

## **VIII. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA LA MINISTRA MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS\***

Si bien comparto el sentido de la resolución pronunciada, me aparto de los argumentos expresados por la mayoría, en virtud de que, en mi opinión, la despenalización del aborto no representa un problema de constitucionalidad, motivo por el cual considero que los conceptos de invalidez resultan inoperantes.

Los argumentos que sustentan el sentido de mi voto son los siguientes:

Según la doctrina kelseniana, la función estatal equivale a función jurídica. "El automovimiento específico de derecho es considerado desde el punto de vista de su dinámica. Por tal razón, toda función de Estado es una función de crea-

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1566; IUS: 40169.

ción jurídica: el proceso evolutivo y graduado de la creación normativa."<sup>1</sup>

El orden jurídico se nos presenta como un conjunto de normas de las cuales unas determinan a otras y desembocan en una norma última que se denomina Norma Fundamental.

Esa norma fundamental es la Constitución en sentido lógico-jurídico, porque sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de derecho positivo. En la Constitución se instituyen: los órganos creadores del derecho, los procesos de creación de las normas generales que surgen de ella y los contenidos de éstas.

"La Constitución, es pues, el conjunto de normas que establecen los órganos del Estado, las relaciones entre éstos, los procesos fundamentales de creación de las normas que integran el orden jurídico y los contenidos necesarios excluidos o potestativos de esas normas."<sup>2</sup>

Con base en la definición precedente, válidamente podemos afirmar que la Constitución contiene tres tipos de normas:

1. Las que crean órganos del Estado y establecen y delimitan sus funciones;

2. Las que establecen los procedimientos de creación jurídica; y,

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*, Traducción de Luis Legaz Lacambra, Ediciones Coyoacán, segunda edición, 2005, pág. 325.

<sup>2</sup> Schmill Ordóñez, Ulises, *El Sistema de la Constitución Mexicana*, Textos Universitarios S.A., 1971, pág. 108.

3. Las que establecen los contenidos de las normas secundarias.

Los dos primeros tipos configuran la parte orgánica y el tercero la dogmática, en la que se encuentran las garantías individuales.

Constitucionalmente, las normas, atendiendo a su contenido pueden ser:

3.1. De contenido necesario;

3.2. De contenido prohibitivo; y,

3.3. De contenido optativo.

3.1. **Las de contenido necesario** suponen situaciones que obligatoriamente debe establecer la norma. Por ejemplo, toda ley que regule actos de privación debe establecer la garantía de audiencia previa; si no incluye en su contenido esta garantía la ley será contraria a la Constitución.

3.2. **Las de contenidos prohibidos** son aquellas que incluyen en su normatividad alguna prohibición que expresamente establece la Constitución. Por ejemplo, el artículo 1º., párrafo segundo, constitucional prohíbe la esclavitud, consecuentemente, toda ley que la permita, es inconstitucional por incluir en su contenido una prohibición constitucional.

3.3. **Las de contenido optativo** son las disposiciones cuyo contenido queda a la ponderación del legislador, quien tiene que sopesar la situación económica, social, moral, po-

lítica, etcétera. Por ejemplo, es obligación de los mexicanos contribuir para el gasto público; contribución que implica establecer gravámenes fiscales a ciertas actividades, bienes o servicios, pero la Constitución no determina qué impuestos debe establecer la autoridad legislativa; por tratarse de un contenido, la normatividad secundaria puede o no establecer determinados cargos fiscales simplemente respetando, claro está, otros principios constitucionales como los de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público. Si la ley que los crea no cumple con estos principios, entonces el impuesto relativo será inconstitucional.

Debe hacerse hincapié en que las normas constitucionales están dirigidas al Estado y no a los particulares; es decir, no regulan directamente la conducta de éstos, pues las de la parte orgánica van dirigidas a la actividad del Estado en cuanto al funcionamiento de sus órganos y los procedimientos para que éstos establezcan normas; y la dogmática, está dirigida a los órganos encargados de crear normas a fin de que les atribuyan contenidos adecuados.

Consecuentemente, si por garantía individual entendemos que es el derecho público subjetivo que la Constitución reconoce en favor de los particulares quienes tienen el derecho de oponer al Estado su respeto a través del juicio de amparo; es válido afirmar que las garantías surgen de la relación gobernado (acreedor) y Estado (deudor), es decir, de la relación entre particulares y autoridades. Por tanto, solamente son las autoridades las que pueden cometer violaciones a dichas garantías, no así los particulares. Por ejemplo, si se priva de la vida a una persona por condena de sentencia jurisdiccional, la autoridad que lo ordene viola la Constitución que prohíbe la

pena de muerte, pero si es un particular el que priva de la vida a otro, estamos en presencia de la comisión de un delito no de la violación a una garantía individual.

Esto explica por qué el Estado, al ejercer sus funciones, lo hace mediante la realización de actos jurídicos que suponen manifestación externa de la voluntad que lleva implícita la intención de que la actividad que se realiza produzca consecuencias jurídicas, es decir, el acto jurídico es voluntario e intencionado, es voluntario porque el sujeto que realiza el acto jurídico lo realiza con pleno conocimiento y con la voluntad de realizarlo, pero no basta eso, sino, además, debe existir la intención de que ese acto produzca consecuencias jurídicas. Así, la intención o intencionalidad es el elemento distintivo del acto jurídico.

El delito podrá ser voluntario pero nunca intencionado, porque si bien el delincuente puede realizar la conducta voluntariamente no tiene la intención de que se produzcan las consecuencias jurídicas como son las de ser procesado o sancionado.

Los actos jurídicos pueden ser privados de eficacia o anulados. En cambio el hecho jurídico no puede ser anulado. La sentencia que ordena que se prive de la vida a una persona, es un acto jurídico que puede ser anulado; el homicidio es un hecho jurídico, por tanto, no puede ser anulado, en todo caso, será motivo de sanción a quien lo cometió, pero el hecho como tal no puede ser privado de eficacia.

Por eso, las sentencias penales no son declaraciones de nulidad, simplemente constatan hechos y establecen conse-

cuencias como puede ser la sanción; la sentencia puede ser condenatoria, pero no anulatoria. La sanción podrá ordenar, además, la reparación del daño pero no anula el hecho jurídico que le da origen.

Ello explica que los actos de autoridad pueden ser anulados o privados de eficacia mediante procedimientos ordinarios o extraordinarios, no así los hechos jurídicos.

Por tanto, la comisión de un delito no es tema de constitucionalidad, como sí podría serlo la violación de garantías por parte de la autoridad. Además, los particulares no pueden violar garantías, porque la relación jurídica que supone necesariamente tiene como sujeto pasivo al Estado.

De todo esto se concluye que la conducta que adopten los particulares no plantea temas de constitucionalidad. Además, salvo preceptos expresos, tales como 16, párrafos noveno y décimo segundo; 19, párrafo segundo; 107, fracciones XVI y XVII; y 111, párrafo primero, entre otros, que determinan que los supuestos establecidos deben ser sancionados penalmente, no existe precepto alguno en la Constitución que establezca cuáles son las conductas que deben o no ser tipificadas como delitos, por tanto, si la Constitución no señala cuál debe ser el tipo sancionable con pena corporal, quiere decir que se trata de normas de contenido optativo.

Por ejemplo, el delito de adulterio en algunos Códigos Penales se sanciona penalmente cuando se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, y no se sanciona en otras condiciones. La pregunta es si el adulterio que se realice en cualquier forma atenta contra la estabilidad familiar y la fami-

lia está protegida por el artículo 4o. constitucional, ¿por qué el adulterio efectuado discretamente no es sancionado penalmente, o bien, por qué en algunos códigos en ningún caso es estimado como delito, solamente es considerado como causal de divorcio? Y el hecho de que en algunos ordenamientos se considere como delito y en otros no, ¿atenta contra la Constitución?

Otra pregunta sería ¿por qué no se considera que el divorcio atenta contra la Constitución, si destruye a la familia, no obstante que el artículo 4o. constitucional la protege?

La respuesta es: —porque son normas de contenido optativo— y en normas de esta naturaleza, los contenidos quedan a la ponderación del legislador, quien determinará si de acuerdo a la situación económica, política, moral o social, ciertas conductas deben o no ser castigadas y en qué forma. Es decir, el establecimiento del tipo para efectos de sanción penal, de no estar expresamente determinado en la Constitución, son normas de contenido optativo, pues no es un contenido necesario, ni un contenido prohibido; por tanto, la circunstancia de que determinadas conductas sean o no consideradas como delitos sancionables penalmente, no vulnera la Constitución.

Esa ponderación a cargo del legislador para determinar qué conductas pueden ser tipificadas como delitos sancionables con pena corporal, no puede considerarse constitucional o inconstitucional, simplemente no es materia de constitucionalidad.

Esa ponderación del legislador para evaluar las circunstancias en que el delito es llevado a cabo, le permite,

incluso, atemperar o suprimir la pena. Esto justifica que en el proceso penal existan figuras tales como la prescripción y las eximientes de responsabilidad que impiden sancionar ciertas conductas independientemente de la gravedad de su resultado.

Toda persona que mata a otra debe ser privada de su libertad. Entonces, ¿por qué existe la legítima defensa? ¿Por qué el homicidio en riña no se castiga de la misma manera que el homicidio imprudencial o que el homicidio calificado? ¿Por qué si la Constitución protege la propiedad privada, algunos de los delitos en contra de ella requieren querrela de parte? ¿Por qué hay delitos que se persiguen de oficio? ¿Por qué hay prescripción en materia penal?

La respuesta es: porque ello se establece en normas de contenido optativo.

Además si el argumento es que los preceptos combatidos violan los artículos 14 y 22 de la Constitución porque éstos protegen el derecho a la vida, es necesario acudir a su texto:

"Artículo. 14. ...

"Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

"Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el

tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales."

Los artículos transcritos fueron reformados el 9 de diciembre de 2005 con el propósito de prohibir la pena de muerte; sin embargo, es necesario señalar que la prohibición de referencia fue establecida para las autoridades, no para los particulares.

Si el artículo 22 dispone que "**quedan prohibidas las penas de muerte ...**", es indudable que se refiere a las que pueden imponerse por las autoridades, no a la conducta de privación de la vida que lleva a cabo un particular, pues los particulares que despliegan este tipo de conductas no lo hacen por imposición de sanciones penales, en todo caso, estarán cometiendo un delito, si es que el legislador lo tipifica como tal, pero no es válido afirmar que el particular está violando el 22 constitucional, pues los particulares no violan garantías individuales.

Con motivo de esta reforma se suprimió del artículo 14 constitucional la palabra vida, pues el texto anterior establecía "Nadie podrá ser privado **de la vida**, de la libertad o de sus propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.". Lo que este artículo establecía no era la defensa al derecho a la vida, sino que el Estado podía sentenciar a una persona a pena de muerte, pero que previamente debía darle la oportunidad de defenderse en un juicio en el que se siguieran las formalidades del procedimiento.

La garantía de audiencia previa establecida en favor de los gobernados tratándose de actos de privación está referida a que las autoridades pueden realizar actos de esta naturaleza en perjuicio de los gobernados, pero que previamente se otorgue a éstos la oportunidad de defensa en un procedimiento administrativo o jurisdiccional, mediante el ofrecimiento de pruebas y alegatos.

Es decir, la garantía de audiencia no se establece para ser respetada por particulares, sino por autoridades en procedimientos administrativos propiamente dichos seguidos en forma de juicio o jurisdiccionales.

Consecuentemente, en la actualidad, si una ley establece que se le prive de la vida a una persona, esa ley es violatoria de la Constitución, porque está prohibida la pena de muerte. Si un particular priva de la vida a otro, no viola la Constitución, pues al encontrarse tipificada esa conducta, comete un acto delictivo que puede ser sancionado penalmente.

Como la Constitución no establece lineamientos sobre cuáles son las conductas sancionables penalmente, quiere decir que es optativo para el legislador determinarlas y con qué consecuencias.

Por tanto, en mi opinión, la despenalización de la interrupción del embarazo a las 12 semanas de gestación establecida en los artículos combatidos, no es un tema de constitucionalidad, pues en la Carta Magna no existe determinación alguna que precise el contenido de las normas regulatorias de estas conductas, precisamente porque se trata de normas de contenido optativo.

Todo lo hasta aquí dicho supone un análisis exclusivamente jurídico constitucional de la cuestión planteada, que de ninguna manera prejuzga sobre cuestiones morales o de otra índole.

Por estas razones, coincido con el sentido de la resolución pero me aparto de las consideraciones que sustentan el criterio mayoritario, en virtud de que considero que los conceptos de invalidez esgrimidos deben declararse inoperantes por no tratarse de un problema de constitucionalidad.