

PROBLEMARIO Y SÍNTESIS

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 ORTIZ FLORES

I. PROMOVENTE

Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California

II. ÓRGANOS LEGISLATIVO Y EJECUTIVO QUE EMITIERON Y PROMULGARON LA NORMA GENERAL IMPUGNADA

- a) Legislatura del Estado de Baja California
- b) Gobernador del Estado de Baja California

III. NORMAS CUYA INVALIDEZ SE DEMANDA

En la acción de inconstitucionalidad se solicitó la invalidez de una porción normativa del artículo 7º, primer párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, que es del tenor literal 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”.

IV. COMPETENCIA. Página 4

PROBLEMARIO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

SENTIDO DEL PROYECTO: Este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para resolver la presente acción de inconstitucionalidad, 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 y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (**CONSIDERANDO PRIMERO**, página 4).

OBSERVACIONES: Ninguna.

PROBABLES PUNTOS DE DISCUSIÓN: Ninguno.

V. OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Páginas 5 y 6

SENTIDO DEL PROYECTO: La demanda de acción de inconstitucionalidad fue promovida oportunamente, ya que se presentó el último día del plazo concedido por la ley para ello. (**CONSIDERANDO SEGUNDO**, páginas 5 y 6).

OBSERVACIONES: Ninguna.

PROBABLES PUNTOS DE DISCUSIÓN: Ninguno.

VI. LEGITIMACIÓN. Páginas 6 a 10

SENTIDO DEL PROYECTO: El proyecto propone estimar que el promovente cuenta con la legitimación necesaria para promover esta acción de inconstitucionalidad, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que faculta a los órganos de protección de los derechos humanos a combatir por ese medio leyes expedidas por legislaturas locales. (**CONSIDERANDO TERCERO**. Páginas 6 a 10 del proyecto).

PROBABLES PUNTOS DE DISCUSIÓN: Ninguno.

VII. CAUSAS DE IMPROCEDENCIA. Fojas 10 a 12

SENTIDO DEL PROYECTO: 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 inconstitucionalidad.

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. (**CONSIDERANDO CUARTO.** Páginas 10 a 12 del proyecto).

OBSERVACIONES: Ninguna.

PROBABLES PUNTOS DE DISCUSIÓN: Ninguno.

VIII. CONCEPTOS DE INVALIDEZ. Páginas 12 a 24

En el proyecto se hace una síntesis de los argumentos de invalidez hechos valer por el promovente.

(**CONSIDERANDO QUINTO.** Páginas 12 a 24 del proyecto).

IX. VIOLACIONES PROCESALES. Páginas 24 a 32

SENTIDO DEL PROYECTO: 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.

En primer lugar, se argumenta que no hay constancia de que se hubiera notificado a los ayuntamientos del estado de Baja California la reforma al artículo 7° constitucional, por lo que se violó lo dispuesto en el artículo 112 de la Constitución Política de ese estado.

PROBLEMARIO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

Después de analizar las constancias de autos, se concluye que, contrariamente a lo que sostiene la parte accionante, el Congreso del estado de Baja California sí notificó a los municipios la reforma aprobada al artículo 7° constitucional. Esto se desprende de las copias certificadas de los oficios 4757, 4758, 4759, 4760 y 4761, suscritos por la Presidenta y el Secretario de la Mesa Directiva de la Legislatura del Congreso del Estado. Además, estos oficios tienen sello de recibido de los municipios de Ensenada, Ixtapa de Rosarito, Mexicali, Tijuana y Tecate. Por lo tanto, sí se dio a los ayuntamientos participación en el proceso de reforma constitucional, como lo ordena el artículo 112 de la Constitución local.

Por otro lado, se argumenta que la declaratoria de validez de la reforma constitucional debió haber sido hecha por el Pleno del Congreso, y como no fue así, la reforma es inválida.

Este concepto de invalidez también es infundado, ya que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50, fracción XIV, de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Baja California, el Presidente del Congreso local está facultado para hacer la declaratoria en cuestión.

(CONSIDERANDO SEXTO. Páginas 24 a 32)

OBSERVACIONES: Ninguna.

PROBABLES PUNTOS DE DISCUSIÓN: Ninguno.

X. ESTUDIO DE FONDO. Páginas 33 a 129

El estudio de fondo se divide en los siguientes temas:

Advertencia preliminar sobre los parámetros de control aplicables (p. 33)

Se destaca la reforma constitucional publicada en el DOF el 10 de junio de 2010, particularmente respecto de los alcances del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisando que las personas gozan de los derechos reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales de derechos humanos en los que el Estado mexicano sea parte. De la misma forma, se recuerda que, conforme a este artículo, las normas

relativas a los derechos humanos se deben interpretar favoreciendo la protección más amplia en favor de las personas, así como la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Además, se hace referencia a lo resuelto por el Tribunal Pleno en la “Consulta a trámite. Expediente varios” 912/2010, y se precisan los lineamientos ahí establecidos para la interpretación de los derechos humanos y la emisión de resoluciones jurisdiccionales.

I. PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN (p. 39)

Se reseñan algunos de los conceptos de invalidez planteados por la parte accionante. Asimismo, se precisa que la cuestión central por dilucidar es si la norma general impugnada es o no conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto otorga el carácter de individuo (persona humana) al concebido desde el momento de la concepción (o fecundación) y lo reputa como nacido para todos los efectos legales, hasta su muerte natural o no inducida.

La concepción y sus implicaciones jurídico-constitucionales (p. 44)

Se hace un análisis acerca de los términos “concepción” y “fecundación”, precisando las menciones que la Constitución Federal hace a estas locuciones.

El proyecto sostiene que, aun cuando el artículo combatido se refiera a la “concepción”, lo cierto es que a partir de lo plasmado en la exposición de motivos se entiende que su intención es la de equiparar los conceptos de “concepción” y “fecundación”, ya que en todo momento refiere que la vida comienza a partir de la fecundación, y que desde entonces debe ser protegida.

Concepto de individuo y/o persona y/o ser humano; y sus implicaciones jurídico-constitucionales (p. 48)

Se desentraña cuál es el sentido que la Constitución Federal da a los vocablos “persona”, “individuo” y “ser humano”. Después de analizar los diversos preceptos en los que se hace referencia a estos conceptos, se concluye que la Constitución los equipara. Se tiene presente que para otros espacios del

PROBLEMARIO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

conocimiento humano estos términos no se usan como sinónimo o de forma intercambiable, pero para la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sí lo son.

Ahora bien, un ser humano puede definirse en términos de su pertenencia a la especie *Homo sapiens*, y, desde este enfoque, la formación de un ser humano empieza desde el momento de la fecundación del óvulo por un espermatozoide. Sin embargo, constitucionalmente el concepto “ser humano” no sólo significa la pertenencia a esta especie, sino se refiere a los miembros de ésta con ciertas características o atributos que les otorga o reconoce el propio sistema normativo.

En este sentido, aun cuando un cigoto califica como un organismo humano, no se le puede considerar razonablemente como persona o individuo (es decir, como sujeto jurídico o normativo), de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los tratados internacionales. Éstos no establecen que los no nacidos sean personas, individuos o sujetos jurídicos o normativos; por el contrario, sólo los reconoce como bienes jurídicamente protegidos, por más que califiquen como pertenecientes a la especie humana.

Entonces, no se puede considerar que el producto de la concepción o fecundación, independientemente de la etapa gestacional en la que se encuentre, sea una persona jurídica o individuo, para efectos de ser sujeto de los derechos constitucionales o de tener capacidad jurídica.

El artículo 7° constitucional local impugnado equipara, indebidamente, al “concebido” con una persona nacida para todos los efectos legales, mediante una ficción jurídica. Al indicar que el producto del embarazo es una persona nacida “para todos los efectos legales correspondientes”, se le otorgan 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 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.

Lo anteriormente dicho no equivale a decir que no se reconozca el valor de la vida humana prenatal y su consecuente protección y tutela, pero esta protección se basa en la idea de que aquélla es un bien constitucionalmente protegido, que no tiene una posición preeminente frente a los demás derechos y bienes constitucionalmente tutelados para la persona.

II. CONTRASTE DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRENATAL CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES (p. 63)

La dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres (p. 64)

La porción normativa combatida, a pesar de que pretende proteger la vida prenatal, es inconstitucional, pues vulnera la dignidad de las mujeres y sus derechos fundamentales, en particular la libertad reproductiva.

Se explican el principio constitucional de la dignidad humana, y en particular la de las mujeres. También se describe el derecho constitucional a la igualdad entre los hombres y las mujeres, los derechos reproductivos y a la salud, en términos de lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de diversos tratados internacionales.

Protección absoluta o incondicionada de la vida prenatal (p. 83)

Se explica que el artículo 7° de la Constitución de Baja California protege a la vida de manera absoluta o incondicionada, de acuerdo con el propio texto normativo y con la intención expresada por el Poder Constituyente Permanente local, según se advierte de los trabajos del proceso legislativo.

Esta protección incondicionada es violatoria de la dignidad y de los derechos fundamentales de las mujeres, pues la protección absoluta de la vida del concebido no nacido se establece a costa o en detrimento de sus derechos. En este sentido, se atenta contra la dignidad de las mujeres, pues las reducen a un instrumento reproductivo, y esto sirve a un estereotipo negativo de género, que las degrada a un determinado rol y les impone una carga desproporcionada. Esto es incompatible no sólo con la dignidad de las mujeres, sino también con sus

derechos individuales y sus libertades fundamentales, concretamente, con su libertad reproductiva.

Juicio de razonabilidad o proporcionalidad (p. 87)

Independientemente de lo ya dicho, se debe hacer un juicio de proporcionalidad de la norma combatida. Se concluye que la protección de la vida en general es un fin constitucionalmente válido, pero es inválido que se dé trato de persona jurídica a la vida prenatal. Además, la medida no es idónea para alcanzar el fin que se propone, pues a la luz de otros fines o principios constitucionales, como la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres, la norma tiene un efecto negativo significativo.

Además, la medida legislativa no es necesaria, pues al establecer un derecho absoluto o ilimitado, afecta los derechos fundamentales de las mujeres, a pesar de que, para proteger la vida prenatal, hay alternativas menos restrictivas de esos derechos fundamentales.

La norma combatida tampoco es proporcional, ya que produce una afectación desproporcionada y exorbitante en los derechos fundamentales de las mujeres. Lejos de optimizar los derechos y bienes en juego, impide el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres (particularmente, su dignidad y derechos reproductivos), a costa del pretendido derecho a la vida del no nacido.

III. EFECTOS DEL ARTÍCULO 7º, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA DEL ESTADO (p. 92)

Las leyes locales están subordinadas jerárquicamente a la Constitución estatal, conforme al principio *lex superior*. Además, el orden jurídico local también debe sujetarse a lo dispuesto en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte.

El artículo 7º constitucional combatido implica un cambio normativo en el orden jurídico local. En éste, se establece un principio que no admite dimensión de peso, o si la tiene, pretende erigirse como lo único que pesa, perdiendo de vista que el orden jurídico local está supeditado al orden jurídico constitucional y, en materia de derechos humanos, a los tratados internacionales que los reconozcan; y que los principios están limitados por otros principios y reglas con los que interactúa.

Efectos del artículo 7° constitucional en la interpretación de las normas penales (p. 98)

La definición del concepto de persona que realiza el artículo combatido tiene un impacto inmediato en la interpretación de la legislación secundaria, y particularmente de la legislación penal. A la luz de esta nueva definición de persona, podría interpretarse de diversas formas la conducta denominada como “aborto” en el Código Penal estatal. Se podría considerar que este tipo penal se canceló, porque la muerte del producto de la concepción equivale a “privar de la vida a otro”; o se podría estimar que el delito de aborto se convierte en una modalidad o en un tipo especial del tipo general de homicidio, diferente de los demás tipos especiales en razón de la calidad prenatal del sujeto pasivo.

Análisis del artículo tercero transitorio (p. 103)

Este artículo contiene una cláusula derogatoria genérica, mediante la cual se afirma que “se derogan todas las disposiciones que contravengan a esta reforma”. No resulta claro si mediante este precepto transitorio se deroga o no el artículo que prevé el delito de aborto, así como el artículo que prevé los casos en que éste no debe sancionarse. Es decir, genera una situación de inseguridad jurídica, pues no es posible determinar si la intención del Constituyente fue derogar expresamente el tipo penal 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 Código Penal para el Estado de Baja California.

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 (que prevén el delito de aborto y los casos en que éste no será punible, respectivamente) y simplemente haya establecido una cláusula derogatoria genérica implica que 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 ello, se constata que el decreto controvertido genera, por sí mismo, una falta de certeza en cuanto a las normas que los órganos jurídicos aplicadores y los particulares deben seguir. En tales condiciones, los límites de las libertades y derechos constitucionales resultan inciertos y la misma libertad queda restringida por el miedo razonable a ejercerla, en contravención al principio de seguridad jurídica previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Efectos de la norma impugnada en el uso de métodos anticonceptivos y de técnicas de reproducción asistida (p. 108)

Métodos anticonceptivos (p. 108)

Se hace notar que, al resolver la controversia constitucional 54/2009, el Tribunal Pleno consideró que las normas oficiales mexicanas vinculan no sólo a las autoridades federales, sino también a las locales.

A continuación, se define qué son los métodos anticonceptivos, y se explica cuáles son y cómo actúan. Si bien la mayoría de ellos opera evitando que el espermatozoide y el óvulo se encuentren, hay algunos, como el dispositivo intrauterino y el método hormonal poscoito (también conocido como pastilla del día siguiente), que pueden alterar la capacidad del cigoto para implantarse y desarrollarse.

En términos del artículo 7° constitucional combatido, en los casos en que el método anticonceptivo imposibilite el proceso de implantación del óvulo en el útero, habrá una privación de la vida de otra persona. Por ello se tendría que penalizar el empleo de la anticoncepción hormonal poscoito y del dispositivo intrauterino.

Esta penalización es inconstitucional en la medida en que no encuentra justificación válida, violando los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por los motivos que se explican a detalle en el proyecto.

Aborto médico (p. 119)

PROBLEMARIO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

La norma oficial mexicana NOM-046-SSA2-2005 establece que, en caso de embarazo por violación, si se cumplen ciertas condiciones, las instituciones deberán prestar servicios de aborto médico (terminación legal del embarazo).

Esta Norma Oficial Mexicana es aplicable en el estado de Baja California, pues la legislación local prevé algunos supuestos en los que no se sanciona el aborto, y uno de ellos consiste en que el embarazo sea producto de una violación o de una inseminación artificial no consentida.

Entonces, aun cuando el artículo constitucional impugnado establezca una protección absoluta e inderrotable a la vida prenatal, lo cierto es que en ningún caso el estado de Baja California podrá dejar de proveer el servicio de aborto en los casos que están previstos tanto en la NOM-046-SSA2-2005 como en la legislación local.

Reproducción asistida (p. 121)

La fecundación *in vitro*, así como el diagnóstico prenatal, la selección de sexo o la investigación con óvulos fertilizados carecen de regulación específica en alguna ley federal, por lo tanto, no están prohibidas. Por su parte, la Ley General de Salud prevé, de manera genérica, el trato que se debe dar a los órganos, tejidos y sus componentes y células, como lo son las células germinales (las células reproductoras masculinas y femeninas) y el embrión.

Según esta ley, el manejo y disposición de tejidos humanos, células, embriones y células germinales corresponde a la Secretaría de Salud, por conducto de la Comisión Federal de Protección contra Riesgos Sanitarios, y encuentra un marco genérico de regulación en la Ley General de Salud, además de que ésta encomienda su reglamentación a la mencionada Comisión, a través de Normas Oficiales Mexicanas.

Esta regulación de la Ley General de Salud no puede verse modificada por alguna entidad federativa, al tratarse de una ley de aplicación en todo el territorio y de naturaleza concurrente, por lo que la entidad federativa no puede escapar a su aplicación.

PROBLEMARIO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009

Además, en el caso de la fertilización *in vitro*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho un importante pronunciamiento, pues recomendó a Costa Rica levantar su prohibición.

En cuanto al diagnóstico prenatal, éste es relevante para la prevención y control de los defectos al nacimiento. Además, también con base en éste se puede determinar si la vida de la mujer embarazada corre peligro o no en ciertos casos, recordando que, conforme a la legislación penal estatal, éste es uno de los supuestos en que se puede abortar sin que la persona que lo haga sea acreedora a una sanción penal.

De esta forma, si bien la norma impugnada no prohíbe el diagnóstico prenatal, el hecho de ofrecerlo 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 anterior, el 7° de la Constitución de Baja California viola los derechos a la dignidad, reproductivos y a la salud de las mujeres, reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales. 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).

XI. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ. Páginas 129 a 131
--

SENTIDO DEL PROYECTO: Declarar la inconstitucionalidad de 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”.

Se hace notar que también debe invalidarse la porción que dice: “hasta su muerte natural o no inducida” porque no constituye por sí misma una norma jurídica autónoma, sino que depende de la norma que adscribe el derecho a la

vida del no nacido desde el momento de la concepción. (**CONSIDERANDO OCTAVO**. Páginas 129 a 131)

XII. RESOLUTIVOS: Páginas 131 y 132 del proyecto

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

SEGUNDO. Se declara la invalidez del párrafo primero del artículo 7° de la Constitución Política del Estado de Baja California, en la porción normativa que dice: “al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida”.

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

En el análisis temático el proyecto se propone:

TEMA: PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN.

TEMA: CONTRASTE DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRENATAL CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES.

TEMA: EFECTOS DEL ARTÍCULO 7º, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA DEL ESTADO.

PALABRAS CLAVE. *Concepción, derechos humanos, estereotipos, fecundación, persona, vida y vida prenatal.*