

VI. VOTO QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO JORGE MARIO PARDO REBOLLEDO, EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009, PROMOVIDA POR LA PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN CIUDADANA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA*

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de varios días de discusión, resolvió la acción de inconstitucionalidad 11/2009, en sesión de veintiocho de septiembre de dos mil once. Dicha acción se desestimó en términos del artículo 105, fracción II, párrafo último, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹ al obtenerse una mayoría de siete votos (siendo necesario ocho votos para la declaratoria de inconstitucionalidad).

* *Semanario...*, op. cit., p. 760; Reg. IUS: 40766.

¹ **Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

“... ”

“II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

“... ”

“Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.”

El proyecto presentado proponía declarar la invalidez del artículo 7 de la Constitución del Estado de Baja California; sin embargo, al someterse a votación, los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Ortiz Mayagoitia y el suscrito, nos pronunciamos por la validez del precepto.

A continuación, expongo las razones que me llevaron a pronunciarme en ese sentido:

Como lo expuse al momento de intervenir en la discusión del asunto ante el Tribunal Pleno, el punto de partida para analizar la reforma impugnada debe iniciar con el cuestionamiento de si el derecho a la vida se encuentra reconocido en la Constitución Federal.

La pregunta sería fácilmente respondida, de no ser porque no existe norma expresa que así lo disponga, como sucede, por ejemplo, con la libertad, la salud, la asociación, etcétera; sin embargo, no significa que se prive de su protección y de la obligación del Estado a garantizarla.

La razón para sustentar lo anterior se aprecia nítidamente de una interpretación histórico-progresiva de las reformas realizadas a los artículos 1o., 14, 22 y 29 constitucionales.

En los comienzos de su vigencia, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 plasmaba ideas positivistas respecto al reconocimiento de las garantías individuales, partiendo de la concepción de que la Ley Fun-

damental era la que se las otorgaba a los ciudadanos.² Dentro del catálogo de garantías, el derecho a la vida se dispuso utilizando una técnica legislativa de excepción, al instituir en los artículos 14 y 22, los únicos supuestos en los cuales la autoridad podía privar de la vida a un individuo (siguiéndole un juicio ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplieran las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y permitiendo la imposición de la pena de muerte en supuestos específicos), con el consecuente reconocimiento implícito de la obligación de respetar la vida, en los demás casos.³

Posteriormente, con la reforma constitucional del 9 de diciembre de 2005, sin modificar el posicionamiento de que el Estado es quien otorga las garantías individuales, se suprime del artículo 14 la expresión "*de la vida*"⁴ y las permisiones excepcionales que autorizaban la pena de muerte en el artículo 22.

La teleología inherente a la reforma no fue la de suprimir la protección a la vida, por el contrario, buscó abolir la "*pena de muerte*" y evitar una posible mala interpretación del precepto

² **Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

³ **Artículo 14.** ... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

⁴ **Artículo 22.** ... Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

⁴ **Artículo 14.** ... Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

fundamental, en el sentido de que la instauración de un juicio seguido con todas las formalidades esenciales, podría desembocar en la privación de la vida en perjuicio de un gobernado, acorde con la doctrina internacional de los derechos humanos y de los tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país.

La vida, entonces, se contempla como una condición necesaria sin la cual no cabe la existencia ni disfrute de los derechos, protegida a nivel constitucional sin ninguna posibilidad de restricción. Así fue sostenido por mayoría de votos en esta Suprema Corte, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, en la que se ratificó y validó el contenido de la tesis de jurisprudencia P./J. 13/2002, con rubro: "DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.". **Debe destacarse que, además, se estableció que si bien el derecho a la vida es de orden constitucional, no tiene un carácter absoluto en relación a las demás garantías individuales.**

Ulteriormente, con la reforma del 10 de junio de 2011, se modificaron los artículos 1o. y 29, con lo cual quedó completo el marco de protección de los derechos humanos que actualmente impera en nuestro país.

De manera relevante se destaca el contenido del artículo 29 constitucional,⁵ el cual prohíbe la restricción o vulneración en

⁵ "Artículo 29. ... 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

perjuicio de los gobernados, bajo ninguna circunstancia, del derecho a la vida. Aspecto que lógica y jurídicamente robustece la afirmación inicial en el sentido de que el texto de nuestra Constitución reconoce el derecho a la vida humana como un valor fundamental (*sin que por ello deba ser considerado como un derecho absoluto o de máxima jerarquía sobre éstos*).

Así también, evoluciona de manera integral la protección a los derechos fundamentales, al reformarse el artículo 1o. de nuestra Carta Magna. Con esta modificación, el Constituyente se apartó de la concepción tradicional positivista de que las garantías individuales se otorgan a los gobernados por la Constitución, para establecer que el Estado Mexicano reconoce los derechos humanos, por tener una naturaleza inherente a la raza humana y el Estado únicamente los observa y protege derivados de su existencia previa. Así, se retorna la postura *ius naturalista* utilizada en la Constitución de 1857, en su artículo 1o.⁶

Otro de los cambios importantes para efectos de la protección al derecho a la vida surge por la denominada posición monista que se adopta en torno al reconocimiento de los derechos humanos, ya que si bien anteriormente se separaba en dos sistemas jurídicos, ámbito interno e internacional, y para que un tratado internacional pudiera tener algún valor en el ordenamiento interno en un país necesariamente debía pasar por una transformación legislativa; la adopción del sistema monista implica que ambos ordenamientos jurídicos (Constitución y

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."

⁶ "Artículo 1o. El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."

tratados internacionales sobre derechos humanos), se interconecten y constituyan un único sistema jurídico estrechamente relacionado, que al encontrarse dentro de una misma jerarquía deberán interpretarse bajo el principio *pro homine* que busca orientar, privilegiar, preferir, seleccionar, fortalecer, tutelar y adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano, independientemente de su fuente constitucional o internacional.

En tal virtud, debe estimarse que se integra a nivel constitucional cualquier disposición contenida en algún tratado internacional en el que nuestro país sea parte y que reconozca, insisto, algún derecho humano.

De esta forma, podemos destacar que el derecho a la vida en análisis se encuentra igualmente reconocido en diversos instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 6, punto 1, textualmente se prevé: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.", así como la Convención Interamericana de Derechos Humanos que, en su artículo 4o. expresamente consagra que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida."

Todo lo expuesto es suficiente para sostener que la protección al derecho a la vida no sólo se protege en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la reforma de 9 de diciembre de 2005 que suprimió la posibilidad del Estado Mexicano para privar a una persona de la vida mediante la pena de muerte y lo señalado en el artículo 29 que restringió la posibilidad de que el Poder Ejecutivo suspendiera o restrin-

giera el derecho a la vida, sino también forma parte del catálogo de derechos humanos previsto en los tratados internacionales signados y ratificados por México, y que tienen el carácter de obligatorio conforme al texto expreso del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, se insiste, el derecho a la vida sí se garantiza en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales.

Ahora, si ya se dijo que la vida se protege a estos niveles, debe analizarse si existen parámetros para concluir que existe una protección al proceso de gestación de la vida humana y, de ser así, si se establece el momento en que inicia.

En el artículo 123, apartado A, fracción V y apartado B, en su fracción XI, inciso c), de la Constitución Federal, se garantiza la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad.⁷

⁷ **Artículo 123.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

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; 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:

“...
”

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 forzosamente 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

Estas fracciones, entre otros articulados, sirvieron para que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las acciones de inconstitucionalidad presentadas en relación con el Código Penal del Distrito Federal, concluyera que el producto de la concepción se trataba de un bien jurídico constitucionalmente protegido, en un ámbito distinto de los derechos de la madre; perspectiva que fue sustentada con anterioridad por el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia STC 166/1999: "los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15^º de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional pues, 'los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 212/1996, fundamento jurídico 3.o).!."

Esta es la aproximación que utilizó el proyecto presentado al Tribunal Pleno sobre la reforma, pues planteaba que del artículo 30 constitucional se advertía que la titularidad de derechos

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."

⁸ "Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra."

surge al momento del nacimiento y con éstos, la protección del derecho a la vida.

Estas argumentaciones no las comparto, pues no las advierto apegadas al Texto Constitucional ni a los tratados internacionales que se han firmado y ratificado. La realidad es que la Ley Fundamental reconoce al producto de la concepción como susceptible de una titularidad del derecho a la vida, y de aquellos que en su estado de gestación puedan atribuírsele, en un ámbito de paridad con los demás sujeto de derechos, como bien podría ser su madre.

Para observar lo anterior, basta remitirse al artículo 123 de la Ley Fundamental que se refiere al derecho de la mujer en las fracciones señaladas anteriormente. La fracción XV, apartado A, del propio precepto establece un régimen de protección al concebido independiente de la madre y lo sitúa en un ámbito de paridad.⁹

De manera complementaria, del dictamen de la Cámara de Diputados que dio origen al artículo 4o. constitucional, se advierte que la intención del Constituyente Originario, al referirse al derecho a la salud, fue reconocer su protección, por igual, desde el momento de la gestación, esto es, no percibió al concebido no nacido como un bien jurídico susceptible de protección. Por el contrario, se refirió a él como titular del derecho de la

⁹ *Artículo 123. ...

"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."

salud en un ámbito, de igualdad, con su futura madre.¹⁰ También, en la exposición de motivos de los artículos 4o. y 123 constitucionales, de 31 de diciembre de 1974, se hizo una referencia semejante de protección, independiente y propia al producto de la gestación.¹¹

En el mismo sentido, la referencia al artículo 30 constitucional no se entiende dirigida al derecho a la vida, sino a un derecho distinto y posterior al primero, como es el derecho a la nacionalidad, y en esa medida no puede sustentarse que la protección inicia con el nacimiento.

El propio transitorio tercero que se emitió en relación con el texto del artículo 30 constitucional (publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete) es suficiente para reafirmar tal aseveración, pues indica que las disposiciones en vigor antes de esa reforma, se seguirían aplicando a los nacidos o concebidos en lo que les favoreciera, haciendo referencia expresa

¹⁰ "... La salud se define como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedad. Disfrutar del nivel más alto de salud posible debe constituir uno de los derechos fundamentales de todo mexicano sin distinción alguna.

"... **El derecho a la protección de la salud debe alcanzar por igual, desde el momento de la gestación, tanto a la futura madre como al hijo.** Sin importar sexo, tanto al joven como al anciano, **del inicio al término de la vida**, no sólo prolongándola, sino haciéndola más grata dándole mayor calidad, haciéndola más digna de ser vivida. ..."

¹¹ "... Es llegado entonces el momento en que, tanto por merecimiento propio, como por un loable sentido de solidaridad social que la mujer mexicana ha manifestado reiteradamente, su acceso y libertad de empleo deban considerarse, en todos los casos, en un plano equiparable al del varón. Tal equiparación, constituye, por lo demás, uno de las más trascendentes aplicaciones del gran principio general contenido en el nuevo artículo 4o., que en esta iniciativa he propuesto a vuestro soberanía. En las circunstancias actuales de nuestro avance social, 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 virtud de las consideraciones anteriores, la presente iniciativa plantea sendas reformas a los apartados A y B del artículo 123 constitucional, guiadas por el propósito de abrir a la mujer, con máxima amplitud, el acceso al trabajo, **así como por el objetivo de proteger al producto de la concepción** y establecer, en suma, condiciones mejores para el feliz desarrollo de la unidad familiar. ..."

al concepto de concebido para señalarlo, desde ese momento, como titular de derechos.

Aun cuando llegáramos a la conclusión de que nuestra Constitución no regula ningún derecho para el concebido no nacido de manera expresa, aunque insisto, esta protección está reconocida del análisis de sus disposiciones; atendiendo al régimen actual de protección de los derechos humanos, conforme a la reforma al artículo 1o. constitucional, existen instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano que con toda claridad han reconocido al concebido, no nacido, como titular de derechos y no sólo como un bien jurídicamente protegido.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en el párrafo 1o. de su artículo 4o. que: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. ..."

Si bien se formuló una declaración interpretativa en relación al momento en que inicia la protección de la vida antes del nacimiento, en el sentido siguiente: "*Con respecto al párrafo 1 del artículo 4, considera que la expresión 'en general', usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción' ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.*", no debe perderse de vista que es una declaración interpretativa, no una reserva, en la cual sólo indicó que no estaba obligado a legislar o mantener en vigor leyes que protegieran la vida desde el momento de su concepción, mas no que se haya desconocido su protección.

Pero sobre todo, debe tenerse presente que no se emitió declaración interpretativa, ni reserva, en relación al texto del artículo 1o., inciso 2, de la misma convención, que establece que: "2. *Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.*", ni tampoco del 5o. párrafo del propio artículo 4o. de la misma convención, en el que se reconoce como susceptible de protección independiente de la mujer embarazada al producto de la concepción; pues restringe la pena de muerte a mujeres embarazadas, pero no en atención a su calidad de mujer, sino del proceso que se gesta en su interior: "5. *No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.*"

De igual manera, podemos tomar en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos alude a "todos los miembros de la familia humana" (preámbulo), a "todos los seres humanos" (artículo 1o.), a "toda persona" (artículo 2o.) y a "todo individuo" (artículo 3o.), y prescribe que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", y que "Todo individuo tiene derecho a la vida ...".

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial condena tal discriminación como el modo de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la vida.

Además, la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia en el proemio de su declaración establece: "... Teniendo presente que, como se indica en la declaración de los derechos del niño, el niño, por su falta de madurez física y men-

tal, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento ...". con lo que se afianza más el reconocimiento de que el concebido, no nacido, es titular de derechos y no sólo un bien jurídicamente protegido.

Hasta aquí podemos concluir que el Estado Mexicano reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción y, por tanto, la reproducción de esa protección en un ámbito estatal no implicaría ninguna contradicción o afectación a la Constitución Federal ni a tratados internacionales; sin embargo, donde inició el punto que generó debate por la reforma estatal de Baja California, partió de que nuestra Carta Magna no marca expresamente el inicio de la protección, como tampoco lo hacen los tratados internacionales, pues si la Convención Americana de Derechos Humanos en su párrafo 1o. del artículo 4o. precisa un momento, la declaración interpretativa formulada por nuestro país se aparta de la posibilidad de que el tratado determine ese origen, al indicar que corresponde a un ámbito propio de cada Estado signante determinarlo, como ahora hace dicho cuerpo normativo.

El texto del artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California es el siguiente:

"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, 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. ..."

La reforma señala que el reconocimiento y protección del derecho a la vida inicia desde que un individuo es concebido, y se le reputa como nacido para los efectos legales correspondientes desde ese momento.

Luego entonces, el tema a dilucidar no es el reconocimiento al derecho a la vida del producto de la concepción pues, como ya se indicó, la Constitución Federal, en distintos casos, lo contempla como titular de ese y otros derechos, sino que las entidades federativas regularon en sus Constituciones el momento en que inicia la protección. Esto es, no se trata de la creación o establecimiento de un derecho humano no reconocido a nivel federal, sino, si las entidades federativas pueden detallar el inicio de esa protección, a un nivel no previsto a nivel federal.

Debemos recordar que la estructura constitucional del Estado Mexicano se conforma por una Federación, que aun cuando tuvo un origen distinto al norteamericano, ya que en nuestro país no existían previamente Estados independientes sino provincias regidas por un mandato unilateral de la Corona española, con su establecimiento se rompió precisamente esa idea central para permitir márgenes autónomos a las entidades federativas, quedando plasmada tal idea, en el artículo 40 constitucional.¹²

¹² "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente en su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental."

Como en toda Federación, la libertad y autonomía de sus entidades se encuentran reguladas y acotadas por el propio Pacto Federal, bajo un sistema de competencias y atribuciones, que puede advertirse claramente en su artículo 41.¹³

Desde ese régimen competencial, se desprende un ámbito dual entre niveles de gobierno, los órganos de poder federales y los órganos de poder locales en sus demarcaciones territoriales observando a la Constitución Federal, pues es ésta la que refleja el propósito fundamental de la unión de los Estados, consistente en vivir dentro de un régimen de derecho que norme la convivencia diaria de la nación e impulsar y lograr su desarrollo integral.

En esa dualidad, el artículo 73 de la Constitución Federal previene facultades exclusivas de la Federación, cuya regulación está prohibida para los Estados.

Por su parte, el artículo 124 constitucional¹⁴ permite a los Estados regular materias que no se encuentran expresamente concedidas por la Constitución, destacando que esta Suprema Corte ha sostenido el criterio de que las entidades federativas, en sus Constituciones Locales, pueden desarrollar y ampliar el contenido de disposiciones, incluyendo el catálogo de derechos fundamentales reconocidos y protegidos en la Constitución

¹³ "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 los particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal."

¹⁴ "**Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.**"

Federal, con la única limitación de que ese desarrollo no pugne con el espíritu constitucional que los creó.¹⁵

Se reitera, las entidades federativas deben observar en cualquier circunstancia los mandatos de la Norma Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 de la Carta Magna, en tanto se refieran directa o indirectamente a su régimen interior, siendo así que en todo lo que los Estados no estén obligados tendrán libre configuración.

Es en este ámbito de actuación y permisión a las entidades federativas, que el federalismo les reconoce diferencias entre sí, por tener sustantividad propia y, en esa virtud, reclaman un campo propio de acción jurídico-político traducido, entre otras cosas, en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas de contenido autónomo, por lo cual, a efecto de evitar soluciones uniformes que oculten o disimulen las marcadas discrepancias, se prevén esquemas flexibles y más adaptables a las condiciones reales de las propias entidades federativas.

¹⁵ 1. Tesis 2a. CXXIX/2010, emitida por la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia: "NORMAS CONSTITUCIONALES. POR REGLA GENERAL REQUIEREN DE REGULACIÓN A TRAVÉS DE LEYES SECUNDARIAS, SIN QUE EL LEGISLADOR PUEDA APARTARSE DEL ESPÍRITU DE AQUÉLLAS."

2. Jurisprudencia P./J. 40/2004, Novena Época, Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIX, junio de 2004, página 867: "PARTIDOS POLÍTICOS. CORRESPONDE AL LEGISLADOR ESTABLECER LOS REQUISITOS PARA SU CREACIÓN, CON APEGO A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CORRESPONDIENTES Y CONFORME A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD QUE PERMITAN EL PLENO EJERCICIO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA."

3. Tesis P. XXXVII/2006, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, abril de 2006, Novena Época, página 646: "MATERIA ELECTORAL. PARA EL ANÁLISIS DE LAS LEYES RELATIVAS ES PERTINENTE ACUDIR A LOS PRINCIPIOS RECTORES Y VALORES DEMOCRÁTICOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 116, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS."

4. Amparo en revisión 123/2002, promovido por la Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio del Salvador en Michoacán, en sesión del cuatro de octubre de dos mil dos, la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional.

Ahora, si del texto del artículo 73 de la Constitución Federal no se desprende como una facultad exclusiva de la Federación decidir el momento en que inicia la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, ni tampoco existe disposición en el Pacto Federal que expresamente lo establezca, nos encontramos ante una facultad residual, conforme a lo dispuesto por el artículo 124 de la Carta Magna, esto es, la designación del momento en que inicia la protección del derecho a la vida del producto de la concepción corresponde a las entidades federativas.

Reafirma lo anterior el sistema actual de protección de derechos humanos de reconocimiento —recordemos que anteriormente la Constitución hablaba de las garantías de otorgaba la Constitución—, por el cual, corresponde a las autoridades no sólo vigilar, sino proteger, promover y, desde luego, hacer efectivos los derechos fundamentales; en esa lógica, la precisión a un nivel estatal del momento en que inicia la protección al producto de gestación que no se prevé a grado federal, no se aprecia desproporcional o contraria a sus facultades.

No obstante esa posibilidad para las entidades federativas, dadas sus características propias, no es exigible que todas coincidan respecto al momento en que consideren protegida la vida pues, como se dijo, las características entre las diversas regiones que conforman la Federación distan entre sí, por aspectos que van desde su grado de desarrollo, recursos humanos o financieros, hasta la misma pluralidad cultural, que en cada entidad se conforma con personas de diversos orígenes y credos, costumbres,

maneras de vivir, actuar y de pensar, como el propio artículo 2o. de la Constitución Federal lo reconoce.¹⁶

Me es indispensable reafirmar esta última aseveración, pues la posibilidad de los Estados para legislar en relación al momento en que inicia la protección del producto en gestación humana, implica y permite que en este país una región establezca el inicio de la protección de la vida del producto en gestación desde la concepción, y que en otros Estados no se haga expresamente o se efectúe de manera distinta.

No debe temerse a esa diferenciación, pues la extensión o amplitud se da en el marco de la Constitución Federal y tratados internacionales, por lo cual, los principios constitucionales y la universalidad de los derechos humanos se encuentran garantizados al exigirse que, en términos del artículo 133 constitucional, cualquier disposición debe acatar los mandatos de la Norma Suprema de la Unión.

Entonces, atendiendo al sistema federal establecido en México desde 1917, no existe una restricción para que un Estado de la República determine a partir de qué momento inicia la protección del producto en gestación, puesto que no existe disposición específica, ni en la Constitución, ni en los tratados internacionales, que así lo señale. Por el contrario, una restricción de esta índole sí afectaría gravemente la esfera de autonomía de los Estados regida bajo el sistema federal (artículo 41 constitucional),

¹⁶ "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."

pues limitaría la posibilidad de autoregulación, cuando no existe justificación que amerite tal abstención.

La autoregulación de la que se habla, que permite a una entidad federativa señalar el momento en que inicia la protección al producto en gestación, no conlleva a restringir o anular derechos fundamentales o, incluso, la derogación de legislación estatal, como se ha sostenido.

No debemos perder de vista que estamos hablando de la ampliación de un ámbito de protección de un derecho fundamental, no una restricción, ni tampoco una obligación. Se trata, pues, de un ámbito extendido de protección igualmente legítimo que cualquier otro derecho reconocido en la Constitución Federal, sin que ello implique un carácter absoluto, pues ninguna garantía individual o derecho humano es absoluto, ni es permisible jerarquizarlos, ya que deberá atenderse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, para fijar los límites y alcances.

Lo que debe tenerse presente es que el reconocimiento de un derecho a nivel constitucional no desconoce *per se* otros derechos, a menos claro que existiera una norma constitucional que prevea el supuesto opuesto, como sería, para el caso, la prohibición expresa a los Estados para determinar el momento en que inicia la protección al producto en gestación de la vida humana, lo que no sucede.

De la jurisprudencia sostenida por este Alto Tribunal se desprende que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, implica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador:

a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo, y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.

Se estima ilustrativa la tesis jurisprudencial en materia constitucional P./J. 130/2007, emitida por el Pleno de este Máximo Tribunal de la Federación, consultable en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, diciembre de dos mil siete, página ocho, que textualmente establece:

"GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.—De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad,

de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.¹⁷

¹⁷ Igualmente aplicables resultan los siguientes criterios:

Tesis jurisprudencial en materia constitucional 1a./J. 55/2006, emitida por la Primera Sala de este Alto Tribunal, Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, septiembre de dos mil seis, página setenta y cinco, que textualmente establece:

"IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.—La igualdad en nuestro Texto Constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado."

Así como la diversa tesis jurisprudencial en Materia Penal P./J. 102/2008, emitida por el Pleno de este Máximo Tribunal, consultable en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, septiembre de dos mil ocho, página quinientos noventa y nueve, que textualmente establece:

"LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA.—El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito

La forma en que está redactada la reforma y el camino que utiliza para establecer el punto de partida de la protección del derecho a la vida, dio lugar a pronunciamientos en el sentido de que se trata del establecimiento de un derecho absoluto, preponderante sobre otros derechos, y que no admite excepción alguna, pues señala: "*... 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.*"

No obstante tales afirmaciones, los preceptos deben analizarse en su justa medida, pues no tienen la configuración tradicional de una norma, sino que se trata de declaraciones de derechos que implican conductas generales por parte del Estado, pero que no se traducen en prestaciones concretas exigibles por los particulares.

Este tipo de preceptos se denominan imperativos programáticos, que instruyen sobre la materia de las normas que han de crear o aplicar, a partir de esas bases, utilizando la expresión de la cultura política de cada Estado y reúnen los consensos básicos sobre la sociedad que se trata de modelar.

Otro tipo de derechos que han sido modelados de manera similar se presentan en materias de educación, familia, salud, medio ambiente, vivienda o planificación familiar y no por ello se trata de derechos absolutos o con una jerarquía superior

cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado."

sobre otros. Esto es así, pues su declaración no puede concretarse ni adquirir la forma de derecho público subjetivo, mucho menos su eventual incumplimiento conlleva una sanción constitucional semejante a las que derivan del control de constitucionalidad, sino únicamente cuando el contenido específico de las leyes o actos que se desarrollan a partir de éstos, sea contrario al señalado por el imperativo programático, o a otra disposición de la misma índole, en este caso constitucional.

Se trata, pues, de expresiones enunciativas, que crean, por su inclusión en el cuerpo constitucional, la obligación de modularlo y establecer sus lineamientos para su desarrollo en una legislación secundaria; por lo cual, las normas que podrían, en su caso, generar un conflicto o restricción de otros derechos fundamentales, no serán los principios generales, sino siempre las normas inferiores y la manera en que se desarrollen.

En tal virtud, será en un primer plano, al momento en que se establezca la normatividad secundaria, como un deber del legislador, que deberán ponderarse los derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en los que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos y, en un segundo, para el Poder Judicial, al interpretar y justipreciar el contenido específico de las leyes o actos con los imperativos programáticos o derechos constitucionales, que se podrá valorar y determinar si en un caso concreto existe justificación que haga prevalente un derecho sobre otro pero, insisto, sólo a partir de la normatividad creada por la función legislativa que se haga al respecto.

Recordemos que la función judicial es interpretativa de las reglas y normas que crea el legislador, no al contrario, pues en estas últimas fechas se ha insistido que estas reformas y otras muchas deben ser invalidadas basándose en la realidad material en que se aplican y no de acuerdo al contexto jurídico en el que se ubican. Si en nuestro orden jurídico no existen disposiciones en contradicción a una reforma, no existe posibilidad para que esta Suprema Corte las invalide, porque se consideren inadecuadas, pues es en el ámbito legislativo donde la sociedad deberá exigir su derogación, o bien, el establecimiento de regulaciones que permitan al Poder Judicial realizar la confrontación de la que se habla, pero no es coherente solicitar su invalidez, cuando es el propio órgano legislativo, en su carácter de representante de la nación o de una entidad federativa, quien decidió establecer esa normatividad, y sin que existan principios o disposiciones que se vean confrontados, reiterando que la facultad de crearlos les recae directamente a ellos.

Ahora, la circunstancia de que una normatividad secundaria desarrolle un imperativo programático o un derecho fundamental no conlleva a que se prive de la posibilidad de establecer excepciones pues, por un lado, ya se dijo que las normas constitucionales no tienen un carácter absoluto pero, sobre todo, tomando en cuenta su carácter programático del que no se van a desprender del Texto Constitucional sus excepciones. Tomemos como ejemplo el derecho a la vida en general, como ya se indicó se trata de un derecho reconocido en la Constitución que no prevé excepciones; sin embargo, en el Código Penal están establecidas eximentes de responsabilidad, como la legítima defensa, que no son otra cosa que el reconocimiento realizado por el legislador, en su facultad creadora, de los casos de contraste o tensión entre derechos legítimos, y la forma en que deben resolverse.

Es por lo anterior que la entrada en vigor de la reforma aprobada por el Congreso de Baja California no conlleva a la derogación de las disposiciones secundarias, como podrían ser las excusas absolutorias en caso de aborto o la posibilidad de inseminación artificial, por señalar algunas, puesto que dichas normas atienden a otros derechos en un mismo nivel constitucional; por lo cual, será a través de los juicios de ponderación ya antes explicitados, que se confronte la medida adoptada por el legislador entre los derechos que se adviertan contrapuestos, pero de ninguna manera se podría calificar de inconstitucional el imperativo programático que amplía el ámbito de protección de unos derechos, utilizando el razonamiento de que eventualmente pudiera entrar en conflicto con otros.

Esta es mi postura en el asunto analizado por el Tribunal Pleno en relación a la acción de inconstitucionalidad 11/2009, presentada en contra de la reforma aprobada por el Congreso de Baja California, sobre la que sustenté mi voto, insisto, no se trató de un posicionamiento respecto de la despenalización o no del aborto, o bien, de algún otro caso previsto en una ley secundaria; por el contrario, se analizó un imperativo programático de un Texto Constitucional en una entidad federativa, para advertir si existía una contradicción con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o con los tratados internacionales firmados por nuestro país.

Acorde con lo expuesto, si bien se desestimó la acción de inconstitucionalidad, formulo el presente voto concurrente, por el cual expreso mis consideraciones por las cuales estimo que el Pleno de este Tribunal Constitucional debió declarar la validez de la reforma impugnada.