

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009
PROMOVENTE: PROCURADURÍA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN
CIUDADANA DEL ESTADO DE BAJA
CALIFORNIA**

**MINISTRO PONENTE: JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS
SECRETARIOS: ILEANA MORENO RAMÍREZ Y JAVIER MIGUEL
ORTIZ FLORES**

Vo.Bo.

México, Distrito Federal. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al

**VISTOS; Y
RESULTANDO:**

Cotejado:

PRIMERO. Por oficio presentado el veintiséis de enero de dos mil nueve en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 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:

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

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

“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”.

SEGUNDO. El promovente de esta acción estima 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.

TERCERO. Mediante proveído de veintiséis de enero de dos mil nueve, el Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente relativo a la presente acción de inconstitucionalidad, a la que correspondió el número 11/2009 y, por razón de turno, designó al Ministro José Fernando Franco González Salas para que actuara como instructor en el procedimiento.

Por auto dictado el veintinueve del mismo mes y año, el Ministro instructor admitió la presente acción y requirió al Congreso y al Gobernador de Baja California –el primero en su carácter de emisor y el segundo de promulgador de la norma impugnada– para que rindieran sus respectivos informes. También se requirió a los municipios del estado de Baja California para que rindieran informe, en virtud de que los ayuntamientos participan como parte del Poder Revisor en la aprobación de las reformas o adiciones de la Constitución local.

En ese mismo proveído se dio vista al Procurador General de la República, para que formulara el pedimento que le corresponde.

CUARTO. Mediante auto de cuatro de marzo de dos mil nueve, el Ministro instructor tuvo al Gobernador del estado de Baja California rindiendo el informe solicitado al Poder Ejecutivo de esa entidad federativa²; mientras que en proveído emitido el seis de marzo del mismo año tuvo a los diputados presidente y secretario de la Mesa Directiva de la XIX Legislatura del estado de Baja California rindiendo el informe solicitado al Poder Legislativo³.

Asimismo, mediante autos de once y veintitrés de marzo se tuvo a los municipios de Ensenada y Mexicali, respectivamente, rindiendo su informe⁴, por conducto del síndico procurador correspondiente.

Por otro lado, el Secretario de la Sección de Trámite de Controversias Constitucionales y de Acciones de Inconstitucionalidad de la Subsecretaría General de Acuerdos certificó, mediante razón levantada el diecinueve de febrero de dos mil nueve, que el plazo concedido al municipio de Tecate para rendir su informe transcurría del diez de febrero al dos de marzo de dos mil nueve, para los municipios de Tijuana y Playa de Rosarito del once de febrero al trece de marzo, mientras que para los municipios de Ensenada y Mexicali del doce de febrero al cuatro de marzo de dos mil nueve.

En esta tesitura, se advierte que transcurrió el plazo para que los municipios de Tijuana, Playa de Rosarito y Tecate presentaran su informe, sin que lo hubieran hecho.

En otro orden de ideas, en el proveído dictado el diecinueve de octubre de dos mil nueve se ordenó poner los autos a la vista de las partes para que formularan alegatos.

² El informe obra en las fojas 467 a 632 de autos.

³ El informe obra en las fojas 639 a 690 de autos.

⁴ Los informes se pueden consultar en las fojas 911 a 912 y 931 a 1052 de autos, respectivamente.

QUINTO. El cinco de noviembre de dos mil nueve, el Ministro instructor tuvo al Procurador General de la República formulando el pedimento correspondiente, donde expresó que, a su parecer, se debe declarar que la acción de inconstitucional es procedente, que el Poder Reformador de Baja California no incurrió en violaciones al proceso legislativo que culminó con la reforma al artículo 7° de la Constitución estatal y que los conceptos de invalidez son infundados⁵.

SEXTO. Una vez que se pusieron los autos a la vista de las partes para la formulación de sus alegatos, se declaró cerrada la instrucción mediante auto de cinco de noviembre de dos mil nueve, y se procedió a la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

C O N S I D E R A N D O :

PRIMERO. Competencia. Este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para resolver la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el punto tercero, fracción II, del Acuerdo General 5/2001, emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y con el artículo 7°, fracción I, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto es así, debido a que la parte accionante propone la posible contradicción entre el primer párrafo del artículo 7° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California (de acuerdo con la reforma contenida en el decreto 175, publicado en el Periódico Oficial de la entidad el veintiséis de diciembre de dos mil ocho) y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵ El pedimento obra en las fojas 1244 a 1343 de autos.

SEGUNDO. Oportunidad de la demanda. En primer lugar se analizará si la acción de inconstitucionalidad fue presentada oportunamente.

Conforme al artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶, el cómputo del plazo de treinta días naturales para promover la acción de inconstitucionalidad debe iniciar el día siguiente a aquel en que se publicó en el medio de difusión oficial la norma impugnada.

Ahora bien, en la demanda se impugnó el artículo 7º, primer párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California. Esas normas fueron publicadas en el Periódico Oficial del Estado de Baja California el veintiséis de diciembre de dos mil ocho. De esta manera, el plazo de treinta días para ejercer esta vía inició el veintisiete de diciembre de dos mil ocho y concluyó el veinticinco de enero de dos mil nueve, de conformidad con el artículo citado.

El mencionado artículo 60 de la ley de la materia establece que, si el último día del plazo es inhábil, entonces la demanda se podrá presentar el primer día hábil siguiente. En la especie, el último día del plazo fue inhábil, en términos de lo establecido en el artículo 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación⁷, aplicable según lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I

⁶ **Artículo 60.** El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

En materia electoral, para el cómputo de los plazos todos los días son hábiles.

⁷ **Artículo 163.** En los órganos del Poder Judicial de la Federación, se considerarán como días inhábiles los sábados y domingos, el 1o. de enero, 5 de febrero, 21 de marzo, 1o. de mayo, 16 de septiembre y 20 de noviembre, durante los cuales no se practicarán actuaciones judiciales, salvo en los casos expresamente consignados en la ley.

y II del Artículo 105 constitucional⁸, en atención a que el veinticinco de enero de dos mil nueve fue domingo.

Por lo tanto, la demanda podía ser presentada inclusive el lunes veintiséis de enero de dos mil nueve, para que su presentación se estimara oportuna. Toda vez que el oficio de la acción de inconstitucionalidad se recibió en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisamente ese día⁹, es evidente que se presentó en tiempo.

TERCERO. Legitimación. A continuación se procede a analizar la legitimación del promovente, por ser un presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción.

El artículo 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone:

“Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señala 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 acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

[...]

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los

⁸ **Artículo 2o.** para los efectos de esta ley, se considerarán como hábiles todos los días que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁹ Según se advierte de la certificación que obra al reverso de la foja 52 de autos.

derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

[...]

De acuerdo con este precepto, los organismos de protección de los derechos humanos en los estados pueden combatir leyes expedidas por las legislaturas locales y, según la jurisprudencia P./J. 16/2001, de rubro: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL¹⁰", el texto constitucional se debe entender en el sentido de que, a través de la acción de inconstitucionalidad, se pueden impugnar preceptos de constituciones locales, al tratarse de normas de carácter general. Es decir, los organismos estatales encargados de la defensa de derechos humanos pueden promover acción de inconstitucionalidad cuando consideren que alguna norma local (de rango constitucional estatal o secundaria) vulnera un derecho humano consagrado en la

¹⁰ Esa tesis dice: "De lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único órgano judicial competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad con el objeto de resolver la posible contradicción entre normas de carácter general expedidas, entre otros, por los órganos legislativos estatales, y la Constitución Federal. Ahora bien, de lo anterior no se advierte que el Órgano Reformador de la Constitución haya excluido de este medio de control constitucional a las normas que conforman una Constitución Local, ni tampoco se desprende que exista razón alguna para hacerlo así; antes bien, en el precepto constitucional en cita se establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas generales, comprendiéndose dentro de dicha expresión a todas las disposiciones de carácter general y abstracto, provenientes de órganos legislativos. Además, estimar que las Constituciones de los Estados de la República no pueden ser analizadas por esta vía, implicaría que estos ordenamientos locales pudieran escapar del control abstracto de su subordinación con respecto a la Constitución Federal, lo cual es inadmisibles, pues conforme al contenido de los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento es la Ley Suprema de toda la Unión y si bien los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus Constituciones "en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal". Por tanto, si el Poder Reformador de la Constitución estableció la acción de inconstitucionalidad como medio de control abstracto, con el objeto de analizar la regularidad de las normas generales subordinadas al Pacto Federal, y entre éstas se encuentran expresamente las Constituciones Locales, es claro que sí procede la vía de referencia". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIII, marzo de 2001, página 447.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Ahora bien, el Pleno de este Alto Tribunal, en tres ocasiones, se ha pronunciado ya respecto de los requisitos necesarios para que el organismo defensor de derechos humanos acredite su legitimación en la acción de inconstitucionalidad. Tanto en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007¹¹, como en las acciones de inconstitucionalidad 22/2009 y 49/2009¹², se resolvió que basta con que el órgano protector de derechos humanos aduzca en su demanda una violación a los derechos humanos, para considerarlo como legitimado para promover este medio de defensa constitucional. Es decir, para tener por satisfecho el requisito de legitimación, no es necesario que se realice un análisis preliminar de la norma impugnada, ni hacer un pronunciamiento sobre si ésta tutela o no a derechos humanos; puesto que ésta es una cuestión que atañe al fondo del asunto.

En la especie, como se advierte a partir de una revisión del escrito de demanda, la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección

¹¹ En esas acciones de inconstitucionalidad se afirmó: “De esta manera, es claro que cualquiera de las partes legitimadas para promover una acción de inconstitucionalidad, respecto de la ley, norma o tratado en torno de la cual tenga tal facultad, estará en aptitud de cuestionar su apego a la Ley Fundamental en cualquiera de sus partes, es decir la contravención de ésta a cualquiera de sus disposiciones, ya sea que pertenezca a su parte orgánica o bien de alguno de los derechos fundamentales establecidos en su parte dogmática, sin ser necesario que en el análisis de la legitimación activa que realiza este Alto Tribunal se defina si las normas controvertidas vulneran o no derechos fundamentales o si realmente la acción ejercida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos trasciende o se refiere a un derecho fundamental, pues esas situaciones no son propias del pronunciamiento sobre la legitimación activa, pues debe bastar con la expresión de los conceptos de invalidez en los que se expongan violaciones a la norma fundamental, para que se esté en aptitud de considerar que se materializa el supuesto de legitimación previsto en el artículo 105, fracción II, inciso g).

[...]

Por último, una vez más se precisa que la existencia o no de las violaciones a derechos fundamentales por parte de las normas cuya validez se controvierte, constituye una cuestión que atañe al fondo del asunto y que será analizado con posterioridad al estudiarse los conceptos de invalidez planteados, pues en este apartado solamente se resuelve sobre la legitimación activa del órgano promovente de la acción de inconstitucionalidad, es decir, solamente se determina la posibilidad de ejercicio de la acción –en sentido procesal– y no el interés jurídico con el que cuenta o no la comisión accionante”.

¹² Estos asuntos se resolvieron, respectivamente, en las sesiones celebradas el cuatro y el nueve de marzo de dos mil diez.

Ciudadana del Estado de Baja California efectivamente formuló conceptos de invalidez donde sostuvo que el artículo 7° de la Constitución de esa entidad federativa viola los artículos 1°, 3°, 4°, 6°, 14, 16, 20, 22, y 24 y 133 la Constitución Federal. Entre otras cuestiones, se aduce que se violan derechos fundamentales porque la reforma combatida obliga al legislador secundario a sancionar penalmente la conducta de aborto, reconoce indebidamente como persona al concebido y no nacido, restringe inadecuadamente los derechos de las mujeres y no está debidamente fundada y motivada.

Además, la Procuraduría compareció por conducto del funcionario público legitimado para ello, pues la acción de inconstitucionalidad fue presentada por Francisco Javier Sánchez Corona, entonces Procurador del mencionado órgano. Ese carácter se acreditó con una copia certificada del nombramiento¹³ conferido por la Décima Octava Legislatura Constitucional del estado de Baja California, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 165 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado y 9 de la Ley sobre la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de la misma entidad federativa. Cabe destacar que, conforme al artículo 17 de la Ley sobre la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California¹⁴, el Procurador no está sujeto a mandato imperativo alguno y desempeña sus funciones con autonomía. De igual forma, su representación legal se presume, en términos del primer párrafo del artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional¹⁵.

¹³ Foja 54 de los autos de la acción de inconstitucionalidad.

¹⁴ **Artículo 17.** El Procurador de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California no estará sujeto a mandato imperativo alguno. Desempeñará sus funciones con autonomía, sin más restricciones que las que señalan las Constituciones Federal y Local y las Leyes que de ellas emanen.

¹⁵ **Artículo 11.** El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado, deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario.

[...]

De lo anterior se concluye que, en el caso, están satisfechos los requisitos a que alude el precepto constitucional y los artículos de la ley reglamentaria invocados, porque la demanda se intenta en contra de una reforma a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, por parte de un organismo público de esa entidad que está facultado por la Constitución Federal para presentar acciones de inconstitucionalidad, y el funcionario que comparece cuenta con la representación legal de ese organismo. Entonces, el Procurador de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California cuenta con la legitimación necesaria para promover esta acción de inconstitucionalidad.

CUARTO. Causas de improcedencia. A continuación, es necesario estudiar las causas de improcedencia, sea que las planteen las partes o se adviertan de manera oficiosa, al ser una cuestión de estudio preferente.

En la especie, el Congreso del estado de Baja California planteó una causa de improcedencia, pues afirmó que el primer concepto de invalidez formulado no puede considerarse como tal, toda vez que en éste se hace una transcripción del precepto impugnado, sin que se realice manifestación alguna por la cual se estima inválida la norma; por lo cual resulta improcedente esta acción de inconstitucionalidad¹⁶.

Debe desestimarse esta causa de improcedencia, ya que, como se desprende del escrito de demanda, la parte accionante sí formuló argumentos por los cuales expuso los motivos que la llevan a considerar que los preceptos impugnados son contrarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶ Foja 641 de autos.

Así pues, de manera enunciativa, se puede decir que el promovente formuló conceptos de impugnación mediante los cuales adujo violaciones al proceso legislativo de reforma constitucional, señaló que hay una invasión de esferas de competencias, consideró que las normas combatidas prohíben al legislador secundario regular ciertas hipótesis (como el aborto no punible), manifestó que el acto de autoridad legislativa que dio lugar al precepto combatido está indebidamente fundado y motivado, concluyó que la reforma constitucional reconoce indebidamente el carácter de persona o individuo al concebido no nacido y precisó que ésta restringe indebidamente los derechos fundamentales de las mujeres. Por estos motivos, no se puede afirmar, como lo hace el Congreso del estado de Baja California, que el promovente no planteó conceptos de invalidez.

En apoyo de esta conclusión, cabe señalar que el Tribunal Pleno, al emitir la jurisprudencia P./J. 93/2000, sostuvo que para abordar el estudio de los conceptos de invalidez en las acciones de inconstitucionalidad, basta con expresar claramente la contravención de la norma que se impugna con cualquier precepto constitucional, como aconteció en la especie¹⁷.

En vista de que se debe desestimar esta causa de improcedencia, y considerando que este Tribunal Pleno no advierte que se actualice alguna otra, en ejercicio de la atribución oficiosa prevista en el último párrafo del artículo 19 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II

¹⁷ Ese criterio es del siguiente tenor: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA QUE SE IMPUGNA CON CUALQUIER PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la lectura integral de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se desprende que exija como requisito esencial e imprescindible para demostrar la inconstitucionalidad de la norma general que se impugne, que la expresión de los conceptos de invalidez se haga como un verdadero silogismo. Ello es así porque, conforme al citado precepto, para que se proceda a su estudio será suficiente con que en el escrito de demanda respectivo se exprese con claridad la contravención de la norma combatida con cualquier precepto de la Constitución Federal, sin perjuicio de que hecho el análisis de los conceptos de invalidez expuestos, éstos deban desestimarse.". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, septiembre de 2000, página 399.

del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se debe abordar el estudio del fondo de las cuestiones planteadas en la demanda.

QUINTO. Conceptos de invalidez. El promovente, en síntesis, considera que es inconstitucional la protección incondicionada y absoluta que el precepto combatido otorga al concebido no nacido, por los siguientes motivos:

Violación a la esfera de competencias de la Federación

En primer lugar, el promovente sostiene 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.

La reforma impugnada condiciona indebidamente el contenido de las normas secundarias

Por otro lado, el accionante hace notar que se modificó una norma de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California. 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 136¹⁸ del Código Penal de Baja California (que establece las hipótesis en que el aborto no es punible), pues el artículo tercero transitorio¹⁹ 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

¹⁸ 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”.

¹⁹ Ese artículo establece: “**Tercero.** Se derogan todas las disposiciones que contravengan a esta reforma”.

tiene efectos sobre lo dispuesto en el artículo 132²⁰ 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 fecundación in vitro, el uso de métodos anticonceptivos (lo cual implica una violación a la libertad reproductiva de la mujer, tutelada por el artículo 4° 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 científico²¹), 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.

El precepto impugnado reconoce indebidamente el carácter de persona al concebido y no nacido

En otro orden de ideas, la reforma a la Constitución local de Baja California combatida reconoce indebidamente el carácter de persona o individuo al concebido y no nacido. Sobre este punto, en la demanda se plantea que, si bien es cierto que las garantías constitucionales son derechos mínimos que pueden ampliarse, también lo es que ello no es

²⁰ 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”.

²¹ Previsto en el artículo 15, párrafo 1, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

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.

Además, 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; es decir, la Constitución Federal distingue entre la vida como un bien constitucionalmente relevante y la titularidad del derecho a la vida.

Igualmente, el promovente señala que 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.

Aunado a ello, dice que en el proceso legislativo que dio lugar a la reforma combatida se invocó, a manera de fundamento, 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 obstante, ello 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. Esta jurisprudencia no puede considerarse como vinculante, pues no alcanzó la mayoría de votos necesarios para ello. Así pues, la parte accionante afirma que la Suprema Corte de Justicia sólo ha reconocido que el producto de la concepción tiene el carácter de bien jurídico protegido constitucionalmente.

Restricción indebida de los derechos fundamentales de las mujeres

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

Por otro lado, la parte accionante argumenta que el artículo 7° de la Constitución del Estado de Baja California restringe indebidamente los derechos fundamentales de las mujeres. Es decir, para la elaboración de la reforma no se ponderaron los bienes constitucionales en conflicto, y se tuteló la vida en gestación a costa de los derechos de las mujeres.

Se argumenta que, para poder limitar o restringir garantías individuales, es necesario que el legislador persiga una finalidad constitucionalmente legítima y que la restricción sea adecuada para alcanzar ese fin, así como necesaria y razonable. De esta forma, la reforma combatida no es racional ni proporcional al establecer límites a los derechos fundamentales de las mujeres, porque:

- *Se afectan diversos derechos de la mujer, como su derecho a la vida, a la libertad, a la protección de la salud, a la libertad sobre su cuerpo, a la igualdad de género, a la no discriminación, a la libertad reproductiva, a la libertad sexual, a la libertad religiosa, a educación en materia de salud sexual y reproductiva, a la autodeterminación, al libre desarrollo personal y a la dignidad, tutelados por los artículos 1°, 3°, 4°, 6°, 14, 16, 20, 22 y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Entre las cuestiones de salud pública que deben considerarse, se encuentra el alto número de abortos clandestinos y la cantidad de mujeres que mueren o sufren daños como consecuencia de ellos.*

- *La penalización del aborto es ineficaz para proteger la vida en gestación. Esto es así, porque el aborto tiene una legitimación social, por lo que la sanción carece de vigencia real. Por lo tanto, sólo se produce el efecto de dañar a las mujeres que se ven obligadas a recurrir a abortos clandestinos.*

- *No se valoraron los derechos de las mujeres ni los problemas de salud pública que se generan con una ley que prohíbe el aborto.*

- *No se manifestó por qué el constituyente local estimó que había una grave amenaza para las familias del estado de Baja California, como se aseveró en los trabajos legislativos.*

- *No se atendió a la diferencia que existe entre el desarrollo gestacional que se alcanza en la primera etapa del embarazo (hasta el término de la décima segunda semana) y las siguientes etapas, pues se debe dar un trato diferenciado al producto de la gestación, atendiendo a su grado de desarrollo. De la misma forma, se omitió considerar la posibilidad de la viabilidad del producto de la concepción fuera del seno materno, o que el aborto durante el primer trimestre del embarazo permite preservar la salud, integridad corporal y vida de las mujeres que deciden terminar un embarazo, atendiendo a las tasas de mortalidad asociadas a la etapa gestacional (que son mayores a partir de la décima tercera semana de gestación).*

- *Tampoco se distinguieron los conceptos “fecundación” e “implantación”, procesos que son completamente distintos. Esto viola los principios de certeza y de exacta aplicación de la ley penal, pues hay incertidumbre sobre si el tipo penal de aborto incluye también la muerte del producto de la fecundación, antes de que éste se implante en la pared uterina. Además, la diferencia entre ambos conceptos es fundamental, ya que determina la licitud de la fecundación in vitro y el uso de diversos métodos anticonceptivos, como el dispositivo intrauterino.*

Indebida fundamentación y motivación del acto de autoridad legislativa que dio lugar al precepto combatido

En otro apartado de la demanda, se argumenta que el acto de autoridad legislativa que dio lugar al precepto combatido carece de la debida fundamentación y motivación, por diversas causas:

- *De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, los actos de autoridad legislativa también deben estar fundados y motivados. En el caso, se requiere de una motivación reforzada para restringir diversos derechos fundamentales de las mujeres, de la cual carecen la exposición de motivos y el dictamen de la reforma combatida.*

- *En la Constitución Federal no hay jerarquía o preeminencia entre las normas que la componen. Por lo tanto, no se puede dar preeminencia a la vida del concebido no nacido sobre cualquier otro bien jurídico –como se hace en la exposición de motivos de la reforma impugnada–, sino que se debe hacer una ponderación de valores.*

- *El reconocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que el derecho a la vida está implícitamente tutelado por la Constitución no significa que exista un pronunciamiento del Poder Constituyente Permanente en el sentido de que ésta debe ser protegida de manera incondicional (si fuera así, no serían lícitas las excluyentes de responsabilidad penal, como la legítima defensa o el estado de necesidad). Tampoco implica la prohibición de que puedan establecerse, legamente, excepciones o modulaciones a tal protección.*

- *Es deficiente la motivación de la reforma, porque se basa en textos derogados de los artículos 14 y 22 constitucionales, en relación con la ya proscrita pena de muerte. Además, el hecho de que alguna legislación prevea la licitud del aborto en ciertas condiciones, no debe equipararse a la imposición de una pena al producto de la concepción,*

pues ésta sólo puede derivar de la comisión de un delito. Igualmente, se estiman desacertadas diversas consideraciones de la exposición de motivos y de los trabajos legislativos, donde se afirma que la proscripción de la pena de muerte equivale a establecer una protección incondicionada y absoluta del concebido y no nacido.

- *En los trabajos legislativos se interpretan incorrectamente los artículos 1° y 17 de la Constitución Federal, pues de su contenido no se puede extraer una obligación para proteger el derecho a la vida del concebido y no nacido.*

- *La norma impugnada tiene una indebida motivación, pues se basa en una errónea interpretación de diversos tratados internacionales, pues no hay instrumento internacional alguno que obligue al Estado mexicano a considerar que la vida del nasciturus está protegida desde la concepción. En este sentido, se dice que:*

- *Es cierto que el artículo 6.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege el derecho a la vida, y se le considera como inherente a la persona humana; empero, este artículo no define el comienzo de la vida. Consecuentemente, los Estados parte están en libertad de formular su propia definición.*

Aunado a ello, el Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del mencionado Pacto, ha determinado²² que la autorización de la interrupción del embarazo es permisible y necesaria, y que, cuando un Estado la prevea, tiene la obligación de adoptar medidas que aseguren a las mujeres el acceso a servicios médicos,

²² En el caso Karen Noelia Llantoy Huamán v. Perú, comunicación No. 1153/2003.

pues de lo contrario se violarían los derechos consignados en los artículos 7 y 17 del mismo instrumento²³.

○ *El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño tampoco define el momento desde el cual se es niño, sino que sólo establece cuándo se deja de tener tal condición.*

○ *El artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede entenderse en el sentido de que el Estado mexicano debe proteger incondicionalmente al concebido y no nacido, o de que indefectiblemente se debe sancionar penalmente el aborto.*

Esto es así, por dos motivos: 1) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpretó²⁴ que ese instrumento no protege el derecho a la vida desde la concepción. 2) El Estado mexicano estableció una declaración interpretativa al respecto²⁵.

El accionante además considera que la reforma a la Constitución local viola el compromiso asumido por el Estado mexicano al suscribir el acuerdo de la solución amistosa de la petición 161-02, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese acuerdo, se pactó instrumentar medidas para impedir que se repitiera la violación de los derechos de las mujeres a la interrupción legal del embarazo, que obliga al estado de Baja California.

²³ Donde, a decir de la parte actora, se prevé que ninguna persona puede ser sometida a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que toda persona tiene el derecho de no sufrir interferencias arbitrarias en su vida.

²⁴ En la Resolución 23/81, correspondiente al caso conocido como "Baby Boy".

²⁵ Esa declaración dice: "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".

También se incumple, según el promovente, con un exhorto de la Secretaría de Salud²⁶, donde se conminó a los servicios estatales de salud a establecer procedimientos para garantizar el ejercicio oportuno del derecho de las mujeres a la interrupción legal del embarazo, en los supuestos que prevean las legislaciones locales.

○ *El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano supervisor de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ha enfatizado la obligación de los Estados de eliminar las condiciones que impidan a las mujeres el acceso a un aborto seguro. Además, esta Convención obliga a los países signatarios a eliminar la discriminación contra la mujer. De esta forma, se debe entender que el impedir que las mujeres ejerzan sus derechos reproductivos, a través de la penalización del aborto, es una práctica discriminatoria por razón de género.*

○ *La Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer reconoce el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (artículo 3), establece la obligación de los Estados de abstenerse de llevar a cabo cualquier práctica violenta contra la mujer (artículo 7) y prevé que los Estados deben adoptar medidas para fomentar la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia (artículo 8). Estos preceptos se violan por el estado de Baja California al establecer una maternidad impuesta y forzada.*

○ *El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a la vida, no puede interpretarse en el sentido de que esa protección incluya al*

²⁶ Emitido por conducto del Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva, mediante el oficio-circular 2192.

producto de la concepción. Inclusive, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 53/1985.

○ *La Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer, que se invocan en la iniciativa, carecen del carácter de tratados internacionales. Además, de su contenido no se infiere un reconocimiento del carácter de persona o del derecho a la vida en favor del concebido y no nacido.*

• *En los trabajos legislativos se invocó el artículo 22 del Código Civil del Estado de Baja California²⁷ para motivar la reforma al artículo 7° de la Constitución local, no obstante, ello no es suficiente, porque el mencionado código es una norma de rango inferior. En todo caso, ese ordenamiento reconoce derechos al concebido no nacido, pero sujetando esa protección a la condición suspensiva de su nacimiento. En cambio, la norma general que prevé el mismo artículo 22 es que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento, y esa regla general es la que debe prevalecer, según el artículo 11 del Código Civil²⁸. Este argumento se ve reforzado con el contenido del artículo 334 de ese ordenamiento²⁹.*

Violaciones procesales

Enseguida, la parte accionante conmina a esta Alto Tribunal a que se estudien primero los conceptos de invalidez relativos al fondo del asunto, a pesar de que conoce la jurisprudencia Plenaria de rubro:

²⁷ **Artículo 22.** La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

²⁸ **Artículo 11.** Las Leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

²⁹ **Artículo 334.** 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. Faltando algunas de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CUANDO SE ADUCEN CONCEPTOS DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES FORMALES Y DE FONDO RESPECTO DE NORMAS GENERALES DE LOS ESTADOS O DE LOS MUNICIPIOS IMPUGNADAS POR LA FEDERACIÓN, DE MUNICIPIOS RECLAMADAS POR LOS ESTADOS O EN LOS CASOS A QUE SE REFIEREN LOS INCISOS C), H) Y K) DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DEBE PRIVILEGIARSE EL ESTUDIO DE LOS PRIMEROS (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 47/2006)”. Sin embargo, aduce que la norma impugnada afecta derechos fundamentales de las mujeres, y con motivo de este estudio se establecerían criterios de interpretación de gran importancia.

Luego, aduce que se violó el artículo 112 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, en el proceso legislativo que culminó con la reforma al artículo 7 de esa constitución. El primero de los preceptos mencionados establece el procedimiento de reformas constitucionales. Para que se reforme la constitución local, la iniciativa debe aprobarse por acuerdo de las dos terceras partes del total de los diputados. Luego, ésta se debe enviar a los ayuntamientos, con copia de las actas de los debates que hubiere provocado. La Cámara debe computar los votos de los ayuntamientos, pues la mayoría de éstos debe estar en favor de la adición o de la reforma. Sin embargo, se entenderá de manera tácita que los ayuntamientos aceptaron la reforma si éstos no remiten al Congreso el resultado de la votación en el plazo de un mes, contado después de que el proyecto de reforma hubiera sido recibido por el ayuntamiento.

No obstante, dice el accionante que no se dejó constancia de que los oficios remitidos a los ayuntamientos, con copia de las actas de los debates, hubieran sido recibidos por los titulares de éstos, lo que viola

el procedimiento establecido en el mencionado artículo 112 de la constitución local y genera falta de certeza jurídica.

Aunado a ello, debe comprobarse fehacientemente que el proyecto de reforma constitucional fue recibido por los ayuntamientos, empero, en la versión estenográfica de la sesión celebrada por el Congreso local el 4 de diciembre de 2008, no se especifica qué método se empleó para verificar esa circunstancia, sino que en la declaratoria sólo se afirmó que los ayuntamientos de Ensenada, Playas de Rosarito, Mexicali, Tijuana y Tecate recibieron los mencionados oficios, y que éstos no dieron respuesta, pero no hay constancia fehaciente de que ello aconteció.

Por otro lado, antes de la declaratoria de procedencia de la reforma constitucional, era necesario informar al Pleno del Congreso que no se había recibido el resultado de la votación de los ayuntamientos, para que aquél hiciera el cómputo de los votos de éstos. Sin embargo, el cómputo fue realizado por el Presidente del Congreso, siendo que corresponde al Pleno hacerlo.

Finalmente, el Procurador accionante considera que la declaratoria de invalidez del artículo 7° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California que en su caso se haga debe hacerse extensiva a las normas secundarias que se emitan como consecuencia de la reforma constitucional.

SEXTO. Violaciones procesales. Previamente al estudio de las cuestiones de fondo que se hacen valer en esta acción de inconstitucionalidad, deben examinarse los conceptos de invalidez en que se aducen violaciones procesales, porque pueden tener un efecto de invalidación total sobre la norma impugnada, que haría innecesario el estudio de las violaciones de fondo. Esta consideración encuentra

apoyo, en lo conducente, en la jurisprudencia P./J. 32/2007 del Pleno de este Alto Tribunal, cuyo rubro dice: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. LAS VIOLACIONES PROCESALES DEBEN EXAMINARSE PREVIAMENTE A LAS VIOLACIONES DE FONDO, PORQUE PUEDEN TENER UN EFECTO DE INVALIDACIÓN TOTAL SOBRE LA NORMA IMPUGNADA, QUE HAGA INNECESARIO EL ESTUDIO DE ÉSTAS³⁰”.

De conformidad con el criterio jurisprudencial citado, resulta infundada la solicitud del promovente de esta acción de inconstitucionalidad, en el sentido de que no se debe aplicar la jurisprudencia que privilegia el estudio de los conceptos de invalidez relativos a las violaciones procedimentales, para finalmente ocuparse de los de fondo del asunto, pues este Alto Tribunal ha sostenido que el estudio de los argumentos relativos a las violaciones al proceso legislativo son preferentes, pues de resultar fundadas, su efecto de invalidación será total.

En consecuencia, se procede al estudio de los conceptos de invalidez en que se aducen violaciones procesales, las cuales se hicieron consistir, esencialmente, en lo siguiente:

³⁰ El texto de esa jurisprudencia dice: “El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 6/2003, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVII, marzo de 2003, página 915, sostuvo que en acción de inconstitucionalidad en materia electoral debe privilegiarse el análisis de los conceptos de invalidez referidos al fondo de las normas generales impugnadas, y sólo en caso de que resulten infundados deben analizarse aquellos en los que se aduzcan violaciones en el desarrollo del procedimiento legislativo originó a la norma general impugnada. Sin embargo, una nueva reflexión sobre el tema conduce a apartarse de la jurisprudencia citada para establecer que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control abstracto, cuando se hagan valer violaciones al procedimiento legislativo que dio origen a la norma general impugnada, éstas deberán analizarse en primer término, ya que, de resultar fundadas, por ejemplo, al trastocar valores democráticos que deben privilegiarse en nuestro sistema constitucional, su efecto de invalidación será total, siendo, por tanto, innecesario ocuparse de los vicios de fondo de la ley impugnada que, a su vez, hagan valer los promoventes.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVI, diciembre de 2007, página 776.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

1. *Violación a la garantía de legalidad, prevista en el párrafo primero del artículo 16 de la Constitución Federal, porque durante el proceso legislativo que culminó con la reforma al párrafo primero del artículo 7° de la Constitución Política del Estado de Baja California, se vulneró el artículo 112 de la Constitución Política del Estado de Baja California. A decir de la demandante, en ningún momento del proceso de reforma se dejó constancia de que, después de haber obtenido el voto aprobatorio de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso estatal, se hubiera remitido a los ayuntamientos del Estado, y que éstos hayan recibido, el proyecto de reforma, con copia de las actas de los debates, para que procedieran a su aprobación. Se dice que esto genera falta de certeza jurídica, ya que se trata del elemento base para que los municipios realicen su atribución de Órgano Reformador de la Constitución, lo que constituye un vicio de carácter sustantivo al procedimiento de reforma.*

2. *Previamente a la declaratoria de procedencia del Dictamen número 47, era necesario que se informara al Pleno del Congreso que no se había recibido el resultado de la votación de los ayuntamientos, para que fuera el Pleno quien llevara a cabo el cómputo de los votos de éstos, que en este caso serían ‘votos fictos’, e hiciera la declaratoria de procedencia correspondiente. Por lo tanto, nunca se realizó el cómputo, pues en términos del artículo 112 de la Constitución local, no forman parte de la Constitución las adiciones y reformas sustentadas en un procedimiento viciado, ya que las reglas establecidas en el citado artículo tienen por objeto asegurar el respeto al orden jurídico constitucional en la función reformadora de la Constitución local y garantizar que efectivamente sean los órganos a los que se otorga la facultad de modificarla los que realizan la modificación y que fue ésta su voluntad.*

En primer lugar, los argumentos precisados son infundados porque, de las constancias que obran agregadas en autos³¹, se advierte que el treinta y uno de octubre de dos mil ocho, una vez aprobada la reforma por el Pleno del Congreso del Estado, con fundamento en el artículo 112 de la Constitución local³², se remitieron a los ayuntamientos de los municipios de Ensenada, Playas de Rosarito, Mexicali, Tijuana y Tecate, los oficios números 4757, 4758, 4759, 4760 y 4761³³, todos de fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, suscritos por la Presidenta y el Secretario de la Mesa Directiva de la Legislatura del Congreso del Estado, para notificar a los ayuntamientos mencionados la aprobación de la reforma impugnada. Es decir, después de haberse obtenido el voto aprobatorio de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso estatal, éste remitió a los ayuntamientos del Estado (y éstos lo recibieron), el proyecto de reforma, con copia de las actas de los debates, para que manifestaran el sentido de su voto en relación con la citada reforma, como se advierte de la siguiente transcripción, correspondiente al acta levantada con motivo de la sesión ordinaria de la XIX Legislatura del estado de Baja California, celebrada el jueves cuatro de diciembre de dos mil ocho, donde se declaró la procedencia de adición al primer

³¹ Fojas 840 a 844 de autos.

³² **Artículo 112.** Esta Constitución sólo podrá adicionarse o reformarse con los siguientes requisitos: cuando la iniciativa de adición o reforma haya sido aprobada por acuerdo de las dos terceras partes del número total de diputados, se enviará ésta a los Ayuntamientos, con copia de las actas de los debates que hubiere provocado; y si el cómputo efectuado por la Cámara, de los votos de los Ayuntamientos, demuestra que hubo mayoría en favor de la adición o reforma, la misma se declarará parte de esta Constitución.

Si transcurriere un mes después de que se compruebe que ha sido recibido el proyecto de que se trata, sin que los Ayuntamientos remitieran al Congreso el resultado de la votación, se entenderá que aceptan la adición o reforma.

Las reformas o adiciones efectuadas a esta Constitución, aprobadas de conformidad al procedimiento señalado, podrán ser sometidas a Referéndum, de conformidad a las disposiciones que la Ley establezca.

Las adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que afecten a esta Constitución, serán inmediatamente adoptadas por el Congreso del Estado, mediante Dictamen, referente a la afectación del texto de ésta, y a la parte de su cuerpo en que deba de incorporarse, aprobado por mayoría calificada, produciendo una declaratoria de reforma o adición constitucional, que deberá promulgarse sin necesidad de ningún otro trámite.

³³ En el expediente obran copias certificadas de los citados oficios, constancias que tienen valor probatorio pleno, en términos de lo dispuesto en los artículos 129 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicable supletoriamente de acuerdo con lo ordenado por el artículo 1o. de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional.

párrafo del artículo 7° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, en los siguientes términos:

“[...] Agotados los dictámenes pasamos al último punto ‘Asuntos Generales’, en donde hace uso de la voz la Presidenta de la Mesa Directiva para dar lectura a la Declaratoria de procedencia de los dictámenes N° 47, 60 y 63 de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales.

DECLARATORIA DE PROCEDENCIA DEL DICTAMEN N° 47.

‘Declaratoria de procedencia de adición al primer párrafo del artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

DECLARATORIA

I.- Con fecha 29 de mayo del año 2008, los ciudadanos Diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios del Partido Encuentro Social, Partido Acción Nacional y Partido Nueva Alianza, presentaron en Sesión de esta H. XIX Legislatura Constitucional del Estado de Baja California, INICIATIVA DE REFORMA QUE ADICIONA EL ARTÍCULO 7 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA.

II.- Recibida que fue la iniciativa, el Presidente de la Mesa Directiva, con fundamento en la facultad conferida por el artículo 50, fracción II, inciso f), de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Baja California, turnó la iniciativa en comento a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales.

III.- En sesión extraordinaria celebrada por la H. XIX Legislatura del Congreso del Estado de Baja California, en fecha 23 de octubre del año dos mil ocho, se aprobó el Dictamen Número 47 de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, con el cual se aprobó la adición al artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

IV.- Con la citada reforma, se adicionó un texto a la parte final del primer párrafo del artículo 7 de la Constitución Estatal, con el fin de garantizar la tutela del Estado al derecho a la vida, estableciendo 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.

V.- Una vez aprobada la reforma por el Pleno del Congreso estatal, con fundamento en el artículo 112 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Baja California, se remitieron los oficios números 4757, 4758, 4759, 4760, 4761, todos de fecha 29 de octubre de 2008, suscritos por el Presidente y el Secretario de la Mesa Directiva de la H. XIX Legislatura del Congreso del Estado de Baja California, Diputados GINA ANDREA CRUZ BLACKLEDGE Y JUAN MANUEL MOLINA GARCÍA.

VI.- Recibidos que fueron los oficios girados por este Congreso, en fecha 31 de octubre por los Ayuntamientos de Ensenada, Playas de Rosarito, Mexicali, Tijuana y Tecate, respectivamente, y toda vez que ha transcurrido el plazo constitucional para que manifiesten el sentido de su voto con relación a la adición al primer párrafo del artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, sin que hayan dado respuesta a este H. Congreso, con fundamento en el artículo 112 de la Constitución Local, se entiende que omitieron manifestarse respecto a la reforma aprobada por el Pleno del H. Congreso del Estado, el 23 de octubre del año dos mil ocho.

VII.- Por tanto, en virtud de que los cinco Ayuntamientos del Estado, no remitieron el sentido de su voto, respecto de la adición al artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, y una vez transcurrido el plazo que señala el artículo 112 de la Constitución Local para que manifiesten el sentido de su voto, se surten los efectos del párrafo segundo del numeral antes citado, por lo que se entiende que aceptan la adición a la norma fundamental del Estado.

Por lo antes expuesto y en cumplimiento a lo establecido por el artículo 112 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, se procede a declarar formalmente la incorporación constitucional relativa a la adición al párrafo primero del artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, para quedar como sigue: [...] ³⁴”.

Asimismo, de las constancias de autos se advierte que el Congreso local giró los oficios correspondientes a los ayuntamientos de los municipios del estado, en los términos siguientes:

³⁴ Fojas 873 a 876 de autos. La copia certificada del acta de la sesión ordinaria celebrada el cuatro de diciembre de dos mil ocho por la XIX Legislatura Constitucional del Estado Libre y Soberano de Baja California tiene valor probatorio pleno, en términos de lo dispuesto por los artículos 129 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicable supletoriamente a la materia, según lo ordenado por la última parte del artículo 1° de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

“DEPENDENCIA: CONGRESO DEL ESTADO

SECCIÓN: PRESIDENCIA.

OFICIO N°: 004757

Expediente:

ASUNTO: Se remite para su opinión, Dictamen N° 47 de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, así como documento que contiene reservas en lo particular y acta correspondiente.

LIC. PABLO ALEJO LÓPEZ NÚÑEZ

**Presidente Municipal del H. XIX Ayuntamiento de Ensenada
Ensenada, Baja California**

Por este conducto y para los efectos constitucionales establecidos en el Artículo 112 de la Constitución Política de nuestro Estado, nos permitimos remitir copia debidamente certificada del Dictamen N° 47 de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, mediante el cual se aprueba la reforma al Artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California; asimismo, se acompaña documento aprobado que contiene reservas en lo particular al dictamen, así como Acta de Sesión Ordinaria de la H. XIX Legislatura del Estado de Baja California, celebrada el día 23 de octubre de 2008, en la cual se aprobó el dictamen de referencia.

Agradeciendo de antemano la atención que se sirva otorgar al presente, aprovechamos la oportunidad para reiterarle nuestra distinguida consideración y respeto.

ATENTAMENTE

Mexicali, B.C., a 29 de octubre de 2008.

[Sello con la leyenda: XIX LEGISLATURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. DESPACHADO OCT. 29 2008. OFICIALÍA DE PARTES]

[Rúbrica]

**DIP. GINA ANDREA CRUZ
BLACKLEDGE
PRESIDENTA**

[Rúbrica]

**DIP. JUAN MANUEL
MOLINA GARCÍA
SECRETARIO**

C.c.p. Dip. Juan Manuel Gastélum Buenrostro.- Presidente de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales.

C.c.p. Lic. José Francisco Blake Mora.- Secretario General de Gobierno del Estado de Baja California

[Sello con la leyenda: SECRETARÍA PARTICULAR DE LA PRESIDENCIA MUNICIPAL. RECIBIDO OCT. 31 2008. 8:16. ENSENADA, B.C.]³⁵”.

Ahora bien, a partir de una revisión de los autos, se advierte que hay diversos oficios con el mismo contenido del que se dirigió a Ensenada, antes transcrito, pero dirigidos a los presidentes de los ayuntamientos de Playa de Rosarito, Mexicali, Tijuana y Tecate, y cada uno de ellos lleva sello de recibido por el ayuntamiento respectivo, con fecha treinta y uno de octubre de dos mil ocho³⁶.

El segundo párrafo del artículo 112 de la Constitución local dispone que, si transcurre “un mes después de que se compruebe que ha sido recibido el proyecto de que se trata, sin que los ayuntamientos remitieran al Congreso el resultado de la votación, se entenderá que aceptan la adición o reforma”. En la especie, los municipios recibieron el proyecto el treinta y uno de octubre de dos mil ocho, por lo que el plazo de un mes transcurrió del primero al treinta de noviembre de dos mil ocho, sin que hubieran producido manifestación alguna, como cuatro de ellos indicaron al desahogar los informes correspondientes³⁷.

Entonces, se actualiza la hipótesis prevista en el artículo 112 de la Constitución del Estado de Baja California, y deberá tenerse por aceptada en sus términos la reforma al numeral de la Constitución local impugnado. El hecho de que en el acta del Congreso local referida no se detallen las notificaciones realizadas a los ayuntamientos de los municipios del estado de Baja California para que formularan manifestaciones en relación con la reforma Constitucional aprobada, no significa que éstas no se llevaron a cabo,

³⁵ Foja 840 de autos.

³⁶ Fojas 841 a 844 de autos.

³⁷ En la foja 911 de autos, se observa el informe del ayuntamiento de Ensenada, donde se reconoce que no consta documento alguno mediante el cual se hubiera formulado algún pronunciamiento en relación con la reforma constitucional local. En el mismo sentido se pronunciaron los municipios de Mexicali (foja 932) y Playa de Rosarito (foja 1203). Mientras tanto, el ayuntamiento de Tijuana señaló que la reforma constitucional se llevó a cabo cumpliendo los requisitos establecidos en la Constitución local para modificar ésta (foja 1170).

porque de los autos de este expediente se advierte que los municipios de la entidad fueron notificados de la reforma a la Constitución estatal impugnada, sin que en el término concedido formularan manifestación alguna al respecto. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 112 de la Constitución del estado, debe tenerse por aprobada en sus términos la reforma constitucional mencionada.

El restante concepto de invalidez relativo al procedimiento legislativo también es infundado.

El artículo 112 de la Constitución local³⁸ establece que si el cómputo de los votos de los ayuntamientos efectuado por la Cámara demuestra que hubo mayoría en favor de la adición o reforma, la misma se declarará parte de esa Constitución. Esta norma no indica quién debe hacer la declaratoria mencionada, sin embargo, el artículo 50, fracción XIV, de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Baja California³⁹ aclara esta situación, al precisar que el Presidente del Congreso local está facultado para hacer la declaratoria en cuestión. Por tanto, no era necesario que ésta la emitiera el Pleno del Congreso local, como argumenta el promovente de esta acción de inconstitucionalidad.

En atención a las razones anotadas, debe declararse infundado el segundo concepto de impugnación, relativo a violaciones de procedimiento en la reforma del artículo 7° constitucional de Baja California.

³⁸ Cfr. nota al pie de página 32.

³⁹ **Artículo 50.** Son atribuciones del Presidente del Congreso:

[...]

XIV. Hacer la Declaratoria de Incorporación Constitucional, mediante el recuento de los votos que emitan los Ayuntamientos de conformidad con el Artículo 112 Constitución Local; [...].

SÉPTIMO. Para efectos del estudio de fondo en la presente 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 en este considerando, temáticamente, los demás conceptos de invalidez planteados en la demanda.

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 diez, 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.

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.”

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 ley⁴⁰.

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 las 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 1° 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 [...]

⁴⁰ La ley sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del decreto respectivo, de conformidad con el artículo segundo transitorio del propio decreto.

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 155/2007⁴¹, estableció, por unanimidad de once votos, que sí es posible, en una acción de inconstitucionalidad, acudir a tratados internacionales de derechos humanos no invocados por el promovente, al estudiar la regularidad constitucionalidad de una norma general.

Aunado a lo anterior, es preciso destacar que, al resolverse la “Consulta a trámite. Expediente varios” 912/2010⁴², esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, entre otros aspectos, lo siguiente:

⁴¹ En sesión celebrada el 23 de junio de 2011.

⁴² Caso conocido como “Rosendo Radilla”, discutido en las sesiones públicas celebradas los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011. Este asunto corresponde al expediente de la consulta a trámite derivada del expediente varios, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de 7 de septiembre de 2010, dictada en el expediente varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511 (Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos).

1. Los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación⁴³.

2. De acuerdo con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad en el ámbito de los derechos humanos⁴⁴.

3. Ese control de convencionalidad debe ejercerse por todos los tribunales del Estado mexicano⁴⁵.

4. En particular, los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos⁴⁶.

5. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones⁴⁷.

6. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar las normas relativas de derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para

⁴³ Por una mayoría de seis votos.

⁴⁴ Por una mayoría de siete votos.

⁴⁵ Por una mayoría de siete votos.

⁴⁶ Por una mayoría de siete votos.

⁴⁷ Por una mayoría de siete votos.

deaplicarlos en los casos concretos⁴⁸. Esto es, la obligación constitucional de encontrar la interpretación más favorable a cargo de las autoridades no jurisdiccionales no implica el otorgamiento de facultades para realizar la declaración de inconstitucionalidad ni la desaplicación o inaplicación al caso concreto.

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.

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 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”.

⁴⁸ Por una mayoría de siete votos.

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

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 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.

Ahora, el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé el procedimiento y condiciones para restringir o suspender los derechos fundamentales y sus garantías, fue modificado mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, que entró en vigor el día siguiente. Entre otras cuestiones, indica que no es posible restringir el ejercicio de ciertos derechos, entre los cuales se incluye el derecho a la vida⁴⁹. Es decir, el texto constitucional ya reconoce expresamente el derecho a la vida de todas las personas.

⁴⁹ **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 las 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

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 Humanos⁵⁰. 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.

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.]

⁵⁰ **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.]

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 vida⁵¹ (derecho que también está consagrado expresamente en su artículo 29, como se ha señalado), pero también que dicha protección y derecho no son absolutos.

B. De los informes que se requirieron, prueba pericial y comparecencias que se realizaron para resolver aquélla 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**”⁵². [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

⁵¹ 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.

⁵² 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.

en que inicia, conforme a su legislación interna, esa protección y las modalidades a que queda sujeta la misma⁵³. 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, sin un momento específico para el inicio de la protección y aceptando que no es un derecho absoluto⁵⁴”.

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 7º 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.

⁵³ “[...] 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).

⁵⁴ Foja 173 de la resolución adoptada en las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007.

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 Constitucional, exclusivamente a la luz de los parámetros constitucionales (incluyendo los tratados internacionales) aplicables⁵⁵.

La concepción y sus implicaciones jurídico-constitucionales

Existe una vasta bibliografía sobre el tema de la *concepción*⁵⁶ (*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*⁵⁷, mientras que otros consideran que son sinónimos⁵⁸.

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.

⁵⁵ Reconociendo que existen consideraciones filosóficas, metafísicas o trascendentes de relevancia en relación con estos aspectos, pero que son aplicables en otros contextos.

⁵⁶ Por ejemplo: Carlson, Bruce, *Embriología humana y biología del desarrollo*, 4ª ed., [trad. Diorki Servicios Integrales de Edición], Elsevier, Barcelona, España, 2009; V. Cusí, “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.

⁵⁷ 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.”

⁵⁸ 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”.

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”⁵⁹. 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.

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*⁶⁰**; gozarán forzosamente de*

⁵⁹ 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.

⁶⁰ *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

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 período 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 período 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".

En este sentido, del Dictamen que se generó al seno del Poder Legislativo de Baja California, con motivo de la reforma constitucional al artículo 7º, se desprende que en el caso de esa entidad, el Constituyente estatal identificó el concepto *concepción* con el de *fecundación*⁶¹. Es cierto que el precepto combatido se refiere al inicio

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."

⁶¹ 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:

[...]

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 óvulo⁶²”. 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)*

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.

⁶² Carlson, Bruce, *Embriología humana y biología del desarrollo*, 4ª ed., Elsevier, Barcelona, España, 2009, pág. 3.

natural, es sumamente difícil determinar, en la inmensa mayoría de los casos, el momento real en que se completa ese proceso en una mujer⁶³.

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 Fundamental⁶⁴.

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*⁶⁵; pero también utiliza el vocablo con el doble sentido jurídico que comprende al mismo tiempo los de *persona física o*

⁶³ 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.

⁶⁴ 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 citado, 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.”

⁶⁵ 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 10º, 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, 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.

*persona moral*⁶⁶; 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*)⁶⁷.

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 once⁶⁸, 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 bajo las condiciones que esta Constitución establece”.
[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:

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.

“Respecto al párrafo primero del artículo 1° constitucional, estas comisiones dictaminadoras estiman conveniente precisar que la incorporación del término ‘persona’ propuesto desde la cámara de origen es adecuado, entendiéndolo 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 jurídicas⁶⁹” [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 utiliza⁷⁰.

3. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también usa, en solamente un precepto, el concepto “*ser humano*”⁷¹ (aunque en otros utiliza el de “*hombre*”⁷².)

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

⁶⁹ Véase la Gaceta del Senado número 223, correspondiente al Segundo Periodo Ordinario, martes, 8 de marzo de 2011.

⁷⁰ 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 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.

⁷¹ 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.

⁷² Artículos 3, fracción II, inciso c), 11, 15, 18, párrafo segundo, y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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 relevantes⁷³, la cuestión que se plantea aquí es si el producto de la concepción (embrión/feto para efectos del derecho positivo mexicano⁷⁴) 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.

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

⁷³ 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.

⁷⁴ 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”.

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 normativo⁷⁵. 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.

⁷⁵ 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 Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta; Madrid, 2007, p. 137.

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.

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 fundamentales⁷⁶, que inclusive llega a la noción de protección a la “dignidad de la niñez”⁷⁷; 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 constitucionales⁷⁸.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ **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.

⁷⁸ 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

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 30⁷⁹. Este

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, solo 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.”

“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 solo 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.”

⁷⁹ **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.

precepto establece los supuestos en que se debe considerar que una persona tiene nacionalidad mexicana, 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)⁸⁰.

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.

⁸⁰ 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 E, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

“Artículo 72. [...] E. **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 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

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*⁸¹, de la cual México es parte. Ese precepto dice:

“Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir 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 obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”.

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 Güitrón 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.

⁸¹ 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.

Como ya se dijo, en esta convención no se define expresamente 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 adquirir una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

En este sentido, es válido sostener, como lo hace la accionante, que aunque ningún instrumento jurídico –sea la Constitución 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 nacimiento que adquiere ese carácter un “niño” o “niña” para todos los efectos legales, con las excepciones que establece la legislación 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 133⁸² 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 40⁸³, 41, párrafo primero⁸⁴, 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

⁸² Esto es así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 133 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”.

⁸³ **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.”

⁸⁴ **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.

[...]

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 Estados 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 123⁸⁵.

⁸⁵ 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).

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.

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 Convención⁸⁶.

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 derechos⁸⁷.

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.

⁸⁶ 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.”

⁸⁷ Resolución de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, págs. 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 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁸⁸, establece el principio constitucional de la dignidad humana y, específicamente, el artículo 2°, apartado A, fracción II⁸⁹, 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 comunidades indígenas⁹⁰, también lo es

⁸⁸ 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 1°. 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.”

⁸⁹ **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.

[...]

⁹⁰ 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

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 excepciones⁹¹.

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 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

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.]

⁹¹En 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: Atienza, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa* 24.

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 4° de la Constitución Federal establece varios derechos fundamentales aplicables al caso⁹²:

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.

⁹² **Artículo 4°.** 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.

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.

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"⁹³, que este Pleno comparte.

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.

⁹³ 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.

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 hombres⁹⁴.

A partir de las consideraciones de la exposición de motivos y de los dictámenes de las Cámaras del Congreso de la Unión⁹⁵ se desprende lo siguiente:

⁹⁴ 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 períodos 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.

⁹⁵ 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 esparcimiento 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 las 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 espaciado 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.

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 concreta 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 espaciado 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 apoya 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

- Los primeros dos párrafos del artículo cuarto constitucional tienen como origen una reforma cuyo objetivo era resaltar diversos derechos de las mujeres.
- El derecho a la procreación se entiende como una “garantía personal de raigambre solidaria”.

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 enraíza 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 derechos 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 llegarse 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 y 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”.

Sobre este punto, vale la pena recordar que, en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, 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 primera⁹⁶.

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 4° 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 4° 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.

⁹⁶ 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 *Convención de Belém do Pará*)⁹⁷, 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 hombre y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, entre los cuales se menciona expresamente los que se refieren a la planificación familiar⁹⁸.

En esa línea, la Convención de Belém do Pará establece expresamente el mandato de no discriminación en diversos ámbitos⁹⁹

⁹⁷ 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.

⁹⁸ **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.

⁹⁹ 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;
- 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:

entre los cuales destacan, en lo que interesa, el derecho 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 desarrollo*¹⁰⁰ (El Cairo, mil novecientos noventa y cuatro) –considerado como el primer instrumento internacional que define la salud reproductiva y los derechos reproductivos¹⁰¹–, 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

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 basados 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.

¹⁰⁰ 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 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.

¹⁰¹ 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, 201, p. 75.

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).

En la misma línea, el artículo 23, párrafo 1, inciso b)¹⁰², 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

¹⁰² 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;

[...]

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.

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 GENERAL¹⁰³”.

¹⁰³ 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,

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 experimentos 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 HUMANOS¹⁰⁴".

diciembre de 2009, página 6.

¹⁰⁴ 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 genésica, y el derecho a no padecer injerencias,

En el mismo sentido que el artículo 4° constitucional, el artículo 12¹⁰⁵ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁶ prevé 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 Culturales¹⁰⁷ 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

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.

¹⁰⁵ **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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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.

libertades que se enumeran, se encuentran las de “controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias¹⁰⁸”.

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 hombre¹⁰⁹”. 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 mujer¹¹⁰”.

En congruencia con lo anterior, el derecho fundamental a la protección de la salud incluye la salud reproductiva y la salud sexual¹¹¹, 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 derecho fundamental a la salud, en las vertientes señaladas (salud reproductiva y salud sexual), constituiría un atentado contra la dignidad de las mujeres.

¹⁰⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 14, párrafo 10.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 20.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ 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”.

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. CCXIV/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 IMPORTANCIA DE NO DESCONTEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA¹¹²”.

¹¹² 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 "privado". Así, lo ha relacionado con: lo 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

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 violencia, de conformidad con el invocado derecho fundamental de libertad establecido en el artículo 4° 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

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 atinentes 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.

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 7º 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 alcance normativos 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 nacer¹¹³, 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, armónicamente, 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

¹¹³ Foja 17 del dictamen legislativo.

incluía expresamente, en la parte final del texto de la reforma propuesta al artículo 7º, 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 7º 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 7º 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”¹¹⁴.

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 género¹¹⁵, 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

¹¹⁴ Foja 37 del informe del Congreso del Estado de Baja California.

¹¹⁵ 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.

dirigir sus vidas, en ejercicio de su autonomía y libertad. Ese estereotipo de género¹¹⁶, 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 convencionalmente¹¹⁷.

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 parte de esta resolución, contra la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres.

Esto es así, puesto que el artículo 7º de la Constitución local, en la parte impugnada, establece una protección absoluta o

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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 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.

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.

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 1° y 2°, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), el derecho a la igualdad de la mujer (artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), el derecho a la no discriminación (artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), los derechos reproductivos (artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), el derecho a la salud (artículos 4° 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 1°, 4°, 6°, fracción II, 7°, 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 ocasiones¹¹⁸.

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 redundaría 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 favorable (o menos

¹¹⁸ 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.

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 jurídico¹¹⁹; 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 4° 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 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

¹¹⁹ Como se determinó por este Tribunal Pleno, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

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 correlativos¹²⁰, 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 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 4° 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.

¹²⁰ 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.

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 7º, 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 136¹²¹ del Código Penal de Baja California (que establece las hipótesis en

¹²¹ 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 oirá el dictamen de un médico legista, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora”.

que el aborto no es punible), pues el artículo tercero transitorio¹²² 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 132¹²³ 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 fecundación in vitro, el uso de métodos anticonceptivos (lo cual implica una violación a la libertad reproductiva de la mujer, tutelada por el artículo 4° 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 científico¹²⁴), 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.

¹²² Ese artículo establece: “**Tercero.** Se derogan todas las disposiciones que contravengan a esta reforma”.

¹²³ 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”.

¹²⁴ Previsto en el artículo 15, párrafo 1, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

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 INTEGRAN¹²⁵”.

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 local¹²⁶.

De acuerdo con lo anterior, las leyes locales están subordinadas jerárquicamente a la Constitución local, de acuerdo con lo que se

¹²⁵ 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 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.

¹²⁶ 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:
[...].”

denomina “principio de supremacía constitucional local¹²⁷”. 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 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.

¹²⁷ Algunas constituciones locales establecen expresamente este principio, Tal es el caso de la Constitución de Coahuila.

El artículo 7º 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 7º 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 regla¹²⁸) 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.

¹²⁸ 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.

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.

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 7º 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 interpretarlo 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 estatal¹²⁹.

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)¹³⁰, así como el aborto sufrido (artículo

¹²⁹ **Artículo 132. Concepto.** Para los efectos de este Código, aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

¹³⁰ **Artículo 133. Autoaborto y aborto consentido.** A la mujer que se procure el aborto o consienta en que otro la 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.

134)¹³¹. Posteriormente, se prevé una pena adicional para el aborto causado por un médico o auxiliar (artículo 135)¹³², y por último, se establecen los casos en los que no es punible el aborto (artículo 136)¹³³.

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 (homicidio¹³⁴). 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 parentesco¹³⁵. 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.

¹³¹ **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.

¹³² **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.

¹³³ **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.

¹³⁴ CAPÍTULO I. Homicidio. **Artículo 123. Tipo.** Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

¹³⁵ **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.

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).

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 absolutorias¹³⁶. Se afirma lo anterior debido a que,

¹³⁶ 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 que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontar”.

“aun cuando concurren todos los elementos del delito, no se aplica la pena por razones que el legislador ha estimado que lo amerita¹³⁷”. 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 DIFERENCIAS¹³⁸”.

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 aun, si, conforme a la norma

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;

[...]

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

¹³⁸ 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 imputabilidad 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 excepciones 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.

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 transitorio¹³⁹

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.

La derogación tácita ha sido aceptada por el legislador¹⁴⁰ y por la jurisprudencia de este Alto Tribunal¹⁴¹. Asimismo, ha sido analizada por la doctrina¹⁴². Ésta puede ser total o parcial.

¹³⁹ Ese artículo dice: Se derogan todas las disposiciones que contravengan a esta reforma”.

¹⁴⁰ 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 9° 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.

¹⁴¹ 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 cuyo 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.”

¹⁴² 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.

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 7º 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 artículo 7º 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 (homicidio¹⁴³); 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

¹⁴³ 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”

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 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 ejercerla¹⁴⁴.

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 pena¹⁴⁵, 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

¹⁴⁴ Véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1971, página 239.

¹⁴⁵ 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.

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 idénticos¹⁴⁶.

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 punible¹⁴⁷. Lo anterior es así, ya que en dicho informe el propio Congreso del Estado sostiene que el derecho a la vida “no puede tener excepciones¹⁴⁸”, 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 1° 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

¹⁴⁶ En el plano de la teoría jurídica, ver, entre otros: Gascón Abellan, Marina, “Cuestiones sobre la derogación”, *Doxa* 15-16 (1994).

¹⁴⁷ Fojas 25 a 37 del informe del Congreso del Estado de Baja California.

¹⁴⁸ Foja 37 del informe del Congreso del Estado de Baja California.

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 4° 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 reproductiva¹⁴⁹.

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, Apartado A, fracción I, 158, 159, 160 y

¹⁴⁹ 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.

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 aquéllos 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 otros¹⁵⁰ 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 calendario, el de la ovulación y el térmico sintomático), la anticoncepción poscoital y la esterilización

¹⁵⁰ 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.

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 beneficios¹⁵¹”.

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.

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. [...]”.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 223.

Es cierto que se acepta generalizadamente que este método anticonceptivo actúa evitando la ovulación y la fecundación¹⁵², 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 cobre¹⁵³. En el primer caso, el dispositivo que contiene progestina “funciona principalmente evitando que el espermatozoide y el óvulo se encuentren. También provoca el espesamiento del moco cervical y crea un medio uterino desfavorable¹⁵⁴”. 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 poscoital¹⁵⁵”.

¹⁵² *Ibid.*, p. 234.

¹⁵³ Apéndice informativo A de la NOM-005-SSA2-1993.

¹⁵⁴ Beckmann, *op. cit.*, p. 231.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 232.

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 7º 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:

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 fundamentales¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Páginas 174 a 176 del engrose.

De esta forma, no hay obligación de proteger la vida desde la concepción o de penalizar forzosamente la interrupción del embarazo en ciertas condiciones¹⁵⁷.

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 7º 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.

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

¹⁵⁷ 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.

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 familiar¹⁵⁸.

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 Mujer¹⁵⁹, se establecieron, entre otras, las siguientes recomendaciones concretas:

“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.

¹⁵⁸ Artículo 12 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, ya citado.

¹⁵⁹ 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.

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 natural¹⁶⁰ o si el anticonceptivo empleado evitó la implantación. Ante esta falta de certeza sobre si hubo vida prenatal o 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.

¹⁶⁰ 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.

En efecto, los apartados 6.4.2. y 6.4.2.3.¹⁶¹ de la invocada norma establecen que uno de los objetivos de la atención a personas 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.

¹⁶¹ **6. Criterios específicos**

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

[...]

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.

Lo anterior, en virtud, primero, del referido derecho fundamental de la mujer a la salud reproductiva y, segundo, de la 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 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y los derechos reproductivos de las mujeres (artículo 4° 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 California establece

diversos supuestos de abortos no punibles¹⁶², 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 absoluta para el caso de embarazo por violación¹⁶³.

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

¹⁶² **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.

¹⁶³ 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 7º 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 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.

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 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y sus derechos reproductivos (artículo 4° 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.

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 mujer¹⁶⁴) no está regulada en alguna ley federal, a pesar de que el

¹⁶⁴ 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

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 Mexicanos¹⁶⁵.

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, óbitos y fetos y de la fertilización asistida”. Este reglamento, en su artículo 40¹⁶⁶, fracción XI, define a la fertilización asistida como aquella en que “la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización en 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

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”.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ **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. Obito 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 lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;
- 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;
- VIII. Trabajo de parto.- Es el período 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;
- IX. Puerperio.- Es el período 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 aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización en vitro. [El énfasis no es del original.]

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 investigador¹⁶⁷”.

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 administrativa¹⁶⁸”. En este sentido, también se afirmó que el propio artículo 1° 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 salud¹⁶⁹.

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 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 células¹⁷⁰.

¹⁶⁷ **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.

¹⁶⁸ Engrose de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, página 143.

¹⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁰ Conviene tener presentes diversos artículos de ese ordenamiento:

Artículo 1°. 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

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 extraída, 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;

Resulta de particular interés lo dispuesto en el artículo 318 de la ley antes citada, pues éste se refiere al control sanitario de los 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 corresponde a la Secretaría de Salud, por conducto de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y encuentra un marco genérico de

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.

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.

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.

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 normativa¹⁷¹. 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 materia¹⁷²”. 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.

¹⁷¹ Página 79 del engrose de la controversia constitucional 54/2009.

¹⁷² *Ibidem*.

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 85/10¹⁷³, 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 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

¹⁷³ Caso número 12.361, Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro), Costa Rica.

padecimientos que dependen de la mutación tanto de un solo gen como de un par de genes¹⁷⁴.

Asimismo, existen otras técnicas de diagnóstico, como el diagnóstico preconcepcional y el preimplantatorio. A grandes rasgos, la primera de ellas consiste en analizar un ovocito¹⁷⁵ 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 genéticas¹⁷⁶. 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 padecimiento¹⁷⁷, 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.

¹⁷⁴ Entre otros, véase: Grether, Patricia y Arrendares, Salvador, "Ética, asesoramiento genético y diagnóstico prenatal", en Pérez Tamayo, Ruy; Lisker, Rubén y Tapia, Ricardo, *La construcción de la bioética*, Textos de Bioética, vol. I, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 48.

¹⁷⁵ Célula germinal femenina en proceso de convertirse en un óvulo maduro.

¹⁷⁶ Sobre este tema, véase, por ejemplo: Carrera, José M. y Kurjak, Asim, *Medicina del embrión*, Masson, Barcelona, 1997, pp. 35-40.

¹⁷⁷ 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".

Si bien puede estimarse que las normas impugnadas y el invocado Código Penal local no prohíben el diagnóstico prenatal, 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 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), reproductivos (artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y a la salud de las mujeres (artículos 4° 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 NORMAS¹⁷⁸”.

Lo anterior en el entendido de que, como se ha establecido, la Constitución Federal reconoce el derecho fundamental de toda

¹⁷⁸ El texto de esa tesis dice: “Para declarar la invalidez de una norma jurídica puede acudir 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 deriven”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXI, abril de 2010, página 1564.

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”.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

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.