechos humanos o fundamentales lo son", y que, por tanto, el derecho a la vida "tendría que ser armonizable... con otros derechos."

¹² Voto Ministro Franco González Salas, pp. 25 y 32.

¹³ Voto Ministro Franco González Salas, p. 30.

¹⁴ Voto Ministro Franco González Salas, p. 32.

Concluye esta parte de su análisis diciendo que la reforma a la Constitución de Baja California "es inconstitucional y debe invalidarse", pues viola el principio de supremacía constitucional "al calificar como persona humana en sentido normativo al producto de la concepción en etapa prenatal, en detrimento de las personas nacidas."

Señala que esa conclusión es suficiente para invalidar la reforma impugnada, pero pasa ahora a analizar otro argumento que esgrime el actor, el de si la protección del concebido, contemplada por la reforma a la Constitución de Baja California, vulnera los derechos y la dignidad de las mujeres. El Ministro Franco no duda en afirmar¹⁵ que tal reforma "vulnera la dignidad de las mujeres y sus derechos fundamentales, en particular los reproductivos y a la salud."

Para demostrar la veracidad de lo afirmado, señala que la Constitución reconoce la dignidad humana (art. 1o.) y, por consiguiente, la de las mujeres. Hasta aquí¹⁶ no hay razonamiento que indique que la reforma de la protección al concebido viola la dignidad de las mujeres. Pero luego añade¹⁷ que el artículo 4o. constitucional, segundo párrafo, constituye los "derechos reproductivos", al afirmar que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos", y que la Suprema Corte en Pleno interpretó, al fallar la acción de inconstitucionalidad 2/2010, que el artículo 4o. establece un "derecho fundamental, de los denominados de libertad, como es el de decidir libremente

¹⁵ Voto Ministro Franco González Salas, p. 35.

¹⁶ Voto Ministro Franco González Salas, pp. 36-39.

¹⁷ Voto Ministro Franco González Salas, p. 43.

sobre el número y espaciamiento de los hijos que se deseen tener, lo cual implica también la decisión de no tenerlos." Cita luego algunos instrumentos internacionales (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Programa de acción de la conferencia internacional de población y desarrollo, Plataforma de acción de Beijing) en los cuales se hace referencia a los derechos reproductivos de las mujeres —aunque ninguno habla específicamente de aborto o interrupción voluntaria del embarazo—, y concluye¹⁸ que "los derechos reproductivos son derechos humanos garantizados constitucionalmente."

Añade que la Constitución, en el mismo artículo 4o., así como diversos tratados, reconocen el derecho a la salud y que éste comprende "la libertad sexual y genésica."¹⁹ Apoya esta afirmación señalando que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en una observación general, señaló que el derecho a la salud comprende la libertad de la persona "de controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias." Concluye afirmando que el derecho a la salud "incluye la salud reproductiva y la salud sexual."²⁰

Otro argumento más para explicar por qué la reforma a la Constitución de Baja California lesiona los derechos de las mujeres es el relativo a la vida privada. Señala que la Constitución protege este derecho en varios artículos, que tiene que ver con la posibilidad "tomar libremente ciertas decisiones atinentes

¹⁸ Voto Ministro Franco González Salas, p. 47.

¹⁹ Voto Ministro Franco González Salas, pp. 47 y 48.

²⁰ Voto Ministro Franco González Salas, p. 50.

al propio plan de vida", y que entre esas decisiones están "la de interrumpir o continuar con su embarazo."

De estas consideraciones, concluye que por una "interpretación sistemática" del principio de dignidad de las mujeres, de sus derechos reproductivos y sexuales y de su derecho a la vida privada, la mujer tiene "libertad para decidir procrear o no hacerlo, no sólo antes del embarazo, sino también, en ciertos casos o supuestos y bajo ciertas condiciones, durante el embarazo, para continuar con el mismo o interrumpirlo; y tomar esas decisiones en un entorno libre de coerción, discriminación y violencia..."²¹

En el siguiente epígrafe de su proyecto,²² el Ministro Franco analiza si sería válido constitucionalmente proteger absolutamente la "vida prenatal". Dice que la reforma a la Constitución de Baja California pretende dar esa protección "absoluta" porque parte de la premisa falsa de que el concebido es persona humana, y por eso, el resultado de tal protección es vulnerar los derechos de las mujeres arriba analizados.

Continúa el Ministro Franco analizando²³ si la protección al concebido, sin considerar los argumentos anteriores por los que la ha declarado inconstitucional, pudiera ser entendida como una limitación válida de los derechos de las mujeres. Para ello, sigue el criterio de juzgar si esa limitación cumple con los requisitos que ordinariamente se siguen para demostrar si una limitación a un derecho fundamental es válida: que sea idónea,

²¹ Voto Ministro Franco González Salas, p. 52.

²² Voto Ministro Franco González Salas, p. 52-56.

²³ Voto Ministro Franco González Salas, pp. 56-61.

necesaria y proporcional. Afirma que no es idónea, porque no persigue un fin constitucionalmente válido, pues aunque la vida está protegida en la Norma Fundamental, el hecho de que la reforma a la Constitución de Baja California trate como persona al no nacido es algo contrario a la Constitución Federal. Tampoco es necesaria, porque dicha medida al atribuir "un pretendido derecho absoluto a la vida al no nacido" lesiona los mencionados derechos fundamentales de las mujeres. Ni es proporcional, porque produce "una afectación desproporcional y exorbitante" en estos.

En la tercera parte de su proyecto, el Ministro Franco analiza los efectos que tendría la reforma de la Constitución de Baja California en la legislación local secundaria, si se confirmara su validez. Es un análisis detenido.²⁴ Señala que de aprobarse la reforma, se producirían cambios en la interpretación de las leyes penales de esa entidad federativa. En primer lugar se afectaría la legislación penal, pues el aborto dejaría de considerarse como un delito o "tipo penal autónomo", porque se equipararía a un homicidio, pues implica privar de la vida a otra persona.²⁵ Afirma además que, como la reforma contiene un artículo transitorio que dice que se derogan todas las leyes que se opongan a la reforma, se puede entender que se han derogado los artículos del Código Penal sobre el aborto, o al menos que puede haber duda si siguen vigentes o no, lo cual "viola el derecho a la seguridad jurídica"²⁶ e inhibe el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres.

²⁴ Voto Ministro Franco González Salas, pp. 61 a 94.

²⁵ Voto Ministro Franco González Salas, pp. 67, 68 y 70.

²⁶ Voto Ministro Franco González Salas, p. 74.

Otro efecto de la reforma es que prohibiría el uso de métodos anticonceptivos que funcionan impidiendo la anidación del óvulo fecundado en el útero, o sea dando muerte a un recién concebido. Específicamente se refiere a la llamada «píldora del día siguiente» o «anticoncepción de emergencia» y al dispositivo intrauterino. Una consecuencia de la reforma a la Constitución local es que "se tendría que penalizar (independientemente del tipo penal que se utilizara) el empleo de la anticoncepción hormonal poscoito <sic> y del dispositivo intrauterino." Esta penalización resultaría anticonstitucional, ya que el Estado mexicano, según declaró la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 146/2007, "no está obligado a proteger la vida desde la concepción o en algún momento específico", y porque lesionaría los derechos reproductivos de las mujeres, máxime que la Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005, que prescribe la anticoncepción de emergencia a mujeres que han sido violadas, hasta cinco días después de la violación, resultaría inaplicable; tampoco se podría prestar el servicio médico de aborto en los casos que la ley penal de Baja California señala que no son punibles, como son, además de la violación, los de aborto terapéutico, es decir cuando el concebido tiene defectos graves o está en peligro la vida de la madre.

Otra consecuencia sería, de acuerdo con los argumentos del actor que el Ministro Franco no contradice, que en Baja California se prohibiría "la fertilización *in vitro*, la investigación en embriones no implantados, el diagnóstico prenatal y la selección de sexo." Respecto de la fecundación *in vitro*, reconoce el proyecto del Ministro Franco, se sabe que el uso de esa técnica ordinariamente implica la eliminación o congelamiento de los embriones que se consideran menos aptos. La Ley General de Salud, aunque no regula específicamente la fecundación *in vitro*,

tampoco la prohíbe, y ciertamente (art. 318) da a la Secretaría de Salud la facultad de hacer el "control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales." Si esa dependencia ya tiene la facultad de decidir sobre la "disposición de los embriones", no se la pueda quitar una ley local.²⁷

No explica por qué razón se prohibiría el diagnóstico prenatal, que no implica necesariamente la muerte del embrión, máxime que, como reconoce el proyecto del Ministro Franco, el Código Penal admite la posibilidad de un aborto no punible en los casos de malformaciones genéticas o de peligro para la vida de la madre. Tampoco explica por qué estaría prohibida en Baja California la «selección de sexo».

Concluye que la reforma es inválida, no sólo en cuanto protege la vida de toda persona desde la concepción, sino también la frase final de la reforma que dice que la protección dura "hasta su muerte natural o no inducida." Y explica esta afirmación diciendo "Lo anterior en el entendido de que, como se ha establecido, la Constitución Federal reconoce el derecho fundamental de toda persona humana a que se respete su vida, sin especificar el momento en que termina la protección de ese derecho."²⁸

b) El voto del Ministro Aguilar Morales

En su voto particular, el Ministro Aguilar afirma que considera que la reforma "es inconstitucional, en virtud de que regula la tutela de la vida, definiéndola con un concepto determinado y estableciéndola como un derecho fundamental, cuando las Constitu-

²⁷ Voto Ministro Franco González Salas, p. 90.

²⁸ Voto Ministro Franco González Salas, p. 95.

ciones estatales no pueden establecer definir la naturaleza y existencia de este tipo de derechos, que sólo pueden estar en la Constitución Federal..."²⁹

Para demostrar la veracidad de su juicio, dice que "es indiscutible que el derecho a la vida es un derecho fundamental."³⁰ Que la soberanía de los Estados está limitada al régimen interior, y que éstos, por medio de sus Constituciones, pueden organizar sus poderes e instituciones, pero que no pueden alterar los derechos fundamentales.³¹ En consecuencia, es "inválida toda norma de una Constitución de un Estado de la República que pretenda determinar y establecer principios propios de la Constitución Federal."³²

Reconoce que la Suprema Corte ha aceptado que los Estados pueden ampliar los derechos fundamentales, pero que no pueden modificarlos, y cita en apoyo una decisión de la Suprema Corte, en el amparo en revisión 123/2002, donde señala que la ampliación debe hacerse "sin vulnerar el marco constitucional" de los mismos, es decir manteniendo su "esencia."

Afirma que, como la Constitución General "no define el momento a partir del cual se inicia la vida, no puede una Constitución de un Estado de la Federación hacerlo, porque ello es parte del concepto fundamental, esencial en la definición del derecho humano..."³³

²⁹ Voto Ministro Aguilar Morales, p. 2.

³⁰ Voto Ministro Aguilar Morales, p. 5.

³¹ Voto Ministro Aguilar Morales, p. 11.

³² Voto Ministro Aguilar Morales, p. 12.

³³ Voto Ministro Aguilar Morales, p. 19.

De aceptarse la constitucionalidad de la reforma de Baja California, se tendría el resultado de que habría en la República regímenes diferentes, pues en unos Estados se protegería la vida desde la concepción y en otros no, lo cual "propiciaría la injusticia, la desigualdad, y la discriminación al tratar de manera diferente a los seres humanos que habitan en este mismo país."³⁴

Finalmente, concluye que dicha reforma, puesto que "contiene la definición conceptual de un derecho fundamental humano como es el de la vida, el momento de su inicio, los sujetos protegidos y su consecuente protección, es claro que resulta inválido en tanto que el legislador estatal no puede legislar sobre ello,..."³⁵

3. LOS ARGUMENTOS DE LA MINORÍA

Votaron a favor de la constitucionalidad de la reforma a la Constitución de Baja California los Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Ortiz Mayagoitia y Pardo Rebolledo. De ellos, tres hicieron voto particular: Aguirre Anguiano, Ortiz Mayagoitia y Pardo Rebolledo, cuyos argumentos se analizan aquí, siguiendo el orden alfabético del apellido del autor.

a) *El voto del Ministro Aguirre Anguiano*

El voto parte de la siguiente afirmación: "La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de protección a la vida humana desde la concepción."

³⁴ Voto Ministro Aguilar Morales, pp. 27 y 28.

³⁵ Voto Ministro Aguilar Morales, p. 29.

Para demostrar esa afirmación, recuerda³⁶ que el Pleno de la Suprema Corte aprobó la tesis jurisprudencial P/J 14/2002 de rubro: "DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES."

Además, argumenta que con la reciente reforma del artículo 1o. constitucional, se incorporaron a la Constitución mexicana los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, entre los cuales está el derecho a la vida, y se estableció la regla de interpretación denominada *pro homine* o *pro persona*, según la cual, en caso de divergencia entre dos o más normas sobre derechos humanos, prevalecerá aquella que sea más favorable a la persona. Dicha reforma también estableció que todas las autoridades tienen obligación de respetar, promover y garantizar los derechos humanos, de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En ese nuevo ámbito constitucional, analiza cómo queda el derecho a la vida. Afirma que toda vida humana tiene un principio y un fin, que inicia con la fecundación y termina con la muerte. Dice que la Constitución mexicana no señala en qué momento se inicia la protección de la vida del ser humano, pero que "no hay duda que la protege desde que inicia."³⁷

³⁶ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 3.

³⁷ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 14.

El Constituyente local de Baja California, cuando aprueba esa reforma, simplemente aclara en qué momento comienza la protección. No altera la esencia del derecho a la vida reconocido en la Constitución Federal, por lo que pudo hacer válidamente esta aclaración o "contextualización" en uso de su "libertad de autodeterminación."³⁸

La aclaración hecha por el constituyente de Baja California, añade el Ministro Aguirre, es totalmente congruente con el artículo 1o. constitucional reformado: i) es conforme con la regla de interpretación *pro homine*, pues da una protección más amplia a la persona al señalar que comienza con su origen; ii) es conforme con el principio de universalidad, pues se da la protección de la vida a todos los seres humanos, sin discriminación por su edad; iii) es conforme con el principio de progresividad, porque da seguridad sobre el inicio de la protección; iv) es conforme con el principio de indivisibilidad, porque no fracciona la protección del derecho a la vida, y v) conforme con el principio de interdependencia, porque la protección de la vida desde la concepción "es plenamente acorde con el ejercicio de los demás derechos humanos."³⁹

Añade que la protección de la vida desde la concepción es conforme con otros artículos constitucionales y de tratados sobre derechos humanos. Es conforme con el artículo 3o. constitucional que habla del "aprecio a la dignidad de la persona"; con el artículo 4o. que se refiere al derecho a la salud, la cual comprende la salud de la madre y la de los hijos concebidos y no nacidos, como lo declara expresamente el dictamen de la

³⁸ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 15.

³⁹ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 16-17.

Cámara de Senadores que aprobó el artículo 4o., donde dice que el Estado debe proporcionar a la mujer embarazada la debida atención y servicios médicos, no sólo para su propia salud, sino también "por la del futuro hijo quien, de esta manera, antes de su nacimiento goza de la protección del Derecho y del Estado"; y lo mismo se señala en el dictamen correspondiente de la Cámara de Diputados.⁴⁰ Es también conforme con el artículo 123, apartado A, fracciones V y XV y apartado B, fracción XI, inciso c), que establecen medidas para la protección de la mujer trabajadora y del hijo concebido, el cual, según el dictamen emitido por la Cámara de Senadores al aprobar estos artículos constitucionales (el año de 1983), "desde antes de su nacimiento goza de la protección del Derecho y del Estado." Es congruente también con el artículo transitorio que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales (el año de 1999) que otorga derechos de nacionalidad al concebido.⁴¹

La protección de la vida desde la concepción, dice el Ministro Aguirre, es también congruente con varios tratados internacionales de derechos humanos: con los artículos 4.1 y 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen, el primero, que la vida se protege por lo general desde la concepción, lo cual señala un deber del Estado, y si bien México hizo una declaración interpretativa en el sentido de que los Estados no estaban obligados a respetar la vida desde la concepción, pues eso sería una decisión soberana, lo cierto es que el Estado mexicano no se ha pronunciado ni en un sentido ni en otro; y es congruente con el artículo 1.2 de la misma Convención que declara que por persona se entiende a todo ser humano.

⁴⁰ Voto Ministro Aguirre Anguiano, pp. 17-18.

⁴¹ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 18.

Es congruente también, sigue diciendo el Ministro, con la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo preámbulo se alude a la protección y cuidados del niño antes y después del nacimiento. Con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 6.5 se prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres embarazadas; y con otros tres tratados internacionales, de los que sólo menciona el nombre y el número del artículo sin explicar la disposición en concreto, y que son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 5, 10 y 12; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 12, y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 110, en su artículo 47 párrafos 1, 6, y 8.

Teniendo en cuenta los preceptos constitucionales y de derechos humanos analizados, dice el Ministro Aguirre que "la postura de considerar al producto de la concepción sólo como un bien jurídico a proteger, al igual que a un árbol o a un animal, carece de sustento constitucional, pues es claro el valor que nuestro Constituyente ha otorgado a la vida humana y de la protección que le ha brindado como un ser humano en formación o desarrollo..."⁴²

En consecuencia con lo anterior, afirma que la reforma a la Constitución de Baja California no crea un nuevo grupo de "sujetos" titulares del derecho a la vida, sino que simplemente aclara que se protege al ser humano desde su inicio. Advierte que una interpretación restrictiva que excluya de la protección al ser humano en gestación sería "claramente contraria" a la regla de

⁴² Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 20.

interpretación de las normas de derechos humanos establecida en el artículo 1o. constitucional.

Después de presentar los fundamentos de la afirmación de que la Constitución mexicana protege al ser humano desde el momento de la concepción, hace esta segunda afirmación: que los Estados de la República Mexicana "están facultados constitucionalmente para regular los derechos humanos y dictar normas protectoras de los mismos."⁴³

Reconoce que las entidades federativas no pueden modificar el "núcleo esencial" de los derechos humanos en el sentido de restringirlos, pero sí para ampliarlos. La reforma de la Constitución de Baja California, dice el Ministro, "respeto el núcleo esencial del derecho a la vida y procura su protección en su exacta dimensión: desde el momento en que ésta comienza y hasta que termina. No modifica ni altera el derecho a la vida humana." En apoyo de esta afirmación cita varias tesis de la Suprema Corte de Justicia en que se reconoce la facultad de las entidades federativas para regular y ampliar los derechos humanos.

La tercera afirmación del voto del Ministro Aguirre es que la protección de la vida del ser humano desde la concepción "no vulnera los derechos de las mujeres."⁴⁴ Señala que "la mera declaración de protección de la vida desde su inicio con la fecundación no puede dar lugar a un conflicto en abstracto entre este derecho humano y otros derechos y libertades de la mujer."⁴⁵

⁴³ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 21.

⁴⁴ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 28.

⁴⁵ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 29.

Advierte que "afirmaciones abstractas respecto a los efectos que supuestamente tendrá la disposición impugnada sobre las normas penales y en el uso de métodos anticonceptivos y de técnicas de reproducción asistida" no son suficientes para demostrar que hay una colisión de la protección de la vida desde la concepción con los derechos de las mujeres. Los preceptos constitucionales deben luego ser regulados por la legislación ordinaria para aplicarlos a situaciones concretas, y en ningún lugar del texto de la reforma de la Constitución de Baja California se establece que el Estado, para hacer efectiva la protección de la vida desde la concepción, "debe prohibir el uso de anticonceptivos o deba penalizar aborto provocado de determinada manera."⁴⁶

Admite el Ministro Aguirre que la Constitución Federal reconoce los derechos de igualdad, no discriminación por razón de género, "la libertad sexual y genésica, así como la reproductiva para decidir el número de hijos que se desee tener o no tenerlos."⁴⁷ Pero aclara que, ni en ésta ni en los tratados de derechos humanos, se contempla el derecho de la mujer de abortar voluntariamente al ser humano concebido. Asimismo, admite que la mujer tiene libertad sexual, pero señala que el mismo artículo 4o. constitucional habla de decidir sobre los nacimientos de "manera responsable"; de modo que si no quiere ser madre puede optar "tomando las medidas anticonceptivas relativas, pero nunca tendrá la madre el derecho de optar por destruir la vida del ser humano sólo porque no ha nacido." Lo mismo cabe decir del derecho a la salud, que incluye la salud sexual y reproductiva, pero no el derecho de abortar.⁴⁸

⁴⁶ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 30.

⁴⁷ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 31.

⁴⁸ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 32.

Respecto de la supuesta colisión del derecho a la vida del concebido con los derechos de las mujeres, señala que la vida es un derecho que "por naturaleza no admite limitación sin anularse, ... por lo que necesariamente tiene que prevalecer en cualquier ponderación que se realice con bienes de otra naturaleza."⁴⁹

El nuevo artículo de la Constitución de Baja California, afirma el Ministro Aguirre, no es una medida inadecuada o desproporcionada, como se dice en el proyecto de sentencia. No es inadecuada porque se orienta a un fin constitucional válido, la protección de la vida, y porque no lesiona ninguno de los derechos de las mujeres. No es desproporcionada, ni restrictiva de los derechos de la mujer, porque si bien es cierto que se pueden tomar algunas medidas para evitar los embarazos no deseados, si no obstante una mujer queda embarazada, la protección de la vida desde la concepción impide que se dé muerte al que está por nacer; en cambio, si se autoriza el aborto, se dejaría sin protección a "los seres humanos no deseados sólo porque no han nacido."⁵⁰

Termina este apartado con el señalamiento de que, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, "todos los seres humanos tenemos dignidad igual intrínseca, de ahí que el óvulo fecundado, el concebido, tenga la misma dignidad que los nacidos, ... no entenderlo así es totalmente discriminatorio."⁵¹

⁴⁹ Voto Ministro Aguirre Anguiano, pp. 33-34.

⁵⁰ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 35.

⁵¹ Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 36.

En el último apartado (IV) de su voto, el Ministro Aguirre resume su posición en 19 párrafos, en los que condensa lo que explicó en los primeros tres apartados de su voto.

Concluye dando su voto "por el reconocimiento de validez de la norma impugnada, que protege la vida humana desde que inicia, esto es, desde la concepción."⁵²

b) El voto del Ministro Ortiz Mayagoitia

El Ministro desarrolla su argumentación en ocho puntos: 1) el derecho a la vida; 2) la vida y la concepción; 3) la vida humana desde la concepción y los derechos de la mujer; 4) los "efectos" de la norma impugnada; 5) la norma impugnada y su efecto descendente; 6) la norma impugnada y los anticonceptivos; 7) el derecho a la vida y los tratados internacionales y 8) el derecho a la vida y el aborto.

Respecto del derecho a la vida, afirma que éste siempre se ha reconocido en la Constitución mexicana, aunque no de manera expresa hasta la reforma de 10 de junio de 2011, en la que en el nuevo artículo 29 constitucional se señala expresamente el derecho a la vida, como uno de aquellos que no pueden suspenderse, ni siquiera en caso de emergencias.

La protección de la vida desde la concepción no es propiamente una novedad en el orden jurídico mexicano, pues el *Código Civil Federal*, en su artículo 22, afirma lo mismo que hace la reforma constitucional de Baja California, que "desde el momento

⁵² Voto Ministro Aguirre Anguiano, p. 41.

en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido." Recuerda el Ministro Ortiz Mayagoitia que esa norma, de tener como nacido al concebido "ha estado vigente en esos mismos términos durante toda nuestra vida constitucional."⁵³

Hace una distinción interesante entre persona y personalidad jurídica. Persona es el ser humano, el "individuo biológico"; en cambio, la personalidad jurídica, es el conjunto de derechos y obligaciones que tiene un ser humano. Cita el artículo 23 del Código Civil Federal que dice que puede haber "restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona."

Aclara que es falsa la distinción que se hace entre el nacido y el concebido no nacido, como si fueran dos sujetos diferentes; ambos son un mismo sujeto (un mismo ser humano) en momentos diferentes. Critica la posición del proyecto cuando dice que si bien el embrión es un ser humano, no "califica" como persona mientras no cumpla ciertas condiciones, y afirma: "en mi opinión, el principio de no discriminación consiste justamente en eliminar condiciones que deba cumplir un ser humano para 'calificar' como persona."⁵⁴

Es un hecho evidente, dice el Ministro Ortiz Mayagoitia, que todo ser humano, toda persona, inicia su vida a partir de la concepción. Por eso rechaza que el proyecto considere que el embrión, el concebido no nacido, sea simplemente un "bien jurídico." Recuerda que los "no nacidos" no son sujetos diferen-

⁵³ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 9.

⁵⁴ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 12.

tes que el nacido, sino el mismo sujeto, y que tampoco son "bienes", y que el orden jurídico mexicano se refiere a ellos "con la palabra 'hijos.'"⁵⁵ En apoyo de la afirmación de que los nacidos y los no nacidos no son sujetos diferentes, y de que los no nacidos no son simplemente "bienes jurídicos", menciona la petición que hizo el Presidente de la República al Senado para que retirara la declaración interpretativa que hizo respecto del artículo (4.1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege la vida desde la concepción.

Respecto del supuesto conflicto entre la protección de la vida desde la concepción y los derechos de las mujeres, señala que no existe tal conflicto,⁵⁶ ya que la protección de la vida desde la concepción no distingue entre varones o mujeres y "no significa, por sí misma, un atentado contra el ejercicio libre de la sexualidad y las capacidades reproductivas."⁵⁷ No existe, continúa el Ministro, una "prevalencia o superioridad del derecho a la vida del concebido, frente a los demás derechos de cualquier persona," ya que ningún derecho es absoluto", ni el derecho a la vida ni el derecho a decidir el número y momento de los hijos. El ordenamiento jurídico "debe hallar los mecanismos que solucionen los casos límite, en que dos o más derechos fundamentales puedan entrar en competencia." Concluye esta parte de su voto afirmando que "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."⁵⁸

⁵⁵ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 13.

⁵⁶ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 16.

⁵⁷ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 17.

⁵⁸ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 18.

En cuanto a los efectos de la reforma constitucional de Baja California que tendría en la legislación penal, señala que esas "consecuencias" de las que habla el proyecto (la supresión del tipo penal de aborto) son meramente hipotéticas, que todos los delitos contra la vida tienen en común el acto de privarla, pero se distinguen diversos tipos (homicidio, feminicidio o aborto, entre otros) por sus características propias.

La reforma constitucional de Baja California, prosigue el Ministro Ortiz Mayagoitia, no disminuye por sí misma los derechos de la mujer. "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,"⁵⁹ y sobre esos conflictos podrán conocer los jueces locales. "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."⁶⁰

La mencionada reforma tampoco afecta, por sí misma, el uso de anticonceptivos. Si se negara a las mujeres el uso de ciertos anticonceptivos, existen "los medios para prevenir y corregir los acontecimientos."⁶¹

Considerando los tratados internacionales en conjunto, y en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

⁵⁹ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 20.

⁶⁰ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 20.

⁶¹ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 21.

el Ministro Ortiz Mayagoitia destaca la frase final del artículo 4.1 de dicha Convención que dice "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente," a lo que él agrega "ni siquiera antes de nacer." Dice que la declaración interpretativa que hizo México respecto de ese artículo afirmaba que el Estado mexicano no tenía "obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción," lo cual, explica el Ministro, significaba que México tenía la facultad de conceder o no tal protección. Treinta años después de esa declaración, se hizo la reforma que incorpora a la Constitución los derechos humanos contenidos en los Tratados, con lo cual México ha ejercido esa facultad de proteger la vida desde la concepción y "ha asumido constitucionalmente el derecho a la vida, con aplicación general a toda la Nación."⁶² Si ahora se presentara un conflicto a nivel federal sobre la protección de la vida, se tendría que mirar el citado artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y concluye: ¿Cómo será posible declarar la inconstitucionalidad de una norma que prácticamente reproduce el artículo 4o. de la Convención Americana...⁶³

Finalmente, considera que cada Estado de la República tiene la libertad de definir los delitos, las sanciones, los agravantes y excluyentes de responsabilidad. Que en el caso de la ley impugnada, "no estamos haciendo un juicio de constitucionalidad sobre el tipo penal de aborto", ni "estamos —los jueces constitucionales— habilitados por la Constitución para expulsar normas del sistema, sólo por sus imperfecciones técnicas, por sus potenciales o hipotéticos efectos, o sus posibles interpreta-

⁶² Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 23.

⁶³ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 24.

ciones, sino únicamente por su desacato claro y directo de la Constitución.⁶⁴ La reforma constitucional de Baja California "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."⁶⁵

c) Voto del Ministro Pardo Rebolledo

Comienza, al igual que todos, analizando si la Constitución mexicana reconoce el derecho a la vida y concluye, como todos, que sí existe tal derecho, cuya formulación es ahora explícita por la incorporación de los derechos humanos contenidos en los Tratados a la Constitución mexicana. Sin embargo, advierte que el derecho a la vida "no tiene un carácter absoluto" en relación con los demás derechos.⁶⁶

Luego se pregunta si la Constitución Federal protege la vida desde la concepción. Como preámbulo, indica que la posición del proyecto en el sentido de que el concebido no es un sujeto de derechos sino sólo "un bien jurídicamente protegido", es la misma postura que adoptó el Tribunal Constitucional de España (sentencia 166/1999). Luego declara su posición propia: "La realidad es que la Ley Fundamental reconoce al producto de la concepción como susceptible de una titularidad del derecho a la vida, y de aquéllos que en su estado de gestación

⁶⁴ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 25.

⁶⁵ Voto Ministro Ortiz Mayagoitia, p. 26.

⁶⁶ Voto Ministro Pardo Rebolledo, pp. 4 y 5.

puedan atribuírsele, en un ámbito de paridad con los demás sujetos de derechos, como bien podría ser su madre.¹⁶⁷

Para demostrar la veracidad de su afirmación aduce los mismos artículos constitucionales que el Ministro Aguirre: el artículo 123 constitucional, Apartado A, fracción XV, que protege al concebido como un sujeto diferente a la madre, el dictamen de aprobación, de ambas Cámaras, de la reforma constitucional al artículo 4o. en materia de salud, que habla de la protección desde el momento de la gestación; el artículo transitorio tercero del decreto de reformas al artículo 30 constitucional, que atribuye derechos de nacionalidad al concebido no nacido. Además, señala, la protección desde el momento de la concepción está contemplada por diversos tratados internacionales, que también mencionaron los otros Ministros de la minoría en sus respectivos votos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4o.), la Convención sobre los Derechos del Niño (en el proemio), y menciona además la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se refiere a todos los miembros de la familia humana y prescribe (art. 3) que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

El Ministro Pardo Rebolledo, llegado a este punto de su argumentación, afirma: "... el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, y por tanto la reproducción de esa protección en un ámbito estatal no implicaría ninguna contradicción o afectación a la Constitución Federal ni a tratados internacionales;..."¹⁶⁸ La cuestión, así la plantea, está en decidir, dado que ni la Constitución ni los tratados indican

¹⁶⁷ Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 9.

¹⁶⁸ Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 13.

el momento en el que se inicia la protección, "si las entidades federativas pueden detallar el inicio de esa protección, a un nivel no previsto a nivel federal."⁶⁹ Él concluye que las entidades federativas sí pueden determinar el momento en que inicia la protección a la vida, toda vez que no es una facultad que esté reservada a la Federación, pero advierte que el sistema permite que cada Estado decida libremente al respecto, de modo que puede ser que "en este país, una región establezca el inicio de la protección de la vida del producto en gestación desde la concepción, y que en otros Estados no se haga expresamente o se efectúe de manera distinta."⁷⁰

Respecto de la discusión que se dio en el Pleno acerca de si el derecho a la vida desde la concepción, como se encuentra planteado en la Constitución de Baja California reformada, está concebido como un "derecho absoluto", el Ministro Pardo aclara que la norma contenida en dicha reforma constitucional es una norma «programática», que implica una conducta general por parte del Estado, que no se traduce en "prestaciones concretas exigibles por los particulares" y que no es un "derecho absoluto." La legislación secundaria tendrá que tomar en cuenta esa norma programática y ponderar los diversos derechos que puedan entrar en conflicto, "tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario precisando las condiciones y requisitos en los que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos." Y lo mismo tiene que hacer el Poder Judicial, determinando caso por caso si "existe justificación que haga prevalente un derecho sobre otro", pero contando con lo que disponga la

⁶⁹ Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 15.

⁷⁰ Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 19.

legislación secundaria.⁷¹ Es por eso, así concluye el Ministro Pardo, "que la entrada en vigor de la reforma aprobada por el Congreso de Baja California, no conlleva a la derogación de las disposiciones secundarias, como podrían ser las excusas absolutorias en caso de aborto o la posibilidad de inseminación artificial, por señalar algunas, puesto que dichas normas atienden a otros derechos en un mismo nivel constitucional;..."⁷² Los posibles conflictos entre el derecho a la vida y otros derechos deberán preverse, regularse y solucionarse mediante los juicios de ponderación que hagan el legislador y los jueces.

Al final de su voto deja en claro su postura: "no se trató de un posicionamiento respecto de la despenalización del aborto, o bien de algún otro caso previsto en una ley secundaria; por el contrario se analizó un imperativo programático de un texto constitucional en una entidad federativa para advertir si existía una contradicción con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o con los tratados internacionales."⁷³ Y concluye que la Corte debió declarar la validez de la reforma constitucional de Baja California.

4. OPINIÓN PERSONAL SOBRE ESTE DEBATE

La cuestión que se discute en este debate es verdaderamente crucial. Lo que está en juego, no es simplemente —lo cual en sí es grave— si se legaliza el aborto o no, sino el mismo fundamento del Derecho y del orden político.

⁷¹ Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 25.

⁷² Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 26.

⁷³ Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 27.

El Derecho, la ciencia jurídica, tiene como punto de partida la distinción entre persona y cosas. La persona es el sujeto del Derecho, el actor de los diversos papeles jurídicos que se contemplan en la vida social, pero nunca es objeto de un acto jurídico: las personas no son objeto de venta, arrendamiento o préstamo, ni de concesiones o permisos, ni cosas en propiedad. Sólo cuando se ha oscurecido esa distinción y se considera que algunos seres humanos no son personas sino esclavos, es decir cosas, se puede entonces tener a esos seres humanos como objeto de compras, ventas, arrendamientos, o de apropiación privada. Cuando se acepta la esclavitud, se entiende que hay unos seres humanos que son personas, sujetos del Derecho, y otros que son asimilados a las cosas y pueden ser objetos de los actos jurídicos. Desgraciadamente, en la mayor parte de la historia humana, se ha aceptado que no todos los seres humanos son personas, pues hay algunos que, por diferentes circunstancias, han sido considerados esclavos, cosas susceptibles de apropiación privada.

En México, la esclavitud termina con la Independencia, y desde entonces se tiene prohibida en la propia Constitución de la República (art. 1o.). La conceptualización del aborto o «interrupción del embarazo» como un derecho que la madre puede ejercer libremente mientras el hijo no nazca, viene siendo una recaída en esa mentalidad gravemente errónea, pero persistente, que distingue entre seres humanos que son personas y otros que no lo son. Cuando se reconocía la esclavitud, se decía que algunos seres humanos, por su origen racial o por haber sido alumbrados por madre esclava, eran esclavos, y los demás eran libres por nacimiento. Ahora se dice que los concebidos no nacidos, no son personas y pueden ser muertos por decisión de

la madre y con ayuda del Estado, mientras que los ya nacidos son libres y personas con derechos.

Por otra parte, el orden político se sustenta en el principio de que el poder se ejerce para bien o servicio del pueblo. De ahí nace la distinción entre el poder que se ejerce sobre las cosas, que es la propiedad, y el poder que se ejerce sobre los ciudadanos, que es la potestad o poder político. La propiedad es un poder de disposición, que da a su titular la capacidad de disponer de la cosa para su personal provecho. En cambio, la potestad es un poder de servicio, que se ejerce, no para provecho del titular del poder político, sino para servicio del que está sujeto a potestad. El modelo del poder político es el poder que tienen los padres sobre los hijos, o patria potestad. El ser humano, todos los seres humanos que conforman un pueblo, son la razón de ser del poder político y, por lo mismo, su primera y fundamental limitación y orientación: todo poder político se ejerce para beneficio del ser humano, de todos los que forman el pueblo, y no debe ser ejercido en contra del pueblo, ni sólo para beneficio de algunos.

Cuando el poder político se arroga la facultad de decidir quiénes son seres humanos, de modo que protege exclusivamente a los que él elige, y no a los que son humanos por su propia naturaleza, pierde entonces su razón de ser. El poder político ya no se ejerce para servicio del ser humano sino para el servicio de sí mismo, y por eso puede destinar fondos públicos para eliminar a los seres humanos no nacidos a los que trata como cosas indeseables, casi como enemigos del bien común.

En cuanto al debate mismo, coincido con el Ministro Franco en el sentido de que la cuestión principal es la de juzgar si el

concebido no nacido es persona o cosa. Él dice que es un "bien jurídico" del que se puede disponer, que es lo mismo que decir que es una cosa, pues la mayor parte de ellas (cosas propiamente, plantas o animales) son bienes jurídicos protegidos, de los cuales se puede disponer en la medida que lo permitan las leyes. Como el Ministro Franco afirma que el recién concebido y no nacido es una cosa, porque la Constitución Federal en ningún artículo señala que sea una persona, se entiende que considere que el que la Constitución de Baja California lo trate como persona es un exceso, una creación de "nuevos sujetos jurídicos" que no debe permitirse. Esta concepción del hijo concebido y no nacido como una cosa, aunque se le llame eufemísticamente «bien jurídico protegido» —eufemismo paralelo al de «interrupción voluntaria del embarazo»— no es exclusiva del Ministro Franco, pues aunque los otros Ministros de la mayoría en la sesión pública discutieron la afirmación de éste según la cual el concebido "no califica como persona", al expresar sus razones para aprobar el proyecto del Ministro Franco, expresaron que consideran al concebido, no como una persona titular de derechos, sino como un bien jurídico protegido.⁷⁴ El Ministro Aguilar, en su voto particular, aparentemente no niega ni afirma que el concebido sea persona, pero opina que la reforma de la Constitución de Baja California es inconstitucional porque "si la Constitución General de la República no define el momento a partir del cual se inicia la vida, no puede una Constitución de un Estado de la Federación hacerlo..."⁷⁵ En esta afirmación, se presupone que la Constitución General no protege al concebido no nacido, pues si lo protegiera, la declaración de la Constitución local sería congruente con la Consti-

⁷⁴ En la nota 4 del Voto del Ministro Franco González Salas (pp. 7 y ss.)

⁷⁵ Voto Ministro Aguilar Morales, p. 19.

tución General. La mentalidad del Ministro Aguilar es que el concebido no nacido no tiene derecho a la vida, porque no es un sujeto titular de derechos o persona.

Mirando la cuestión sin apasionamiento, resulta claro que la muerte del concebido no nacido impuesta por decisión voluntaria de la madre (o ¿por qué no?, del Estado, como en China) sólo puede aceptarse jurídicamente cuando se niega que el hijo concebido y no nacido sea persona. Ésta es, en pocas palabras, la posición de los siete Ministros de la Corte que votaron a favor del proyecto.

La prolija cuestión de si la protección de la vida del concebido se opone, restringe o anula los «derechos sexuales y reproductivos» de las mujeres, sólo tiene sentido plantearla si se considera que el concebido no es una persona sino tan sólo un bien jurídicamente protegido. El derecho de la mujer a decidir acerca del número de sus hijos, evidentemente no implica el derecho de dar muerte a uno de sus hijos nacidos; pero si se considera que el hijo no nacido es sólo un bien jurídicamente protegido, sí se puede discutir si el derecho a decidir el número de los hijos puede implicar el derecho de eliminar el «bien jurídico protegido» aún no nacido.

De los cuatro Ministros que votaron por confirmar la constitucionalidad de la reforma, sólo dos, Aguirre Anguiano y Ortiz Mayagoitia, se pronunciaron abiertamente en el sentido de reconocer en el hijo concebido no nacido una persona humana que, en principio, merece la protección y respeto que cualquier persona humana merece, cualquiera que sea su condición. Los otros dos, Pardo Rebolledo, como lo expresa en su voto particular, y Luna Ramos, como lo expresó verbalmente en la sesión

pública, consideraron que la reforma era constitucional porque reconocen que las entidades federativas tienen el derecho de definir en qué momento se inicia la protección de la vida, por lo que pueden aceptar que haya Estados que la protejan desde la concepción, y otros que la protejan en otro momento; así lo reconoce expresamente el Ministro Pardo Rebolledo,⁷⁶ y de hecho lo reconoce la Ministra Luna Ramos, cuando votó a favor de la constitucionalidad del aborto en el Distrito Federal y ahora que votó a favor de la constitucionalidad de la protección de la vida desde el momento de la concepción.

En mi opinión, no hay duda de que el orden constitucional mexicano protege al hijo concebido y no nacido, desde el momento que empieza a ser un "hijo", es decir un ser humano que proviene de la unión o fecundación de una célula femenina (óvulo) y una masculina (espermatozoide). Científicamente no hay duda de que en ese momento existe un ser humano independiente, que tiene en sí mismo toda la capacidad para crecer, desarrollarse plenamente, envejecer y morir. Quien niega esto, niega lo evidente (lo cual, desgraciadamente, es posible).

En la exposición de motivos de la reforma que incorporó a la Constitución los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, se dice que se entiende por persona a todo ser humano. Lo mismo dice el art. 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁶ Voto Ministro Pardo Rebolledo, p. 19.

El razonamiento concluyente es muy sencillo: el concebido no nacido es un ser humano; la Constitución señala que todo ser humano es persona, por tanto, el concebido no nacido es persona. Y si es persona, su vida está jurídicamente protegida como la de cualquier otra persona.

Se advierte que la cuestión principal en este problema no es una cuestión de derecho, sino de hecho. No es un problema de ponderar derechos y ver cuál prevalece sobre otro, o cuál es más importante. Es simplemente el reconocimiento de la existencia objetiva de un ser humano, que merece ser amado y respetado por sí mismo, aunque su madre o su padre no lo quiera. Ese es el hecho: todo ser humano, por su propia dignidad, implica un límite al poder de disposición de cualquier otro ser humano o de la comunidad misma. La negación del hecho es: el concebido es simplemente material biológico, células vivas (bien jurídicamente protegido), no tiene la dignidad propia de un ser humano, puede ser destruido por decisión de la mujer que lo lleva en su vientre; él no es hijo, ni ella es madre.

5. CONSECUENCIAS DE ESTA SENTENCIA

El contenido de la sentencia fue que no se logró la mayoría necesaria para decidir, ni a favor de la constitucionalidad, ni tampoco para declarar la inconstitucionalidad de esta reforma. En otras palabras, la sentencia fue «no es posible decidir».

Hay ya 18 Estados que modificaron sus Constituciones para establecer la protección de la vida desde el momento de la concepción. Esas reformas están vigentes, y ya no pueden ser atacadas como anticonstitucionales porque ya venció el plazo para ello. Si se hiciera una nueva reforma en el mismo sentido, podría

impugnarse por una acción de inconstitucionalidad, cuyo resultado dependería de la configuración de la Corte en ese momento.

Si el proyecto hubiera alcanzado la mayoría necesaria de ocho votos, se hubiera reconocido implícitamente un derecho a abortar de la madre, contenido en su derecho a decidir acerca del número de los hijos, el cual implicaría, como dice el proyecto, que podría decidir no tenerlos mientras estuviera embarazada. Sería un derecho a abortar al no nacido, independientemente de sus semanas de gestación, pues en la visión del proyecto, no es persona mientras no nazca.

Tanto en los Ministros de la mayoría, como en los dos de la minoría ya señalados, está presente la concepción de que corresponde al poder político (federal o local) establecer o definir a partir de qué momento se protege al ser humano. Eso es tanto como darle al poder político la facultad de decidir quiénes son seres humanos, pues si tiene poder para decir que se le protege a partir de la primera semana, o a partir de la duodécima (como en el Distrito Federal), también estaría facultado para decidir que la protección se iniciara en un momento posterior. Por considerar que el poder político tiene la facultad de determinar en qué momento se inicia la protección, en el proyecto del Ministro Franco también se hacía crítica de la frase final de la reforma de la Constitución de Baja California, que dice que se protege "hasta su muerte natural o no inducida", pues en opinión del Ministro Franco, también corresponde al poder político, en su caso el poder federal, determinar hasta qué momento cesa esa protección.

De haberse aprobado el proyecto, podríamos decir que en la Constitución mexicana todas las personas tienen y "gozan"

muchos derechos, pero el poder político tiene la facultad de decidir quiénes son personas. ¿No es esto absolutismo del poder?

Para superar la lamentable regresión a los tiempos de la esclavitud y del absolutismo político que supone el supuesto derecho a abortar o a interrumpir el embarazo, sería necesaria una reforma de la Constitución General en la cual se expresara que el recién concebido es persona, o, como dicen las Constituciones estatales, que se le protege desde el momento de la concepción. Esta reforma es hoy "políticamente incorrecta", por la presión que actualmente ejercen los organismos internacionales y la opinión pública mundial. Sin embargo, las estadísticas de opinión demuestran que la mayoría de la población mexicana está en contra del aborto. ¿Qué no sería una reforma "verdaderamente correcta" aquella que recoge la opinión mayoritaria del pueblo, e "incorrecta" la que satisface intereses transnacionales?

Para hacer lo que es verdaderamente correcto se requiere simplemente reconocer lo evidente: que el recién concebido es persona, es hijo de sus padres y miembro de la comunidad política.