

III. VOTO PARTICULAR QUE PRESENTA EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN RELACIÓN A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009, RESUELTA POR EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, EN SESIÓN PÚBLICA DEL MIÉRCOLES 28 DE SEPTIEMBRE DE 2011*

Francisco Javier Sánchez Corona, en su carácter de Procurador de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California, promovió acción de inconstitucionalidad¹ en la que solicitó la invalidez del artículo 7, primer párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, reformado mediante Decreto 175, que se publicó en el *Periódico Oficial* del Estado de Baja California el veintiséis de diciembre de dos mil ocho. La porción normativa impugnada establece:

"El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos

* *Semanario ...*, op. cit., Décima Época, Pleno, Libro IV, enero de 2012, Tomo 1, p. 643; Reg. IUS: 40762.

¹ El escrito de demanda obra a fojas 1 a 52 de autos.

Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución; 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 promovente planteó que el precepto impugnado es violatorio de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 14, 16, 20, 22, 24 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, e hizo valer conceptos de invalidez en 83 párrafos numerados.

Durante las sesiones públicas de los días 26 a 28 de septiembre de 2011 en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se discutió el proyecto de resolución presentado por el suscrito, mediante una metodología que finalmente consistió en posicionamientos generales de las y los señores Ministros, y que desembocó en una votación de siete votos a favor de la invalidez de la norma y cuatro a favor de su validez, por lo que, al no haberse alcanzado los ocho votos necesarios para declarar la invalidez o los seis necesarios para considerar válida la porción normativa impugnada, la determinación final fue de desestimación de la acción; con la decisión de que así se hiciera constar en la parte relativa de los considerandos de la resolución, sin mayor abundamiento sobre los distintos conceptos de invalidez hechos valer por la parte accionante, las consideraciones del proyecto en relación con ellos, o a los argumentos que se vertieron por los integrantes del Pleno durante las sesiones públicas de esos días para sustentar sus posicionamientos.

Dado que en la sesión pública del día 28 de septiembre señalé que, de acuerdo con las manifestaciones de varios de

los Ministros, de ser necesario, en el engrose ajustaría el proyecto a la luz de algunos de los argumentos expresados en las sesiones públicas por las señoras y señores Ministros y toda vez que la decisión plenaria fue de desestimación de la acción en los términos antes señalados, dejaré como voto particular la parte del estudio de fondo de mi proyecto en el considerando séptimo, así como el considerando octavo y puntos resolutive, manteniéndolo con la misma estructura y argumentación del estudio de fondo por no haber encontrado razones para una modificación sustancial.² En este contexto, no se transcriben los resultandos y considerandos primero al sexto, por haber sido aprobados por el Pleno en sus términos y así haber quedado en el engrose de la resolución.

Por tanto, **este voto particular** se presenta con el mismo formato del considerando séptimo del proyecto original, con pocas modificaciones y con algunas anotaciones a pie de página, para quedar en los siguientes términos:

² No debe perderse de vista que los integrantes de la mayoría manifestaron que, estando de acuerdo con el sentido del proyecto, se separaban de las consideraciones del mismo; en pocas intervenciones se señalaron los motivos específicos de disidencia, por lo que en el cuerpo de este texto, en la parte correspondiente, a pie de página se hará referencia a algunos de los argumentos esgrimidos por las o los señores Ministros, señalando mi acuerdo o desacuerdo con ellos.

De igual manera, debe decirse que seis de los siete Ministros de la mayoría, aunque no con el mismo enfoque, coincidimos claramente en un punto: el Estado de Baja California carece de competencia para incorporar en su Constitución la norma impugnada. Lo anterior se constata con la revisión del proyecto presentado a discusión y de las intervenciones de los Ministros: Aguilar Morales (ver versiones taquigráficas del 26 de septiembre de 2011, páginas 39 a 55 —en especial, la página 55, segundo párrafo— y la del 28 de septiembre de 2011, páginas 29 a 35 —en especial, la página 34, último párrafo—); Ministro Cossío Díaz (ver versión taquigráfica del 27 de septiembre de 2011, páginas 3 a 9 —en especial, parte final del primer párrafo de la página 9—); Valls Hernández (ver versión taquigráfica del 27 de septiembre de 2011, páginas 9 a la 19 —en especial, último párrafo de la página 18 y su continuación en la 19—); Zaldivar Lelo de Larrea (ver versión taquigráfica de la sesión de 28 de septiembre de 2011, páginas 19 a 29 —en especial, páginas 22 segundo párrafo a 24—); Silva Meza (ver versión taquigráfica del 28 de septiembre de 2011, páginas 42 a 53 —en especial, página 43, segundo párrafo—). La Ministra Sánchez Cordero si bien sostuvo un punto de vista divergente, durante su intervención sí aludió a un problema de competencia (ver versión taquigráfica del 27 de septiembre de 2011, páginas 19 a la 31 —en especial, páginas 23, primer párrafo a 24, segundo párrafo—).

"CONSIDERANDO: SÉPTIMO.—Para efectos del estudio de fondo en la resolución, con fundamento en los artículos 41 y 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se abordarán, temáticamente, los demás conceptos de invalidez planteados en la demanda.³

³ En la sesión pública del 26 de septiembre acepté suprimir del proyecto el apartado, cuyo título y contenido era, textualmente, el siguiente:

"Advertencia preliminar sobre los parámetros de control aplicables

"Previamente al estudio de los motivos de impugnación hechos valer por promovente, es preciso señalar lo siguiente:

"Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor a partir del día siguiente de su publicación, se reformó y adicionó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar redactado en los siguientes términos:

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos 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, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

"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.

"Todos 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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

"Del precepto constitucional transcrito es preciso destacar el principio según el cual las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

"Este Tribunal Pleno entiende que el referido principio constituye un parámetro obligatorio de carácter interpretativo, ya que si bien no establece derechos humanos de manera directa, constituye una norma que obliga a los operadores jurídicos a interpretar las normas aplicables conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, concediendo siempre a todas las personas la protección más amplia o favorable a ellas (bajo el principio *pro homine* o *pro persona*).

"También debe destacarse el mandato del precepto constitucional invocado, en el sentido de que todas las autoridades (sin excepción y en cualquier orden de gobierno), 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; y que, en consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

"I. Protección de la vida desde el momento de la concepción

"El promovente sostiene que es inconstitucional la protección incondicionada y absoluta que el precepto combatido

"De lo anterior se sigue que, cuando el precepto constitucional mencionado establece que todas las autoridades deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, implica que se haga de manera universal, es decir, a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, que se refiere a que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados; los cuales no podrán dividirse, y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio de los mismos.

"Así, resulta importante destacar que en los dos primeras consideraciones de la exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, del Senado de la República (publicado en la Gaceta del 8 de marzo de 2011), que recayó a la minuta enviada por la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de decreto que modificó la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se señaló textualmente:

"Primera. Respecto al párrafo primero del artículo 1o. constitucional, estas comisiones dictaminadoras estiman conveniente precisar que la incorporación del término "persona" propuesto desde la Cámara de Origen es adecuado, entendiendo por tal, a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas.

"La colegisladora ...

"Segunda. ...

"Asimismo, se modificó para establecer el principio *pro homine* o principio *pro persona*, es decir, que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca a las personas. Dicha modificación se realizó con el ánimo de reflejar lo establecido en el párrafo primero ya señalado, ya que al adicionar la protección que beneficie de manera amplia a las personas, representa el fortalecimiento de las prerrogativas que las dignifiquen.

"Este principio representa una máxima protección para las personas, ya que se deberá aplicar la norma contenida en el orden jurídico nacional o en el tratado internacional que más proteja los derechos de las mismas. Con esto se refuerzan las garantías y los mecanismos de protección. (El énfasis no es del original).

"Entonces, este Alto Tribunal, en su carácter de autoridad jurisdiccional, tiene la obligación constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos cuya violación alega el promovente en sus conceptos de invalidez, de conformidad con los principios anotados.

"Este Tribunal Pleno, al discutir la acción de inconstitucionalidad 155/2007, estableció, por unanimidad de once votos, que si es posible, en una acción de inconstitucionalidad, acudir a tratados internacionales de derechos humanos no invocados por el promovente, al estudiar la regularidad constitucional de una norma general.

"Aunado a lo anterior, es preciso destacar que, al resolverse la Consulta a trámite. Expediente varios 912/2010, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, entre otros aspectos, lo siguiente:

"1. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado Mexicano haya sido parte son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos.

"2. El resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado Mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los Jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecer a la

otorga al concebido no nacido, por los motivos que, de manera resumida, se señalan a continuación:

persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en particular en su párrafo segundo, donde establece que: **'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'**.

"3. De este modo, los Jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

"4. A la luz de lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Federal, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

"5. Los mandatos contenidos en el nuevo artículo 1o. constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.

"6. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o., en donde los Jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los Jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

"7. De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos (es decir, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla) si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1o. y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

"8. Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

"De acuerdo con lo anterior, en las acciones de inconstitucionalidad, entre otras garantías constitucionales de carácter jurisdiccional de que conoce este Tribunal Pleno, la Constitución General de la República y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado Mexicano constituyen un parámetro de validez de las normas generales sujetas a control.

"En ese sentido, este Tribunal Constitucional procederá, a lo largo de la presente resolución, a realizar un estudio oficioso de los tratados internacionales de derechos humanos aplicables, suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

"El precepto impugnado reconoce indebidamente el carácter de persona al concebido y no nacido, y argumenta sustancialmente al respecto, que: si bien es cierto que las garantías constitucionales son derechos mínimos que pueden ampliarse, también lo es que ello no es posible si esa ampliación a su vez restringe los derechos fundamentales de otros sujetos (es decir, de las mujeres), así como para crear nuevos sujetos de derecho; en el orden constitucional federal no se protege con el mismo grado de intensidad a las personas nacidas, por un lado, y al concebido, por el otro dado que la Constitución Federal distingue entre la vida como un bien constitucionalmente relevante y la titularidad del derecho a la vida; el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el haber nacido es requisito para el goce de los derechos que ahí se confieren a las personas; la jurisprudencia 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.', no es suficiente para fundar y motivar la reforma a la Constitución de Baja California, ni para sustentar que se dé al concebido y no nacido el carácter de individuo, puesto que no puede considerarse como vinculante al no haber alcanzado la mayoría de votos necesarios para ser criterio obligatorio, por lo que debe entenderse que la Suprema Corte de Justicia sólo ha reconocido que el producto de la

"Ahora, el texto impugnado del artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, es el siguiente:

"El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución; 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."

concepción tiene el carácter de bien jurídico protegido constitucionalmente.

"La cuestión central por dilucidar, respecto de este concepto de invalidez, es si la norma general impugnada es o no conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto le otorga el carácter de individuo (persona humana) al concebido desde el momento de la concepción (fecundación) y lo reputa como nacido para todos los efectos legales, hasta su muerte natural o no inducida, pues de la conclusión a la que se arribe a este respecto dependerá, en gran medida, el análisis de las cuestiones planteadas en los demás conceptos de invalidez.⁴

⁴ Este apartado y su desarrollo fueron los que mayor rechazo tuvieron por parte de las y los señores Ministros. Sin embargo, con el mayor de los respetos a sus posiciones, estimo que varios, si no todos los que votaron por la invalidez, utilizaron premisas y argumentos, en los aspectos fundamentales, no lejanos a los que contiene el proyecto.

Más allá de diferencias naturales en el enfoque y la metodología que algunos de los señores Ministros expresaron, debe tenerse presente que éste se construyó a partir de los conceptos de invalidez hechos valer por el promovente de la acción y abarcando solamente los aspectos planteados, a efecto de no eludir ninguno de ellos y, además, cumplir así con el principio de exhaustividad. La propia dinámica de las discusiones y posicionamientos durante las sesiones públicas de los días 26 al 28 de septiembre de 2011, confirma que si el proyecto se hubiese circunscrito a alguno o algunos de los temas, se corría el riesgo de ser rechazado sin que se hubiesen podido siquiera plantear, mucho menos analizar aspectos de gran trascendencia para la sociedad mexicana, involucrados en la temática de esta acción de inconstitucionalidad. En los hechos, por el derratero que tomó el debate, muchos de los temas comprendidos en el proyecto no fueron motivo de discusión y decisión.

No obstante, como ya se señaló, en mi opinión sí existen coincidencias con el proyecto en algunos argumentos torales que sustentaron los posicionamientos de la señora y señores Ministros que estuvieron por la invalidez de la norma, si bien cada Ministro, con todo derecho, los esgrimió desde su personal óptico. Veamos:

El Ministro Cossío Díaz señaló en su intervención que se apartaba de las consideraciones en esta primera parte del proyecto —manifestando que estaba de acuerdo con el proyecto de la página 63 a la 93 —y construyó su argumentación sobre la base de un problema competencial. Lo que adujo fue, textualmente: "En la parte que no coincido con el proyecto, es en la primera, en lo que se refiere al tratamiento que se hace de la persona, me parece que la idea que se sustenta en cuanto a que el concebido no nacido no es persona, es una idea —insisto— que si bien estrictamente el proyecto no llega a un desconocimiento de los derechos del producto de la concepción, sí retóricamente, sí figurativamente, y en esto sí quiero ser muy claro, porque si no mentiría yo en cuanto a lo que encuentro en el proyecto, sí presenta una condición de disminución tal respecto a este sujeto, a este bien jurídico tutelado, como lo dijimos desde el asunto del Distrito Federal, que en esta parte sí francamente me aparto.

"Creo que hay una forma de construcción en la cual se hacen un énfasis muy importante que el *nasciturus* no es persona, de ahí que da un salto, no lo digo en sentido peyorativo, simplemente un

"Ahora, el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé el procedimiento y con-

salto, un desarrollo para decir que valen más los derechos de las personas de las que no tienen ese carácter y, finalmente, se establece una condición en donde enfrentando estas dos posiciones, claramente tendrían que vencer los derechos de la mujer en el desarrollo."

Pero posteriormente en su argumentación se refirió al *nasciturus* como un bien jurídicamente tutelado nunca como persona o individuo en sentido normativo (ver versión taquigráfica de la sesión del 27 de septiembre de 2011, en sus páginas 8 y 9) y señaló textualmente: "... pero aquí el legislador o el Constituyente —para hablar con propiedad— de Baja California cierra toda posibilidad, evita cualquier ponderación, cancela ese —digámoslo así— diálogo entre un bien jurídicamente tutelado y un derecho que tienen las mujeres, en particular, para elegir el libre espaciamiento de sus hijos y, consecuentemente, con ello —me parece— se genera una exclusión absoluta y en ese sentido se impide cualquier manifestación, cualquier desarrollo, cualquier posibilidad de este mismo derecho" (ver la versión taquigráfica citada en la primera parte de la página 9).

El Ministro Valls, en la sesión del 27 de septiembre de 2011, objetó el proyecto, entre otros aspectos porque a su juicio: "... el proyecto del señor Ministro Franco conlleva un alto riesgo, como es generar absolutos respecto de uno u otro derecho, principio o bien reconocidos o protegidos como le sucede al proyecto al terminar diciendo a priori, que los supuestos que podrían acontecer, según lo dice la consulta, se actualiza una colisión con los derechos reproductivos de las mujeres, concluyendo que estos últimos son de un peso mayor frente al valor del no nacido y, por ende, que siempre y en todos los casos, son de mayor protección, con lo que termina el proyecto, por caer en lo que el mismo proyecto le imputa a la norma general impugnada; esto es en afirmaciones absolutas, sin contar con un real y concreto referente normativo secundario.'. Afirmación esta última que se rechaza, al igual que las formuladas por el Ministro Cossío en parecido sentido, por inexactas; en parte alguna del proyecto se afirma que los derechos reproductivos de las mujeres 'siempre y en todos los casos, son de mayor protección' o que en el proyecto se formulen afirmaciones absolutas en ese sentido, como de igual manera se rechaza enfáticamente que el proyecto le dé trato de "especie desconocida" al producto de la gestación, puesto que claramente señala que se trata de la especie '*homo sapiens*'. Por lo contrario, en diversas partes del proyecto se subraya que la vida prenatal es un bien constitucionalmente protegido y expresamente se afirma: "... la vida prenatal es un bien jurídico, reconocido incluso por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 123." (página 63 del proyecto); también se señala expresamente que: "... dado que, en el presente caso confluyen, por un lado, el bien constitucional de la vida prenatal y, por otro, los derechos fundamentales de las mujeres, este Tribunal Pleno entiende que debe procurarse, de ser posible, un equilibrio razonable de los bienes y derechos constitucionales en tensión, de tal manera que puedan prevalecer en lo posible, armónicamente, sin que necesariamente uno o unos eliminen de manera absoluta al otro u otros.' (páginas 85 y 86); y se refuerza esta premisa cuando se dice: "Lo anterior, en el entendido de que, dado que los derechos fundamentales tutelados no son absolutos ni ilimitados, los referidos derechos fundamentales de las mujeres, consecuentemente, tampoco son absolutos al grado de implicar la desprotección de otros bienes constitucionales, destacadamente, la vida prenatal." (foja 94 del proyecto). En este contexto, por supuesto que estoy totalmente de acuerdo con las afirmaciones en el sentido que: "... Tanto la Constitución Federal como la interpretación que ha realizado esta Suprema Corte de Justicia de la Nación reconocen la existencia de una protección gradual a la vida humana en el plano de su gestación fisiológica" (como lo señaló en su posicionamiento el Ministro presidente en la sesión del 28 de septiembre de 2011; ver la página 47, quinto párrafo, de la versión estenográfica de la sesión pública de esa fecha).

Pero el Ministro Valls más adelante también argumentó, para sostener su posición, textualmente lo siguiente: "En mi opinión, la invalidez de la norma general impugnada deriva de que, como ya dijimos, al resolver la diversa acción de inconstitucionalidad multicitada, 146/2007, nuestro sistema constitucional no protege la vida desde la concepción, sin que ello signifique que el no nacido, no tenga un valor, pero éste es sólo como un bien jurídicamente protegido, lo que se confirma con la declaratoria interpretativa hecha por el Estado Mexicano respecto del artículo 4.1 de la Convención

diciones para restringir o suspender los derechos fundamentales y sus garantías, fue modificado mediante reforma consti-

americana de Derechos Humanos, en cuanto a que la protección de la vida desde la concepción es una decisión que corresponde a los Estados parte, sin que México lo haya hecho así, ...". Y para finalizar su intervención dijo textualmente lo siguiente: "En este contexto, como manifesté al analizar el Código Penal para el Distrito Federal en cuanto a la tipificación del aborto, de acuerdo con nuestra Constitución y con los diversos tratados en derechos humanos suscritos por nuestro país, es obligación del Estado respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres de decidir; esto es, de respetar su libertad de decidir tener hijos, cuántos y cuando, o de no tenerlos, así como de asegurar el acceso al aborto en condiciones seguras y sujetas a métodos de planificación familiar, garantizar la seguridad y atención de las mujeres embarazadas, incluso, en fecha posterior al parto, así como de adoptar medidas positivas para su garantía. Siguiendo estas premisas señoras Ministras, señores Ministros, el derecho a la vida encuentra sus límites o modulaciones en los demás derechos y libertades como serían los derechos reproductivos, el derecho a morir con dignidad, la legítima defensa, la pena de muerte, etc., sin que al Constituyente de un Estado le esté permitido so pretexto de tutelarlos, establecer su protección desde la concepción y conferir personalidad jurídica al no nacido, pues ello no es compatible con el contenido esencial de los derechos y libertades que reconoce el orden constitucional mexicano, ni se corresponde con el sistema constitucional de nuestro país, por lo que definitivamente en la entidad y en el artículo que nos ocupa se ha excedido su competencia."

El Ministro Zaldívar Lelo de Larrea durante la sesión pública del 28 de septiembre de 2011, señaló: "En mi opinión, lo que está sucediendo con la reforma constitucional del Estado que estamos analizando no es tanto que amplíe un derecho o incluso no es tanto que establezca una nueva categoría de titulares de derechos humanos como dice el proyecto. En mi opinión, la cuestión es más sutil y por eso más peligrosa. Lo que hace la reforma es disponer del contenido del concepto de 'persona', que en mi opinión, y sobre todo a través de la nueva reforma constitucional en materia de derechos humanos que tanto se ha aludido, es un concepto del orden total constitucional o nacional, no es un concepto disponible para los Estados, no les corresponde a los Estados decir que se va a entender por 'persona' y no les corresponde dotar de contenido al titular de los derechos humanos. Lo que se está modificando aquí es la titularidad de los derechos humanos, se está difrazando de una protección a la vida, en la que todos estamos de acuerdo, y me parece que el Estado tiene no sólo el derecho, sino la obligación de proteger la vida y tiene la obligación de proteger en principio, que el producto de la concepción llegue a feliz término, con la titularidad del derecho, y esto es un cambio cualitativo. Para mí, este solo argumento, deviene en inconstitucional la reforma planteada porque se está disponiendo de un concepto que no es disponible para los Estados, es del orden total, del orden nacional, y que le corresponde sólo a la Constitución General de la República y a sus intérpretes dotarle de contenido, no a los Estados Miembros de la Federación. ... Pero vamos a suponer sin conceder, que efectivamente nos pudieran decir es que no está disponiendo el Estado del concepto de persona, está estableciendo el concepto de 'persona' que establece la Constitución General, yo creo que esto no es así, si nosotros analizamos las normas de derechos humanos de la comunidad internacional, como han jugado los derechos humanos tradicionalmente, hay una diferencia esencial desde el punto de vista jurídico, entre el titular de derechos humanos como persona viva y viable, y el nasciturus. No se pueden equiparar desde el punto de vista de titular de los derechos humanos, sin perjuicio de la protección que se deba dar al nasciturus, son dos cosas diferentes, incluso la última reforma en materia de derechos humanos al artículo 29 que también se ha venido aludiendo porque excluye como derecho que no puede suspenderse el de la vida, claramente las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados establecen que esto no debe entenderse que se modifique y que entonces el titular de los derechos es a partir de la concepción ..." (versión taquigráfica de la sesión pública del 28 de septiembre de 2011, páginas 22 y 23).

El Ministro Aguilar Morales durante la sesión pública del 26 de septiembre de 2011, expresó lo siguiente textualmente: "Si como se dice en el proyecto, la Constitución General de la República

tucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de junio de dos mil once, que entró en vigor el día siguiente. Entre

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, que no puede definirse en una norma de esa naturaleza. ... Establecida la falta de competencia del Constituyente Local para expedir la norma combatida, ya sea porque no puede establecer derechos fundamentales o porque no puede ampliar el espectro de sujetos protegidos por la Constitución Federal, resultaría innecesario el estudio de los demás temas, sin que el principio de exhaustividad justifique un estudio que en este caso considero innecesario. ... En consecuencia, ya que el artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California 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, ni en consecuencia la Constitución de un Estado puede contener dicha norma." (versión taquigráfica de la sesión pública al inicio señalada, páginas 54 y 55).

El Ministro presidente Silva Meza se distanció de las consideraciones del proyecto argumentando que para él el tema central no es el enfoque sobre la titularidad de los sujetos o la calificación de los sujetos para fijar su posición al respecto manifestando: "... y creo que no, sino prácticamente creo que esto es esencial y constitucionalmente mucho muy importante el determinar si el Constituyente Local cuenta con facultades para ampliar el contenido del derecho fundamental de la vida, y de ser afirmativa esta premisa resolver si en este ejercicio éste tiene límites constitucionales y qué límites son esos". No obstante esta premisa, durante su posicionamiento expresó: "... De esta forma, el marco de referencia sobre la amplitud de protección que puede tener un derecho humano estatal se define por el alcance que se da al derecho humano en el orden constitucional federal al ser una referencia obligatoria para el ejercicio de las competencias estatales." (página 47 de la versión estenográfica de la sesión pública del 28 de septiembre de 2011) ... "El artículo impugnado al equiparar al concebido no nacido con el nacido amplia el ámbito de protección local al derecho a la vida del concebido, en contraste con los límites máximos que tanto la Constitución Federal como esta Suprema Corte de Justicia han reconocido en torno a la protección que se le debe otorgar al producto de la concepción." (misma versión estenográfica, página 49, segundo párrafo). ... "En la exposición de motivos se revela la intención del Constituyente Local de reprimir, en el ámbito penal, cualquier conducta que atente contra la vida del concebido no nacido." (versión estenográfica citada, página 49, quinto párrafo) ... "Entonces, la extensión del derecho a la vida del concebido no nacido en los términos entendidos por el Constituyente Local, excluye la posibilidad de que la legislatura del Estado pueda ponderar la importancia de proteger el proceso de gestación, lo que incluye la existencia y desarrollo del feto, respecto del amplio espectro de posibles impactos que dicha protección puede tener sobre la madre; los términos en los que está redactada la ampliación del derecho a la vida provoca que ante el posible conflicto de dos derechos, no se pueda determinar cuál de ellos pueda prevalecer, esto, porque la medida adoptada por el legislador local, desplaza en automático diversos derechos consagrados en favor de las mujeres y se torna imposible la ponderación del grado de protección del producto de la gestación, en correlación con los derechos fundamentales de las madres, en concreto, preocupa la interrelación de la extensión del derecho con el derecho a la salud reproductiva del derecho en comento. La norma no reconoce que estamos en presencia de un proceso de gestación en el cual la vida del *nasciturus* está vinculada necesariamente con la de la madre, por tanto, la intervención del Estado para proteger al no nacido, debe ser en función de la vinculación que existe entre uno y otro pues al no poderse separar, se debe tener la posibilidad de graduar la protección de derechos de uno y otro atendiendo al desenvolvimiento de dicho proceso, además, no debemos soslayar que la protección absoluta a la vida en los términos previstos en la Constitución Local crea obligaciones positivas y negativas para el Estado en defensa del no nacido. Lo anterior, pues por una parte se genera la obligación estatal a no desplegar conductas que de alguna manera puedan impedir el libre desarrollo del proceso de gestación, por ejemplo: No dispensar servicios médicos que tengan alguna incidencia sobre dicho proceso, como

otras cuestiones, indica que no es posible restringir el ejercicio de ciertos derechos, entre los cuales se incluye el derecho a la

la pildora del día siguiente o la utilización del dispositivo intrauterino y, por otro lado, crea la obligación positiva que implica la intervención del Estado en una defensa absoluta al derecho de mérito, lo que podría implicar el establecimiento de medidas radicales en materia de salud, campañas de prevención del aborto, planeación familiar, prohibición de fertilización *in vitro*, penalización del aborto. En consecuencia, es claro que las obligaciones positivas y negativas que se derivan de la defensa absoluta del derecho a la vida del *nasciturus* desde el momento de su concepción, si excluye la posibilidad de que la legislatura del Estado realice una ponderación atendiendo al proceso de gestación y con ello desplace a los derechos que tanto la Constitución Federal como la Local son reconocidos a favor de la madre, además, el desplazamiento referido también resulta necesario para este efecto comprobar si la medida adoptada por el Constituyente responde a un fin constitucionalmente válido, si resulta adecuada o idónea para conseguir ese fin, si es la menos restrictiva en relación con el fin perseguido y si cumplido lo anterior, la prevalencia del fin favorecido es proporcional a la afectación del fin desplazado, para lo cual, estimo necesario, que se haga el estudio de razonabilidad de la medida adoptada y haciéndolo nos encontramos que las respuestas son negativas. ... El artículo 7 de la Constitución de Baja California ordena la tutela del derecho a la vida desde el momento en que una persona es concebida a través de una medida consistente en equiparar al producto de la concepción con las personas nacidas, lo cual trae por consecuencia incorporar al *nasciturus* bajo la protección de la ley en igualdad de circunstancias a las personas nacidas, la medida adoptada en la intención del Constituyente de Baja California, abona al fin perseguido por el Constituyente Local, sin embargo, la norma impugnada al equiparar el grado de protección del derecho a la vida con el concebido no nacido, no satisface el presupuesto de necesidad, pues resulta la medida más restrictiva respecto a los derechos de las mujeres, en razón de que si la tutela del derecho en cuestión se amplía en absoluto, dada la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, necesariamente impacta en la disminución de los derechos de las mujeres que colisionan con esa extensión del ámbito de protección del derecho a la vida, en particular su derecho a la autonomía reproductiva y así, el Constituyente Local a través de la protección absoluta del derecho a la vida del no nacido, equiparándola al nacido, adopta una medida que carece de toda necesidad y de toda proporcionalidad." (páginas 51 a 53 de la versión taquigráfica de la sesión del 28 de septiembre de 2011).

La Ministra Sánchez Cordero hilvanó su argumentación sustancial para considerar la norma impugnada como inconstitucional, sobre una premisa muy interesante de "falta de certeza jurídica" al señalar textualmente: "Si la norma está formulado o formulada otorgando un margen de interpretación de demasiado amplio; entonces, el gobernado no tendrá certeza jurídica suficiente para saber en qué condiciones podrá ejercer sus derechos y, por lo tanto, gozarlos plenamente; en otras palabras a mayor discrecionalidad de la autoridad menor certeza jurídica de los gobernados. ... La falta de certeza jurídica genera así, en el gobernado, un efecto inhibitorio. El ciudadano al no saber cuándo y cómo puede ejercer sus derechos sin incurrir en una falta o inclusive en un ilícito, naturalmente se inclinará a evitar el ejercicio de ese derecho por no incurrir en la aplicación arbitraria por parte de la autoridad. Si el efecto inhibitorio es suficiente, entonces el derecho fundamental se torna nugatorio, pues su goce lejos de ser garantizado por el orden jurídico es amenazado por la falta de certeza. ... En este caso, en el caso que analizamos, el orden jurídico al generar incertidumbre inhibe el ejercicio de otros derechos por lo que no es necesario que medie un acto de aplicación por parte de autoridad para estimar que se actualiza la vulneración de un derecho." (página 26 de la versión estenográfica de la sesión pública del 27 de septiembre de 2011). Más adelante la Ministra explicó: "Y a eso me refiero, cuando señalo que en este caso, establecer absolutos, redunda en una condición que no permite la operatividad del mismo sistema jurídico, pues lo que hace posible la operatividad de un derecho, es el derecho mismo, el sistema en que está inserto un derecho, por lo tanto, viene siempre determinado por la estructura que lo hace posible; ... El precepto en estudio deja de considerar las condiciones de operación que lo hacen posible de las demás condiciones del propio sistema de todos los derechos, como ya lo decía el señor Ministro Cassio. ... En este sentido, considero que la propia porción normativa del artículo 7 de la Constitución del Estado de Baja California, al señalar que desde

vida.⁵ Es decir, el Texto Constitucional ya reconoce expresamente el derecho a la vida de todas las personas.

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, es contraria a los artículos 1o., 4o., 40, 41, 116, 124 y 133, - y diría yo— 14 y 16 constitucionales por falta de certeza, de la Constitución Federal, por intentar en contra del sistema constitucional de reconocimiento y protección de los derechos humanos reconocidos en la propia Norma Suprema, los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano y la supremacía constitucional.' (páginas 30 y 31 de la misma versión estenográfica).

Como se aprecia de las transcripciones que se contienen en el pie de página inmediato anterior y en éste, existe coincidencia en el posicionamiento de todos los Ministros de la mayoría, aunque con enfoques diferentes, en que el Constituyente de Baja California carece de competencia constitucional para emitir la norma impugnada y, segundo, que, salvo la Ministra Sánchez Cordero que no se pronunció al respecto, los otros señores Ministros le reconocen carácter de bien jurídico tutelado y no de 'persona', desde el punto de vista normativo constitucional, al producto de la concepción. Es por ello que mantengo el proyecto, en sus términos, como voto particular, puesto que desde el punto de vista de lógica jurídica, desde mi óptica, para sostener esos criterios se tiene que partir, necesariamente, de que el orden constitucional nacional no le otorga la categoría jurídica de "persona". Si la Constitución Federal le otorgara o reconociera carácter normativo de 'persona' (individuo o ser humano), sujeto de derechos fundamentales como los seres nacidos al cigoto, embrión o feto, entonces no se podría sostener la falta de competencia del Estado de Baja California en el caso concreto, bajo los razonamientos que se esgrimieron para sustentar la invalidez de la norma impugnada.

⁵ **Artículo 29.** En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de los Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos 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.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.' (Las negrillas y subrayado no son del original).

"Sin embargo, ni en los documentos relativos al proceso legislativo que dio lugar a la mencionada reforma constitucional ni en las discusiones en las Cámaras del Congreso de la Unión se hizo referencia a los alcances del derecho a la vida en relación con el momento en que ésta inicia. Únicamente se señaló que en el artículo 29 constitucional reformado se pretendía incluir ciertos derechos que no pueden ser suspendidos ni aun en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto; en concordancia con los estándares internacionales y particularmente en cumplimiento a lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶ Es decir, no es posible conocer cuál es el alcance del derecho a la vida con el solo texto del artículo 29 constitucional, conforme a su redacción vigente.⁷

⁶ **Artículo 27. Suspensión de garantías**

"1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

"2. **La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:** 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); **4 (Derecho a la vida)**; 5 (Derecho a la integridad personal); 6 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad), y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

"3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión." (Las negrillas y subrayado no son del original).

⁷ Cabe destacar que algunos señores Ministros consideraron que no se abundó sobre lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, con base en su nueva redacción. Aun cuando en el proyecto sí se indicó que este precepto reconoce, entre otros derechos, el derecho a la vida (aunque sin precisar cuándo inicia su tutela) es preciso distinguir entre lo dispuesto en la norma en el sentido de que ciertos derechos no son suspendibles ni sujetos a restricción en las condiciones o supuestos excepcionales previstos en la propia norma (casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, en los que el Poder Constituyente Permanente autoriza la suspensión o restricción de ciertos derechos en la medida y

"Por otro lado, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, la mayoría de los integrantes de este Pleno se manifestó en tres aspectos medulares para la resolución de la presente acción, en el sentido de que:

"A. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho a la vida⁸ (derecho que ahora está consagrado expresamente en su artículo 29, como se ha señalado), pero también que dicha protección y derecho no son absolutos.

...
por el tiempo estrictamente limitados para hacer frente a la situación) y el que ese derecho sea absoluto o ilimitado, ya que son diferentes especificaciones normativas que operan en planos distintos. En el caso de suspensión o restricción de derechos, no es posible suspender o limitar el ejercicio pleno y efectivo de esos derechos, digamos, "inmunes" a la suspensión o restricción de derechos, al paso que los derechos, casi por definición, están limitados por otros derechos, dado el "principio de interdependencia" de los derechos humanos a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.

Así, los derechos enumerados en el párrafo segundo del artículo 29 no son suspendibles ni pueden ser objeto de restricción, aun en casos que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto; no obstante, esa condición no implica que sean absolutos o ilimitados, sino que están limitados por otros derechos.

En particular, el que el derecho a la vida se encuentre listado dentro de los derechos humanos que no pueden ser válidamente objeto de suspensión ni sujetos a restricción en las situaciones excepcionales señaladas no implica que sea absoluto.

Además, es preciso señalar que la determinación de que el derecho a la vida no puede ser suspendible ni sujeto a restricción no significa, ni implica, una modificación en cuanto a su contenido y alcances, sino que constituye una disposición de carácter formal en el sentido de que su pleno y efectivo ejercicio no puede suspenderse ni restringirse.

Sustenta lo anterior el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de trece de diciembre de dos mil diez:

"En este sentido, al referirse al derecho a la vida debe considerarse que su contenido y alcances permanecen tal como se encuentran reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales signados por México con las reservas y declaraciones interpretativas, de ninguna manera puede entenderse que el legislador constitucional está pretendiendo modificar en este precepto estos alcances, por ejemplo, en materia del derecho a la vida desde la concepción o en cualquier otro de los temas relacionados. La referencia de los derechos que no pueden restringirse ni suspenderse, que constituye el núcleo duro es solamente una enumeración formal que no afecta el contenido de estos derechos."

⁸ En el engrose de la resolución que elaboró el Ministro José Ramón Cossío, se asentó en relación a este importante tema: "De este modo, si el derecho a la vida se encontrara reconocido expresamente en la Constitución este sería, de cualquier forma, un derecho relativo y, en consecuencia, tendría que ser un derecho armonizable con otro conjunto de derechos.". Esta determinación se adoptó bajo la lógica de que, en el momento en que se resolvieron esos asuntos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no reconocía de manera expresa el derecho a la vida, como ahora lo hace en el artículo 29 constitucional.

"B. De los informes que se requirieron, prueba pericial y comparecencias que se realizaron para resolver aquella acción: '... puede derivarse la conclusión de que no existe unanimidad en los criterios éticos, morales filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose a este respecto afirmaciones encontradas entre sí'.⁹ (El subrayado y las negrillas no son del original).

"C. En el ámbito de la protección de los derechos fundamentales por los tratados y convenciones internacionales suscritos por México, el único instrumento que reconoce que el derecho a la vida de toda persona se encuentra protegido, por lo general, desde el momento de la concepción, es la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que este derecho no es absoluto, pues la expresión 'por lo general' se introdujo para establecer la posibilidad de que los Estados puedan fijar el momento en que inicia, conforme a su legislación interna, esa protección y las modalidades a que queda sujeta la misma.¹⁰ Además, México formuló dos declaraciones interpretativas y una reserva, de las cuales la primera declaración interpretativa versó sobre tal expresión, por lo que México 'no aceptó el establecimiento de un momento específico a partir del cual debía proteger el derecho a la vida y, en esa medida, se encuentra obligado el Estado Mexicano a proteger y garantizar el derecho a la vida como en el resto de los tratados internacionales lo disponen (sic), esto es,

⁹ Fojas 127 de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Conclusión que, en idénticos términos, estaba ya formulada en el proyecto de resolución que presentó para su discusión el señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

¹⁰ "... ni siquiera la Convención de los Derechos del Niño incluyó o definió el momento en el cual comienza la protección de la vida." (fojas 166 de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007).

sin un momento específico para el inicio de la protección y aceptando que no es un derecho absoluto'.¹¹

"En atención a que el artículo 29 constitucional reconoce expresamente el derecho a la vida, aunado a los criterios anteriormente señalados, este Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llega a la convicción de que el reconocimiento que hace el artículo 7 de la Constitución de Baja California sobre la tutela al derecho a la vida, en sí mismo, es acorde a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"Sin embargo, la vinculación de esa tutela a ciertos presupuestos explícitos —que es lo que esencialmente impugna el accionante en el primer concepto de invalidez que se analiza—, como son: 1. Que la protección inicia al momento de la concepción; y, 2. Que se otorga el carácter de individuo al concebido, es decir, al producto de la concepción y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, y que la protección es efectiva hasta la muerte natural o no inducida, obliga a realizar un juicio sobre la conformidad a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de esa tutela a la luz de esos presupuestos.

"Cabe advertir, como premisa fundamental de todo el desarrollo metodológico y analítico en la presente resolución, que el juicio abstracto de constitucionalidad de las normas generales impugnadas se realizará en lo pertinente, con sustento en los conocimientos actuales de las ciencias al alcance de este Tribunal

¹¹ Foja 173 de la resolución adoptada en las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007.

Constitucional, exclusivamente a la luz de los parámetros constitucionales (incluyendo los tratados internacionales) aplicables.¹²

"La concepción y sus implicaciones jurídico-constitucionales

"Existe una vasta bibliografía sobre el tema de la concepción¹³ (fecundación), concepto que no ha logrado uniformidad, desde el punto de vista de la ciencia médica, en su definición y utilización. Existen acreditados diccionarios médicos que distinguen el concepto concepción del de fecundación,¹⁴ mientras que otros consideran que son sinónimos.¹⁵

"La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene una sola mención a la concepción (ninguna a fecundación); en el artículo 123, fracción XV del apartado 'A', que señala:

"Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

¹² Reconociendo que existen consideraciones filosóficas, metafísicas o trascendentes de relevancia en relación con estos aspectos, pero que son aplicables en otros contextos.

¹³ Por ejemplo: Carlson, Bruce, *Embriología humana y biología del desarrollo*, 4a. ed., (trad. Diorki Servicios Integrales de Edición), Elsevier, Barcelona, España, 2009; V. Cusi, "Desarrollo normal del embrión", en *Medicina del embrión*, M. Carrera y A. Kurjak (comp.), Masson, 1997, Barcelona, España; Paxinos, G. y Mai, J.K., "Fetal Development of the Central Nervous System", en *The Human Nervous System*, 2a. ed., Elsevier, Amsterdam, 2004; Alberts, B., Johnson, A., et al., "Development of Multicellular Organisma", en *Molecular Biology of the Cell*, 4a. ed., Garland Science, Nueva York, E.U.A., 2002; Sadler, Thomas W., *Langman's Medical Embryology*, 6a. ed., Williams and Wilkins, Maryland, E.U.A.; y Nicholls, J.G., Martin, A.R., et al., "Development of the Nervous System", en *From Neuron to Brain*, 4a. ed., Sinauer Associates, Massachusetts, E.U.A.

¹⁴ Así, por ejemplo, por fecundación y concepción, de acuerdo al Diccionario Dorland's, uno de los más aceptados en ciencia médica, se entiende lo siguiente:

"Fecundación: impregnación o fertilización, unión de los 2 gametos que forman un cigoto y termina con la implantación."

"Concepción: Inicio de la gestación marcado por la implantación del blastocisto en el endometrio con la formación de un cigoto."

¹⁵ En cambio, según el *Merriam Webster Medical Dictionary*, *conception* (concepción) significa: "the process of becoming pregnant involving fertilization or both." (el proceso de embarazarse involucrando fertilización o ambos).

"El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

"A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

" ...

"XV. El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.¹

"También tiene dos menciones a la gestación, una en el apartado 'A', fracción V, y otra en el apartado 'B', fracción XI, inciso c), evidentemente con el mismo sentido y alcance que la mención a concepción del apartado 'A'.¹⁶ Los textos son los siguientes:

"Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

¹⁶ Ambos apartados fueron adicionados con el mismo fin, en las partes relativas, por adición a la Constitución publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1974. Es decir, su propósito era igualar a la mujer y al varón en el acceso y libertad de trabajo y empleo, como se constata de los documentos del proceso legislativo que dio origen a esas modificaciones al artículo 123.

"El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

"A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

"...

"V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación;¹⁷ gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

"...

"B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

"...

"XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

¹⁷ Gestación es sinónimo de "embarazo o preñez", *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21a. ed., tomo I (A-G), Madrid, 1992, p. 1038). De acuerdo con la Norma Oficial Mexicana 007-SSA2-1993, embarazo normal: "Es el estado fisiológico de la mujer que se inicia con la fecundación y termina con el parto y el nacimiento."

III
...

"c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosa-mente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.¹

"En este sentido, del dictamen que se generó al seno del Poder Legislativo de Baja California, con motivo de la reforma constitucional al artículo 7, se desprende que en el caso de esa entidad, el Constituyente Estatal identificó el concepto concepción con el de fecundación.¹⁸ Es cierto que el precepto combatido se

¹⁸ La porción relevante del dictamen dice: "B. Intención de la iniciativa. La presente iniciativa pretende reformar el artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, bajo la premisa de que el ser concebido es persona humana y tiene derechos comenzando por el derecho a la vida y a nacer.

"Diversos estudios médicos han demostrado que en un óvulo **fecundado** hay una nueva vida humana, pues nada sucede a lo largo de la gestación que modifique o complemente su esencia. Estos estudios señalan lo siguiente:

"Esos mismos estudios agregan que el genoma humano demuestra que la niña o el niño concebidos son seres humanos diferentes de la madre, no meros apéndices.

"La ciencia médica ha avanzado y seguirá haciéndolo, logrando que un bebé nazca vivo y viable desde las 21 semanas de gestación (menos de 5 meses).

"El embrión tanto desde el punto de vista biológico como filosófico contiene a todo el ser humano en potencia. Si al embrión se le permite desarrollarse normalmente será un niño o niña y luego un adulto. Desde el punto de vista de la ética y el derecho, la sociedad debe siempre proteger a los más débiles.

"Hasta aquí la opinión médica, que demuestra que en un óvulo **fecundado** existe una nueva vida humana." (El subrayado y las negrillas no son del original). Fojas 728 a 730 del expediente en que se actúa.

refiere al inicio de la vida en la concepción, pero también lo es que, en el contexto en que el término se usa, se debe entender como sinónimo de fecundación, puesto que, a lo largo de la exposición de motivos, se hace referencia, de manera reiterada, al momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, y se afirma que es entonces cuando empieza el proceso biológico que da origen al ser humano, ya que en ese instante inicia la concepción.

"De acuerdo con Bruce Carlson, reconocido experto en embriología humana, 'la fecundación (concepción) consiste en una serie de procesos, más que en un único acontecimiento. En su sentido más amplio estos procesos comienzan cuando los espermatozoides inician la penetración de 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'.¹⁹ De acuerdo con este autor, es en ese momento cuando inicia la unión y fusión del espermatozoide y el óvulo al entrar en contacto sus núcleos, lo que provoca que surjan los 46 cromosomas (23 del óvulo de la madre y 23 del espermatozoide del padre) que es el número normal en la especie humana; momento este último en que es posible afirmar que se ha completado el proceso de fecundación, generándose así, del óvulo fecundado, lo que se denomina técnicamente: cigoto.

"De lo anterior se colige 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

¹⁹ Carlson, Bruce, *Embriología humana y biología del desarrollo*, 4a. ed., Elsevier, Barcelona, España, 2009, página 3.

mayoría de los casos, el momento real en que se completa ese proceso en una mujer.²⁰

"Concepto de persona y/o individuo y/o ser humano; y sus implicaciones jurídico-constitucionales"

"En la lógica del desarrollo argumental que se ha adoptado, ahora lo que corresponde es desentrañar el sentido que la Constitución Federal otorga a los vocablos: persona, individuo y ser humano (hombre) como conceptos constitucionales, dado que los tres se encuentran presentes, de manera expresa, en el texto de nuestra Ley Fundamental.²¹

"Del contraste gramatical y contextual del uso de los vocablos en los artículos constitucionales que los contienen, se arriba a los presupuestos normativos siguientes:

"1. El concepto *persona* varía en el alcance y significado que le otorga el Constituyente, pues lo emplea de tres maneras distintas; en ocasiones, lo identifica con el sentido jurídico de *individuo*, es decir, *persona física*;²² pero también utiliza el vocablo

²⁰ Para que esto fuese posible tendría la pareja que someterse a un control técnico-científico, a efecto de que cada vez que realizaran el coito se verificara si hubo fecundación. Por lo mismo, en los casos de inseminación artificial sí se sabe el momento preciso en que se presenta la fecundación.

²¹ El concepto *ser humano*, que aparece de manera única en el artículo 3o. de nuestra Constitución, se equipara ahí por el contexto y la estructura gramatical de la oración en la que se encuentra incorporado, al sentido que les otorga el propio Texto Fundamental a los de *individuo* o *persona física*, como claramente se desprende del texto de la porción normativa citada, del artículo 3o. de la Constitución, que es el siguiente:

"La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia."

²² Como es claramente en el contexto de los artículos que, como ejemplo, se citan a continuación: 3o., fracción II, inciso c), 4o., párrafos segundo, tercero y cuarto, 5o. párrafos primero, quinto, sexto y último, 6o., párrafo segundo, fracción III, 16 párrafo quinto, 20, apartado B, en su encabezado, 21, párrafo 10, inciso b), 28 párrafo 7o., 94, último párrafo, 95, último párrafo, 96, primer párrafo, 100, párrafo tercero, 101, segundo párrafo, 108, primer párrafo, 115, fracción I, segundo párrafo, 116, primer párrafo, y en la fracción III, párrafos tres y cuatro, 117, fracción IV,

con el doble sentido jurídico que comprende al mismo tiempo los de *persona física* o *persona moral*²³ y, finalmente, en otros casos, utiliza el vocablo explicitando en el mismo texto normativo, para que no sea materia de interpretación, que se aplica a *personas físicas y a personas morales* (llegando en algunos casos a especificar que se aplica a *personas físicas o morales, nacionales o extranjeras*).²⁴

"Sin embargo, es importante destacar que, con motivo de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de junio de dos mil once,²⁵ se modificaron diversos preceptos constitucionales con el objeto de que se refirieran a las *personas*, en vez de a los *individuos*.

"Este es el caso, por ejemplo, del artículo 1o. constitucional, cuyo primer párrafo ahora dice:

"En los Estados Unidos Mexicanos 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, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y

121, fracción III, segundo párrafo, 122, párrafo cuarto, 123, primer párrafo y fracciones XVIII y XXII del apartado A, así como la fracción XIV del apartado B y 130, antepenúltimo y penúltimo párrafos.

²³ Es el caso de su uso en los artículos que, a manera de ejemplo, se citan a continuación: 14, 16, 17, 28 párrafo segundo, 107 y 117, fracción IV.

²⁴ En este supuesto se encuentran los artículos que, a manera de ejemplo se citan a continuación: 6o., párrafo segundo, fracción VI, 13 y 49 segundo párrafo hablan de *persona* o *corporación*, 41, fracción III, apartado A, penúltimo párrafo, 99, párrafo cuarto, fracción VIII —incorporándose también en esta fracción a las *personas físicas o morales, nacionales o extranjeras*—; inclusive, en algunos preceptos se llega a diferenciar las *personas* por su carácter privado o público, como es en el artículo 79, fracción I, párrafo segundo y penúltimo párrafo.

²⁵ Que entró en vigor el día siguiente, es decir, el sábado doce de junio del mismo año, de acuerdo con el artículo primero transitorio del decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

bajo las condiciones que esta Constitución establece.¹ (El énfasis es añadido).

"En el dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara Revisora de la reforma constitucional —es decir, la Cámara de Senadores— se explica el porqué de la modificación, en los siguientes términos:

"Respecto al párrafo primero del artículo 1o. constitucional, estas comisiones dictaminadoras estiman conveniente precisar que la incorporación del término «persona» propuesto desde la Cámara de Origen es adecuado, entendiendo por tal, a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas.²⁶ (El subrayado no es del original).

"Igualmente, en el artículo 29 de la Constitución Federal ya no se prohíbe que la suspensión de derechos se contraiga a un determinado *individuo*, sino que ahora se emplea la expresión: 'a determinada persona' (pero estos cambios no se hicieron en los demás artículos de la Ley Fundamental citados).

"2. El concepto *individuo* presenta en nuestra Constitución el mismo sentido jurídico de *persona humana (física)*, como se desprende, sin duda, de los artículos en que el Constituyente lo utiliza.²⁷

²⁶ Véase la *Gaceta del Senado* Número 223, correspondiente al segundo periodo ordinario, martes, 8 de marzo de 2011.

²⁷ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos utiliza el concepto de individuo en los siguientes artículos: 3o.; 18, 19, párrafo 3o.; 25, párrafo primero; 27, fracción XV, párrafos

"3. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también usa, en solamente un precepto, el concepto '*ser humano*'²⁸ (aunque en otros utiliza el de '*hombre*').²⁹

"De lo antes señalado se puede concluir que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado el contexto normativo en que se utilizan, equipara los conceptos *individuo* y *ser humano* (hombre) con el de *persona humana* (física) y, por ende, debe convenirse que este sentido y no otro debe ser el referente para el juicio de constitucionalidad respecto del concepto de invalidez que se analiza.

"Al tener la vida y la dignidad humanas, así como los derechos y libertades de la persona reconocimiento constitucional y, por ende, consecuencias jurídicas relevantes,³⁰ la cuestión que se plantea aquí es si el producto de la concepción (embrión/feto para efectos del derecho positivo mexicano)³¹ califica como *persona humana* (por lo tanto, *individuo*) en el sentido normativo y conforme al sistema de derechos fundamentales establecido en la Constitución General de la República.

segundo, tercero y cuarto; 49; 73 fracción XVI, último párrafo; 76, fracciones X y XI; 78, párrafo segundo fracción IV; 80; 107, fracción II, párrafo sexto; 116 párrafo primero; 125 y 135.

Solamente las referencias a individuos contenidas en el artículo 107, por una interpretación extensiva de la Suprema Corte se han ampliado en su significado a personas colectivas, pero no por esta excepción se podría llegar a afirmar que el vocablo individuo no corresponde al de persona física.

²⁸ El texto del artículo 3o., párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se puede ver en la transcripción hecha a pie de página 54 anterior.

²⁹ Artículos 3, fracción II, inciso c), 11, 15, 18, párrafo segundo, y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁰ Reconocimiento a la dignidad y a los derechos y libertades que se encuentra en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³¹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 314, fracciones VIII y IX, de la Ley General de Salud, se entiende, respectivamente, por "embrión", al "producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional", y por "feto", al "producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno".

"Partiendo de la primera aproximación de carácter conceptual, aunque para otros espacios del conocimiento humano (filosofía, psicología, psiquiatría, religión, moral, etcétera) en ocasiones, los términos 'ser humano' y 'persona' no se usan como sinónimos o en forma intercambiable, para nuestro Texto Fundamental dichos términos sí son coextensivos, es decir, tienen la misma extensión en el sistema constitucional mexicano. En este sentido, si bien un embrión o feto podría calificar genéricamente como *ser humano* con el enfoque de otra disciplina, no califica necesariamente como *persona* o *individuo* en un sentido normativo, que es el relevante en el presente asunto.

"En efecto, con independencia de la cuestión acerca de en qué momento puede trazarse el inicio de la vida humana en la etapa prenatal, ante el argumento frecuentemente utilizado de que el producto de la concepción es un ser humano (un *ser humano* en formación), es preciso hacer la siguiente distinción: un ser humano efectivamente puede definirse en términos de su pertenencia a la especie *homo sapiens* (y la pertenencia a esa 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.

"Sin embargo, constitucionalmente el concepto '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.³² En este segundo sentido es que se habla del ser humano (individuo) como persona (persona jurídica), como sujeto de derechos y obligaciones.

"Si lo anterior es así, luego la pertenencia a la especie *homo sapiens* es condición necesaria pero no suficiente para calificar como persona/individuo en sentido normativo. De la premisa que describe el hecho (biológico) de que un ente, ser u organismo es un miembro de la especie humana, no cabe concluir, automáticamente, sin otras premisas adicionales, que califique jurídicamente como persona. Para ello es necesario que se cumplan, desde el punto de vista conceptual y normativo, otras condiciones.

"Por tanto, si el concepto de persona o de individuo como sujeto jurídico, es una noción normativa en cuanto que no puede elucidarse sin referencia a las normas (en el presente caso a normas constitucionales) que establecen sus derechos u obligaciones, en el entendido de que las formulaciones normativas empleadas por el Poder Constituyente ya sea originario o permanente, son relevantes en la determinación de los derechos fundamentales y sus titulares, se ratifica que el concepto de persona jurídica es constitucionalmente un concepto normativo.

³² A título meramente ilustrativo, en este sentido son seres que perciben, sienten, razonan, son autoconscientes, recuerdan, forman intenciones, realizan proyectos y demás. La expresión "y demás" significa que la lista está abierta. La cuestión no es pacífica. Véase: Dennett, Daniel. "Conditions of Personhood", en *The Identities of Persons*, (comp. por Oksenberg Rorty, Amélie), ed. University of California Press, Berkeley, 1976, pp. 175 a 196.

En todo caso, se considera que el legislador, en el momento de determinar legalmente qué es y quién es persona debe atender a criterios de racionalidad, pues el "Derecho no es una institución que esté al margen del requerimiento de la racionalidad ...". Véase: Cruz Parceros, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotto; Madrid, 2007, p. 137.

"Si, conforme a lo anterior, un cigoto (técnicamente entendido como la unión o fusión del óvulo y el espermatozoide en el inicio del proceso gestacional) califica como un organismo humano; ¿se le puede considerar razonablemente como una persona o individuo —sujeto jurídico o normativo— de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?

"La respuesta es no, toda vez 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.

"La Constitución hace una distinción clara, al hablar del concebido pero no nacido, como *producto de la concepción* (artículo 123, apartado A, fracción V) así como del embarazo o la gestación (artículo 123, apartado A, fracción XV e inciso c), fracción XI, del apartado B). De ningún artículo, aun interpretando de manera integral y sistemática el texto de la Constitución, se podría derivar la conclusión de que en ella se otorga un tratamiento jurídico al *producto de la concepción* equiparable al *individuo*, entendido éste como *persona jurídica*.

"La Constitución reconoce derechos fundamentales para la *persona jurídica* (es decir, para el individuo que ha nacido), distinguiendo en algunos casos protecciones específicas, por género o edad, como en los artículos 2o., apartado A, fracción II, en el que emplea el concepto de dignidad de la mujer; o en el 4o., párrafo segundo, en el que se establece el principio de igualdad del varón y la mujer ante la ley; o como también en el artículo 4o., párrafos sexto, séptimo y octavo, en los que protege a los niños y niñas quienes, si bien —casi por definición— no tienen

todos los atributos de los seres humanos adultos capaces, gozan de un régimen de derechos fundamentales,³³ que inclusive llega a la noción de protección a la 'dignidad de la niñez',³⁴ o como también sucede, de manera diáfana, en el artículo 18, párrafos cuarto, quinto y sexto, para el caso de menores y adolescentes infractores, quienes por mención expresa del Constituyente son *personas en desarrollo* para efectos constitucionales.³⁵

³³ Es preciso hacer esta aclaración sobre el régimen de los menores, porque, si bien, por ejemplo, un bebé de unos cuantos meses no tiene todos los atributos arriba mencionados para reclamar, por sí, todos los derechos fundamentales, la Constitución le otorga algunos derechos especiales.

El tema de los derechos de los niños ha sido objeto de discusiones en la teoría jurídica, ya que se considera un reto para el poder explicativo de las diferentes teorías de los derechos.

³⁴ **Artículo 4o.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá (sic) la organización y el desarrollo de la familia.

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

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

"Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

"Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

"Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

"Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

"El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

"Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural."

³⁵ Los párrafos citados tienen los textos siguientes:

"La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

"La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

"De igual manera, como ya se dijo antes, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos usa, en ocasiones, los términos 'ser humano' y 'hombre', los que, dado el contexto normativo en que el Constituyente los utiliza, resultan equiparables al de *individuo* o persona, que es quien tiene otorgados los derechos fundamentales que contiene la Constitución.

"En suma, el ámbito personal de validez de las normas constitucionales se refiere a los nacidos, y no puede entenderse referido a la vida prenatal.

"Además, esto se refuerza al considerar que, cuando la Constitución General hace referencia a la *concepción* y a la *gestación*, lo hace siempre en función de los derechos —laborales— de la mujer embarazada. En cambio, la propia Norma Suprema también hace referencia al nacimiento, destacadamente en el artículo 30.³⁶ Este precepto establece los supuestos en que se debe considerar que una persona tiene nacionalidad mexicana,

"Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves."

³⁶ **Artículo 30.** La nacionalidad mexicana se adquiere por **nacimiento** o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

"I. **Los que nazcan en territorio de la República**, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

"II. **Los que nazcan en el extranjero**, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional.

"III. **Los que nazcan en el extranjero**, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

"IV. Los que **nazcan** a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

"I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

"II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley."

e indica que el hecho generador de ese status —o ámbito personal de validez de la norma— es, precisamente, el nacimiento; no la fecundación o concepción. La calidad de 'mexicano', de acuerdo con la propia Constitución General, conlleva determinadas consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) que sólo son aplicables a los sujetos nacidos (porque los no nacidos aún no tienen ese carácter).³⁷

³⁷ Sobre el particular, es preciso señalar que el artículo tercero transitorio del decreto por el que se declaró reformados los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de nacionalidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete no constituye fundamento del derecho a la vida del concebido, ya que la referida disposición transitoria depende de las normas contenidas en los artículos permanentes reformados, los cuales exigen el requisito indispensable del nacimiento.

Ese artículo transitorio señaló:

"Tercero. Las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el presente decreto entre en vigor, seguirán aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o **concebidos** durante su vigencia." (Énfasis añadido).

Cabe señalar que dicho artículo tercero transitorio se reformó mediante el diverso decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, para quedar como sigue: "Las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto, seguirán aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma contenida en el presente decreto.". Sin embargo, el texto reformado no modifica la conclusión a la que se arriba en el presente apartado.

La referida disposición no tiene los efectos universales y absolutos que algunos han pretendido otorgarle como supuesto sustento del derecho fundamental a la vida en favor del concebido, sino que por su propia naturaleza transitoria fue una disposición que otorgó una protección específica a una determinada clase de sujetos normativos, para ciertos efectos y por un tiempo determinado. El Congreso de la Unión en su carácter de legislador ordinario y conforme a la facultad que le otorga el artículo 72, base F, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

"Artículo 72. F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación."

Así, el legislador interpretó el artículo transitorio de manera auténtica, fijándole precisamente ese alcance temporal y limitado al expedir la nueva Ley de Nacionalidad.

En efecto, dado que el derecho tiene un carácter sistemático, es preciso tener presente que el legislador ordinario federal estableció, en el artículo quinto transitorio del decreto por el que se expidió la nueva Ley de Nacionalidad, decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, lo siguiente:

"Artículo quinto. Los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del decreto por el que se reforman los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estarán sujetos a lo dispuesto por los artículos segundo y tercero transitorios del citado decreto.

"Para los efectos del párrafo anterior, se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta ley."

El artículo transitorio se justificó en la exposición de motivos presentada por el Ejecutivo Federal en octubre de 1997 a la Cámara de Senadores, con las siguientes razones: "En estricto apego al régimen transitorio establecido en dicha reforma constitucional (se refiere a la de marzo de 1997), en el artículo quinto transitorio de este proyecto se establece que a los nacidos y concebidos antes

"Por otro lado, la postura consistente en que, de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se es sujeto de derecho a partir del nacimiento se refuerza al tomar en cuenta el contenido del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño,³⁸ de la cual México es parte. Ese precepto dice:

... de la entrada en vigor de la reforma se les respetarán los beneficios y derechos que les otorgaba el régimen que se derogaría.

Para dar certeza jurídica a la situación a la que se refiere el párrafo anterior, precisa que se entenderán como concebidos a los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de la presente iniciativa, lo cual es congruente con las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.¹

Como se señaló, la Ley de Nacionalidad entró en vigor el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho, con arreglo a lo dispuesto en el artículo primero transitorio del decreto respectivo, a efecto de que entrara en vigor el mismo día que las reformas constitucionales de mil novecientos noventa y siete, es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Acorde con lo anterior, los sujetos normativos de la disposición transitoria bajo análisis establecida por el Poder Constituyente Permanente, son los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del decreto por el que se reformaron los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Lo anterior, se ve confirmado por el artículo quinto transitorio expedido por el legislador federal ordinario.

El efecto de la citada disposición fue regular el tránsito de dos situaciones específicas: la primera, para que aquellos que antes de la reforma constitucional hubieran perdido la nacionalidad mexicana por haber adoptado voluntariamente otra nacionalidad, pudieran recuperar la mexicana y, la segunda, que las disposiciones vigentes con anterioridad al veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho siguieran aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia; es decir, el efecto específico fue que se siguieran aplicando ciertas normas, en materia de nacionalidad mexicana, a dichos sujetos normativos, pero acotado en términos semejantes a como lo hace la legislación civil.

Por ello es que el párrafo segundo del artículo quinto transitorio de la Ley de Nacionalidad estableció que: "Para los efectos del párrafo anterior, se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta ley."

Si la ley entró en vigor el 20 de marzo de 1998, los "concebidos" para efectos de la reforma constitucional serán aquellos nacidos vivos y viables a partir del 21 del mismo mes y año y hasta el día 300 contado a partir de esa última fecha, es decir, el 14 de enero de 1999.

Por esas razones, el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional de mayo de 1997, conforme al acotamiento que hizo el legislador federal ordinario, no tuvo los alcances universales y absolutos que en una de las acciones de inconstitucionalidad se pretendió darle.

Ello de ninguna manera pretende sustentar la constitucionalidad del texto del artículo transitorio de la Norma Fundamental en la ley secundaria (como lo afirmaron los Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Gutiérrez y Ortiz Mayagoitia en su voto de minoría en relación con la resolución recaída a la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007), sino acreditar que la interpretación auténtica que se le dio a dicho artículo y que ha prevalecido hasta la fecha, fue precisamente la que se ha señalado.

³⁸ Esta convención entró en vigor para México el 21 de octubre de 1990, y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

"Artículo 7.

"1. El niño será inscrito inmediatamente después de su na-
cimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adqui-
rir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a
sus padres y a ser cuidado por ellos.

"2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos
derechos de conformidad con su legislación nacional y las obli-
gaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos
internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el
niño resultara de otro modo apátrida."

"Como ya se dijo, en esta convención no se define expresa-
mente en qué momento comienza la vida de la niña o niño. Sin
embargo, el artículo recién transcrito robustece la noción de
que el status de 'persona', para efectos jurídicos, se contrae desde
el momento del nacimiento, pues es hasta entonces que el niño
tiene derecho a ser inscrito en un registro, a un nombre, a adqui-
rir una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado
por ellos.

"En este sentido, es válido sostener, como lo hace la accio-
nante, que aunque ningún instrumento jurídico —sea la Cons-
titución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratado o
convención internacional, o ley— define cuándo se puede hablar
jurídicamente de 'niño' o 'niña', esos conceptos en su sentido de
'persona jurídica', siguen la misma regla que se ha señalado
antes, por lo que debe considerarse que es a partir del nacimien-
to que adquiere ese carácter un 'niño' o 'niña' para todos los
efectos legales, con las excepciones que establece la legis-

lación civil, mismas que están, en todo caso, sujetas a la condición necesaria y absoluta del nacimiento para su eficacia.

"Para recapitular, a partir de una interpretación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los tratados internacionales que interesan al caso no se puede concluir que el producto de la concepción o fecundación, independientemente de la etapa gestacional en que se encuentre, se deba considerar como persona jurídica o individuo, para efectos de ser sujeto de los derechos constitucionales o de tener capacidad jurídica.

"En este sentido, asiste razón a la parte accionante cuando afirma que el Poder Reformador de la Constitución Local indebidamente equipara al 'concebido' con una persona nacida para todos los efectos legales, mediante una ficción jurídica. Es indebido porque, al indicar que el producto del embarazo es una persona nacida 'para todos los efectos legales correspondientes', el artículo impugnado le otorga todos los derechos y obligaciones previstos en la Constitución General de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos, así como los establecidos en la propia Constitución del Estado de Baja California.

"Si ni la propia Constitución Federal ni los instrumentos internacionales pertinentes contemplan como 'individuo' al producto en gestación, tampoco lo puede hacer la Constitución estatal, porque se conferirían derechos a un grupo de 'sujetos' no reconocidos por la Norma Suprema, lo cual supone una contravención a ésta, en atención al principio de supremacía establecido

en el artículo 133³⁹ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con el cual ésta es la ley suprema de la Unión, y prevalece sobre las constituciones de las entidades federativas, que deben apegarse a las disposiciones de aquélla.

"En este sentido, se debe recordar que, de una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 40,⁴⁰ 41, párrafo primero,⁴¹ y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cabe establecer que el Estado Mexicano está estructurado como un Estado federal en el que los Estados que integran la Unión son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero sobre la base de que esa Unión, en una Federación, se sustenta en los principios establecidos en la Ley Fundamental, entre ellos, destacadamente, el de supremacía constitucional, con arreglo al cual las Constituciones particulares de los Estados 'en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal'.

"De acuerdo con lo anterior, el federalismo debe ser congruente con el principio de supremacía constitucional y en tal virtud los ordenamientos constitucionales de las entidades federativas están subordinados a la Constitución Política de los Es-

³⁹ Esto es así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice:

"**Artículo 133.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

⁴⁰ "**Artículo 40.** Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental."

⁴¹ "**Artículo 41.** El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal. ..."

tados Unidos Mexicanos que establece y contiene las reglas del Pacto Federal.

"Así, los Poderes Constituyentes locales están sujetos necesariamente al orden constitucional establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales que, incluye, en particular, los derechos humanos establecidos en la propia Constitución, los cuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones ahí establecidos, de conformidad con el artículo 1o., párrafo primero, constitucional.

"Ahora bien, esta Suprema Corte de Justicia no pasa por alto el hecho de que, en principio, los derechos constitucionales eventualmente podrían extenderse a través de la legislación secundaria. No obstante, el caso que se resuelve no se trata sobre la extensión de derechos, sino sobre la creación de un nuevo grupo de sujetos de derechos a los cuales se les aplican, de acuerdo con la Constitución Local, los derechos humanos y sus garantías previstos tanto en la Constitución Federal como en la Local y en los tratados internacionales que se refieren a derechos humanos. Así pues, el Poder Reformador de la Constitución del Estado de Baja California no puede introducir al orden jurídico un conjunto de individuos que no prevé la Constitución General de la República, pues al hacerlo se reducen los derechos constitucionales de sujetos que sí son reconocidos por ésta, y a los cuales son oponibles los del nuevo 'grupo de sujetos' creado por la norma estatal. Específicamente, 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 por la Constitución Federal. Luego, el Constituyente estatal no tiene la facultad de ampliar el espectro de sujetos protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los términos en que lo hizo.

"Lo anteriormente afirmado no implica, en forma alguna, que la Constitución no reconozca el valor de la vida humana prenatal y su consecuente protección o tutela; pero la protección constitucional se encuentra sustentada sobre la base de que aquélla constituye un bien constitucionalmente protegido, como se determinó por este Tribunal Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, en el entendido de que no tiene una posición preeminente frente a los demás derechos y bienes constitucionalmente tutelados para la persona.

"Es decir, la vida prenatal es un bien jurídico, reconocido incluso por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 123.⁴²

"Más adelante se analizará si la reforma constitucional local que ahora se combate tiene repercusiones en la forma en que el orden jurídico de Baja California protege ese bien jurídico.

⁴² Vale la pena recordar que tanto el Tribunal Constitucional español como la Corte Constitucional de Colombia han emitido sentencias en el mismo sentido, es decir, reconociendo que el producto de la gestación humana o *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente tutelado al que no se le puede conferir el carácter de titular de derechos y obligaciones, y distinguen entre la vida humana —incluso en gestación— y la titularidad del derecho a la vida (cfr. las sentencias 53/85 y 116/99 del Tribunal Constitucional de España y la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia).

"De igual manera, este Pleno, al analizar el marco normativo internacional al que se ha sujetado México, en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, ya se pronunció sobre los alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —único instrumento internacional que establece la protección a la vida, de manera general, desde el momento de la concepción— en el orden jurídico nacional, toda vez que el Estado Mexicano formuló una reserva y una declaración interpretativa al ratificar la invocada convención.⁴³

"A mayor abundamiento, debe decirse que en dicha resolución este Tribunal Constitucional se pronunció también en el sentido de que el derecho a la vida no es absoluto, ya que ninguno de los derechos humanos o fundamentales lo son, razón por la cual tendría que ser armonizable el de la vida con otros derechos.⁴⁴

"Así, en cualquier caso, el bien constitucionalmente protegido relativo a la vida prenatal no podría tener una prevalencia absoluta e ilimitada en relación con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

⁴³ Páginas 158 a la 185 de la resolución recaída a la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

La declaración y reserva vigentes, dado que México retiró parcialmente las formuladas originalmente, son las siguientes:

1. Declaración interpretativa:

"Con respecto al párrafo 1 del artículo 4o., 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."

2. Reserva:

"El Gobierno de México hace reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, dispone que los Ministros de cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos."

⁴⁴ Resolución de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, páginas 162 y ss.

"Por todo lo anteriormente señalado, la porción normativa del artículo 7 de la Constitución de Baja California impugnada es inconstitucional y debe invalidarse, pues viola el principio de supremacía contenido en los artículos 40, 41, párrafo primero y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al calificar como persona humana en sentido normativo al producto de la concepción en etapa prenatal, en detrimento de los derechos de las personas nacidas.

II. Contraste de la protección de la vida prenatal con los derechos fundamentales de las mujeres

"Las anteriores argumentaciones, relativas a la indebida atribución de personalidad a la vida prenatal, son suficientes para invalidar la norma combatida. No obstante, conforme al principio de exhaustividad, conviene analizar el resto de los conceptos de invalidez planteados por la parte accionante, con el fin de determinar si el artículo constitucional combatido es violatorio de derechos fundamentales.

"El promovente sostiene que si bien la reforma impugnada persigue una finalidad constitucionalmente válida, consistente en la protección de la vida en gestación, no satisface los principios (parámetros) constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica y, por lo tanto, actualiza una indebida ponderación de los bienes constitucionales en conflicto.

"Asimismo, sostiene que existen medidas menos gravosas para los derechos fundamentales de las mujeres y que también son idóneas y suficientes para satisfacer la protección constitucional de la vida en gestación.

"De igual manera, aduce que la reforma impugnada produce una afectación desproporcionada y exorbitante en los derechos y bienes constitucionalmente reconocidos a favor de las mujeres que, como consecuencia de la protección incondicionada de la vida en gestación, quedan caracterizados como meros instrumentos cuyo destino necesario es la reproducción.

"Por lo tanto, el accionante considera que el decreto impugnado, al establecer una protección incondicionada y absoluta a favor de la vida prenatal, restringe indebidamente los derechos fundamentales de las mujeres establecidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en tratados internacionales, entre los cuales destaca la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

"El concepto de invalidez antes resumido es fundado, como se muestra a continuación.

"La dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres

"Dado que el principio constitucional de la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres constituyen, en el presente caso, parámetros obligatorios de control de la constitucionalidad de las normas impugnadas, si las normas generales impugnadas, incluso cuando pretendan proteger la vida prenatal, violan la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres (en especial de las que no desean procrear), entonces esa condición sería suficiente para no ser válidas constitucionalmente.

"Ahora bien, pueden existir distintas clases de medidas o intervenciones legislativas para proteger la vida prenatal en relación con la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres.

"Las medidas normativas compatibles con la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres incluyen, por ejemplo, la nutrición mejorada de las mujeres embarazadas, la prevención de la violencia familiar, sexual y contra las mujeres, así como la detección temprana de alteraciones fetales o complicaciones maternas que colocan en riesgo al binomio madre-hijo, y que implican obligaciones positivas a cargo del Estado.

"En el caso individual, la porción normativa impugnada, aun cuando pretende proteger la vida prenatal —un bien merecedor de protección constitucional—, resulta inconstitucional, toda vez que, al tiempo que protege la vida prenatal, vulnera la dignidad de las mujeres y sus derechos fundamentales, en particular los reproductivos y a la salud. Lo anterior es así, por lo siguiente:

"La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece un entramado de derechos fundamentales que tiene como uno de sus ejes rectores el concepto de dignidad humana, razón por la cual es preciso realizar una interpretación sistemática y, por lo tanto, armónica, de las disposiciones relativas aplicables al caso, tomando como eje normativo la dignidad de las mujeres.

"Al respecto, cabe tener presente que el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad de todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

"El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁴⁵ establece el principio constitucional de la dignidad humana y, específicamente, el artículo 2o., apartado A, fracción II,⁴⁶ de la invocada Constitución consagra expresamente la dignidad e integridad de las mujeres.

"Sobre el particular, es preciso señalar que si bien es cierto que el reconocimiento específico de la dignidad e integridad de las mujeres se estableció mediante el decreto de reforma constitucional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, en virtud del cual se reconoce y garantiza la cultura y los derechos de los pueblos y las

⁴⁵ Conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011, el texto vigente es el siguiente:

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos 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, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

"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.

"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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

⁴⁶ "Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.

"La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

"...

"A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

"...

"II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los Jueces o tribunales correspondientes. ..."

comunidades indígenas,⁴⁷ también lo es que la protección de la dignidad e integridad de las mujeres constituye un principio sustantivo de rango constitucional de alcance general, pues informa el conjunto del ordenamiento jurídico, y, conforme a una interpretación sistemática, es una vertiente o especificación del principio de dignidad humana establecido en el artículo 1o. de la Constitución Federal, y que se puede traducir como el derecho de las mujeres a ser tratadas, en todo caso, con dignidad y, correlativamente, como un deber de cumplimiento no graduable y, en principio, no sujeto a excepciones.⁴⁸

"El referido principio constitucional de dignidad de las mujeres, como se verá, tiene diversas especificaciones normativas en relación con los derechos fundamentales de las mujeres, pudiéndose, así, hablar, por ejemplo, de la dignidad como igualdad y la dignidad como libertad.

"Según ya se ha dicho, el artículo 1o. constitucional, reformado recientemente, establece un marco de protección a los derechos fundamentales mucho más amplio, al establecer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano

⁴⁷ De acuerdo con el dictamen de las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados, Cámara de Origen, una de las razones para establecer esa cláusula específica de dignidad fue la necesidad de fortalecer la protección de los más débiles. En el texto del dictamen puede leerse: "... los indígenas tienen como individuos, como mexicanos, y como ciudadanos los derechos que la Constitución otorga. Sin embargo, es preciso fortalecer la protección de las áreas más débiles del conjunto, especialmente las mujeres y los infantes ... Su reconocimiento (se refiere al derecho indígena) ha de sujetarse a los principios de la Ley Suprema y al respeto de la dignidad e integridad de las mujeres". (Énfasis añadido).

⁴⁸ En el plano de la teoría jurídica se discute acerca de si la dignidad humana tiene una estructura distinta a la de otros derechos fundamentales que, en su caso, requerirían de ponderación o balanceo. En el plano de la teoría jurídica véase, por ejemplo: Aizena, Manuel, "Entrevista a Robert Alexy", en *Doxa* 24.

sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece; que las normas relativas a esos derechos se interpretarán de conformidad con la Ley Fundamental y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, por lo que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley; que 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 y, en consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley; y que queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

"Por su parte, el artículo 4o. de la Constitución Federal establece varios derechos fundamentales aplicables al caso:⁴⁹

⁴⁹ "Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá (sic) la organización y el desarrollo de la familia.

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

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

"Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

"**Primero.** En su primer párrafo establece, como una manifestación del principio de igualdad invocado, que el varón y la mujer son iguales ante la ley.

"La referida igualdad entraña una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, toda vez que, frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4o. constitucional ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones discriminatorias.

"Apoya lo anterior, la tesis 1a. CLII/2007, sustentada por la Primera Sala de esta Suprema Corte, de rubro: 'IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES.',⁵⁰ que este Pleno comparte.

"Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

"Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

"Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

"El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

"Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

⁵⁰ El texto de esa tesis dice: "El primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia, se introdujo en la Carta Magna mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974 como parte de un largo proceso para lograr la equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Así, en la relativa iniciativa de reformas se propuso elevar a rango constitucional la igualdad jurídica entre ambos y se indicó que ésta serviría de pauta para modificar leyes secundarias que incluyeran modos sutiles de discriminación. De manera que la referida igualdad implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4o. constitucional, más que prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias.". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, julio de 2007, página 262.

"**Segundo.** El artículo 4o., párrafo segundo, constitucional establece, en forma expresa, uno de los derechos básicos que constituye o fundamenta los *derechos reproductivos*, al disponer que: 'Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos'.

"Este artículo no siempre ha tenido la misma redacción. En mil novecientos setenta y cuatro se modificaron los dos primeros párrafos, para quedar con el texto actual. Esa reforma constitucional al artículo cuarto tuvo como eje rector la ampliación de los derechos de las mujeres.

"Tanto la exposición de motivos como los dictámenes de las Cámaras del Congreso de la Unión, coinciden sobre cuáles son los principales objetivos de la reforma constitucional: la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer; la protección de la organización y el desarrollo de la familia; y el derecho a decidir libre, responsable e informadamente sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Con estos fines en mente, no sólo se reformó el artículo 4o. constitucional, sino que también se modificaron los artículos 30 y 123, apartados A y B, de la Norma Fundamental; el primero para 'establecer estricta igualdad entre varones y mujeres para adquirir los beneficios de la naturalización mexicana' y el segundo con objeto de equiparar los derechos laborales de las mujeres con los de los hombres.⁵¹

⁵¹ Expresamente, en la exposición de motivos se aseveró que: "la única diferencia que puede establecerse válidamente entre los derechos de la mujer y del varón, será aquella que se derive de la protección social a la maternidad, preservando la salud de la mujer y del producto en los periodos de gestación y la lactancia". En este punto, es relevante hacer notar que la protección que se confiere al producto de la gestación es en función de los derechos laborales de la mujer embarazada, y no considerando a aquél como un sujeto de imputación jurídica.

"A partir de las consideraciones de la exposición de motivos y de los dictámenes de las Cámaras del Congreso de la Unión⁵² se desprende lo siguiente:

⁵² Exposición de motivos: "Para elevar el nivel de desarrollo en los más diversos órdenes, simultáneamente a la igualdad de hombres y mujeres, la iniciativa para incorporar a la Constitución un nuevo artículo cuarto ordena a la ley proteger la organización y el desarrollo familiar. Es en el seno de la familia donde se conservan con más pureza las formas de convivencia que dan a la sociedad mexicana su carácter singular y donde se generan las más limpias y auténticas aspiraciones y transformaciones. No es aventurado afirmar que la familia mexicana suscribe diariamente el plebiscito de la nación, que su preservación es garantía de permanencia social y de legítimo cambio.

"Entonces, al definirnos como una nación revolucionaria tenemos que proponer las bases para que en el seno de cada familia se opere sustancialmente la revolución de las conciencias, de las actitudes y de las acciones.

"En forma consecuente con la política demográfica libremente adoptada por la nación mexicana, humanista y racional, el segundo párrafo del artículo cuarto que se propone entiende el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria, tal como lo asienta la declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968; este derecho fundamental implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres. La procreación libre apareja un derecho a la información y un compromiso de solidaridad.

"Es condición humana incorporar valores culturales a las más simples funciones vitales; con mayor razón la actividad reproductiva merece un revestimiento cultural y un tratamiento responsable. Por la cultura el hombre es responsable; su responsabilidad lo hace libre; por su libertad se educa e informa. Desterrar de nuestra existencia los hijos de la ignorancia y la pobreza favorece la procreación por la libertad, la educación, el amor y la comprensión de la pareja, y refuerza el sentido solidario de la función generadora."

Dictamen de la Cámara de Origen (Diputados): "Un nuevo artículo 4o. constitucional es punto de partida de las Reformas que se proponen. El texto vigente de dicho precepto se incorpora al artículo 5o. de la Ley Fundamental. Tres principios esenciales se establecen en la disposición:

"La igualdad jurídica del varón y la mujer; la protección legal de la organización y desarrollo de la familia y el derecho de toda persona a decidir libre, responsable e informadamente sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

"El primer aspecto, referente a la igualdad jurídica, recoge oportunamente un postulado básico de los movimientos libertarios y sociales de México. Facilita la participación plena de la mujer en cuatro ámbitos esenciales de la vida nacional. El proceso educativo, el mercado laboral, la revalidación de la vida familiar y los estructuras públicas o políticas.

"Esta reforma supone una ruptura de viejas barreras que impedían el cabal desempeño de las mujeres mexicanas en el proceso de desenvolvimiento. Su alta jerarquía constitucional conlleva la remodelación de la legislación ordinaria en las esferas federal y local. Así, millones de mujeres de todo el país disfrutarán los beneficios del nuevo marco normativo.

"El nuevo régimen jurídico al suprimir cualquier signo de discriminación femenina, favorece la práctica de una igualdad que facilite el despliegue integral de las capacidades de los varones y las mujeres de México.

"El segundo aspecto del nuevo precepto constitucional corresponde a la protección legal de la organización y desarrollo de la familia. Un trascendental avance en la actualización de las Instituciones Jurídicas Nacionales habrá de operarse de ser aprobada esta nueva garantía social.

"...

"El tercer aspecto del artículo 4o. concierne al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Esta disposición, elevada al plano constitucional, protege un hecho básico, íntimamente vinculado a la igualdad real de la mujer: la creación de la vida misma.

"• Los primeros dos párrafos del artículo cuarto constitucional tienen como origen una reforma cuyo objetivo era resaltar diversos derechos de las mujeres.

"Este precepto es consecuente con la política demográfica humanista adoptada por el Gobierno de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968, al consagrar el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria.

"Los elementos integrantes de la disposición, concuerdan también con los capítulos relativos de la Conferencia Mundial de Población celebrada este año en Bucarest, donde se concluyó que el derecho humano a la planeación familiar, debe ejercitarse en forma libre, responsable e informada.

"En trabajo de comisiones, se recibió la sugerencia de dejar contenida en el Texto Constitucional la información que esta obligación ya se encuentra implícita en el segundo párrafo del artículo 4o. de la iniciativa de ley, dada la naturaleza de las garantías individuales que son esferas de derechos imprescindibles de los mexicanos e imponen limitaciones al poder público, como en el caso, obligaciones concretas de hacer.

"Este derecho, oponible ante el Estado, se inscribe en el contexto de las garantías individuales. Su libre ejercicio supone la ausencia de coacción por el poder público; la información se entiende como la obligación estatal de contribuir a la capacitación para el mismo, generalizándose así esa conciencia plena que es la responsabilidad.

"La determinación del número y espaciamiento de los hijos son rasgos fundamentales de la planeación familiar. Una menor cantidad de hijos posibilita una mayor atención y cuidado para cada uno de éstos y la incorporación de la mujer a las tareas colectivas. La separación de los nacimientos racionaliza la fecundidad y facilita la organización de la vida femenina. De ahí la importancia de su inserción en el segundo párrafo del artículo 4o. constitucional de la iniciativa."

Cámara Revisora (Senadores): "Al advertirse en la iniciativa, que la situación general se ha modificado profundamente, afirma que resulta indispensable proceder a una completa revisión de los ordenamientos que contemplan la participación de la mujer en los procesos educativo, cultural, económico y social, reiterando el señor presidente su expresión, de su último informe a la nación, de que la mujer debe disfrutar de absoluta igualdad con el varón en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus responsabilidades, lo que lo determinó a hacer factible una completa revisión de las leyes federales correspondientes. Pertinentemente se apoyó el jefe de la Nación en la relación proporcional que cita a continuación. En el renglón educativo, el 62% integrado por varones y el 38% por mujeres, con 14 o más años de edad; y asistentes a instituciones de enseñanza profesional y de postgrado, el 73% de varones y el 27% de mujeres, en 1970. En actividades productivas, de 13 millones de personas en 1970, el 81% corresponde a los varones y el 19% o sea la quinta parte al sector femenino; y sólo trabajan de un 15 a un 17% de las mujeres casadas.

"Se aduce en la iniciativa que la población femenil resiente más los efectos en el problema del empleo y sub-empleo. Que las condiciones económicas de México reclaman la participación de la mujer en la creación de riqueza y de nuevas fuentes de trabajo e ingresos para la familia mexicana, lo que no será realidad ni programa, si no se rompen las barreras que han legitimado el alejamiento de la mujer en las tareas que requieren habilidades y conocimientos más allá de la educación elemental, y que, como educación y trabajo son variables interdependientes, dar educación y trabajo a la mujer no es sólo resolver problemas económicos, sino fundamentalmente formar conciencias libres.

"Luego, se expresa como objetivo de la iniciativa de reformas, la necesidad de asentar claramente en el elevado plano constitucional, al lado de otros grandes principios rectores de la vida social, la igualdad entre hombres y mujeres, ratificándose así la capacidad del sistema constitucional mexicano para acelerar el ritmo del progreso y promover grandes transformaciones sociales, al sumarse las reformas al equilibrio que ese sistema encontró al asegurar las libertades individuales y las garantías sociales, precediendo ahora, con razón, al artículo 4o., que se propone, la garantía del 3o., que enraza en el sustrato igualitario sus profundos ideales de fraternidad y los fortalece con el rechazo de cualquier privilegio, enriqueciendo la ideología libertaria y de solidaridad social de nuestra Constitución, ordenando la igualdad jurídica entre los sexos y enmarcándola entre los dere-

"• El derecho a la procreación se entiende como una 'garantía personal de raigambre solidaria'.

"Sobre este punto, vale la pena recordar que, en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007,

chos a la educación y al trabajo. Al consagrar esa igualdad, hace explícita una decisión de humanismo y recoge una demanda precisa e inequívoca de las mujeres.

"...
"Consecuente con la política demográfica, humanista y racional, se propone en el segundo párrafo del artículo cuarto, se entienda el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria, que implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres, citándose al respecto la declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968. Esa procreación lleva aparejado el derecho a la información y un compromiso de solidaridad.

"...
"El tercer interés que se protege en el artículo 4o., es el relativo al derecho de toda persona para decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Esta disposición, contemplada como garantía constitucional, aunque atañe y vincula más íntimamente a la mujer, por la creación de la vida misma, aspira a proteger por igual a la pareja y creemos que su común acuerdo en la formación de una familia, equilibrará convenientemente todos los extremos a los que puede llegar: se con una inteligente formación familiar a la que actualmente se propende, con una política demográfica humanista adoptada por el Gobierno de la República. Reiteramos aquí nuestra conformidad de criterio con las ideas que son fruto de la declaración de la Organización de las Naciones Unidas en Teherán en 1968 y nuestra concordancia con las relativas a la Conferencia Mundial de Población celebrada en Bucarest, que concluyó con el derecho humano a la planeación familiar y su debido ejercicio en forma libre, responsable e informada, estimando con la Colegisladora, que la información que pudiera sugerirse a cargo del Estado puede considerarse implícita en ese segundo párrafo del artículo 4o. de la iniciativa de ley, dada la naturaleza de las garantías individuales, que así lo hacen suponer fundadamente.

"La decisión libre, responsable e informada sobre número y el espaciamiento de los hijos, consagra un derecho que puede ejercitarse e aun oponerse ante autoridades y, por lo mismo supone la ausencia de coacción de parte del poder público. Ya éste se encargará, lo creemos también fundadamente de contribuir a la difusión de los conocimientos indispensables para que tal derecho se ejercite con plena conciencia de la responsabilidad social que entraña, para el armónico desenvolvimiento de la colectividad; no otra cosa se desprende del marcado interés cultural, que con ese desiderátum, pone de manifiesto el Gobierno Federal en sus programas sobre población, conformados de manera tan eficiente en sus planes educacionales.

"En el segundo apartado del artículo 4o.; se colige también la planeación familiar. Es de todo punto consecuente la reforma, por cuanto a que el espaciamiento de los hijos determina una familia poco numerosa, en la que el cuidado de aquéllos se beneficia en todos los aspectos y su formación física y moral puede ser tan completa como ese pequeño grupo la propicie. La mujer en estas condiciones, podrá tener el tiempo suficiente para dedicarse a algún desempeño en la vida colectiva, con el que en cultura o bien sea por bienes económicos, producto de actividades pertinentes con su condición familiar, torne a ésta más desahogada y más eficaz al hombre, esta misma situación, de menor agobio, procurará también su desenvolvimiento en todos los órdenes y facilitará igualmente su directa obligación para el sostenimiento del hogar. Por otra parte y contemplada la misma disposición legal, el espaciamiento de los hijos garantiza una fecundidad feliz y la posibilidad de una vida sana, evitando en multitud de casos los fracasos de frecuentes gestaciones y alumbramientos y el debilitamiento que por ello sobreviene la mujer. Todo lo cual da una mayor y más ostensible pertinencia a la reforma."

se estableció que, si bien tanto los hombres como las mujeres tienen derechos reproductivos, lo cierto es que las segundas están en una situación distinta que los primeros, ya que hay consecuencias de un embarazo no deseado que recaen sobre la mujer que lo experimenta y no sobre el hombre, por lo que se afecta asimétricamente el plan de vida de la primera.⁵³

"Asimismo, como lo estableció este Tribunal Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010, fallada el dieciséis de agosto de dos mil diez, el artículo 4o. de la Constitución Federal, al establecer el derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos, en forma libre, responsable e informada, consagra un 'derecho fundamental, de los denominados de libertad, como es el decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos que se deseen tener, lo cual implica también la decisión de no tenerlos; a la par, el artículo 4o. constitucional establece la obligación del Estado de proporcionar información acerca de métodos de anticoncepción, educación sexual, etcétera, a fin de que dicha decisión sea tomada en forma responsable e informada.'

"De acuerdo con lo anterior, el derecho de *libertad* a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos que se deseen tener, lo cual implica la decisión de no tenerlos, es un derecho humano reconocido y garantizado en la Constitución General de la República, que constituye, a su vez, el fundamento de los derechos reproductivos de las mujeres.

⁵³ Páginas 188 y 189 del engrose de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

"En este sentido, en lo concerniente al concepto de *derechos reproductivos*, cabe tener presente que, de acuerdo con el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida como CEDAW),⁵⁴ los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, entre los cuales se menciona expresamente los que se refieren a la planificación familiar.⁵⁵

"En esa línea, la convención anteriormente citada establece expresamente el mandato de no discriminación en diversos ámbitos⁵⁶ entre los cuales destacan, en lo que interesa, el derecho

⁵⁴ La entrada en vigor para México de esta convención fue el 3 de septiembre de 1981, y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.

⁵⁵ **Artículo 12.**

"1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

"2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

⁵⁶ Uno de los objetivos centrales de la invocada convención es garantizar a la mujer el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

El artículo 2 de la invocada convención establece que: "Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a:

"a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

"b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

"c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

"d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

a la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia, la protección a la mujer en las zonas rurales, en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, así como que los Estados partes asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejecutar esos derechos.

"Igualmente, el programa de acción de la conferencia internacional de población y desarrollo⁵⁷ (El Cairo, mil novecientos

'e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

'f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

'g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.'

La citada convención define el término 'discriminación contra la mujer'. Asimismo, especifica algunos de los modos en que se alcanzarán los objetivos de la convención, como el establecimiento de medidas especiales de carácter temporal (acciones afirmativas) y la obligación de los Estados partes para tomar todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Es preciso resaltar que la convención utiliza una determinada técnica para especificar las obligaciones negativas y positivas a cargo de los Estados partes, a partir de la identificación de ciertas situaciones en que las mujeres sufren discriminación. Así, por ejemplo, establece que los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha formulado diversas consideraciones y emitido recomendaciones en relación con los informes presentados por México (1998, 2002 y 2006).

También es preciso tener presente el protocolo facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer suscrito y ratificado por el Estado Mexicano.

⁵⁷ Si bien los acuerdos emanados de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas no tienen un carácter vinculante, pueden guiar la interpretación normativa y la implementación de

noventa y cuatro) —considerado como el primer instrumento internacional que define la salud reproductiva y los derechos reproductivos—,⁵⁸ señala que los 'derechos reproductivos' abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso y esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ellos y a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; también incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

"Asimismo, es preciso señalar que la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en mil novecientos noventa y cinco señala que: 'Los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener control sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva y a decidir libre y responsablemente respecto de esas cuestiones, libres de coerción, discriminación y violencia' (párrafo 26).

políticas en los países. En todo caso, revisten un alto valor, pues forman parte de la agenda internacional consensuada en el interior de las Naciones Unidas.

⁵⁸ Entre otros, véase: García Muñoz, Soledad, "Género y derechos humanos en las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de derecho internacional", en Cruz Parceros, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.) *Derechos de las mujeres en el Derecho Internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2011, p. 75.

"En la misma línea, el artículo 23, párrafo 1, inciso b),⁵⁹ de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su salud, y se ofrezcan los medios necesarios para ejercer esos derechos.

"De esta forma, los derechos reproductivos son indispensables para que las mujeres dispongan en forma autónoma de su capacidad reproductiva.

"Lo antes expuesto, permite concluir que los derechos reproductivos son derechos humanos garantizados constitucionalmente y en los tratados internacionales de derechos humanos invocados suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

⁵⁹ Artículo 23.

"Respeto del hogar y de la familia

"1. Los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

"...

"b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos."

"**Tercero.** El artículo 4o., párrafo tercero, de la Constitución Federal establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.

"Al respecto, es preciso señalar que el derecho a la salud entraña la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona. Apoya lo anterior, la tesis aislada P. LXVIII/2009 sustentada por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que lleva por rubro: 'DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL.'⁶⁰

"Así, hay un mandato explícito de rango constitucional para proteger o tutelar el derecho a la salud de toda persona, lo que significa que el derecho a la salud es universal, entendido en el sentido de que el Estado Mexicano tiene el deber de crear las condiciones que permitan que todas las personas tengan un nivel adecuado de protección a la salud.

"El derecho a la salud comprende una serie de libertades y derechos, entre los cuales se encuentran la libertad sexual y genésica y el derecho a no padecer injerencias, torturas o expe-

⁶⁰ El texto de la mencionada tesis establece: "El referido derecho, contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reconocido en diversos tratados internacionales suscritos por México, no se limita a la salud física del individuo, es decir, a no padecer, o bien, a prevenir y tratar una enfermedad, sino que atento a la propia naturaleza humana, va más allá, en tanto comprende aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo. De ahí que el derecho a la salud se traduzca en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 6.

rimentos médicos no consensuales, así como el derecho a un sistema de salud que ofrezca a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

"Apoya lo anterior, la tesis 1a. LXV/2008, sustentada por la Primera Sala, y que hace suya este Pleno, de rubro: 'DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.'⁶¹

⁶¹ Dicho criterio es del siguiente tenor: "Este Alto Tribunal ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genética, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, julio de 2008, página 457.

"En el mismo sentido que el artículo 4o. constitucional, el artículo 12⁶² del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶³ previó el derecho a la salud. Aquí, los Estados parte del pacto reconocen el derecho de las personas a disfrutar del nivel más alto posible de salud (tanto física como mental). De igual manera, los Estados se obligan a establecer ciertas medidas para asegurar este derecho, entre las cuales se encuentra la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

"Cabe tener presente que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁴ de la Organización de las Naciones Unidas emitió la observación general número 14, relativa a la interpretación del artículo 12 del pacto. Entre otras cosas, señaló que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino que éste entraña libertades y derechos (en concordancia con el criterio sentado en la tesis 1a. LXV/2008, recién transcrita). Entre las libertades que se enumeran, se encuentran las de 'controlar su salud y su cuerpo, con

⁶² **Artículo 12.**

"1. Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

"2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

"a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

"b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

"c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

"d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

⁶³ El Estado Mexicano se adhirió a este tratado el 23 de marzo de 1981, y el decreto promulgatorio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo del mismo año.

⁶⁴ Este comité se formó para desempeñar las funciones de supervisión asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en la parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Está conformado por expertos y su función principal consiste en supervisar la aplicación del pacto por los Estados parte.

inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias'.⁶⁵

"Igualmente, en esta observación general, el mencionado comité recomendó 'que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre'.⁶⁶ Además, consideró que el enfoque basado en la perspectiva de género implica reconocer que 'los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer'.⁶⁷

"En congruencia con lo anterior, el derecho fundamental a la protección de la salud incluye la salud reproductiva y la salud sexual,⁶⁸ que constituyen aspectos básicos de la salud de las personas, particularmente de las mujeres, en cuanto que miran a su bienestar general.

"Cabe destacar que el derecho a la salud reproductiva y sexual, en conjunción con el principio de igualdad y el mandato de no discriminación, bloquean toda posibilidad de discriminar, por motivos de género, en relación con ese derecho, habida cuenta que cualquier discriminación relacionada con el dere-

⁶⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 14, párrafo 10.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 20.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo acerca de la salud reproductiva y salud sexual: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia ... (La atención de la salud reproductiva) incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual."

cho fundamental a la salud, en las vertientes señaladas (salud reproductiva y salud sexual), constituiría un atentado contra la dignidad de las mujeres.

"Asimismo, la Constitución General de la República reconoce el derecho a la vida privada. El derecho a la vida privada está reconocido y tutelado en diversos preceptos constitucionales, por ejemplo, en los artículos 1o.; 4o.; 6o., fracción II; 7o.; 10; 14; 16 y 24.

"La protección constitucional de la vida privada entraña, entre otros aspectos, la garantía de un ámbito de protección de la existencia de las personas que les provea de condiciones adecuadas para el desarrollo de su autonomía y de su libertad; asimismo, el concepto de vida privada guarda estrecha conexión con la pretensión de tomar libremente ciertas decisiones atinentes al propio plan de vida y se relaciona con una amplia gama de derechos, entre otros, con los derechos reproductivos y el derecho a la salud reproductiva y sexual.

"Así, el derecho fundamental a la vida privada protege y garantiza ciertas decisiones; en particular, las que se tomen en ejercicio de los derechos reproductivos y a la salud reproductiva y sexual, ya que la decisión de la mujer de interrumpir o continuar con su embarazo es una de las decisiones más importantes y trascendentes que debe tomar, en ejercicio de su autonomía y en libertad, sin interferencias o injerencias externas.

"Lo anterior encuentra sustento en la tesis 1a. CCIV/2009 sustentada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, compartida por este Pleno, de rubro: 'DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO GENERAL Y LA IMPOR-

TANCIA DE NO DESCONTEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA.⁶⁹

"De igual forma, este Tribunal Pleno estima que el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos, y además, sin sufrir discriminación, coacciones ni

⁶⁹ La mencionada tesis dispone: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido en varias tesis a los rasgos característicos de la noción de lo 'privada'. Así, lo ha relacionado con: la que no constituye vida pública; el ámbito reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás; lo que se desea compartir únicamente con aquellos que uno elige; las actividades de las personas en la esfera particular, relacionadas con el hogar y la familia; o aquello que las personas no desempeñan con el carácter de servidores públicos. Por otro lado, el derecho a la vida privada (o intimidad) está reconocido y protegido en declaraciones y tratados de derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16). Al interpretar estas disposiciones, los organismos internacionales han destacado que la noción de vida privada atañe a la esfera de la vida en la que las personas pueden expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o en lo individual, y han destacado su vinculación con un amplio abanico de otros derechos, como la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones en general, la inviolabilidad del domicilio, las garantías respecto de los registros personales y corporales, las relacionadas con la recopilación y registro de información personal en bancos de datos y otros dispositivos; el derecho a una vivienda adecuada, a la salud y a la igualdad; los derechos reproductivos, o la protección en caso de desalojos forzados. Las afirmaciones contenidas en las resoluciones nacionales e internacionales son útiles en la medida en que no se tomen de manera descontextualizada, emerjan de un análisis cuidadoso de los diferentes escenarios jurídicos en los que la idea de privacidad entra en juego y no se pretenda derivar de ellas un concepto mecánico de vida privada, de referentes fijos e inmutables. Lo único que estas resoluciones permiten reconstruir, en términos abstractos, es la imagen general que evoca la idea de privacidad en nuestro contexto cultural. Según esta noción, las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad —para el desarrollo de su autonomía y su libertad—. A un nivel más concreto, la misma idea puede describirse apelando al derecho de las personas a mantener fuera del conocimiento de los demás (o, a veces, dentro del círculo de sus personas más próximas) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información, objetos) y al correspondiente derecho a que los demás no las invadan sin su consentimiento. En un sentido amplio, entonces, la protección constitucional de la vida privada implica poder conducir parte de la vida de uno protegido de la mirada y las injerencias de los demás, y guarda conexiones de variado tipo con pretensiones más concretas que los textos constitucionales actuales reconocen a veces como derechos conexos: el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones pertinentes al propio plan de vida, el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de integridad física y moral, el derecho al honor o reputación, el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia, el derecho a impedir la divulgación de ciertos hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, la protección contra el espionaje, la protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, o la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 277.

violencia, de conformidad con el invocado derecho fundamental de libertad establecido en el artículo 4o. de la Constitución Federal.

"Conforme a todo lo expuesto, una interpretación sistemática y, por ende, articulada del principio constitucional de dignidad y de los derechos reproductivos y sexuales del derecho a la salud reproductiva y sexual, así como del derecho a la vida privada, en su vertiente de protección y garantía de las decisiones que las mujeres tomen, en ejercicio de tales derechos, permite establecer que éstos protegen o tutelan su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; la 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, que preserve la dignidad de las mujeres.

"Sin embargo, como se explicará en el apartado siguiente, la norma general impugnada (es decir, el artículo 7 constitucional de Baja California) significa o entraña una restricción indebida a la libertad reproductiva de las mujeres, puesto que establece una protección absoluta o incondicionada a la vida prenatal.

"Protección absoluta o incondicionada de la vida prenatal

"Como se sostiene en la demanda, el decreto cuya invalidez se demanda establece una protección absoluta o incondicionada de la vida prenatal de acuerdo con el sentido y alcances norma-

tivos de las disposiciones impugnadas que contiene, a partir no sólo de la articulación de los propios textos normativos, sino también de la intención objetiva expresa del Poder Constituyente Permanente local, según se desprende de la exposición de motivos, del dictamen respectivo y de la discusión en el Pleno del Congreso del Estado, que condujeron a la aprobación del decreto impugnado.

"En particular, cabe destacar que, conforme al dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso del Estado, la iniciativa que condujo a la aprobación del decreto impugnado se basa en la premisa fundamental de que el ser concebido es persona humana y tiene derechos, comenzando por el derecho a la vida y a nacer,⁷⁰ al tratarse de una persona distinta de la madre.

"La protección absoluta o incondicionada de la vida prenatal establecida en el decreto impugnado se traduce en la violación de la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres (en especial de las que no desean procrear), toda vez que la protección absoluta de la vida del concebido no nacido (embrión/feto), se establece a costa o en detrimento de los derechos fundamentales de las mujeres, cuando, primero, como se ha indicado, los bienes o derechos constitucionales no son absolutos y, segundo, dado que, en el presente caso, confluyen, por un lado, el bien constitucional de la vida prenatal y, por otro, los derechos fundamentales de las mujeres, este Tribunal Pleno entiende que debe procurarse, de ser posible, un equilibrio razonable de los bienes y derechos constitucionales en tensión, de tal manera que puedan prevalecer en lo posible, armónica-

⁷⁰ Foja 17 del dictamen legislativo.

mente, sin que necesariamente uno o unos eliminen de manera absoluta al otro u otros.

"Como se ha destacado, el artículo 7 de la Constitución de Baja California, en la parte impugnada, establece una protección absoluta o incondicionada, ya que en la formulación normativa respectiva no se establece ninguna restricción o modulación a la misma, ni tampoco ninguna excepción explícita; tampoco establece reserva de fuente normativa alguna mediante la cual se pudiesen establecer limitaciones o modulaciones a esa medida legislativa.

"En apoyo de lo anterior, no debe pasarse por alto que tanto en la exposición de motivos de la iniciativa que condujo a la aprobación del decreto cuya invalidez se reclama como en el dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la citada iniciativa, se incluía expresamente, en la parte final del texto de la reforma propuesta al artículo 7, la siguiente cláusula: 'con la excepción prevista en la legislación penal local'. Sin embargo, esta cláusula, como se indicó, fue eliminada y no aparece en la formulación normativa del artículo 7 tal como fue finalmente aprobado por el Poder Constituyente Permanente Local, toda vez que en la discusión del dictamen respectivo, con motivo de una reserva planteada por el diputado Juan Manuel Molina García, que fue aprobada por veintidós votos a favor y dos en contra, quedó excluida esa porción normativa. La razón total expuesta para plantear la reserva fue que no era válido que la Constitución hiciera una remisión a una ley secundaria, como es el Código Penal para el Estado de Baja California, ya que ello 'atentaría contra el principio de supremacía constitucional'.

"Todo esto acredita, de manera inequívoca, que la voluntad del Constituyente Estatal es la de establecer en el artículo 7 un derecho sin restricciones, limitaciones o excepciones explícitas.

"Debe considerarse, a mayor abundamiento, que el Congreso del Estado de Baja California, en el informe rendido a este Alto Tribunal, sostiene que el derecho a la vida 'no puede tener excepciones'.⁷¹

"Así, las normas impugnadas atentan contra la dignidad de las mujeres, ya que las reducen a un instrumento reproductivo, lo que sirve a un estereotipo negativo de género,⁷² a saber: el rol social apropiado y destino natural de las mujeres es ser madres, con independencia de su capacidad para forjar sus propias identidades y dirigir sus vidas, en ejercicio de su autonomía y libertad. Ese estereotipo de género,⁷³ al degradarlas a un determinado rol e imponerles una carga desproporcionada, es incompatible no sólo con la dignidad de las mujeres (en especial de las que no desean procrear), sino también con sus derechos individuales y libertades fundamentales, concretamente su libertad reproductiva, protegidos constitucional y convencionalmente.⁷⁴

⁷¹ Foja 37 del informe del Congreso del Estado de Baja California.

⁷² Un estereotipo es una visión generalizada o preconcepción de actitudes o características poseídas por los miembros de un grupo social particular (por ejemplo, las mujeres, las lesbianas o las indígenas) o los roles que realizan o debe realizar. Estereotipar da como resultado generalizaciones o preconcepciones con respecto a atributos, características o roles de miembros de un particular grupo social, que hace innecesaria la consideración de las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias de cualquier miembro particular del grupo. Los estereotipos de género se ocupan de la construcción o entendimiento social y cultural de hombres y mujeres. Véase, por ejemplo: Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010, pp. 9 y 20.

⁷³ Específicamente, un estereotipo de 'rol sexual' se refiere a una visión normativa o estadística acerca de los roles apropiados de hombres y mujeres. *Idem*, p. 28.

⁷⁴ Cabe señalar que no es inusitado que tribunales constitucionales y tribunales internacionales nombren e identifiquen estereotipos de género negativos, pues así lo han hecho, por ejemplo, la

"En ese contexto, es pertinente señalar que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer, antes invocada, establece la obligación específica de los Estados partes para tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

"En el caso concreto materia de esta resolución, el Poder Constituyente Permanente del Estado de Baja California, al configurar el pretendido derecho a la vida del no nacido y darle el alcance de considerar al producto de la concepción como persona, viola el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al haber creado una norma que introduce restricciones indebidas que atentan, como se ha destacado en diversas partes de esta resolución, contra la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres.

"Esto es así, puesto que el artículo 7 de la Constitución Local, en la parte impugnada, establece una protección absoluta o incondicionada que atenta contra la dignidad de las mujeres, ya que la reducen a un instrumento reproductivo, lo que conlleva necesariamente una restricción indebida de esos derechos establecidos en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Corte Constitucional de Colombia, en el caso C-355/2006, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *González y otras ("Campo algodonero") vs. México*, párrafo 208.

"Así pues, la porción normativa del artículo impugnado 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' viola el derecho a la dignidad de las mujeres (artículos 1o. y 2o., apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), el derecho a la igualdad de la mujer (artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), el derecho a la no discriminación (artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), los derechos reproductivos (artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), el derecho a la salud (artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), el derecho a la vida privada (artículos 1o., 4o., 6o., fracción II, 7o., 10, 14, 16 y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y la obligación de modificar los patrones socioculturales de conducta para eliminar prejuicios y prácticas basadas en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (artículo 5, inciso a), de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

"Juicio de razonabilidad o proporcionalidad

"Independientemente de lo señalado en párrafos anteriores, también es necesario que se someta a la norma combatida a un juicio o prueba de razonabilidad o proporcionalidad, tal

como lo han hecho el Pleno y las Salas de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ocasiones.⁷⁵

"Desde el punto de vista metodológico, una de las razones en favor de realizar, en el presente caso, un juicio de razonabilidad o proporcionalidad es que permite aclarar analíticamente los pasos argumentativos del control abstracto de constitucionalidad, lo que redundará en una mejor motivación; puesto que el planteamiento del promovente involucra derechos fundamentales de las mujeres. Por lo tanto, resulta idóneo realizar ese juicio, en cuanto que constituye un marco analítico general que permite abordar conflictos entre bienes y derechos constitucionalmente protegidos, como el que se plantea en el presente caso.

"Lo anterior, con independencia de las cuestiones (ya abordadas) sobre si es válido atribuir, en el sistema de la Constitución Federal mexicana, el derecho a la vida a los no nacidos, o sobre la relación y los efectos del artículo 7 de la Constitución de Baja California en los derechos de las mujeres.

"El juicio de proporcionalidad o razonabilidad está compuesto de diversos principios:

"1. Idoneidad: toda interferencia de los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

"2. Necesidad: toda limitación de los derechos fundamentales o básicos debe realizarse a través de la medida más favo-

⁷⁵ Por ejemplo, en las acciones de inconstitucionalidad 170/2007 y 74/2008, resueltas por el Tribunal Pleno el diez de abril de dos mil ocho y el doce de enero de dos mil diez, respectivamente.

nable (o menos restrictiva) para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objeto pretendido. En particular, este principio requiere que de dos medios igualmente idóneos o adecuados debe escogerse el más benigno con el derecho fundamental afectado.

"3. Proporcionalidad (en sentido estricto): la importancia del objetivo perseguido por el legislador debe estar en una relación adecuada con el derecho fundamental intervenido. El medio debe ser proporcional a dicho fin y no producir efectos desmesurados o desproporcionados para otros bienes y derechos constitucionalmente tutelados.

"Cada uno de los referidos principios constituye una condición necesaria y, en su conjunto, constituyen una condición suficiente del juicio de razonabilidad o proporcionalidad, de forma tal que si una medida legislativa no cumple con alguno de los principios, entonces no superará la prueba. Si la acción legislativa supera el juicio, la misma será constitucionalmente válida; en caso contrario, la intervención legislativa será considerada inconstitucional.

"De acuerdo con lo anterior, a continuación se examinará si la norma enjuiciada tiene una finalidad constitucionalmente válida, si existe adecuación o conexión entre la misma y el fin que, en su caso, se identifique, así como si su establecimiento puede considerarse necesario y proporcional en sentido estricto para alcanzar ese fin.

"El artículo 7 de la Constitución de Baja California, en la porción normativa impugnada, en cuanto dispone que tutela el derecho a la vida, tiene un fin constitucionalmente válido, puesto

que es conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual tutela o protege la vida humana. Sin embargo, con arreglo a la propia Constitución, la vida prenatal constituye un bien jurídico;⁷⁶ y una Constitución Local no puede otorgarle una protección igual que la que da a las personas nacidas, como se ha sostenido anteriormente. Así, en tanto que el precepto combatido establece el derecho a la vida del concebido como si se tratara de una persona ya nacida, para todos los efectos legales correspondientes, carece de un fin constitucionalmente válido. En otras palabras, es válido que se pretenda proteger la vida en general, mas es inválido que se dé trato de persona jurídica a la vida prenatal.

"La norma bajo análisis tampoco es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente válido identificado, toda vez que si bien parece servir a la protección de la vida prenatal, lo cierto es que, a la luz de otros fines o principios constitucionales, como la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres (particularmente el derecho a decidir de manera libre el número y espaciamiento de sus hijos, consignado en el artículo 4o. de la Constitución Federal), tiene un efecto negativo significativo, de acuerdo con lo que ya se ha dicho.

"La medida legislativa bajo escrutinio no es necesaria, toda vez que, al establecer un pretendido derecho absoluto o ilimitado, específicamente en favor de la vida prenatal, afecta o vulnera, por sí mismo, los derechos fundamentales de las mujeres consagrados en la Constitución General de la República y en diversos tratados internacionales, cuando, para alcanzar el fin

⁷⁶ Como se determinó por este Tribunal Pleno, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

constitucionalmente legítimo indicado, pueden existir medidas alternativas menos gravosas o restrictivas de los referidos derechos fundamentales, como pueden ser, entre otras, la promoción y aplicación de políticas públicas integrales de atención a la salud sexual y reproductiva, así como de educación y capacitación sobre la salud sexual y reproductiva, los derechos reproductivos y la maternidad y paternidad responsables, a fin de proteger la vida prenatal.

"Lo anterior es así, porque la atribución de un pretendido derecho absoluto a la vida al no nacido, por ejemplo, a un embrión, implica, por una parte, que ese derecho sería superior a todos, es decir, en todo caso, prevalecería sobre, o precedería a cualquier otro derecho fundamental, incluidos los derechos fundamentales de las mujeres establecidos en la Constitución Federal, cuando este Tribunal Pleno ha sostenido que no existen derechos absolutos. Por otra parte, dada la naturaleza relacional de los derechos, impone a otros —distintos del pretendido titular del derecho a la vida del no nacido— impedimentos, restricciones normativas, deberes u obligaciones correlativos,⁷⁷ lo que a su vez implica, tratándose de los particulares (pues también impone obligaciones a cargo del propio Estado de Baja California), restricciones a su libertad.

"En particular, la medida legislativa bajo análisis impondría restricciones a las libertades y derechos fundamentales y constitucionales de las mujeres sujetas al ámbito de validez de la norma impugnada, por una razón fundamental, a saber: el pretendido

⁷⁷ Lo anterior, en el entendido de que, a partir de Hohfeld, si bien un derecho en sentido amplio tiene necesariamente correlativos, no necesariamente tiene como correlativo un deber. Véase: Cruz, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 38.

derecho a la vida del no nacido, al ser superior a todos, impondría —de suyo—, en abstracto o en concreto, restricciones a cualquier derecho fundamental de las mujeres, sujetas a ese ámbito de validez, como los derechos reproductivos reconocidos en el artículo 4o. de la Constitución Federal. Por lo tanto, la norma general impugnada que establece el derecho a la vida del no nacido impone restricciones indebidas o injustificadas a las mujeres, sujetas al ámbito de la validez de la norma, que afectan sus derechos fundamentales.

"Finalmente, la intervención legislativa bajo escrutinio constitucional no resulta proporcional en sentido estricto, ya que —como sostiene el impugnante— produce una afectación desproporcional y exorbitante en los derechos fundamentales de las mujeres, en cuanto que, en forma absoluta, lejos de optimizar, en la mayor medida posible, los derechos y bienes en juego, impide el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres (particularmente, su dignidad y derechos reproductivos, según se ha explicado) a costa del pretendido derecho a la vida del no nacido.

"Lo anterior, en el entendido de que, dado que los derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente tutelados no son absolutos ni ilimitados, los referidos derechos fundamentales de las mujeres, consecuentemente, tampoco son absolutos al grado de implicar la desprotección de otros bienes constitucionales, destacadamente, la vida prenatal.

"Consecuentemente, por las razones expuestas, la norma general impugnada, al no satisfacer el juicio de razonabilidad o proporcionalidad, resulta inválida, en la porción normativa 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'.

"III. Efectos del artículo 7, primer párrafo, de la Constitución Local en la legislación secundaria del Estado

"La parte accionante también sostiene que el precepto impugnado condiciona indebidamente el contenido de las normas secundarias. Es decir, aduce que se modificó una norma de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California y, en este sentido, cualquier disposición contenida en ese ordenamiento será jerárquicamente superior a las normas secundarias. Consecuentemente, las leyes ordinarias deben ajustarse a la Constitución Local, en atención al principio de supremacía constitucional.

"Así pues, el artículo impugnado conlleva una restricción o prohibición al legislador secundario, quien se verá imposibilitado para legislar sobre ciertas hipótesis normativas. De esta forma, afirma que el artículo impugnado es una regla prohibitiva, en contraste con una regla meramente descriptiva, puesto que constriñe al legislador ordinario a emitir normas secundarias en cierto sentido.

"Concretamente, no será posible que en la ley común se establezcan supuestos en los que el aborto pueda no considerarse una conducta sancionable. Es decir, la norma combatida implica una protección incondicionada y absoluta en favor del concebido y no nacido, que obliga al legislador secundario a sancionar penalmente, en todos los casos, el aborto. Aunado a ello, también se impide al legislador que regule la prestación

de servicios de atención médica para la interrupción legal del embarazo.

"Esto, en opinión del procurador de los Derechos Humanos de Baja California, también se traduce en la derogación del artículo 136⁷⁸ del Código Penal de Baja California (que establece las hipótesis en que el aborto no es punible), pues el artículo tercero transitorio⁷⁹ del Decreto 175 impugnado prevé la derogación de todas las normas que contravengan la reforma al artículo 7 de la Constitución del Estado de Baja California. Adicionalmente, considera que el último de los preceptos mencionados genera inseguridad jurídica, porque también tiene efectos sobre lo dispuesto en el artículo 132⁸⁰ del Código Penal de Baja California. Es decir, no se establece de manera clara si aún está vigente la definición de 'aborto' prevista en el mencionado artículo 132 de la legislación penal, causando así incertidumbre a los gobernados.

"A decir del promovente, el precepto combatido no sólo tiene como efecto el de obligar al legislador a emitir normas que sancionen penalmente el aborto, sino que también prohíbe la

⁷⁸ Ese precepto dispone: "**Artículo 136.** Aborto no punible. El aborto no será punible: I. Aborto culposo. Cuando sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada; II. Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica; III. Aborto terapéutico. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, quien dará aviso de inmediato al Ministerio Público, y éste oír el dictamen de un médico legista, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

⁷⁹ Ese artículo establece: "**Tercero.** Se derogan todas las disposiciones que contravengan a esta reforma."

⁸⁰ El artículo 132 del Código Penal de Baja California es el primero de los artículos que se refieren al tipo penal de aborto, y lo define de la siguiente forma: "**Artículo 132.** Concepto. Para los efectos de este código, aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

fecundación *in vitro*, el uso de métodos anticonceptivos (lo cual implica una violación a la libertad reproductiva de la mujer, tutelada por el artículo 4o. de la Constitución Federal, máxime cuando el legislador local no tiene facultades para prohibir el uso de anticonceptivos), la investigación en embriones no implantados (lo que a su vez equivale a una violación al derecho de gozar de los beneficios del progreso científico),⁸¹ el diagnóstico prenatal y la selección de sexo para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias. Aunado a ello, se impone a las mujeres la gestación y maternidad forzosas en todos los casos, lo cual viola sus derechos humanos. En la misma tesitura, las mujeres que tienen impedimentos para que un óvulo fecundado se implante en su endometrio se convertirían en criminales.

"Para dar respuesta a este concepto de invalidez, en primer lugar se debe establecer cuáles son los efectos de la norma impugnada en la legislación secundaria del Estado de Baja California.

"Este Alto Tribunal ha determinado que en el Estado Mexicano existen varios órdenes jurídicos, entre los cuales se encuentran el orden jurídico local o estatal. Este orden jurídico local o estatal siempre estará supeditado al orden constitucional, de conformidad con los artículos 40, 41, 116 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Apoya lo anterior, la jurisprudencia plenaria P./J. 136/2005, que lleva por rubro: 'ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.'⁸²

⁸¹ Previsto en el artículo 15, párrafo 1, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸² El texto de esa jurisprudencia dice: "De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el

"En el marco del Estado Federal, en el interior de cada uno de los órdenes jurídicos parciales, la Constitución Local es la norma de mayor jerarquía, en el sentido de que, al establecer los requisitos y el procedimiento para la creación de las demás normas locales, condiciona la validez formal y material de la legislación secundaria local.⁸³

"De acuerdo con lo anterior, las leyes locales están subordinadas jerárquicamente a la Constitución Local, de acuerdo con lo que se denomina 'principio de supremacía constitucional local'.⁸⁴ Por lo tanto, toda antinomia planteada entre una ley local y la Constitución Local debe resolverse a favor de esta última, conforme al principio *lex superior* (salvo el caso de que ésta no sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

"Pero no sólo eso, sino que, con motivo de la reforma constitucional al artículo 1o., todas las personas gozan tanto de los derechos establecidos en la propia Constitución Federal, como de los que se hayan reconocido en los tratados internacionales donde sea parte el Estado Mexicano. Entre otras cosas, esta norma condiciona y abarca a los órdenes jurídicos locales

federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, octubre de 2005, página 2062.

⁸³ Según el artículo 116 de la Constitución Federal, que dice:

"Artículo 116. El poder público de los Estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.

"Los Poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas: ..."

⁸⁴ Algunas constituciones locales establecen expresamente este principio, Tal es el caso de la Constitución de Coahuila.

y municipales, quienes también tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a lo ordenado por el párrafo tercero del mencionado artículo 1o. constitucional. En esta lógica, la legislación y los actos de las entidades federativas y de los Municipios no sólo están condicionados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también por lo dispuesto en los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos de las personas.

"Ahora bien, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de Baja California regula el procedimiento legislativo de creación de normas generales en el capítulo III (artículos 28 a 36) de su título tercero (a diferencia de este procedimiento ordinario, la Constitución tiene un procedimiento dificultado de reforma previsto en el artículo 122 de la propia Constitución). Además, en la protesta de ley que deben hacer los funcionarios del Estado, conforme al artículo 109 de la invocada Constitución Local, se hace referencia expresa a las leyes que emanen de la Constitución del Estado de Baja California.

"El artículo 7 impugnado del Decreto 175 impugnado implica un cambio normativo en el orden jurídico local. Para determinar el alcance de ese cambio, es preciso analizar la estructura y el papel de la citada disposición.

"En la porción normativa combatida, se establece una tutela al derecho a la vida, y se sustenta 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. Por su parte, el artículo tercero transitorio del decreto controvertido establece que: 'Se derogan todas las disposiciones que contravengan a esta reforma'.

"El objeto del derecho establecido en la porción normativa impugnada del artículo 7 de la Constitución de Baja California es la vida humana, en particular la vida prenatal, que, en sí misma, es valiosa; y el titular del derecho es el 'individuo' desde que es concebido hasta su muerte natural o no inducida. Ese artículo (ya sea que se le otorgue el carácter de principio o de regla)⁸⁵ tiene —como sostiene el promovente— fuerza normativa absoluta en el orden jurídico local del Estado de Baja California. Los derechos fundamentales generalmente se configuran estructuralmente u operan como principios.

"Así, esa porción impugnada, al prever como norma de carácter absoluto la protección de la vida al no nacido, estableciendo esa norma, como consecuencia ineludible, un derecho absoluto a la vida (por lo tanto, contiene un principio *inderrotable*), puesto que prescribe una normativa sin alguna restricción, limitación o excepción explícita; ni establece reserva de ley alguna mediante la cual se pudiesen establecer limitaciones a ese derecho. En particular, la norma impugnada, al atribuirle al concebido un derecho absoluto y supremo a la vida, le otorga una posición preeminente frente a los demás derechos, como ya se ha explicado.

⁸⁵ Debe considerarse que este Alto Tribunal ha reconocido, en diversas ocasiones, que en un Estado constitucional de derecho, a nivel de Ley Fundamental, existen dos tipos básicos de normas o pautas jurídicas: los principios y las reglas.

De esta forma, los principios son normas que no tienen especificadas sus condiciones de aplicación, sino que determinan que un curso de acción está prohibido, permitido u obligado, siempre que se presente la ocasión para ello; y las reglas constan de un antecedente que especifica sus condiciones de aplicación (adicionales a la que se dé la oportunidad de realización de la conducta señalada en el consecuente) y un consecuente o solución normativa, que especifica la acción prescrita.

De acuerdo con la teoría jurídica estándar, es posible explicar las diferencias entre los principios y las reglas en términos de un enfoque estructural y de un enfoque funcional (por el papel que desempeñan en el razonamiento práctico). Véase, entre otros: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Ariel, Madrid, 2004.

"Por otro lado, si bien la norma general impugnada no establece expresamente los deberes correlativos, es el caso que, como ocurre con los derechos en general, el derecho establecido en el artículo 7 constitucional estatal limita las libertades y derechos de las personas. Dada la naturaleza relacional de los derechos, las personas tienen el deber de no violar los derechos de otros.

"Entonces, el precepto en análisis constituye, en un sentido, una norma que debe prevalecer sobre todas las demás, perdiéndose de vista que el orden jurídico local está supeditado necesariamente al orden jurídico constitucional establecido en el Pacto Federal y, en materia de derechos humanos, también a los tratados internacionales que los reconozcan; y que cada uno de los principios que subyacen en las normas está limitado por otros principios y reglas con los que interactúa.

"Efectos del artículo 7 constitucional local en la interpretación de las normas penales

"Según se ha argumentado, el Constituyente Permanente de Baja California dotó de personalidad jurídica a la vida en gestación, pues entiende que hay persona jurídica desde el momento de la fecundación, y supone que desde entonces hay individuo, para efectos de protección legal.

"Contrariamente a lo que sostiene la parte accionante, ni el artículo 7 constitucional impugnado ni el decreto mediante el cual se reformó, ordenan al legislador secundario a emitir normas en determinado sentido, o a ajustar las que ya existen (particularmente las de naturaleza penal). Sin embargo, sí obligan a los operadores del ordenamiento jurídico secundario a interpretar-

lo de determinada manera. Así, esta definición del concepto de persona tiene un impacto inmediato en la interpretación de la legislación penal. A la luz de la nueva definición del producto de la concepción como persona, cabrían un par de posibilidades para interpretar o explicar la conducta típica denominada 'aborto' en el Código Penal estatal.⁸⁶

"Este delito está previsto en los artículos 132 a 136 del Código Penal para el Estado de Baja California, que integran el capítulo V del título primero, intitulado: 'Delitos contra la vida y la salud personal'. En ese título se encuentran previstos, entre otros, los delitos de homicidio, instigación o ayuda al suicidio y aborto, en los que el bien jurídico tutelado es la vida.

"El artículo 132 tipificó el delito de aborto en los siguientes términos: 'Para los efectos de este código, aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez'; y también están sancionados el autoaborto (o aborto procurado) y el aborto consentido (artículo 133),⁸⁷ así como el aborto sufrido (artículo 134).⁸⁸ Posteriormente, se prevé una pena adicional para el aborto causado por un médico o auxiliar (artículo 135)⁸⁹ y, por último, se establecen los casos en los que no es punible el aborto (artículo 136).⁹⁰

⁸⁶ **Artículo 132. Concepto.** Para los efectos de este código, aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

⁸⁷ **Artículo 133. Autoaborto y aborto consentido.** A la mujer que se procure el aborto o consienta en que otro lo haga abortar, se le impondrá de uno a cinco años de prisión, igual pena se aplicará al que haga abortar a la mujer con consentimiento de ésta."

⁸⁸ **Artículo 134. Aborto sufrido.** Al que haga abortar a una mujer sin el consentimiento de ésta, se le aplicará de tres a ocho años de prisión, y si mediare violencia física o moral, de cuatro a diez años."

⁸⁹ **Artículo 135. Pena adicional para el aborto causado por un médico o auxiliar.** Si el aborto lo provocare un médico, cirujano, partero, enfermero o practicante; se le impondrá de tres a diez años de prisión y además se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión."

⁹⁰ **Artículo 136. Aborto no punible.** El aborto no será punible:

"I. Aborto culposo. Cuando sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada;

"La primera forma en que se podría explicar la conducta de 'aborto' consiste en considerar que, si el producto de la concepción es lo mismo que una persona, entonces se cancela el tipo penal autónomo de aborto, porque la muerte dada al producto de la concepción equivale a privar de la vida a otro (homicidio).⁹¹ Otra posible forma de interpretar el efecto de las modificaciones al artículo 7 de la Constitución Estatal es considerando que el Código Penal de Baja California establece un tipo básico de homicidio y también prevé modalidades, como el homicidio agravado en razón de parentesco.⁹² Quizá se podría considerar, en esta lógica, que la conducta de aborto se convertiría en un tipo especial de homicidio, distinto de los otros tipos especiales en razón de la calidad prenatal del sujeto pasivo del delito.

"En cualquier caso, al establecer que el producto de la fecundación o concepción es un individuo o persona, la conducta consistente en privarlo de la vida, en cualquier momento del embarazo, podría dejar de tener un carácter autónomo (como delito de aborto) y podría ser considerada dentro de la que contiene el tipo penal de homicidio (sea genérico o un tipo especial).

... ..
"II. Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica;

"III. Aborto terapéutico. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, quien dará aviso de inmediato al Ministerio Público, y éste oírá el dictamen de un médico legista, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

⁹¹ Capítulo I. Homicidio. **Artículo 123. Tipo.** Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro."

⁹² **Artículo 127. Parentesco consanguíneo.** Al que dolosamente prive de la vida a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo en línea directa, o a su hermano, con conocimiento de ese parentesco, se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión."

Artículo 128. Parentesco no consanguíneo. Al que dolosamente prive de la vida de su cónyuge, concubinario o concubina, adoptante o adoptado, con conocimiento de ese parentesco o relación, se le impondrá de dieciséis a treinta años de prisión."

"No pasa inadvertido a este Tribunal Pleno que el artículo 136 del Código Penal de Baja California, hoy vigente, establece:

"Artículo 136. Aborto no punible. El aborto no será punible:

"I. Aborto culposo. Cuando sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada;

"II. Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica;

"III. Aborto terapéutico. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, quien dará aviso de inmediato al Ministerio Público, y éste oír el dictamen de un médico legista, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

"El precepto dispone de manera expresa que el aborto 'no será punible' en determinados casos, dando la idea de que lo que ahí se prevé son excusas absolutorias.⁹³ Se afirma lo

⁹³ En relación con la fracción III del artículo 136, se establece que no será punible el aborto cuando, de no provocarse éste, corra peligro la vida de la mujer embarazada. Si bien el legislador establece que en esta hipótesis el aborto "no será punible", lo cierto es que este caso puede considerarse como una causa excluyente del delito. Esto se debe a que, el propio Código Penal local, en su artículo 23, prevé diversos supuestos en los que se considera que simplemente no hay delito. Entre ellos, está la fracción IV, que se refiere al estado de necesidad, y lo define como la necesidad de "salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosa o culposamente por el agente lesionando otro bien de menor o igual valor

anterior debido a que 'aun cuando concurren todos los elementos del delito, no se aplica la pena por razones que el legislador ha estimado que lo amerita'.⁹⁴ Así pues, no se releva al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que se determina su impunidad. Dicho de otra forma, las excusas absolutorias no implican la ausencia de punición, sino su inaplicación. Lo anterior encuentra sustento en la tesis P. V/2010 emitida por este Tribunal Pleno, de rubro: 'EXCLUYENTE DEL DELITO Y EXCUSA ABSOLUTORIA. SUS DIFERENCIAS'.⁹⁵

que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontar".

"Artículo 23. Exclusión del delito. No hay delito, cuando:

"...

"IV. Estado de necesidad. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosa o culposamente por el agente lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontar; ..."

⁹⁴ Aguinaco Alemán, Vicente, et al., *La Suprema Corte de Justicia y el derecho a la vida*, Inacipe, México, 2002, página 137.

⁹⁵ El texto es del siguiente tenor: "La figura de excluyente de delito implica que no puede considerarse que existió un delito cuando se realicen ciertas conductas con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos propios o ajenos, o ante la inexistencia de la voluntad de delinquir o de alguno de los elementos que integran el tipo penal, aunque se cometa alguna de las conductas típicas, mientras que la excusa absolutoria implica que existió una conducta típica, pero se excluye la aplicación de la pena establecida para ese delito. Es decir, las excusas absolutorias tienen como efecto la determinación de que sí existió la conducta típica y el respectivo delito (sus elementos y la responsabilidad del agente), pero por determinadas razones el legislador considera que no debe aplicarse la pena; esto es, son causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley impiden la aplicación de la pena. Así, las excusas absolutorias no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad. De lo anterior se aprecia la diferencia existente entre una excusa absolutoria y la excluyente del delito, pues en la primera se considera que efectivamente se dio un delito y que existió un responsable, pero no se aplica pena alguna, mientras en la segunda se estima que no se integra el delito y, por tanto, no existe responsable y mucho menos una pena. Esta diferencia no es puramente teórica, sino que tiene repercusiones en todo el sistema mediante el cual se persiguen los delitos y se llevan a cabo los procesos penales, pues cuando se trata de una excusa absolutoria, puede llevarse todo un procedimiento que terminará con una declaratoria de impunidad del delito, de ahí que existe la posibilidad de que el titular del monopolio de la acción penal la ejerza y se consigne a los probables responsables y, posteriormente, seguido el juicio, se les pueda considerar responsables del delito, aunque no se les aplique la pena. Por el contrario, cuando se trata de una excluyente del delito, puede acreditarse ante el Ministerio Público y éste se vería obligado, a no ejercer la acción penal si considera que se actualiza alguna de esas excep-

"En estos supuestos, conforme a la norma constitucional impugnada, la conducta que provocara una lesión a la vida prenatal constituiría, en principio, un delito. Más aún, si, conforme a la norma general impugnada, un ser humano no nacido es titular del derecho a la vida y califica como una persona, entonces técnicamente la muerte del no nacido sería equiparable al tipo penal cuya conducta es 'privar de la vida a otro'.

"En esos casos no se releva al sujeto activo de la comisión de la conducta típica; por lo que se reitera que, a pesar de la existencia del artículo 136 del Código Penal, cualquier conducta que produjera una lesión a la vida prenatal constituiría un delito, a la luz de lo dispuesto en la porción normativa impugnada del artículo 7 de la Constitución de Baja California.

"Análisis del artículo tercero transitorio⁹⁶

"En lo concerniente al artículo tercero transitorio, se trata de una disposición que contiene una 'cláusula derogatoria genérica' (en oposición a la noción de 'cláusula derogatoria concreta'), ya que no especifica las disposiciones que pretende derogar, sino que es una derogación tácita; es un caso de derogación por incompatibilidad.

ciones al tipo penal. De igual manera, el Juez que advirtiera la actualización de alguno de los supuestos establecidos como excluyentes del delito, tendría que absolver al procesado y no lo consideraría responsable, pues simplemente no existe delito para la legislación penal." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, febrero de 2010, página 18.

En la teoría jurídica se ha subrayado el oprobio social derivado de ser considerado responsable de un delito y ser señalado como un delincuente. Véase: Fiss, Owen, *The Law as it could be*, New York: New York University Press, 2003, p. 135.

⁹⁶ Ese artículo dice: "Se derogan todas las disposiciones que contravengan a esta reforma."

"La derogación tácita ha sido aceptada por el legislador⁹⁷ y por la jurisprudencia de este Alto Tribunal.⁹⁸ Asimismo, ha sido analizada por la doctrina.⁹⁹ Ésta puede ser total o parcial.

"Es preciso decir que una de las dificultades de la derogación por incompatibilidad es que requiere la intervención del aplicador del derecho para determinar la ordenación de las normas. En muchos casos, la ordenación puede hacerse mediante el criterio de *lex posterior*. No obstante, en casos de normas que guardan entre sí una relación jerárquica, como el presente, cobra aplicación el principio de *lex superior*.

"En el caso concreto, el artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California es una norma de rango constitucional local, en tanto que los artículos 132 (que tipifica el delito de aborto) y 136 (que establece los casos en que ese delito no es punible) del Código Penal del Estado de Baja California son normas de rango inferior, razón por la cual no cabe aplicar el criterio *lex posterior* sino el *lex superior*.

"El mencionado artículo 136 no se derogó expresamente mediante el Decreto 175 impugnado, por el que se reformó el

⁹⁷ Por ejemplo, el artículo 9 del Código Civil para el Estado de Baja California establece: "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la Ley anterior.". El artículo 9o. del Código Civil Federal dispone que la ley sólo queda abrogada o derogada por una posterior cuando así lo declare expresamente, o bien, sus disposiciones sean incompatibles con la ley anterior.

⁹⁸ Véase la tesis publicada en la página 44 del *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXIII, Segunda Sala, Quinta Época, que resulta aplicable por analogía, y cuyos rubro y texto son: "LEYES, DEROGACIÓN DE LAS.—Tanto el artículo 9o. del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales como la Suprema Corte, han asumido la vieja doctrina sobre que la derogación de las leyes se divide en parcial o total, expresa o tácita, y en cuanto a la expresa se subdivide en determinada o indeterminada. Por tanto, no es exacto que respecto a las leyes no exista sino derogación expresa."

⁹⁹ Véase, por ejemplo, Aguiló Regla, Josep, "Derogación, rechazo y sistema jurídico", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. II, 1992, pp. 263 a 280.

artículo 7 constitucional del Estado de Baja California, pero es evidente que ahora queda sujeto a su contraste con el mencionado artículo, puesto que en él, en sentido estricto, el producto de la concepción se considera como 'persona'.

"Así, es posible considerar que, en virtud de la entrada en vigor de la norma impugnada, se podría llegar a considerar que la conducta típica de aborto es una modalidad de la de privación de la vida de otro (homicidio);¹⁰⁰ lo cierto es que el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional impugnada genera una situación de inseguridad jurídica, ya que con base en éste no es posible determinar cuál es la intención del Constituyente: de plano derogar expresamente el tipo legal de aborto, o mantenerlo vigente.

"Entonces, aun si no se estimara que el efecto inmediato del artículo 7 constitucional consiste en convertir automáticamente al aborto en una modalidad del tipo penal 'privar de la vida a otro' (homicidio), de cualquier forma el promovente tendría razón al afirmar que, con motivo del artículo tercero transitorio, no resulta claro si aún está vigente la definición típica de aborto prevista en el referido artículo 132 del Código Penal para el Estado de Baja California.

"Toda esta situación genera incertidumbre a los particulares, ya que si bien el citado artículo no está expresamente derogado, es el caso que subsiste la falta de certeza con respecto a si se mantiene vigente el tipo legal de aborto previsto en el artículo

¹⁰⁰ El Código Penal de Baja California establece en el artículo 123: "Artículo 123. Tipo. Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro."

132, o bien, la conducta de ese delito hasta hoy tipificada se asimilará a la de 'privar de la vida a otro' establecida en el artículo 123 del propio código, en cuanto que el artículo 7 de la Constitución Local establece en forma indiscriminada que al concebido se le reputa como persona nacida para 'todos los efectos legales correspondientes', habida cuenta que se derogó expresamente el delito de infanticidio mediante el Decreto 270, publicado en *Periódico Oficial* del Estado de Baja California el cuatro de diciembre de dos mil seis.

"De esta forma, en una posible interpretación de las disposiciones aplicables, el decreto impugnado conduciría al resultado de borrar la distinción que el propio legislador ordinario del Estado de Baja California estableció entre los delitos de homicidio y aborto.

"El hecho de que el Poder Constituyente Permanente del Estado de Baja California haya dictado una norma de rango superior en relación con los artículos 132 y 136 del Código Penal del Estado de Baja California y simplemente haya establecido una cláusula derogatoria genérica implica que, como se apuntó, se requerirá de la intervención del aplicador jurídico para establecer la ordenación normativa conforme al criterio *lex superior* y en caso de una antinomia, deberá prevalecer la norma constitucional local sobre las normas legales locales referidas, de conformidad con dicho criterio.

"Con todo, la consideración anterior, que apunta a la necesidad de que intervenga el aplicador jurídico, constata que el decreto controvertido genera, por sí mismo, una falta de certeza en cuanto a las normas que los órganos jurídicos aplicadores y los particulares deben seguir. En tales condiciones, los límites

de las libertades y derechos constitucionales resultan inciertos y la misma libertad queda restringida por el miedo razonable a ejercerla.¹⁰¹

"Si bien es cierto que, conforme al principio de legalidad en materia penal, previsto en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, tanto el delito como la pena deben estar previstos en una ley formal y material expedida con anterioridad al hecho y el decreto impugnado no establece un delito y su pena,¹⁰² además de que los referidos artículos del Código Penal no han sido derogados expresamente, también lo es que la norma impugnada puede tener un efecto de impregnación sobre el orden jurídico local, con la consiguiente falta de certeza, dado que los principios no sólo constituyen una condición de validez sustancial de las reglas, sino también criterios interpretativos del ordenamiento en su conjunto.

"Conforme a todo lo expuesto, hay un déficit de certeza en el ordenamiento bajo análisis, generado por el efecto de impregnación del derecho establecido en el decreto impugnado, lo que viola el principio de seguridad jurídica inmerso en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. Es preciso enfatizar esto, porque la derogación tácita plantea problemas en sede interpretativa y aplicación del derecho, pues cada operador jurídico puede o no apreciar que se actualiza una incompatibilidad normativa y puede producir soluciones normativas distintas ante casos sustancialmente idénticos.¹⁰³

¹⁰¹ Véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1971, página 239.

¹⁰² En particular, la Constitución Local no establece en forma expresa que la privación de la vida de un individuo concebido será penada por la ley con el delito de homicidio.

¹⁰³ En el plano de la teoría jurídica, ver, entre otros: Gascón Abellán, Marina, "Cuestiones sobre la derogación", *Doxa* 15-16 (1994).

"No es obstáculo a la conclusión anterior que el Congreso del Estado de Baja California, en el informe rendido a este Alto Tribunal, señale que la reforma al artículo 7 no modificó el delito de aborto y en absoluto derogó las excusas absolutorias y las excluyentes de responsabilidad, así como que la reserva aprobada obedeció a razones de técnica jurídica, razón por la cual no todo aborto es punible.¹⁰⁴ Lo anterior es así, ya que en dicho informe el propio Congreso del Estado sostiene que el derecho a la vida 'no puede tener excepciones',¹⁰⁵ con lo que su postura deviene contradictoria. Además, como se indicó, en el decreto impugnado el Poder Constituyente Permanente local estableció una cláusula derogatoria genérica.

"Lo anterior, en el entendido de que, de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Federal, todas las autoridades —incluidas las autoridades locales de procuración e impartición de justicia— no sólo deben interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas, sino que también, 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.

"Por estos motivos, el artículo 7 de la Constitución de Baja California viola el derecho a la seguridad jurídica (artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), así como los derechos reproductivos de las mujeres (artículo 4o.

¹⁰⁴ Fojas 25 a 37 del informe del Congreso del Estado de Baja California.

¹⁰⁵ Foja 37 del informe del Congreso del Estado de Baja California.

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), pues inhibe su ejercicio. Es decir, la norma impugnada genera inseguridad sobre cuáles son las consecuencias de incurrir en la conducta denominada 'aborto', lo cual conduce a que una persona razonable se abstenga de ejercer sus derechos reproductivos, bajo la probable amenaza de la imposición de una sanción penal.

"Efectos de la norma impugnada en el uso de métodos anticonceptivos y de técnicas de reproducción asistida"

"Como ya se dijo, el promovente plantea que el Decreto 175 impugnado, al contener una protección incondicional de la vida prenatal, prohíbe el uso de métodos anticonceptivos (particularmente del dispositivo intrauterino y de la anticoncepción de emergencia), la investigación en embriones no implantados, el diagnóstico prenatal y la selección de sexo para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias, y la fecundación *in vitro*. A continuación, se examinarán estas cuestiones.

"Asiste razón al procurador accionante, según se explicará enseguida.

"Métodos anticonceptivos"

"Para el análisis del tema resulta relevante lo establecido en la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993 (apartado 1.1), cuyo objetivo es uniformar los criterios de operación, políticas y estrategias para la prestación de los servicios de planificación familiar en México, dentro de un marco de absoluta libertad y respeto a la decisión de los individuos y posterior a un proceso

sistemático de consejería, basada en la aplicación del enfoque holístico de la salud reproductiva.¹⁰⁶

"La citada norma es de observancia obligatoria en todas las unidades de salud, para la prestación de los servicios de planificación familiar de los sectores público, social y privado del país, en los términos de su apartado 1.2, 'Campo de aplicación'.

"Ahora, en congruencia con lo resuelto en la controversia constitucional 54/2009 en la que el Tribunal Pleno se apartó —por su carácter absoluto— del criterio conforme al cual las normas oficiales mexicanas únicamente son obligatorias para las autoridades federales, la invocada Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, en el presente caso, cobra aplicación y también es obligatoria para las autoridades del Estado de Baja California. Correlativamente, al mismo tiempo, ofrece un conjunto de alternativas en materia de servicios de planificación familiar a los particulares en México y, en particular, en la misma entidad.

"En este sentido, es aplicable la norma oficial mexicana antes invocada, en cuanto que no se plantea una cuestión de jerarquía normativa, sino una de carácter competencial en el Estado federal mexicano, que se resuelve en favor de las autoridades federales, de conformidad con el artículo 124 constitucional, toda vez que la citada norma oficial mexicana se expidió con fundamento, entre otros, en los artículos 3o., fracción XVIII, 13,

¹⁰⁶ Debe tenerse en cuenta que el Pleno de este Tribunal Constitucional, al resolver el 27 de mayo de 2010 la controversia constitucional 54/2009, por una mayoría de seis votos, se apartó del precedente sustentado en las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 en el sentido de que las normas oficiales mexicanas únicamente son obligatorias para las autoridades federales.

apartado A, fracción I, 158, 159, 160 y 161 de la Ley General de Salud, que tiene cobertura constitucional en el artículo 4o., párrafo tercero, en relación con el 73, fracción XVI, de la Constitución General de la República, al tratarse de la materia de salubridad general.

"Los métodos anticonceptivos son aquellos que se utilizan para limitar la capacidad reproductiva de un individuo o de una pareja, en forma temporal o permanente, de conformidad con el apartado 2, 'Definiciones', de la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, de los servicios de planificación familiar.

"Este ordenamiento establece diez tipos de métodos anticonceptivos: los hormonales orales, hormonales inyectables, hormonales poscoito, hormonales subdérmicos, dispositivos intrauterinos, oclusión tubal bilateral, vasectomía, métodos de barrera y espermicidas, métodos naturales o de abstinencia periódica y el método de lactancia y amenorrea.

"La anterior clasificación coincide, a grandes rasgos, con la de la ciencia médica. Por ejemplo, Charles Beckmann y otros¹⁰⁷ señalan que hay anticonceptivos hormonales (con diversas subclasificaciones, como los anticonceptivos orales combinados, orales que sólo contienen gestágenos, el parche anticonceptivo, acetato de medroxiprogesterona inyectable y barreras anticonceptivas implantables), anticonceptivos de barrera (entre los cuales se encuentran los espermicidas, los preservativos masculino y femenino y el diafragma), dispositivos intrauterinos, la planificación familiar natural (que incluye el método del

¹⁰⁷ Beckmann, Charles R.B., et al., *Obstetricia y Ginecología*, 6a. ed., (trad. Beatriz Magri Ruiz), Wolters Kluwer/Lippincott Williams & Wilkins, Barcelona, 2010, pp. 223-234.

calendario, el de la ovulación y el térmico sintomático), la anticoncepción poscoital y la esterilización permanente, tanto en hombres (vasectomía) como en mujeres (oclusión tubal bilateral).

"Estos métodos actúan de distinta forma. Al respecto, dice Beckmann:

"El objetivo de la anticoncepción es, evidentemente, evitar que el espermatozoide y el óvulo se encuentren. Este objetivo se consigue mediante diversos mecanismos de acción: 1) inhibición del desarrollo y la liberación del óvulo (mediante anticonceptivos orales, inyección de progesterona de acción prolongada, parche transdérmico o anillo vaginal anticonceptivos) o 2) creación de una barrera mecánica, química o temporal entre el espermatozoide y el óvulo (mediante preservativo, diafragma, espermicida, planificación familiar natural y anticoncepción intrauterina). Como mecanismo secundario, algunos métodos también alteran la capacidad del cigoto para implantarse y desarrollarse (p. ej., anticoncepción intrauterina y anticonceptivos orales poscoitales). Cada uno de estos métodos puede utilizarse, por separado o en combinación, para evitar el embarazo, y cada uno de ellos posee sus ventajas e inconvenientes y sus riesgos y beneficios."¹⁰⁸

"Así pues, la finalidad de los métodos anticonceptivos es evitar que el espermatozoide y el óvulo se encuentren, lo cual se logra mediante la inhibición del desarrollo y la liberación del óvulo o mediante la creación de una barrera entre éste y el espermatozoide; o, como mecanismo secundario, alterando la capacidad del cigoto para implantarse y desarrollarse.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 223.

"El método anticonceptivo hormonal poscoito, también conocido como 'píldora del día siguiente' o 'anticoncepción de emergencia', es definido por la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, en el punto 5.3., como 'un método que pueden utilizar las mujeres en los tres días siguientes a un coito no protegido con el fin de evitar un embarazo no planeado. ...'.

"Es cierto que se acepta generalizadamente que este método anticonceptivo actúa evitando la ovulación y la fecundación,¹⁰⁹ pero también lo es que podría haber casos en que actúe alterando la capacidad del cigoto para implantarse, y no es posible determinar cuándo sucede esto, pues tiene relación con la ovulación de la mujer y con el momento en que se fecunda el óvulo. Según se ha explicado en un apartado diferente de esta resolución, salvo los casos en que una pareja se someta a un control técnico científico para determinar si hay fecundación después del coito o de la fecundación *in vitro*, no es posible saber con precisión en qué momento se completa el proceso de fecundación. Consecuentemente, aun cuando en la mayoría de las ocasiones la anticoncepción poscoital impedirá la ovulación y fecundación, podría haber veces en que evite la implantación.

"Algo similar puede decirse del dispositivo intrauterino, definido en el punto 2 de la NOM-005-SSA2-1993 como 'un artefacto de polietileno que se coloca dentro de la cavidad uterina, con fines anticonceptivos de forma temporal'. Este aparato contiene un principio activo, que puede ser una hormona (progestina) o un filamento de cobre.¹¹⁰ En el primer caso, el dispositivo que contiene progestina 'funciona principalmente evitando que el

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 234.

¹¹⁰ Apéndice informativo A de la NOM-005-SSA2-1993.

espermatozoide y el óvulo se encuentren. También provoca el espesamiento del moco cervical y crea un medio uterino desfavorable'.¹¹¹ En el segundo —es decir, el del dispositivo con cobre—, se evita que el óvulo sea fecundado o se adhiera a la pared del útero. También impide que el semen llegue al útero y las trompas uterinas, lo que reduce la capacidad de los espermatozoides para fecundar un óvulo. El DIU que contiene cobre también se utiliza como anticonceptivo poscoital'.¹¹²

"En otras palabras, la principal acción del dispositivo intrauterino consiste en evitar el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide, pero podría funcionar, asimismo, impidiendo la implantación del óvulo a la pared uterina.

"Así pues, es posible que haya casos en que el método anticonceptivo imposibilite el proceso de implantación del óvulo en el útero. En términos del artículo 7 de la Constitución Local, provocar esta eliminación del óvulo fecundado se traduciría en una privación de la vida de otra persona. Por ello, se tendría que penalizar (independientemente del tipo penal que se utilizara) el empleo de la anticoncepción hormonal poscoito y del dispositivo intrauterino.

"Esta penalización resultaría inconstitucional en la medida en que no encuentra justificación válida, violando los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo siguiente:

¹¹¹ Beckmann, *op. cit.*, p. 231.

¹¹² *Ibid.*, p. 232.

"En la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, este Tribunal Pleno concluyó que México no está obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción o en algún momento específico; que no hay fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización en el caso de privación de la vida; y que el legislador está facultado para penalizar ciertas conductas, siempre y cuando lo haga mediante los procedimientos y respete las limitaciones de contenido establecidas por ciertos derechos fundamentales.¹¹³

"De esta forma, no hay obligación de proteger la vida desde la concepción o de penalizar forzosamente la interrupción del embarazo en ciertas condiciones.¹¹⁴

"En el presente caso, debe determinarse si se justificaría la penalización de la eliminación del óvulo fecundado (en su carácter de persona jurídica, según el artículo 7 de la Constitución de Baja California) que deriva del uso de métodos anticonceptivos. Si bien la norma combatida tiene como fin el de proteger a la vida prenatal, lo cierto es que afecta los derechos reproductivos de la mujer (o, para el caso, de la pareja que no quiere tener hijos), previstos específicamente en el artículo 4o. de la Constitución Federal, cuando señala que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

¹¹³ Páginas 174 a 176 del engrose.

¹¹⁴ Por ejemplo, en el caso del Distrito Federal se declaró válida la descriminalización de esta conducta dentro de las doce primeras semanas, cuando el embrión está en un estado incipiente de desarrollo. Además, se reconoció la ponderación concreta entre dos bienes jurídicos en conflicto (la vida prenatal y los derechos de las mujeres) realizada por el legislador del Distrito Federal.

"Para ello, debe tenerse presente que, tanto el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como diversos tratados internacionales de los cuales México es parte, reconocen derechos reproductivos a las personas y, específicamente, a las mujeres, en el marco de su autonomía y dignidad, conforme al artículo 1o. constitucional. De acuerdo con lo que ya ha reconocido esta Suprema Corte, el derecho a decidir acerca del número y espaciamiento de los hijos no sólo implica la potestad de decidir cuántos hijos se tendrán, sino también contiene la posibilidad de optar por no tenerlos. Además, las personas también gozan del derecho a la salud, previsto en el mismo artículo 4o. constitucional. A nivel de tratados internacionales de derechos humanos, de acuerdo con lo que ya se ha establecido, la Convención de Belém do Pará no sólo se refiere específicamente a ciertos derechos de las mujeres, con el fin de eliminar todas las formas de discriminación en su contra, sino que establece obligaciones a cargo de los Estados para, entre otras cosas, eliminar la discriminación contra las mujeres en el ámbito de la atención médica, y que tenga acceso a diversos servicios, entre los cuales se encuentra el de la planificación familiar.¹¹⁵

"En ese contexto, es preciso señalar que en la Observación General Número 19, emitida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,¹¹⁶ se establecieron, entre otras, las siguientes recomendaciones concretas:

¹¹⁵ Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ya citado.

¹¹⁶ Este comité se formó por mandato del artículo 17 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Su función principal consiste en examinar los procesos en la aplicación de la convención, y para tal fin puede examinar los reportes de cumplimiento que los Estados partes envíen a las Naciones Unidas, así como hacer sugerencias y emitir recomendaciones de carácter general, conforme a los artículos 18 a 22 de la misma convención.

"m) Los Estados partes aseguren que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.

"n) Los Estados partes den a conocer en sus informes la amplitud de estos problemas e indiquen las medidas que hayan adoptado y sus resultados.'

"En esta lógica, a juicio de este órgano constitucional, el empleo de los diversos métodos anticonceptivos es, en general, un medio idóneo para hacer efectivos los derechos reproductivos y a la salud de las personas, y particularmente de las mujeres.

"No obstante, ni el bien constitucional de la vida en gestación, ni los derechos fundamentales de las mujeres pueden prevalecer en forma absoluta, sino que es preciso que guarden un equilibrio razonable.

"La norma general impugnada no contiene, de manera expresa, una prohibición que impida a las personas el uso de métodos anticonceptivos. Sin embargo, según se ha explicado, sí establece una protección absoluta e incondicional de la vida prenatal.

"Dada la equiparación o igualación que la norma constitucional local realiza entre cigoto, embrión, feto o no nacido y persona nacida, esa prelación absoluta del bien jurídico de la vida en gestación tiene, en sí misma, un significado directamente

penal o por implicación, dado el efecto de irradiación que la norma de rango constitucional tiene en el ordenamiento local.

"Esto significa que, si hay individuo o persona desde el momento de la fecundación, en algunos casos el uso del DIU o de la píldora del día siguiente se equipararía a la privación de la vida de otro, pues en ocasiones podrían actuar impidiendo la implantación en el útero del óvulo fecundado.

"En ese sentido, llevar la protección de la vida prenatal al extremo de penalizar el uso de los referidos métodos anticonceptivos conocidos como píldora del día siguiente y DIU o, en general, de criminalizar la interrupción del embarazo en todos los casos y supuestos —como lo hace la norma impugnada—, resulta desproporcionado e irrazonable, toda vez que viola la dignidad y la autonomía de las mujeres, el desarrollo de su libre personalidad y el ejercicio de sus derechos a la salud y reproductivos fundamentales, que le permiten incluso la libertad de decidir no tener hijos o embarazarse.

"Esta falta de razonabilidad se acentúa si se toma en cuenta que cuando se emplea un anticonceptivo poscoital o un dispositivo intrauterino, no hay certeza en cada caso sobre si hay o no óvulo fecundado. Es decir, no es posible determinar, en cada uso, si hubo o no fecundación. Aun si se hubiera llegado a fecundar un óvulo, tampoco se puede precisar si su expulsión fue natural¹¹⁷ o si el anticonceptivo empleado evitó la implantación. Ante esta falta de certeza sobre si hubo vida prenatal o

¹¹⁷ Es común que el propio cuerpo de la mujer, de manera espontánea, expulse un óvulo fecundado. Lo que es más, un alto porcentaje de óvulos fecundados no llegan a alcanzar la madurez, y son desechados naturalmente. Por ejemplo, Carlson calcula ese porcentaje en más del 50% de los óvulos fecundados. Carlson, Bruce, *op. cit.*, p. 60.

no, y sobre cuál fue el motivo de la eliminación del óvulo fecundado, no resulta razonable la posibilidad de sancionar a una mujer por emplear estos métodos anticonceptivos, o de inhibir su uso bajo la amenaza de una posible sanción penal.

"Lo anterior es así, ya que el derecho penal es de última ratio y la Constitución General de la República, sobre la base de que la vida humana prenatal constituye un bien constitucionalmente protegido, establece una protección gradual de la vida en gestación que se va intensificando en la medida en que avanza su desarrollo.

"Asimismo, la protección de la vida prenatal pasa por otras medidas de política pública que, en ejercicio de la libertad de configuración, establezca el legislador local, en la inteligencia de que las facultades de configuración legal del legislador local tienen como límite infranqueable los derechos humanos o fundamentales establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados de la materia en que el Estado Mexicano sea parte, conforme a la nueva redacción del artículo 1o. constitucional.

"A mayor abundamiento, la Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, es aplicable en el presente caso, y resulta obligatoria para las autoridades del Estado de Baja California.

"En efecto, los apartados 6.4.2. y 6.4.2.3.¹¹⁸ de la invocada norma establecen que uno de los objetivos de la atención a per-

¹¹⁸ "6. Criterios específicos

"Las y los prestadores de servicios de atención médica deberán observar los criterios que a continuación se indican:

"...

sonas violadas es prescribir la anticoncepción de emergencia a toda mujer violada de manera inmediata y hasta 120 horas (5 días) después de ocurrido el evento para prevenir un embarazo no deseado, brindando información completa conforme a la NOM-005-SSA2-1993 vigente sobre los servicios de planificación familiar, a fin de que la usuaria tome una decisión libre e informada.

"Lo anterior, en virtud, primero, del referido derecho fundamental de la mujer a la salud reproductiva y, segundo, de la

"6.4. Para el tratamiento específico de la violación sexual.

"6.4.1. Los casos de violación sexual son urgencias médicas y requieren atención inmediata.

"6.4.2. Los objetivos de la atención a personas violadas son:

"6.4.2.1. Estabilizar, reparar daños y evitar complicaciones a través de evaluación y tratamiento de lesiones físicas.

"6.4.2.2. Promover la estabilidad emocional de la persona garantizando la intervención en crisis y posterior atención psicológica.

"6.4.2.3. En caso de violación, las instituciones prestadoras de servicios de atención médica, deberán, de acuerdo a la norma oficial mexicana aplicable, **ofrecer de inmediato y hasta en un máximo de 120 horas después de ocurrido el evento, la anticoncepción de emergencia, previa información completa sobre la utilización de este método, a fin de que la persona tome una decisión libre e informada.**

"6.4.2.4. Informar de los riesgos de posibles infecciones de transmisión sexual y de la prevención a través de la quimioprofilaxis y de acuerdo a la evaluación de riesgo, prescribir la profilaxis contra VIH/SIDA conforme a la norma oficial mexicana aplicable, tomando en cuenta la percepción de riesgo de la usuaria o el usuario.

"6.4.2.5. Registrar las evidencias médicas de la violación, cuando sea posible y previo consentimiento de la persona afectada.

"6.4.2.6. Proporcionar consejería, seguimiento y orientación a la persona afectada sobre las instituciones públicas, sociales o privadas a las que puede acudir para recibir otros servicios.

"6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, y previa autorización de la autoridad competente, en los términos de la legislación aplicable, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de aborto médico a solicitud de la víctima interesada, en caso de ser menor de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.

"En todos los casos se deberá brindar a la víctima, en forma previa a la intervención médica, información completa sobre los posibles riesgos y consecuencias del aborto, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.

"Se deberá respetar la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería encargados del procedimiento.

"Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables.

"6.4.2.8. Para los efectos establecidos en el numeral 6.4.2.7, las instituciones públicas de atención médica, deberán contar con médicos y enfermeras capacitados en procedimientos de aborto médico no objetores de conciencia. Si en el momento de la solicitud de atención no se pudiera prestar el servicio de manera oportuna y adecuada, se deberá referir de inmediato a la usuaria, a una unidad de salud que cuente con este tipo de personal y con infraestructura de atención con calidad.

distribución competencial entre las autoridades estatales y federales, de conformidad con el artículo 124 de la Constitución Federal.

"Por estos motivos, la norma combatida viola el derecho a la dignidad (artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y los derechos reproductivos de las mujeres (artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

"Aborto médico

"En la demanda, la parte accionante sostiene que el artículo 7 constitucional de Baja California combatido impide al legislador que regule la prestación del servicio de atención médica para la interrupción legal del embarazo, y que se impone a las mujeres la maternidad forzosa en todos los casos. No obstante, se debe prever en su favor la posibilidad de tener acceso a un aborto seguro.

"La referida NOM-046-SSA2-2005, en su apartado 6.4.2.7., dispone que en caso de embarazo por violación, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en la propia norma, las instituciones deberán prestar los servicios de aborto médico (terminación legal del embarazo) y que en caso de que sea necesario, de conformidad con la normatividad aplicable, se requerirá la previa instrucción de la autoridad competente.

"Dada la remisión expresa que la invocada norma oficial mexicana hace a la legislación local aplicable, es preciso señalar que el artículo 136 del Código Penal para el Estado de Baja Cali-

fornia establece diversos supuestos de abortos no punibles,¹¹⁹ a saber: aborto culposo, aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial y aborto terapéutico.

"Así, el legislador del Estado de Baja California estableció en una ley en sentido formal y material, ciertas y determinadas hipótesis en las que no es punible el aborto. Por lo tanto, dado que, de conformidad con el artículo 136, fracción II, del Código Penal para el Estado de Baja California, el aborto no será punible cuando el embarazo sea resultado de una violación, entonces es aplicable la norma oficial mexicana (conforme con la cual, como se indicó, en caso de embarazo por violación, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en la propia norma, las instituciones deberán prestar los servicios de aborto médico); ello no exime que tal conducta pueda ser reputada como 'privar de la vida a otro', es decir, como delictuosa, si bien hoy no es punible por estar prevista una causa absolutoria para el caso de embarazo por violación.¹²⁰

¹¹⁹ **Artículo 136.** Aborto no punible. El aborto no será punible:

"I. Aborto culposo. Cuando sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada;

"II. Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica;

"III. Aborto terapéutico. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, quien dará aviso de inmediato al Ministerio Público, y éste oír el dictamen de un médico legista, siempre que esto fuere posible y no sea peligroso la demora."

¹²⁰ Lo anterior, bajo el supuesto de que no se considere que el artículo 136 del Código Penal del Estado de Baja California no fue derogado tácita o implícitamente por el Decreto Número 175 impugnado y, por ende, mantiene su vigencia (cuestión que no es pacífica y que es tema de otro argumento de invalidez ya abordado). Y también, bajo el supuesto de que el legislador local secundario, a la luz de la reforma del artículo 7 de su Constitución, no derogue expresamente el tipo penal de aborto que hoy contiene el Código Penal de esa entidad y lo asimile al tipo general o

"Entonces, aun cuando el artículo constitucional impugnado establezca una protección absoluta e inderrotable a la vida prenatal, lo cierto es que en ningún caso el Estado de Baja California podrá dejar de proveer el servicio de aborto en los casos que están previstos tanto en la NOM-046-SSA2-2005 como en la legislación local, pues de lo contrario violaría el derecho a la dignidad de las mujeres (artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y sus derechos reproductivos (artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

"Reproducción asistida

"El promovente argumenta que el artículo 7 de la Constitución de Baja California tiene el efecto de prohibir la fertilización *in vitro*, la investigación en embriones no implantados, el diagnóstico prenatal y la selección de sexo, dada la protección absoluta que se confiere al producto de la concepción.

"Además, considera que la norma combatida invade la esfera de competencias de la Federación. Es decir, las entidades federativas tienen facultades para legislar en materia penal, lo cual incluye el aborto. Sin embargo, aunque tienen atribuciones concurrentes con la Federación para emitir leyes en materia de salud, compete a ésta, de manera exclusiva, la regulación del control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos. De esta manera, la legislación de la fecundación *in vitro* o de su restricción escapa a la competencia de las entidades federativas.

a otro específico de homicidio o cree un nuevo tipo de aborto sobre la base de que quien interrumpe un embarazo priva de la vida a otra persona.

"Para dar respuesta a estos argumentos, es necesario, en primer lugar, puntualizar que la 'fecundación *in vitro*' (consistente en un método de reproducción asistida, mediante el cual la fecundación del óvulo por el espermatozoide se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer)¹²¹ no está regulada en alguna ley federal, a pesar de que el Congreso tiene facultad para dictar leyes sobre salud general de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹²²

"La única regulación donde se trata la fertilización *in vitro* es el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, cuyo capítulo IV se denomina: 'De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos y de la fertilización asistida'. Este reglamento, en su artículo 40,¹²³ fracción XI, define a

¹²¹ Según Carlson (*op. cit.*, pp. 36 y 37), la esterilidad puede tratarse mediante fecundación *in vitro* y transferencia de embriones. La realización del tratamiento de fecundación *in vitro* requiere la aplicación de varias técnicas, consistentes en: 1) la estimulación de la producción de gametos, 2) la obtención de gametos masculinos y femeninos, 3) la conservación de los gametos, 4) la fecundación de los óvulos, 5) el cultivo *in vitro* de los embriones en división, 6) la conservación de los embriones y 7) su introducción en el útero".

¹²² Esta Suprema Corte no desconoce que hay varias iniciativas legislativas presentadas ante el Congreso de la Unión cuya finalidad es regular alguno o algunos de estos fenómenos. La más reciente de ellas, se presentó apenas el 13 de julio de 2011, por varios legisladores y legisladoras de diversos partidos políticos, y tiene como objetivo el añadir un capítulo nuevo a la Ley General de Salud (Gaceta Parlamentaria, Senado de la República, segundo receso de la Comisión Permanente, número 21). Sin embargo, el hecho es que, a la fecha en que se resuelve la presente acción de inconstitucionalidad, no hay regulación relativa a la reproducción asistida.

¹²³ **Artículo 40.** Para los efectos de este reglamento se entiende por:

- I. Mujeres en edad fértil. Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;
- II. Embarazo. Es el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos;
- III. Embrión. El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestión;
- IV. Feto. El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción;
- V. Óbito Fetal. La muerte del feto en el útero;
- VI. Nacimiento vivo. Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y late el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

la fertilización asistida como aquélla en que 'la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*'. Por su parte, el artículo 56 del mencionado reglamento establece que sólo será admisible la investigación sobre fertilización asistida 'cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere del investigador'.¹²⁴

"Este reglamento no puede considerarse como el ordenamiento que regula los métodos de reproducción asistida, pues como se afirmó en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, 'se encuentra claramente acotado a la materia de investigación para la salud en los sectores establecidos y en relación con la esfera administrativa'.¹²⁵ En este sentido, también se afirmó que el propio artículo 1o. del reglamento indica que su objeto es proveer en la esfera administrativa al cumplimiento de la Ley General de Salud en lo relativo a la investigación para la salud, y que en ningún lugar de éste se encuentra una pretensión de aplicación general a las demás materias relacionadas con la salud.¹²⁶

¹²⁴ "VII. Nacimiento muerto. Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

¹²⁵ "VIII. Trabajo de parto. Es el periodo comprendido desde el inicio de las contracciones uterinas (con características progresivas de intensidad, irrigación y duración) y que termina con la expulsión o extracción del feto y sus anexos;

¹²⁶ "IX. Puerperio. Es el periodo que se inicia con la expulsión o extracción del feto y sus anexos hasta lograr la involución de los cambios gestacionales (aproximadamente durante 42 días);

"X. Lactancia. Es un fenómeno fisiológico en el cual ocurre la secreción láctea a partir de la expulsión o extracción del feto y sus anexos, y

"XI. **Fertilización asistida. Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*.**" (El énfasis no es del original).

¹²⁴ "Artículo 56. La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador."

¹²⁵ Engrose de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, página 143.

¹²⁶ *Ibidem*.

"Así pues, el empleo de los métodos de reproducción asistida, entre los cuales se encuentran la fertilización *in vitro*, el diagnóstico prenatal, la selección de sexo o el uso de óvulos fertilizados no están regulados específicamente (salvo por lo que toca a la investigación para la salud). Consecuentemente, su empleo no se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico mexicano.

"En cambio, la Ley General de Salud prevé, de manera genérica, el trato que se debe dar a los órganos, tejidos y sus componentes y células.¹²⁷

¹²⁷ Conviene tener presentes diversos artículos de ese ordenamiento:

Artículo 1o. La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social."

Artículo 3o. En los términos de esta ley, es materia de salubridad general:

"XXVIII. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células."

"Artículo 17 Bis. La Secretaría de Salud ejercerá las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios que conforme a la presente ley, a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y los demás ordenamientos aplicables le corresponden a dicha dependencia en las materias a que se refiere el artículo 3o. de esta ley en sus fracciones I, en lo relativo al control y vigilancia de los establecimientos de salud a los que se refieren los artículos 34 y 35 de esta ley: XIII, XIV, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, ésta salvo por lo que se refiere a cadáveres y XXVII, esta última salvo por lo que se refiere a personas, a través de un órgano desconcentrado que se denominará Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

"Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior compete a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios:

"II. Proponer al secretario de Salud la política nacional de protección contra riesgos sanitarios así como su instrumentación en materia de: establecimientos de salud; medicamentos y otros insumos para la salud; disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes; alimentos y bebidas, productos de perfumería, belleza y aseo; tabaco, plaguicidas, nutrientes vegetales, sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; productos biotecnológicos, suplementos alimenticios, materias primas y aditivos que intervengan en la elaboración de los productos anteriores; así como de prevención y control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre, salud ocupacional y saneamiento básico;

"III. Elaborar y expedir las normas oficiales mexicanas relativas a los productos, actividades, servicios y establecimientos materia de su competencia, salvo en las materias a que se refieren las fracciones I y XXVI del artículo 3o. de esta ley;

"VIII. Ejercer el control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos y tejidos y células de seres humanos, salvo lo dispuesto por los artículos 329, 332, 338 y 339 de esta ley; ..."

Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud:

"I. El control sanitario de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios;

"II. La regulación sobre cadáveres, en los términos de esta ley, y

"Resulta de particular interés lo dispuesto en el artículo 318 de la ley antes citada, pues éste se refiere al control sanitario de los

"III. Establecer y dirigir las políticas en salud en materia de donación y trasplantes de órganos, tejidos y células, para lo cual se apoyará en el Centro Nacional de Trasplantes, y en el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea."

Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por:

"I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

"II. Cadáver, el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;

"III. Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos;

"IV. Componentes sanguíneos, a los elementos de la sangre y demás sustancias que la conforman;

"V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta ley y demás disposiciones aplicables;

"VI. Donador o disponente, al que tácita o expresamente consiente la disposición en vida o para después de su muerte, de su cuerpo, o de sus órganos, tejidos y células, conforme a lo dispuesto por esta ley y demás disposiciones jurídicas aplicables;

"VII. (Derogada, D.O.F. 11 de junio de 2009)

"VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

"IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

"X. Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;

"XI. Producto, a todo tejido o sustancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel;

"XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos;

"XIII. Tejido, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función;

"XIV. Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo;

"XV. Banco de tejidos con fines de trasplante, establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial mantener el depósito temporal de tejidos para su preservación y suministro terapéutico;

"XVI. Disponente secundario, alguna de las siguientes personas; él o la cónyuge, el concubinario o la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada, y

"XVII. Disposición, el conjunto de actividades relativas a la obtención, recolección, análisis, conservación, preparación, suministro, utilización y destino final de órganos, tejidos, componentes de tejidos, células, productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación."

Artículo 315. Los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los dedicados a:

"I. La extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células;

"II. Los trasplantes de órganos y tejidos;

"III. Los bancos de órganos, tejidos y células, y

"IV. Los bancos de sangre y servicios de transfusión."

"La secretaría otorgará la autorización a que se refiere el presente artículo a los establecimientos que cuenten con el personal, infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios para la realización de los actos relativos, conforme a lo que establezcan las disposiciones de esta ley y demás aplicables."

productos y de la disposición del embrión y de las 'células germinales'. Estas últimas son las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión (en términos del artículo 314, fracción I, de la Ley General de Salud); es decir, los óvulos en la mujer y los espermatozoides en el hombre. Así pues, se puede entender que, si bien no hay un marco jurídico exactamente aplicable a la fertilización *in vitro*, al diagnóstico prenatal o al uso de óvulos fecundados, lo cierto es que los preceptos recién transcritos a pie de página aplican de manera genérica al empleo de células germinales y de embriones.

"En este sentido, el manejo y disposición de tejidos humanos, células, embriones y células germinales corresponden a la Secretaría de Salud, por conducto de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y encuentran un marco genérico de regulación en la Ley General de Salud, además de que ésta encomienda su reglamentación a la mencionada comisión, a través de normas oficiales mexicanas.

"Ahora bien, esta regulación de la Ley General de Salud relativa al manejo de tejidos, células y embriones, no puede verse modificada por alguna entidad federativa, al tratarse de una ley federal de aplicación en todo el territorio, y de naturaleza concurrente, por lo que la entidad federativa no puede escapar a su aplicación.

.....
"Artículo 318. Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan."

"Artículo 319. Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la ley."

"Es de gran relevancia recordar que, en la controversia constitucional 54/2009, este Alto Tribunal resolvió que la concurrencia de normas que establece el ordenamiento jurídico mexicano en materia de salubridad general es operativa, y no normativa.¹²⁸ Esto quiere decir que: 'en las materias que se consideran de salubridad general establecidas en los apartados del artículo 13 de la Ley General, aun cuando sean operados por hospitales construidos, financiados y regulados en algunos de sus aspectos localmente, los mismos pertenecen al Sistema Nacional de Salud, y las materias de Salubridad General con las que operan no se transforman en competencias locales, sino que mantienen su origen federal, por lo que pueden ser técnicamente reguladas por las normas reglamentarias y oficiales de la materia'.¹²⁹ De esta forma, se refuerza la noción de que las disposiciones de la Ley General de Salud en materia de empleo de células germinales y embriones son vinculantes para las entidades federativas, así como lo serán las normas oficiales que en su momento emita la Secretaría de Salud, por conducto de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, todo esto en la lógica de la regulación de la salubridad general.

"Más aún, respecto del caso concreto de la fertilización *in vitro*, es preciso tener presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe número 85/10,¹³⁰ recomendó al Estado de Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* en ese país, al considerar que la medida de prohibir de manera absoluta esa práctica no cumple con el requisito de la existencia de alternativas menos restrictivas para

¹²⁸ Página 79 del engrose de la controversia constitucional 54/2009.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Caso número 12.361, Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*), Costa Rica.

satisfacer el objetivo buscado por el Estado y acomodar los intereses en juego y, por ende, constituyó una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ejercicio a los derechos de la vida privada y familiar y a fundar una familia, consagrados en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

"En cuanto al diagnóstico prenatal, puede citarse lo dicho en el apartado 0, 'Introducción', de la Norma Oficial Mexicana NOM-034-SSA2-2002, Para la prevención y control de los defectos al nacimiento, en el sentido de que, en los últimos años, los logros obtenidos en el campo de la genética y del diagnóstico prenatal han tenido gran trascendencia, y se orientan a proporcionar la detección temprana de alteraciones fetales o complicaciones maternas que colocan en riesgo al binomio madre-hijo, así como a plantear estrategias dirigidas a reducir el riesgo de recurrencia.

"Este método permite diagnosticar algunas malformaciones fetales y también sirve de apoyo para otras técnicas, como la extracción de líquido amniótico (amniocentesis) o la obtención de un fragmento de una placenta (biopsia de vellosidades coriales) para estudiar directamente las células fetales. Gracias a esas pruebas se obtienen diagnósticos de certeza de enfermedades cromosómicas y de padecimientos que dependen de la mutación tanto de un solo gen como de un par de genes.¹³¹

¹³¹ Entre otros, véase: Grether, Patricia y Arrendares, Salvador, "Ética, asesoramiento genético y diagnóstico prenatal", en Pérez Tamayo, Ruy, Rubén Lisker y Ricardo Tapia, *La construcción de la bioética*, Textos de Bioética, vol. I, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 48.

"Asimismo, existen otras técnicas de diagnóstico, como el diagnóstico preconcepcional y el preimplantatorio. A grandes rasgos, la primera de ellas consiste en analizar un ovocito¹³² antes de que sea fertilizado, para lo cual se extrae del cuerpo de la mujer. Con base en esta técnica, es posible determinar si la mujer tiene algún gen anómalo. En cambio, en el diagnóstico preimplantatorio se analizan células obtenidas de un cigoto, analizando su ADN para detectar enfermedades genéticas.¹³³ Generalmente, los cigotos se obtienen por fertilización *in vitro*.

"Mediante el diagnóstico, no sólo es posible establecer si el producto de la fecundación tiene alguna enfermedad o padecimiento,¹³⁴ sino también se puede determinar si la vida de la madre corre peligro o no en ciertos casos. Se debe recordar que, conforme a lo dispuesto en la legislación penal estatal, uno de los supuestos en que no se sanciona el aborto es cuando corre peligro la vida de la madre.

"Si bien puede estimarse que las normas impugnadas y el invocado Código Penal local no prohíben el diagnóstico prena-

¹³² Célula germinal femenina en proceso de convertirse en un óvulo maduro.

¹³³ Sobre este tema, véase, por ejemplo: Carrera, José M. y Kurjak, Asim, *Medicina del embrión*, Masson, Barcelona, 1997, pp. 35-40.

¹³⁴ Aunque no es el caso de Baja California, en algunas legislaciones estatales se permite el aborto cuando el producto presente alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales. Éste es, por ejemplo, el caso del Distrito Federal, cuyo Código Penal dice:

"Artículo 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

"...

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

"...

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

tal, ofrecer el diagnóstico sin la posibilidad jurídica de un aborto seguro y accesible puede provocar que algunas mujeres recurran a un aborto ilegal e inseguro.

"Conforme a lo razonado en este apartado, resulta que el artículo 7 de la Constitución de Baja California viola los derechos a la dignidad (artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), reproductivos (artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y a la salud de las mujeres (artículos 4o. de la Constitución Federal y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esto se debe a que se considera al producto de la fecundación como un individuo y se confiere un carácter supremo e inderrotable al derecho a la vida, sin considerar que esa protección no puede ser absoluta, sino que puede graduarse en función de la protección y ejercicio de derechos fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho a tener el número de hijos que se desee (y para ello, recurrir a métodos de reproducción asistida) o el derecho de no tenerlos (y para ello, emplear métodos anticonceptivos).

"OCTAVO.—Alcance de la declaración de invalidez. En atención a lo expuesto a lo largo de esta resolución, procede declarar la invalidez del artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California en la porción normativa que establece: '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'.

"Es preciso señalar que la declaración de invalidez incluye la cláusula final del artículo 7 de la Constitución Política del Estado

Libre y Soberano del Estado de Baja California, que dice: 'hasta su muerte natural o no inducida', ya que es una cláusula que no constituye, por sí misma, una norma jurídica autónoma, es decir, es una formulación que no tiene un significado normativo, sino que depende conceptualmente de la norma que adscribe el derecho a la vida al no nacido desde el momento de la concepción y que ha sido declarada inválida, de forma tal que si, como es el caso, la adscripción al no nacido del derecho a la vida, a partir de cierto momento, no tiene fundamento constitucional, entonces la extensión de la protección que se pretende otorgar carece de razón de ser.

"Sirve de apoyo a lo anterior, por mayoría de razón, la tesis plenaria de jurisprudencia P./J. 53/2010, que lleva por rubro: 'CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INVALIDEZ INDIRECTA DE LAS NORMAS.'¹³⁵

¹³⁵ El texto de esa tesis dice: "Para declarar la invalidez de una norma jurídica puede acudirse al modelo de 'invalidación directa', en el cual el órgano constitucional decreta, mediante una resolución, que cierta norma o normas resultan inválidas por transgredir frontalmente el contenido de una norma constitucional o legal. Sin embargo, no es el único modelo, pues existe el de 'invalidación indirecta', en el cual la invalidez de una norma o de un grupo de ellas se origina a partir de la extensión de los efectos de la invalidez de otra. Este modelo está previsto en el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La condición necesaria para que se extiendan los efectos de invalidez de una norma declarada inválida es la relación de dependencia de validez entre esta norma y otra u otras del sistema, acorde con los siguientes criterios: a) jerárquico o vertical, según el cual la validez de una norma de rango inferior depende de la validez de otra de rango superior; b) material u horizontal, en el que una norma invalidada afecta a otra de su misma jerarquía debido a que ésta regula alguna cuestión prevista en aquélla, de suerte que la segunda ya no tiene razón de ser; c) sistemático en sentido estricto o de la 'remisión expresa', el cual consiste en que el texto de la norma invalidada remite a otras normas, ya sea del mismo ordenamiento o de otro distinto; cuando remite expresamente, su aplicador debe obtener su contenido a partir de la integración de los diversos enunciados normativos que resulten implicados en la relación sistemática; de este modo, la invalidez de la norma se expande sistemáticamente por vía de la integración del enunciado normativo; d) temporal, en el que una norma declarada inválida en su actual vigencia afecta la validez de otra norma creada con anterioridad, pero con efectos hacia el futuro; y, e) de generalidad, en el que una norma general declarada inválida afecta la validez de la norma o normas especiales que de ella se derivan." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, abril de 2010, página 1564.

"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.

"Al expulsar del orden jurídico nacional a la porción normativa declarada inválida, el texto del primer párrafo del artículo 7 de la Constitución Local queda en los siguientes términos:

"Artículo 7. El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución; de igual manera esta Norma Fundamental tutela el derecho a la vida.'

"En términos de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente resolución surtirá todos sus efectos a partir de su notificación al Congreso del Estado de Baja California.

"Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

"PRIMERO.—Es procedente y fundada la presente acción de inconstitucionalidad.

"SEGUNDO.—Se declara la invalidez del párrafo primero del artículo 7 de la Constitución Política del Estado de Baja California, en la porción normativa 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'.

"TERCERO.—Publíquese esta sentencia en el *Diario Oficial de la Federación*, en el *Periódico Oficial del Estado de Baja California* y en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

"Notifíquese; haciéndolo por medio de oficio a las partes y, en su oportunidad, archívese el expediente como asunto concluido."

Por las razones señaladas en el proyecto de resolución que presente para su discusión en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual ha quedado transcrito en su parte medular en este voto particular, así como por los argumentos que expresé en la sesión pública del 28 de septiembre de 2011 (intervención que como anexo se acompaña a este voto particular), disiento de la resolución de desestimación a la que se arribó en la presente acción de inconstitucionalidad 11/2009.

Anexo

Versión taquigráfica de la intervención en la sesión pública del 28 de septiembre de 2011

"**Señor Ministro Franco González Salas:** Gracias señor presidente, señoras y señores Ministros, he escuchado con total atención todas las intervenciones durante estas tres sesiones que llevamos. Creo que en lo que se ha manifestado aquí se ha puesto de manifiesto lo que todos hemos reconocido: La complejidad de este tema, los problemas constitucionales que presenta y sobre todo y debo decirlo, las distintas visiones que se

pueden tener para encontrar una solución a una temática tan trascendente socialmente para el país.

"Por supuesto, aquí lo único que cuenta es la convicción jurídico constitucional que cada uno de nosotros hemos sostenido. Creo que este Pleno ha dado de nueva cuenta un ejemplo de lo que debe ser un debate respetuoso, inclusive frente a posiciones polarizadas absolutamente encontradas y diferentes. Ojalá esto permee al país que es lo que necesita. Creo que ha habido dentro de todas estas discusiones, coincidencias y diferencias con el proyecto, como es lógico.

"Con total respeto a las opiniones que ustedes han vertido a favor o en contra, agradeciendo a todos aquellos que han hecho algún comentario laudatorio sobre el proyecto, inclusive agradeciendo las críticas y aun algunas descalificaciones que se han hecho a partes de él, quisiera formular una serie de consideraciones en relación con ellas y con el proyecto presentado únicamente con el objetivo de aceptar por un lado sus deficiencias —lo dije desde el principio— son temas muy complicados, nadie tiene la verdad absoluta y creo que hay que ser honestos y reconocer a la luz de la discusión que el proyecto puede ser perfeccionado con muchos de los comentarios que aquí se han hecho.

"También quiero clarificar algunos aspectos medulares y contraargumentar ahí sí, algunas afirmaciones relevantes que no comparto, por lo que espero que a partir de aquí —como dijo el presidente— podamos ya tomar una votación, y me reservaría señor presidente por favor, para en su caso, conforme a la votación que se dé manifestar en qué estaría de acuerdo para

tratar de engrosar el proyecto, la resolución, si así lo determina este Pleno.

"A continuación voy a formular algunas consideraciones generales y daré respuestas a algunos de los argumentos expresados a lo largo de estas tres sesiones y les suplico también su paciencia unos minutos, han sido muy extensas las discusiones que hemos tenido, pero debo hacer alusión a algunas cosas que me parecen fundamentales.

"En primer lugar, rechazo cabal y totalmente algunas afirmaciones que se han formulado aquí y fuera de aquí, el proyecto en ningún momento señala que el principio de la vida es con el nacimiento. El proyecto señala que a partir de ahí nacen ciertos derechos constitucionales (que es el eje vertebral sobre el cual se concibió el proyecto); tampoco en ningún caso se pronuncia sobre cuándo inicia la vida o cuestiona que el producto de la concepción tenga vida humana. El proyecto en ningún caso hace alguna de estas afirmaciones.

"Quiero reiterar lo que aquí se ha dicho: Aquí todos estamos por la vida, eso no está puesto a discusión, lo que está puesto a discusión es una cuestión constitucional sobre si de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —y esto es muy importante reiterarlo— lo que han legislado algunos Legisladores locales, algunos Constituyentes Locales, es conforme a ella o no. Eso es lo que ha estado a discusión en este Pleno, subrayo: Aquí todos estamos por la vida. El aborto es un tema que se toca tangencialmente, nadie ha estado por el aborto en ninguna de las veces que hemos tocado este tema, hemos dilucidado cuestiones jurídico-constitucionales, exclusivamente.

"El proyecto recoge, y esto es importante, criterios que este Pleno adoptó en acciones de inconstitucionalidad previas, en las que se establecieron parámetros sobre algunos de los aspectos más sensibles relacionados con la presente acción de inconstitucionalidad. Subrayé en mi presentación que eran criterios del Pleno y que por lo tanto estaban sujetos a revisión siempre, máxime cuando habían nuevas integraciones, pero que en tanto eso no sucediera, es lógico que tenemos que tener coherencia con lo que hemos resuelto. Entiendo perfectamente, también lo dije, a quienes se pronunciaron en contra de ese criterio o de los criterios, que ahora reiteren sus posiciones. Es lo más respetable que puede haber.

"El proyecto —también esta es una premisa fundamental— reconoce la validez de la norma, como aquí se ha dicho por todos, de la Constitución de Baja California, en la porción en que garantiza el derecho a la vida. En lo personal, lo he subrayado. Especialmente lo que se controvierte en el proyecto es la competencia del Estado; es decir, del Estado federado, para hacerlo en la forma y términos en que lo hizo. Y aquí la mayoría ha dado razones en ese sentido cuestionando esta parte de lo que es, me parece, el elemento central de lo que estamos resolviendo.

"Lo que muchos Ministros han sostenido de manera y con enfoques diferenciados en sus intervenciones, tiene que ver con esto precisamente.

"Otro aspecto, en lo relativo a la crítica al proyecto, porque no partió de una interpretación conforme. Ya varios Ministros se han pronunciado, porque consideran que esto no debe ser así. No voy a abundar. Yo traigo una serie de argumentos, simple-

mente me sumo a quienes se han posicionado en ese sentido, y si es necesario más adelante explicitaré más mi posición.

"La estructura y argumentación del proyecto obedece por lo tanto a los temas planteados en la acción de inconstitucionalidad —esto no debe perderse de vista— en sus conceptos y argumentos de invalidez a los cuales se les trató de dar una respuesta cumpliendo con el principio de exhaustividad.

"Además, el proyecto es integral, como lo dijimos desde el principio, por eso la discusión se tornó en lo general, como hasta ahora, precisamente porque está íntimamente vinculada, quizás, y lo reconozco, fue un error de metodología o no fue lo más adecuado haberlo dividido. Como ponente estimé que ello podría facilitar la comprensión y discusión del asunto.

"Desde mi óptica personal, el proyecto analiza la litis constitucional bajo una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, a partir del sistema normativo de nuestro texto fundamental y de lo que nos impone hoy la importante reforma en materia de derechos humanos del diez de junio de dos mil once.

"Reconozco que en el proyecto pudieron haberse utilizado expresiones controversiales, como muchas de las que aquí ustedes han mencionado, yo por supuesto de entrada señalo que estaría dispuesto en el engrose a eliminar todo aquello que la mayoría ha cuestionado para tratar de lograr un núcleo en la resolución, que aglutinara de la mejor manera lo que ha sido la posición de las señoras y los señores Ministros, sobre todo los que en cualquier sentido formaran una mayoría.

"Me parece que algunas de las consideraciones, expresiones y supuestos usados en el proyecto, podrían efectivamente ser matizadas, en el entendido de que reconociendo estas deficiencias, en ningún caso acepto que se le dé el sentido ni el propósito al proyecto de minimizar ni desconocer el valor de la vida del no nacido; por el contrario, reitero que está claramente el proyecto por la protección de la vida humana, incluida la vida prenatal, toda vez que, como se dice a fojas sesenta y uno del proyecto, y leo textualmente: 'Lo anteriormente afirmado —se está refiriendo a las consideraciones anteriores respecto a ampliar la facultad— no implica en forma alguna que la Constitución no reconozca el valor de la vida humana prenatal, y su consecuente protección o tutela, pero la protección constitucional se encuentra sustentada sobre la base de que aquélla constituye un bien constitucionalmente protegido, como se determinó por este Tribunal Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, en el entendido de que no tiene una posición preeminente frente a los demás derechos y bienes constitucionalmente tutelados para la persona.'.

"Esto está citado textualmente de aquella resolución; y de alguna manera, alguna señora Ministra, algunos señores Ministros se han pronunciado por que hay una protección progresiva conforme a la evolución de la vida gestacional.

"En este contexto aclaro categóricamente que el proyecto en ninguna parte sostiene que los no nacidos —y esto lo digo categóricamente: jamás se señala, ni siquiera se implica— puedan ser considerados como bienes o cosas como en algún momento se manifestó, y mucho menos que exista expresión alguna en sentido peyorativo respecto de este altísimo bien que es la vida prenatal.

"Reconociendo pues el valor de esa vida, lo que el proyecto sostiene es que los seres no nacidos, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no tienen reconocido el estatus de personas en un sentido estrictamente normativo constitucional, es lo que sostiene el proyecto y, por lo menos, mi impresión es que la mayoría de los señores y la señora Ministra, porque la Ministra Luna Ramos se ha deslindado, están en esa misma lógica, quizás con algunas diferencias particulares.

"Al respecto, cabe tener presente como lo refiere el proyecto, fojas cincuenta y cincuenta y uno, que en el dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara Revisora de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, es decir, la Cámara de Senadores, se explica que la modificación del texto 1o. constitucional en relación al tema de la persona, fue por lo siguiente: Respecto al párrafo primero del artículo 1o. constitucional, estas Comisiones dictaminadoras estiman conveniente precisar que la incorporación del término 'persona' propuesto desde la Cámara de Origen es adecuado, entendiendo por tal a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable, debe ampliarse a las personas jurídicas —esta última parte es irrelevante—.

"Señor presidente, en su intervención hace un momento, precisamente se refirió a la diferencia que puede haber. Asimismo, quiero precisar que dentro del interés general de protección a la vida humana, incluida la vida prenatal, y en el marco de la Constitución General de la República, se inserta la libertad de configuración legislativa de las entidades federativas, tal como

se ha determinado por este tribunal en otras acciones de inconstitucionalidad.

“Lo anterior, en la inteligencia de que como se razona en el proyecto, foja ciento diecisiete, la Constitución General de la República, sobre la base de que la vida humana prenatal constituye un bien constitucionalmente protegido, establece una protección gradual de la vida en gestación, que se va intensificando en la medida en que avanza su desarrollo, esto fue también un criterio sostenido por este Pleno.

“La protección de la vida prenatal pasa por otras medidas de política pública que en ejercicio de la libertad de configuración establezca el legislador local, en la inteligencia de que las facultades de configuración legal del legislador local, tienen como límite infranqueable los derechos humanos o fundamentales establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados de la materia en que el Estado Mexicano sea parte conforme a la nueva redacción del artículo 1o. constitucional.

“El proyecto no pasa por alto el sistema federal, como en alguna de las intervenciones se pudo haber hecho notar, a fojas cincuenta y nueve, sesenta, noventa y ocho y ciento diecisiete, se hace referencia a las atribuciones de las entidades federativas en el marco de la estructura del Estado Federal Mexicano; con todo, cabe enfatizar que las mayorías legislativas, inclusive las unanimidades, no son razón suficiente —y esto ya se ha hecho notar aquí— para que este Tribunal Constitucional no pueda revisar si las decisiones legislativas mayoritarias así adoptadas son conformes con la Constitución Federal, máxime si la impugnación involucra cuestiones de derechos humanos y fundamentales.

"Una crítica reiterada que he escuchado es que el proyecto maneja meras situaciones hipotéticas, inclusive se llegó a utilizar la expresión 'fantasiosas'. No comparto tales imputaciones, aunque adelanto que si ese es el sentir de la mayoría no tendré ningún inconveniente en ajustar el proyecto.

"Al analizar ciertos conceptos de invalidez planteados por el accionante en ese sentido, en el proyecto se intenta mostrar que la norma impugnada de la Constitución Local del Estado de Baja California tiene serias implicaciones en el orden jurídico local, en particular en el ámbito penal, que producen falta de certeza, no sólo en los operadores jurídicos —como lo dice el proyecto— sino también en los particulares, inhibiendo el ejercicio de sus derechos humanos o fundamentales como se ha señalado en algunas intervenciones, destacadamente en la de la Ministra Sánchez Cordero.

"En mi opinión, el proyecto no parte de premisas hipotéticas, la norma impugnada —aquí lo han dicho varios de los señores Ministros— es de carácter absoluto, incondicionado, y por lo tanto de aplicación automática; esto es, constitucionalmente hablando, esto es independiente de qué haga el legislador ordinario o no.

"El Ministro Cossío lo expresó así el día de ayer, voy a citar esto textualmente porque me parece importante que escuchemos el razonamiento: Si nosotros leemos el artículo 7, no deja posibilidad alguna de práctica o de realización de interrupción de estos mismos embarazos. ¿Por qué razón? Porque está dando una protección completa al *nasciturus* y no permite ninguna modalidad; se podría decir en contra de este argumento que en realidad esto no es definitivo porque el Código Penal establece

o podría establecer que esto es una cuestión puramente contingente para estos elementos. La posibilidad de establecer algún tipo de supuestos mediante los cuales fuera posible una interrupción del embarazo, pero esto yo no lo veo así, desde el momento en que tiene la Constitución —y digo una obviedad— una jerarquía superior al Código Penal, es obvio que el legislador local no puede legislar en contra de eso; frente a este argumento también se podría decir que no hay una clausura, un sellamiento —déjenme usar esta expresión— en cuanto a las determinaciones que recoge la Constitución del Estado; sin embargo, si analizamos qué es lo que el Constituyente del propio Estado quiso decir en términos de la reforma constitucional, me parece que el Constituyente claramente entendió, y ahora voy a leer un fragmento, y continúa y dice categóricamente que el Constituyente —cuestión que reiteró el señor Ministro presidente— no tenía otra intención sino hacer de esta norma una norma absoluta; por supuesto, igual que en todos los demás casos estaré a lo que el Pleno llegare a resolver al respecto.

"También se ha imputado al proyecto realizar ponderaciones que conducen a absolutos en contra de sus propios supuestos y premisas. En primer término, es preciso señalar que el someter las normas impugnadas a un *test* de razonabilidad o proporcionalidad es una práctica usual en los Tribunales Constitucionales y en los tribunales internacionales, y en este tribunal constitucional en lo particular, no ha sido ajeno a esta práctica ya que lo ha hecho en diversas ocasiones, como se señala en el proyecto.

"El empleo de un juicio de razonabilidad o proporcionalidad de la medida legislativa bajo escrutinio, un escrutinio que debe ser estricto en cuanto que el presente asunto involucra derechos

humanos o derechos fundamentales, tiene como propósito determinar si la norma impugnada es o no razonable a la luz de la Constitución Federal y de los estándares internacionales aplicables; en la especie, se consideró que ante el concepto de invalidez expreso hecho valer, y tomando en cuenta la esencia de la impugnación y la respuesta que se otorga a otros aspectos de la impugnación, se debería realizar ese *test* de razonabilidad o proporcionalidad, por lo que en el proyecto se corre, y la conclusión es que la medida legislativa no cumple con los estándares constitucionales a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo tanto, es inexacto, en mi opinión, que aquí se pueda afirmar que se arrije a un absoluto.

"El proyecto señala claramente, que ni la vida prenatal constituye un bien jurídico absoluto, ni los derechos humanos de las mujeres son absolutos, tal como se afirma a fojas noventa y dos del proyecto, cito textualmente: 'Lo anterior —es decir, que la medida legislativa no es proporcional en sentido estricto— en el entendido, que dado que los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales tutelados no son absolutos ni limitados, los referidos derechos fundamentales de las mujeres consecuentemente, tampoco son absolutos al grado de implicar la desprotección de otros bienes constitucionales destacadamente en la vida prenatal.'

"Lo anterior, tiene relación con otra crítica que se formula al proyecto, en el sentido de que afirma que el no nacido, no es una persona, y arriba a la conclusión de que valen más los derechos de las mujeres.

"Como indiqué, uno de los argumentos centrales del proyecto es que si bien es cierto que la vida prenatal merece

protección del orden jurídico y en esa medida constituye un bien constitucional e internacionalmente protegido y tutelado, también es cierto que desde el sistema normativo de la Constitución Federal y de los tratados internacionales de derechos humanos aplicables, no le ha sido reconocido el carácter de persona para todos los efectos constitucionales en sentido estrictamente jurídico constitucionales que sí le otorga la Constitución de Baja California, con todos los efectos relevantes que sobre el orden jurídico estatal trae aparejada tal calificación.

"A partir de esa premisa, el proyecto mediante un desarrollo argumental que puede no ser compartido, lo reconozco, arriba a la conclusión de que la norma impugnada de la Constitución del Estado de Baja California, al proteger en forma absoluta e incondicional al producto de la concepción, viola necesariamente otros derechos humanos fundamentales particularmente de las mujeres, y aquí también varios Ministros se han expresado en ese sentido.

"En todo caso, como lo señala el proyecto y lo han reiterado en este Pleno, ese reconocimiento con tal amplitud solamente podría estar establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y no individual o aisladamente en las Constituciones de los Estados, argumento éste que hasta donde alcancé a entender compartieron varios de ustedes.

"También se criticó que en el proyecto se hace un indebido énfasis en la reserva interpretativa en relación con el artículo 4o., párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por supuesto, respeto tal percepción y quizás se debió haber ampliado en esta materia, no obstante, estimo que el proyecto quizás, debiendo —insisto— ser más explícito y

reiterar la premisa principal en otras partes del proyecto, señala a fojas cuarenta y dos y cuarenta y tres, como base sustantiva de argumentación para la interpretación de dicha convención que la expresión, 'por lo general' utilizada en ese artículo, es la que establece la posibilidad de que los Estados puedan fijar el momento en que inicia, conforme a su legislación interna, la protección a la vida y las modalidades a que queda sujeta la misma, y claro, como esfuerzo de refuerzo, se toma la reserva interpretativa que hizo el Estado Mexicano. El proyecto recogiendo textualmente el criterio adoptado por este Pleno en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, señala lo siguiente, transcribo, es textual de la resolución: 'Por otro lado, al resolver la acción de inconstitucionalidad referida, la mayoría de los integrantes de este Pleno se manifestó en tres aspectos medulares; el tercero, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales por los tratados y convenciones internacionales suscritos por México, el único instrumento que reconoce que el derecho a la vida de toda persona se encuentra protegido por lo general desde el momento de la concepción, es la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que este derecho no es absoluto, pues la expresión «por lo general» se introdujo para establecer la posibilidad de que los Estados puedan fijar el momento en que inicia, conforme a su legislación interna, esa protección y las modalidades a que queda sujeta la misma.'

"Además —o sea, argumento de refuerzo— además, México formuló dos declaraciones interpretativas y una reserva, de las cuales, la primera declaración interpretativa versó sobre tal expresión, por lo que México no aceptó el establecimiento de un momento específico a partir del cual debía proteger el derecho a la vida, y en esa medida, se encuentra obligado el Estado Mexi-

cano a proteger y garantizar el derecho a la vida, como en el resto de los tratados internacionales lo disponen; esto es, sin un momento específico para el inicio de la protección y aceptando que no es un derecho absoluto —cita textual de la resolución en las acciones de inconstitucionalidad 146 y su acumulada 147/2007, a fojas ciento setenta y tres—.

"En tal virtud, coincido con lo dicho por algún Ministro en el sentido de —y cito textualmente— 'La posibilidad que se tiene en los Estados nacionales que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de generar posibilidades normativas de interrupción del embarazo, no deriva de la mencionada reserva interpretativa'. A mi parecer —sigue diciendo— deriva estricta y rigurosamente del texto del artículo 4o., párrafo primero, cuando usa la expresión 'en general', que está incorporada en ese precepto.

"En otro orden de ideas, y entiendo que se hizo como argumento de refuerzo, se ha sostenido que en los propios códigos civiles, se mantiene a la fecha más o menos la misma regulación que se preveía en el Código Civil de 1884, en relación con el producto de la gestación; es decir, mediante una concepción jurídica se le confiere personalidad al *nasciturus*. El mencionado Código en su artículo 11, establecía —leo textualmente el artículo 11 del código de 1884—: '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'.

"En primer lugar, debe puntualizarse una diferencia fundamental —en mi opinión— entre esa norma y la similar prevista en la Constitución vigente de Baja California. La Constitución

de Baja California es absoluta —ya lo dijimos— mientras que el Código de aquella época —y voy a decir que también los actuales— se refiere exclusivamente para efectos previstos en los códigos civiles específicos y claramente determinados entre los que se identifican: Capacidad de heredar, posibilidad de revocar donaciones del padre, ser legítimamente reconocidos y que se les nombre tutor.

"El artículo 7, de la Constitución de Baja California dice 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.'. La protección —repto— es absoluta, incondicionada e ilimitada.

"Además debo decir que el propio código de 1884, condicionaba el artículo 11. El artículo 303 del código decía: 'Sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y que, o vive veinticuatro horas naturales o es presentado vivo al Registro Civil'.

"En la actualidad, en el Código de Baja California encontramos estos mismos preceptos con una redacción actualizada. El artículo 22 del Código de Baja California señala: 'La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.'

"El artículo 334 del propio código señala: 'Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.'

"Por supuesto están los argumentos de la Ministra Luna Ramos, que no me voy a detener en ellos, no porque no valgan la pena, sino porque son —y lo dijo claramente— los que señaló en su voto aclaratorio, para separarse de las consideraciones en las acciones 146/2007 y su acumulada.

"Entiendo que en este tema tan delicado que hemos abordado, haya puntos de vista muy diferentes.

"Ofrezco señor presidente, señoras y señores Ministros, que conforme a la votación y su resultado, y si así lo determina el Pleno, haré el engrose procurando que el proyecto llegara a reunir los argumentos de una mayoría si esta se da; quiero anticiparlo, es a lo que me refiero.

"Si no, señor presidente, estaré a las determinaciones que este Pleno de once Ministros determine. Gracias."