



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 16-17

Marzo 2019 • febrero 2020

Las menores de edad víctimas de violencia sexual. La respuesta inconstitucional del Estado mexicano a través del espejismo generado por la NOM-046

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Profesor titular de Teoría Constitucional y Derecho Constitucional de la facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Investigador Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT. (fvazquez@up.edu.mx)

RESUMEN: Al afirmar que la modificación a la NOM-46 es un espejismo inconstitucional peligroso, el autor pretende acercar al foro jurídico los argumentos a partir de los cuales advertir los riesgos que dicha norma —y la política pública que subyace detrás de la misma— genera en ese sector vulnerable de la población: las niñas-adolescentes que se encuentren sometidas a círculos de violencia sexual. No hay duda de que el tema propuesto resulta no solo del interés del foro jurídico, sino que reviste una profunda polémica en el ámbito ideológico, político, sociológico y, por qué no decirlo, religioso. Así, la NOM-046 deja a las niñas-adolescentes en la mayor de las desprotecciones, debido a que el Estado mexicano no realiza actuación alguna tendiente a rescatarlas del entorno de violencia sexual en el que pudieran encontrarse, para lo cual genera un espejismo como solución: el aborto. Lo cual, dicho sea de paso, se realiza sin el conocimiento de padres, tutores, ascendientes o de las autoridades especializadas en la promoción y protección de los derechos de la niñez.

PALABRAS CLAVE: NOM-046, derechos de la niñez, violencia sexual, aborto.

ABSTRACT: Claiming that the amendment to NOM-46 is a dangerous unconstitutional mirage, the author intends to bring to the legal forum the arguments from which to warn of the risks that said norm —and the public policy that underlies it— generates in this vulnerable sector of the population: adolescent girls who are subjected to circles of sexual violence. No doubt that the proposed topic is not only of interest to the legal forum, but that it is deeply controversial in the ideological, political, sociological and, why not say, religious. Thus, NOM-046 leaves to adolescent girls in the greatest vulnerability, because the Mexican State does not carry out any action tending to rescue them from the environment of sexual violence in which they might find themselves, for which it generates a mirage as a solution: abortion. Which, incidentally, is done without the knowledge of parents, guardians, ancestors or authorities specialized in promoting and protecting the rights of children.

KEY WORDS: NOM-046, children's rights, sexual violence, abortion.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El espejismo de la NOM-046. 3. Antecedentes de la modificación a la NOM-046; 3.1. En cuanto a su expedición; 3.2. En cuanto a su impugnación. 4. Efectos prácticos derivados de la modificación a la NOM-046: la violación a los derechos de las niñas-adolescentes. 5. Argumentos jurídico-constitucionales en torno a la modificación a la NOM-046; 5.1. Violación al procedimiento (control constitucional formal); 5.2. Violaciones al ámbito de competencia de las entidades federativas (control constitucional formal); 5.2.1. Fórmula de distribución de competencias; 5.3. Violaciones a los principios de interés superior de la niñez, así como a los principios de seguridad y certeza jurídicas (control constitucional y convencional material); 5.3.1. El interés superior del menor como mandato de optimización; 5.3.2. Violaciones al principio de seguridad y certeza jurídicas. 6. Conclusiones.

Resulta una obligación [...] tanto al interior de la familia como para la sociedad y el Estado reconocer y aceptar la responsabilidad de proveer lo necesario para la supervivencia, protección y futuro desarrollo de [...] las menores y adolescentes...*

MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS

1. Introducción

El presente análisis tiene como finalidad advertir los riesgos que ha generado, en perjuicio de las niñas-adolescentes,¹ la *Modificación a los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, publicada el 16 de abril de 2009* (en lo sucesivo la NOM-046), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de marzo de 2016.

Al afirmar que la modificación a la NOM-046 no es sino un *espejismo inconstitucional*, no pretendo

hacer otra cosa sino acercar al foro jurídico los argumentos a partir de los cuales advertir los riesgos que dicha norma— y la política pública oculta detrás de ella— genera en ese sector vulnerable de la población: las niñas-adolescentes que se encuentren sometidas a círculos de violencia sexual. No hay duda de que el tema propuesto resulta no solo del interés del foro jurídico, sino que reviste una profunda polémica en el ámbito ideológico, político, sociológico y, por qué no decirlo, religioso.

No pretendo, por tanto, dilucidar la bondad o maldad, justicia o injusticia, que desde el punto de vista del *realismo jurídico clásico*² tengan la violación y el aborto —temas que ya he abordado en otros estu-

* Pérez Contreras, María de Montserrat, “Las leyes federal y del Distrito Federal sobre protección de los derechos de niñas y niños”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, septiembre-diciembre 2001, núm. 102, p. 966, [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3697/4531>].

¹ Se adopta el concepto de *niña-adolescente* debido a que, de conformidad con el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; no obstante, conforme el artículo 5º de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes “son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”.

² Este paradigma jurídico hunde “sus raíces en el realismo filosófico, el cual corresponde a la convicción de que los objetos tienen una existencia diferente al pensamiento del sujeto que conoce, que tales objetos son cognoscibles (susceptibles de ser conocidos), y que son lo que ellos son en sí mismos y no lo que el sujeto conoce de ellos [y] es clásico por estar sustentado en filósofos como Aristóteles y Tomás de Aquino, y en el pensamiento jurídico también clásico de los romanos”. Estos serán los comunes denominadores en el pensamiento de filósofos del derecho que han desarrollado este paradigma jurídico, tales como V. Cathrein, F. Olgiati, L. Lachance, G. Graneris, J. Maritain, S. Cotta, L. Mendizábal, M. Sancho Izquierdo, E. Luño Peña, L. Legaz y Lacambra, A. Truyol y Serra, M. Villey, J. Hervada, J. Martínez Doral, y J. Finnis, entre otros. (cfr: Forero Forero, Claudia Helena, “Derecho natural: verdadero Derecho para el realismo jurídico clásico”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, España, nº 7, 2003/2004, p. 118, [www.filosofiyderecho.com/rtdf/]).

dios—,³ sino que más bien pretendo advertir cómo la modificación a la NOM-046, cuyo objetivo original era sin duda loable —tutelar el derecho a la protección de la salud de las mujeres víctimas de violencia— genera, después de su modificación, riesgos de la mayor gravedad para las niñas-adolescentes mexicanas, ya que lejos de propender a la tutela integral de sus derechos las ubica en una situación de desamparo y desprotección.

2. El espejismo de la NOM-046

Un *espejismo* es, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, una *ilusión*, un “concepto o imagen sin verdadera realidad”. Teniendo en cuenta ello, es que pretendo advertir a lo largo de las siguientes líneas no solo la inconstitucionalidad de la NOM-046, esclareciendo las deficiencias jurídico-constitucionales que se actualizaron tanto en el proceso de modificación acaecido en 2016 como en su diseño normativo, sino de igual manera denunciar que el Estado mexicano ha generado una *pseudo* política pública que no es más que una ilusión y una imagen tramposa y sin verdadera realidad.

Con la NOM-046, emitida por la Secretaría de Salud del Gobierno federal, se acerca una “solución” a todas aquellas adolescentes menores de edad que han quedado embarazadas —sea derivado de violencia sexual o no—, a través de facilitarles inconstitucionalmente la práctica del aborto y sin que sus padres, ascendientes o tutores tengan conocimiento de ello.

Así, la NOM-046 deja a las niñas-adolescentes en la mayor de las desprotecciones, debido a que el Estado mexicano no realiza actuación alguna tendiente a rescatarlas del entorno de violencia sexual en el que pudieran encontrarse. Por el contrario, genera por una vía inconstitucional, un *espejismo* con apariencia de

solución: la práctica del aborto sin que exista conocimiento de los padres, tutores, ascendientes de las niñas-adolescentes, o bien, de las autoridades especializadas en la promoción y protección de los derechos de la niñez.

Tal *espejismo* queda al descubierto cuando se advierte, por ejemplo, que existen estudios como el informe de 2015 *Niñas y Mujeres sin Justicia*, realizado por el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), en el que se afirma —entre otras cosas— lo siguiente:

Desde GIRE se realizaron solicitudes de acceso a la información a las procuradurías locales de cada entidad federativa y a la Procuraduría General de la República (PGR) sobre el número de denuncias por violación sexual en contra de mujeres en el periodo del 1 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2013. La información recibida es incompleta, algunas entidades reservaron la información, otras enviaron cifras de violación sin especificar la edad o el sexo de la víctima, otras más no respondieron a la solicitud. Esta ausencia de información resulta preocupante.

Con respecto a la violencia sexual en contra de niñas y adolescentes, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) estima que una de cada cuatro niñas sufre de abuso sexual antes de cumplir 18 años, y seis de cada diez abusos sexuales son cometidos en el hogar, por familiares o conocidos cercanos.

La OMS calcula que anualmente alrededor de 73 millones de niños y 150 millones de niñas sufren algún tipo de violencia sexual en el mundo. La presencia de situaciones de abuso y violación sexual dentro de la familia, como en el caso de Rosa, dificultan la denuncia por parte de las víctimas, que frecuentemente se ven amenazadas para guardar silencio.

A pesar de este grave panorama de violencia sexual, el acceso a servicios de aborto seguro en casos de violación es precario o nulo...⁴

De esta forma, organizaciones como la señalada construyen una falacia configurada por una *premisa mayor* consistente en afirmar que existe omisión informativa por parte de autoridades mexicanas (federales y locales) en torno a las denuncias por violación,

³ Véase las participaciones del autor en: *Bioética y aborto. Por una cultura de la vida*, editado por Trillas (2007); *La vida ante la Corte*, editado por ENLACE en 2008; *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, editado por el IJ-UNAM en 2008, con el trabajo “Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales”; *En defensa de la Vida: un voto de minoría sobresaliente*, editado por la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A.C. en 2010, con el trabajo “El voto de minoría a favor de la vida. Un relato de las incongruencias de la sentencia mayoritaria que constitucionalizó el aborto en México”, así como “La defensa del aborto... una tarea constitucionalmente imposible”, *Ars Juris*, núm. 38, 2007, pp. 291-328 y “El aborto... Una cuestión constitucional”, *Ars Juris*, ISSN 0188-5782, núm. 37, 2007, pp. 327-360.

⁴ GIRE, *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México*, 2015. p. 77, [http://informe2015.gire.org.mx/#/ampliacion-causales-aborto].

para luego diseñar una *premisa menor* consistente en señalar que la CEAV y la OMS sí tienen esas cifras, advirtiendo que tales estadísticas dejan ver que “una de cada cuatro niñas sufre de abuso sexual antes de cumplir 18 años y que se calcula que anualmente alrededor de 73 millones de niños y 150 millones de niñas sufren algún tipo de violencia sexual en el mundo”, para luego *concluir* que, a “pesar de este grave panorama de violencia sexual, el acceso a servicios de aborto seguro en casos de violación es precario o nulo”.

En pocas palabras, organizaciones como la citada consolidan el *espejismo* al que me he referido, ya que, ante un panorama en el que lo evidente es la existencia de violencia sexual contra una de cada cuatro menores de edad, lo que esperan como solución es que se facilite el aborto “seguro” como política pública, con lo cual no se atiende la verdadera causa del problema: el entorno de violencia sexual en el que tales menores de edad podrían estar viviendo.

Así, la *ilusión* y el *espejismo* (“concepto o imagen sin verdadera realidad”) se hacen patentes, debido a que el aborto “seguro” nunca será la solución al verdadero problema en el que se encuentran las niñas mexicanas que viven en un entorno de violencia sexual. El aborto nunca será solución a las causas de ese problema debido a que solo evade uno de los efectos: el embarazo; pero nada se dice de las formas en que deberíamos ayudar a estas niñas-adolescentes a salir de tales entornos de violencia.

Organizaciones como GIRE aducen, sí, el respeto al ejercicio de la “libertad” de la mujer a decidir, pero olvidan que el ejercicio de una auténtica libertad implica la reflexión y la elección entre, al menos, dos opciones. Por ello es por lo que las políticas públicas que impulsan una única solución son un *espejismo* al ejercicio de la libertad: ¿en verdad se es libre cuando la única alternativa que acerca el Estado es el aborto? En definitiva, considero que no. Ahí donde no hay opciones, donde no hay diversas alternativas, definitivamente no hay libertad; hay condicionamiento, hay manipulación, hay un *espejismo* con apariencia de solución.

Nótese que, por el contrario, existen iniciativas con altitud de miras. Por mencionar algún ejemplo, en la iniciativa intitulada “La Vida Por Delante”⁵ se coordinan un sinnúmero de organizaciones de la so-

ciudad civil como “Vifac”, “El Poder de Decidir” o “Fundación Origen”,⁶ a efecto de orientar a las mujeres que viven un embarazo —inesperado o no— con información que les sirva de apoyo y ayuda en ese momento de su vida. Así, iniciativas como las mencionadas atienden el problema desde sus causas, ya que brindan atención a mujeres en situación de violencia y vulnerabilidad emocional, promoviendo la dignidad de la mujer y el respeto a sus derechos humanos en el ámbito familiar, educativo, laboral y social, mediante la atención psicológica, orientación legal, médica, gratuita y confidencial que toda mujer, más aún una niña-adolescente, necesita cuando se encuentra dentro de un entorno de violencia y maltrato.

Es por ello por lo que afirmo que el Estado mexicano, al impulsar una política pública como la que subyace a la NOM-046, claudica a la obligación que le impone el artículo 4° de la Constitución, según el cual “*en todas sus decisiones y actuaciones deberá velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez*”, garantizando:

a los niños y las niñas la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral y velando para que **los ascendientes, tutores y custodios cumplan con la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de tales derechos y principios.** [Énfasis añadido]

Debido a lo anterior, resulta fundamental desmascarar el *espejismo* y esclarecer la *ilusión* que plantea la NOM-046, objeto primordial del presente análisis. En este propósito, lo primero que debe tenerse en cuenta para realizar el análisis propuesto, y así dar sustento técnico-jurídico al juicio de valor emitido, será clarificar los parámetros que utilizaré para tal efecto. El primero de ellos lo constituirá lo que en el ámbito del derecho constitucional ha sido denominado las *normas sobre la producción jurídica*,⁷ es decir, aquellas disposiciones que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo; el segundo de ellos será lo que la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada, unánimemente han denominado *interés superior del menor*.

⁶ Vid. [<http://vifac.org/>]; [www.poderdedecidir.com/]; [www.origenac.org]

⁷ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 15-18.

⁵ Vid. [<https://lavidadporadelante.mx/>]

En pocas palabras, lo que se propone será advertir los vicios que posee la modificación a la NOM-046, los cuales serán esclarecidos a partir de un ejercicio de control constitucional y convencional, tanto de carácter formal como material.⁸ Dicho lo anterior, pasemos ahora al análisis de algunos antecedentes que me permitirán exponer el caso y su contexto. Veamos.

3. Antecedentes de la modificación a la NOM-046

3.1. En cuanto a su expedición

Como mencioné líneas arriba, el objetivo inicial y original de la NOM-046 era ciertamente conveniente, de ahí que sea importante analizar brevemente su génesis a partir de los siguientes hechos:

Primero. El 20 de octubre de 1999, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el *Proyecto de Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar.*

Segundo. El 18 de febrero del año 2000, se publicó en el DOF la respuesta a los comentarios recibidos al proyecto de norma oficial citado. Ello de conformidad con el procedimiento previsto para la emisión de este tipo de disposiciones,⁹ lo cual no busca otro objetivo, sino que el contenido proyectado de una norma oficial mexicana, al ser de carácter técnico —en el caso de la NOM-046 relativo a servicios de atención médica— pueda ser analizado y comentado por los sectores que poseen la pericia en el ámbito técnico a que se refiera la norma.

Tercero. Derivado de lo anterior, el 8 de marzo del año 2000, se publicó en el DOF la *Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de ser-*

vicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar.

Cuarto. El 6 de marzo de 2009, se publicó en el DOF el conjunto de respuestas a los comentarios recibidos a la *Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de Servicios de Salud. Criterios para la Atención Médica de la Violencia Familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005, Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.*

Quinto. El 16 de abril de 2009, se publicó en el DOF la *Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005, Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.*

Hasta lo aquí relatado, la norma oficial mexicana objeto de análisis “nacería” al mundo jurídico el 8 de marzo de 2000 y sufriría una primera modificación el 16 de abril de 2009, año en el que ya era identificada como NOM-046. Lo relevante hasta ese entonces es que en su numeral 6.4.2.7, reguló el *aborto médico* en caso de violación en los siguientes términos:

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. [Énfasis añadido]

De esta manera, a partir de la entrada en vigor de dicha modificación, las menores de edad víctimas de violación podían solicitar el aborto médico, previa autorización de la autoridad competente y siempre y cuando fuera solicitado a través de su padre, madre o tutor.

Hasta este punto, la NOM-046 contempló requisitos constitucionalmente correctos, máxime que por lo que hace al estatus jurídico que de ilícito penal posee el aborto es necesario para proceder a su realización tramitar las excusas absolutorias o excluyentes de responsabilidad que en cada caso llegasen a requerirse, instituciones jurídicas cuyo desarrollo normativo

⁸ Entiéndase por *control formal* aquel ejercicio en el que se analiza si las normas impugnadas cumplen o no con las *normas sobre la producción jurídica*, es decir, si cumplen con aquellas disposiciones que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo; y por *control material*, aquel ejercicio en el que se analiza el contenido de las disposiciones constitucionales o convencionales a fin de advertir la posible contradicción de una norma o un acto con los valores, principios y normas del parámetro que se utilice para ejercer el control. Esta especie de control implica analizar los límites y alcances de los derechos humanos a efecto de determinar si las normas o los actos los respetan (cfr. Vázquez Gómez, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 163).

⁹ Artículos 43, 44, 45, 46, 47 y 57 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

corresponde a la materia penal, ámbito competencial que desde el punto de vista de la fórmula de distribución de competencias establecida en el artículo 124 constitucional le atañe regular a las autoridades locales (legislaturas de las entidades federativas), no así a las autoridades federales, como lo es la Secretaría de Salud del Gobierno federal.

Misma consideración debe realizarse respecto de la necesaria participación de los padres o tutores de las menores de edad al solicitar el aborto médico, ya que son ellos quienes por mandato constitucional y legal deben ejercer la *patria potestad* o *representación* que permita materializar el *interés superior* de sus menores hijas o pupilas. Tales instituciones corresponden al desarrollo normativo de la materia civil, ámbito competencial que también le atañe regular las autoridades locales, no de las autoridades federales.

Sexto. Posteriormente a ello, dicha disposición sería objeto de otra modificación, misma que para el presente estudio resulta relevante. El 24 de marzo de 2016, sin respetar las formalidades exigidas por la Ley Federal de Metrología y Normalización (LFMN), el titular de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud de la Secretaría de Salud del Gobierno federal publicó en el DOF la *Modificación de los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, publicada el 16 de abril de 2009.*

De esta forma, la redacción actual del numeral 6.4.2.7 establece la denominada *interrupción voluntaria del embarazo* para aquellos casos en los que las mujeres hayan sido víctimas de violación. La cláusula normativa lo hace en los siguientes términos:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, **previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de doce años 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. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas. [Énfasis añadido]

Como puede advertirse, de su estricta literalidad, con la modificación transcrita, las niñas-adolescentes —de entre 12 y 17 años de edad— pueden acudir a solicitar el aborto sin compañía de su padre, madre, tutor o de alguna de las autoridades especializadas en la promoción y defensa de los derechos de la niñez; es decir, sin el acompañamiento de aquellas personas encargadas de ejercer una representación en suplencia, debiendo para ello presentar un simple escrito, bajo protesta de decir verdad, en el que manifiesten que dicho embarazo es producto de una violación.

Derivado de lo anterior, tal y como expondré a continuación, se violentan los principios fundamentales del derecho penal, del derecho civil, así como el *interés superior de las menores*, el cual, dicho sea de paso, debe guiar las decisiones y actuaciones de todas las autoridades, a efecto de garantizar plenamente el ejercicio de los derechos que corresponden a este sector de la población, entre ellos el derecho a la protección de la salud.

3.2 En cuanto a su impugnación

Cabe señalar que al momento de realizar este análisis,¹⁰ existen tres controversias constitucionales (*sub judice*)¹¹ que han sido plateadas en contra de la emisión de la NOM-046, a saber:

¹⁰ Enero de 2020.

¹¹ Cabe señalar que, con fecha 05 de agosto de 2019, inició el análisis de las controversias constitucionales en comento y el pleno de la SCJN determinó, con una mayoría de ocho votos contra tres, desechar dos proyectos que proponían invalidar la NOM-046, atendiendo a los vicios formales que más adelante exponremos. En este sentido, al no alcanzarse la mayoría para aprobar tales proyectos, los expedientes han sido turnados al ministro Luis María Aguilar Morales, quien deberá reformular los mismos, a efecto de analizar los argumentos relativos al control constitucional material, es decir, determinar si la NOM-046 invade o no los ámbitos de competencia de las entidades federativas en materia penal y civil, así como definir si se respeta o no el *interés superior de las menores*.

- **Controversia Constitucional 45/2016.** Promovida por el Poder Legislativo de Aguascalientes en contra del Ejecutivo federal. El actor planteó conceptos de invalidez, en los que sostiene que en el procedimiento de aprobación de la norma impugnada se cometieron violaciones debido a que se otorga al titular de la Secretaría de Salud facultades para modificar la NOM, incluso sin necesidad de que el titular del Ejecutivo federal suscriba el acto.
- **Controversia Constitucional 53/2016.** Promovida por el Poder Ejecutivo de Baja California en contra del Ejecutivo federal. El actor planteó conceptos de invalidez, en los que sostiene que la modificación a la NOM impugnada trasgrede los principios de debido proceso y legalidad contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, al no cumplir con el proceso de modificación a las normas oficiales mexicanas, previsto en los artículos 43, 44, 45, 46, 47 y 57 de la LFMN. Esto, debido a que no se surte el supuesto de excepción contenido en el numeral 51 del cuerpo normativo en comento, toda vez que para su elaboración no se siguió el procedimiento establecido en la LFMN.
- **Controversia Constitucional 54/2016.** Promovida por el Poder Legislativo de Baja California en contra del Ejecutivo federal. El actor señaló que el punto 6.4.2.7 de la NOM vulnera las disposiciones del precepto 16 de la Constitución mexicana, trastocando los principios de debida fundamentación y motivación, toda vez que, con su modificación, el actuar de la autoridad demandada no se ajustó a las disposiciones constitucionales que lo rigen.

En síntesis, las autoridades actoras señalaron que, al modificarse la NOM-046, la Federación no solo vulneró el procedimiento de creación de la norma, sino que conculcó el ámbito competencial de los estados al legislar en lo relativo a los delitos de aborto y de violación. Lo anterior vulnera los principios del sistema federal establecidos en los artículos 40, 41 y 116 de la Constitución mexicana, ya que, por ejemplo, tanto en Aguascalientes como en Baja California, el delito de aborto en caso de violación debe procesarse a través de una excusa absolutoria que requiere autorización de un juez o del Ministerio Público, respectivamente.

4. Efectos prácticos derivados de la modificación a la NOM-046: la violación a los derechos de las niñas-adolescentes

Este apartado resulta del todo relevante debido a que me permitirá advertir que lo que por este medio se analiza no es una cuestión teórica o doctrinal, sino que, por el contrario, posee una practicidad de profunda magnitud, en tratándose de niñas-adolescentes (mayores de 12 años y menores de 18 años). Veamos.

A partir de la entrada en vigor de la modificación a la NOM-046, cualquier niña-adolescente que cumpliera 12 años de edad, ubicándose así dentro del espectro normativo o ámbito personal de validez de dicha norma oficial mexicana, generaría, por ese solo hecho, un impacto actual, real y jurídicamente relevante, tanto (i) en el ámbito personal y directo en la esfera jurídica de la niña-adolescente en su calidad de menor de edad y titular de los derechos propios de la niñez, como (ii) en la esfera jurídica de sus padres, o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, en su calidad de ascendientes y titulares de los derechos y obligaciones que derivan de tales instituciones jurídicas —derechos y obligaciones reconocidos y mandados por la Constitución mexicana y por los tratados internacionales que en la materia ha suscrito el Estado mexicano—.

De esta forma, el hecho de que una niña-adolescente se ubique dentro del espectro normativo o ámbito personal de validez de la NOM-046 y, con ello, se convierta en destinataria de la misma, importa un cambio cualificado y jurídicamente relevante, al punto de que *antes de que las menores de edad cumplieran 12 años*, sus padres o tutores gozaban de la seguridad jurídica en torno a que el interés superior de sus menores hijas o pupilas sería respetado por todas y cada una de las autoridades del Estado mexicano, garantizando así los principios establecidos por la Constitución mexicana —principalmente en su artículo 4º—, los tratados internacionales y las leyes generales de protección a los derechos de los menores de edad. Todo ello basado en un correcto entendimiento de la corresponsabilidad que, respecto de dicha protección, debe existir entre las familias, la sociedad y el Estado, y atendiendo a criterios de transversalidad en el diseño de las políticas públicas.

Cabe destacar que los principios constitucionales a los que me he referido son del tenor siguiente:

- la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia;
- en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos;
- dicho principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez;
- los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios; y
- el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

No obstante, *después de que una niña-adolescente haya cumplido 12 años de edad, bajo la vigencia de la NOM-046*, tales principios se ven violentados profundamente, ya que la seguridad jurídica tanto de padres y tutores desaparecerá de su esfera jurídica, pues sus menores hijas podrán disponer, por sí solas, de su persona y sus derechos —a través de la práctica del aborto— sin que sus representantes legales siquiera sean considerados en una determinación de tal envergadura.

Asimismo, esta nueva circunstancia —que una niña-adolescente cumpla 12 años— ubica a las menores en un estado de indefensión debido a que, lejos de que el Estado realice todos los actos encaminados a extraerlas del entorno de violencia sexual en el que se encuentren, les permite abortar sin que sus padres o tutores o las autoridades especializadas en la protección de los derechos de la niñez tomen conocimiento de ello.

Resulta por demás oportuno señalar desde ahora la forma en que la Corte mexicana ha conceptualizado una de las nociones que, como parámetro de control, ya he mencionado líneas arriba: el *interés superior del menor*.

Sobre el particular, la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) señala como:

criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idó-

neo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.¹²

De lo anterior, la misma Primera Sala de la SCJN ha señalado que el *interés superior del menor* debe ser entendido como un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones:

- *como derecho sustantivo*, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida;
- *como principio jurídico interpretativo fundamental*, en el sentido de que, si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y,
- *como norma de procedimiento*, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión una estimación de las posibles repercusiones en ellos.¹³

De esta forma, el Estado mexicano, a través de la Secretaría de Salud del Gobierno federal, claudica respecto de las obligaciones que tiene en materia de derechos de la niñez, ya que lejos de diseñar una política pública, cuyo principio rector sea el *interés*

¹² Registro No. 2 006 593. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 7, Junio de 2014; Tomo I; Pág. 270. 1a./J. 44/2014 (10a.).

¹³ Registro No. 2 010 602. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 25, Diciembre de 2015; Tomo I; Pág. 256. 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.).

superior del menor, facilitando así el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones constitucionales de sus padres o tutores, aprueba una norma oficial mexicana que promueve la materialización de *ilícitos constitucionales*.¹⁴ Lo anterior debido a que los ascendientes no podrán velar por los derechos de las niñas-adolescentes y, lo que es aún más grave, cualquiera de las menores víctimas de violencia sexual, lejos de ser atendidas de manera integral con miras a extraerlas del entorno de violencia sexual en el que se encuentran, podrían ser acompañadas por sus propios victimarios a solicitar el aborto, perpetrando así la violencia sexual de las que son objeto, sin que el Estado haga nada. Con la sola manifestación bajo protesta de decir verdad proveniente de una menor de edad —lo que de suyo carece de eficacia jurídica— las autoridades del sector salud procederían a practicar el aborto.

Este es, precisamente, el *espejismo* que genera la NOM-046: diseña una política pública que, con apariencia de verdad, parece atender la problemática en la que se encuentran las niñas-adolescentes que han sido (o son) víctimas de violencia sexual; sin embargo, no hace sino revictimizarlas al omitir una atención integral (jurídica, médica, psicológica, espiritual, etc.) que cualquier menor de edad requiere ante actos de este tipo de violencia.

¹⁴ Resulta del todo relevante la *doctrina jurisprudencial* de la Corte mexicana, en torno al concepto de *ilícito constitucional*, en la cual afirma que del “análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades [...] por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional...”. Registro núm. 190 652, COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES Oponible tanto a las autoridades como a los gobernados, quienes al transgredir esta prerrogativa incurrir en la comisión de un ilícito constitucional, Localización: [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su *Gaceta*; Tomo XII, diciembre de 2000; Pág. 428. 2a. CLX/2000.

5. Argumentos jurídico-constitucionales en torno a la modificación a la NOM-046

En este apartado expondré los argumentos que concretan la violación de la modificación a la NOM-046 respecto de las *normas sobre la producción jurídica*,¹⁵ es decir, aquellas disposiciones que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las prescripciones normativas que componen un sistema jurídico.¹⁶ Veamos.

5.1 Violación al procedimiento (control constitucional formal)

La norma técnica cuya constitucionalidad se cuestiona establece expresamente lo siguiente:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, **conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años 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.

El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.

¹⁵ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 15-18.

¹⁶ Registro No. 175354. 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 FEDERACION, 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 SEGUNDOS, SI EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE SUBSISTAN NORMAS VICIADAS. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su *Gaceta*; Tomo XXIII, Abril de 2006; Pág. 817. P.J. 47/2006.

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 procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, 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 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.

6.6.1. Corresponde a las y los prestadores de servicios de salud informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, así como de la existencia de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y de las Comisiones Ejecutivas de las entidades federativas o sus equivalentes y de los centros de apoyo disponibles, responsables de orientar a las víctimas sobre los pasos a seguir para acceder a los servicios de atención, protección y defensa para quienes sufren de violencia familiar o sexual, facilitando y respetando la autonomía en sus decisiones e invitando a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

6.7.2.9. Anticoncepción de emergencia e interrupción voluntaria del embarazo, conforme a la legislación correspondiente. [Énfasis añadido]

Teniendo en cuenta lo anterior, para los efectos del presente análisis resulta fundamental advertir el contenido del artículo 51 de la LFMN, dispositivo que consagra lo que en el derecho constitucional se denomina *principio de autoridad formal de la ley*, al señalar que “para la modificación de las normas oficiales mexicanas deberá cumplirse con el procedimiento para su elaboración”.

No debe perderse de vista que, por tanto, el procedimiento antes descrito se configura en una garantía del Estado constitucional y democrático de derecho, en la medida en que concreta la vía para que los particulares, y todos aquellos que puedan resentir una afectación por la facultad regulatoria del Estado, manifiesten lo que a su derecho convenga. Se trata, en definitiva, de un procedimiento que acerca el gobierno a los gobernados, a efecto de que aquellos ámbitos que requieran una reglamentación pormenorizada sean regulados de la mejor manera para la sociedad. Por tanto, si tal relación y colaboración se rompe, se afecta de manera directa el principio democrático consagrado en el artículo 39 constitucional, según el cual el pueblo ostenta primigeniamente la soberanía, razón por la cual “todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”.

Ahora bien, una vez clarificado el principio contenido en el artículo 51 de la LFMN, cabe advertir que dentro del mismo se establece una única *excepción*: cuando *no subsistan las causas que motivaron la expedición de una norma oficial mexicana*, las dependencias competentes podrán modificar o cancelar la norma de que se trate sin seguir el procedimiento para su elaboración, precisándose que tal excepción no se surtirá cuando se pretendan *crear nuevos requisitos o procedimientos*, o bien *incorporar especificaciones más estrictas*, en cuyo caso deberá seguirse el procedimiento utilizado para su creación, es decir, no se actualizaría la excepción en comentario.

En efecto, en la exposición de motivos presentada al Congreso de la Unión por parte del Ejecutivo federal, que culminó con la reforma al artículo 51 de la reforma a la LFMN, de 24 de diciembre de 1996, en lo que interesa se señaló lo siguiente:

Se propone que las dependencias competentes puedan cancelar o modificar normas oficiales mexicanas **cuando no subsistan las causas que motivaron su expedición, siempre que no se pretendan crear nuevos requisitos o procedimientos o incorporar especificaciones más estrictas**, en cuyo caso tendrá que seguirse el procedimiento vigente para la elaboración de las mencionadas normas.

Al ser fluido el procedimiento de cancelación o modificación de una norma oficial mexicana en los casos mencionados, se evitarían los eventuales perjuicios a los sectores involucrados. [Énfasis añadido]

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, resulta fundamental conocer la forma en la que fue emitida la modificación a la NOM-046, objeto de análisis. Veamos.

Mediante el oficio folio COFEME/16/0906, suscrito por el C. Julio César Rocha López, coordinador general de Mejora Regulatoria Sectorial de la Comisión de Mejora Regulatoria, se advierte que tal modificación se aprobó mediante el procedimiento de excepción, no mediante el procedimiento ordinario establecido en la LFMN. En resumen, la *ratio decidendi* de la autoridad para justificar la procedencia del procedimiento de excepción para la aprobación de la modificación a la NOM-046 que se cuestiona fue la siguiente:

Bajo esta tesitura, toda vez que las disposiciones contenidas en el anteproyecto únicamente tienen como propósito armonizar los términos y conceptos de la normatividad vigente, **sin obligar a los particulares al cumplimiento de nuevos requerimientos o cargas administrativas**, y sin alterar en ningún sentido sus derechos adquiridos, es posible determinar que la emisión de la propuesta regulatoria no les generará costos de cumplimiento.

Aunado a lo anterior, esta Comisión observa que, derivado de la información presentada por la SSA en el formato de solicitud de exención de MIR, con la emisión del anteproyecto **no se crean nuevas obligaciones y/o sanciones para los particulares o se hacen más estrictas las existentes, no se modifican o crean trámites que signifiquen mayores cargas administrativas o costos de cumplimiento para los particulares**, no se reducen o restringen prestaciones o derechos para los particulares y **no se establecen o modifican definiciones, clasificaciones, metodologías, criterios, caracterizaciones o cualquier otro término de referencia, afectando derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares**. [Énfasis añadido]

Ahora bien, por lo que hace a la fundamentación y motivación de la modificación a la NOM-046, debe tomarse en consideración su parte considerativa, advirtiéndose de antemano que fue emitida por el subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud de la Secretaría de Salud y presidente del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, ejerciendo las facultades,

precisamente, contenidas en los artículos 40, fracciones III y XI, 43, y 51 de la LFMN:

CONSIDERANDO

Que el 16 de abril de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.

Que a partir de la publicación de la Ley General de Víctimas el 9 de enero de 2013, se considera necesario la modificación de los numerales 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 en el cuerpo de la Norma, **a efecto de homologar el contenido de estos numerales a fin de guardar congruencia con los términos establecidos en la Ley General de Víctimas**.

Que los párrafos segundo y tercero del artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización permiten la modificación de las normas oficiales mexicanas sin seguir el procedimiento para su elaboración, siempre que no se creen nuevos requisitos o procedimientos o bien se incorporen especificaciones más estrictas.

Que durante la Primera Sesión Ordinaria del Comité Consultivo Nacional de Normalización, celebrada el día 17 de febrero de 2016, se aprobó la Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-199, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de abril de 2009, de conformidad con el segundo y tercer párrafos del artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

Que la presente Modificación se sometió al proceso de mejora regulatoria previsto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; **obteniéndose la exención de Manifestación de Impacto Regulatorio por parte de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria el día 22 de febrero de 2016, en el cual se eximió a esta Dependencia del Ejecutivo Federal de presentar dicha Manifestación, toda vez que el mismo únicamente pretende homologar en la Norma con las definiciones actuales contenidas en las disposiciones legales vigentes.**

Que el presente instrumento ha sido aprobado por el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, he tenido a bien expedir y ordenar la publicación de la siguiente... [Énfasis añadido]

De lo anterior debe destacarse que la modificación cuestionada, según su parte considerativa, pretendió homologar el contenido de la NOM-046 con los términos establecidos en la Ley General de Víctimas, razón por la cual el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades aprobó la modificación, en términos de los párrafos segundo y tercero del citado artículo 51 señalado.

Sin embargo, del contenido del primer párrafo del punto 6.4.2.7, de las modificaciones analizadas, se advierte que:

- se modificaron de manera sustantiva los supuestos para la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, en caso de embarazo por violación, por parte de las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, *cambiando los parámetros legales*;
- se adicionaron *los requisitos para que proceda tal procedimiento, estableciendo dos supuestos no previstos en la NOM-046-SSA2-2005 y, eliminando un requisito* previsto en la citada NOM; y
- se establece que *el personal de salud que participe en el procedimiento no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante*, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5° de la Ley General de Víctimas.

De igual forma, en los párrafos primero y segundo del punto 6.4.2.7, y en los puntos 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9, de las modificaciones analizadas, se substituyen los términos *aborto médico* y *aborto* por el concepto de *interrupción voluntaria del embarazo*. Asimismo, en el punto 6.6.1, se establece la obligación adicional a cargo de los prestadores de servicios de salud de informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, así como informar a la CEAV y a las comi-

siones ejecutivas de las entidades federativas o sus equivalentes.

Por tanto, se hace evidente que la modificación a la NOM-046, publicada en el DOF el 24 de marzo de 2016, no pudo sustentarse en *la insubsistencia de las causas que motivaron su expedición o que perdiera la razón para la que fue creada*, única excepción que la LFMN establece para que la modificación correspondiente no cumpla con el procedimiento íntegro para la elaboración de las normas oficiales mexicanas.

Por el contrario, la causa que motivó la modificación de la NOM-046, en el punto que interesa, fue la necesidad de establecer las reglas técnicas para la prestación de los servicios de salud pública en el caso de interrupción voluntaria del embarazo cuando este es resultado del delito de violación, estableciendo, entre otros, los supuestos en los que debe prestarse, de qué forma se debe prestar y las obligaciones de los prestadores del servicio.

Aunado a lo anterior, el punto 6.4.2.7 de la modificación que se analiza sí crea nuevos requisitos para la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo por parte de las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, dado que en dicho punto se precisa que tales instituciones deberán realizar el procedimiento aludido, *en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación* y, en caso de ser *menor de 12 años de edad*, a solicitud de su padre o su madre o, a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. Se establece también que el personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante.

Por tanto, resulta evidente que *no se actualiza la excepción establecida en el segundo párrafo del artículo 51 de la ley de metrología*, pues la causa de la modificación subsiste y la razón que llevó a su emisión no se ha perdido, aunado a lo cual, crea nuevos requisitos para la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo, con lo que genera nuevas cargas y obligaciones para el personal médico involucrado.

Véase el cuadro comparativo siguiente:

Cuadro 1.

Texto anterior	Texto vigente
<p>6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, <i>y previa autorización de la autoridad competente, en los términos de la legislación aplicable</i>, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de <i>aborto médico</i> 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.</p> <p>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 <i>aborto</i>, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.</p> <p>Se deberá respetar la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería encargados del procedimiento.</p> <p>Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables.</p>	<p>6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años 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. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.</p> <p>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 procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.</p> <p>Se deberá respetar la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería encargados del procedimiento.</p> <p>Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables.</p>

De esta forma, previo a la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, el personal de salud deberá *verificar si el caso se encuentra dentro de los supuestos permitidos por ley* y actuar conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas; pero debe requerir a la paciente la solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de que dicho embarazo

es producto de violación y, en caso de ser menor de 12 años de edad, requerir la solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de estos, de su tutor, todo ello conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.

Así, es evidente que se configura una carga difícil de cumplir para el personal de salud de las instituciones públicas, dado que no son peritos en derecho ni sus funciones públicas se dirigen a ello. Sin embargo,

se les encomienda en principio determinar cuáles son las leyes aplicables al caso (penales o incluso civiles) y, una vez fijado ello, establecer si el caso concreto *se encuentra dentro de los casos permitidos por esa ley*. La modificación a la NOM-046 es tan idealista en su diseño que encomienda al personal de salud *actuar conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas*;¹⁷ sin embargo, en caso de no ser compatibles —como a simple vista puede preverse—, tendrá que realizar una labor de armonización o, en su defecto, de ponderación para determinar cuál debe aplicar.

En pocas palabras, la NOM “faculta” a los integrantes de las instituciones de salud a realizar análisis de riesgo y *test* de ponderación y de proporcionalidad, mismos que resultan de un nivel de complicación que ni los peritos en derecho solemos realizarlos.

Cabe destacar que la NOM-046, en su texto anterior, dejaba en manos de la autoridad competente tales determinaciones jurídicas, dado que señalaba:

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... [Énfasis añadido]

Por tanto, si el tercer párrafo del artículo 51 de la LFMN precisa que no se actualiza el caso de excepción cuando se pretendan crear nuevos requisitos o procedimientos y, por ende, deberá seguirse el procedimiento íntegro para la elaboración de las normas oficiales mexicanas, resulta evidente que en el caso concreto no se observó lo previsto en dicho precepto, violentándose así las normas que regulan la producción normativa.

Así pues, tomando en consideración que los poderes públicos están sujetos a la ley en sentido material, es claro que el principio de legalidad se extiende también a aquellas autoridades que ejercen materialmente la función legislativa, dado que también se encuentran sujetos a normas de rango constitucional y legal.

¹⁷ Cabe señalar que el sentido normativo de la NOM-046 resulta de imposible realización si se advierte que la materia de derechos de las víctimas resulta ser concurrente (artículo 73, fracción XXIX-X de la CPEUM), lo que implica que habrá normativas locales en las 32 entidades federativas que, sin duda, serán diversas aun cuando respondan a una ley marco.

Por lo tanto, como lo ha sostenido la Corte mexicana en diversos precedentes, las facultades de los órganos que ejercen funciones legislativas, lejos de ser ilimitadas, encuentra también sus límites constitucionales y, en caso de transgredirlos, las normas que produzcan deben ser declaradas inválidas.

Por lo anterior, se advierte que la Secretaría de Salud, al emitir la modificación a la NOM-046, concreta una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, debido a que se infringió el debido proceso y el principio de legalidad.

No pasa desapercibido que los argumentos relativos a la violación del procedimiento de modificación a la NOM-046 a que se ha hecho referencia por sí mismos serían suficientes para invalidarla, ya que, al no cumplirse con la normativa aplicable para crear válidamente la norma general cuestionada —como lo he afirmado—, transgrede las *normas sobre la producción jurídica* y, con ello, el debido proceso y el principio de legalidad consagrados en los artículos 14, segundo párrafo, y 16, primer párrafo, respectivamente, de la Constitución mexicana.

No obstante, resulta fundamental advertir que la Secretaría de Salud del Gobierno federal no solo violentó el procedimiento que debe seguirse ante la expedición de la modificación a la NOM-046, sino que, en continuación al ejercicio de control constitucional de carácter formal que he realizado, considero relevante señalar que incluso carecía de competencia alguna para regular lo que reguló. Es decir, no solo transgredió el procedimiento, sino que emitió una regulación careciendo de competencia para ello. Veamos.

5.2. Violaciones al ámbito de competencia de las entidades federativas (control constitucional formal)

5.2.1. Fórmula de distribución de competencias

Como se sabe, el sistema federal mexicano posibilita la coexistencia de diversos niveles de gobierno dentro del mismo territorio, lo que hace necesaria la existencia de una fórmula de distribución de competencias que permita definir cuáles son los ámbitos competenciales de la Federación, las entidades federativas, los municipios, la Ciudad de México y las alcaldías.

Dicha fórmula tiene por principio la cláusula constitucional contenida en el artículo 124 de nuestra

Constitución, la cual señala que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución mexicana a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias. De tal precepto se deriva lo que la doctrina ha denominado *modelo dual de asignación de competencias*, toda vez que, por principio, las materias se arrojan expresamente al ámbito de competencia de la Federación y, de no ser así, se asignan al ámbito de competencia de las entidades federativas. De ahí que a este último ámbito se le conozca como uno de *competencia residual*.

De esta forma, afirma Valencia Carmona que:

en el federalismo clásico la idea era distribuir el poder estatal en dos niveles territoriales distintos, el general y el regional, de modo que a cada uno de ellos incumbía por disposición constitucional una esfera de atribuciones que ejercía de manera autónoma. [Así, el] llamado también federalismo dual, se distingue, en síntesis, por la separación de dos instancias de gobierno, de dos órdenes coextensos, es decir, una mera relación de yuxtaposición.¹⁸

En simples y llanas palabras, en el *federalismo dual* las competencias que no “caen” de un lado —el federal—, “caen” del otro —el local—.

Asimismo, es de explorado derecho que dicho modelo dual de asignación de competencias, se ha venido matizando considerablemente, debido a la incorporación a nuestro constitucionalismo de lo que la doctrina ha denominado el *federalismo cooperativo*. Este se deriva de un sinnúmero de materias que hoy no deben entenderse bajo la lógica de la asignación dual, por ser materias concurrentes, es decir, que deberán ser desarrolladas por los diversos ámbitos competenciales de conformidad con lo que determine la ley general respectiva. En pocas palabras:

el «federalismo cooperativo» [...] tiene por objeto generar un sistema de organización estatal que, sin demeritar la distribución de competencias y las responsabilidades que le son correlativas, posibilite la atención por parte de todos los miembros federados de los grandes retos

¹⁸ Valencia Carmona, Salvador, “En torno al federalismo mexicano”, en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, México, III-UNAM, 2003, pp. 374 y 375.

que le exigen a todas las autoridades una adecuada y conveniente coordinación y colaboración.¹⁹

Es por ello por lo que en otros trabajos he postulado que, para efectos de llamar con corrección al sistema federal mexicano, habría que utilizar el concepto de *federalismo dúctil*, entendiendo como tal aquel sistema de organización estatal que, partiendo de un federalismo dual, ha asumido características propias del federalismo cooperativo e, incluso, ha incorporado *temperamentos*²⁰ propios de los Estados unitarios, lo que le permite hacer más comprensiva la estructura del Estado y el proceso de institucionalización jurídica del poder.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para efecto del presente estudio, debe destacarse el estatus que guardan las materias penal y civil dentro de la fórmula de distribución de competencias a la que hemos hecho referencia, toda vez que, como se verá, tanto la *materia penal-sustantiva* como la *materia civil-sustantiva* se ubican dentro de la competencia residual con que cuentan las entidades federativas.²¹ Razón por la cual, al incidir el contenido de la NOM-046 en tales temáticas, se concreta una violación a la fórmula de distribución de competencias delineada por la Constitución mexicana. Veamos.

¹⁹ Vázquez Gómez B., Francisco, “El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil. Su naturaleza jurídico-constitucional a la luz de la teoría de los órdenes jurídicos”, *Revista Penal México*, México, núm. 9, septiembre-febrero 2016, p. 221.

²⁰ El concepto de *temperamento* se utiliza en el sentido en el que lo utiliza don Gabino Fraga cuando desarrolla el tema del principio de división de poderes y establece que tal principio posee excepciones y temperamentos, siendo estos aquellas hipótesis constitucionales en las que se atempera el principio, pero este no deja por eso su carácter primordial. (cfr. Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, ed. 40ª, México, Porrúa, 2000, p. 66 y ss.). En sentido idéntico se utiliza el concepto en criterios históricos como lo es el siguiente: Registro No. 334 266. RECONSIDERACION ADMINISTRATIVA. Localización: [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; *S.J.F.*; Tomo XLVIII; p. 1332.

²¹ No debe olvidarse que, mediante decretos publicados en el DOF, los días 8 de octubre de 2013 y 15 de septiembre de 2017, a través de los cuales se reformó el artículo 73 constitucional, se determinó que la materia procedimental penal (fracción XXI, inciso c) y las materias procesal civil y familiar (fracción XXX) deberán ser desarrolladas a través de legislaciones únicas, es decir, de carácter nacional.

5.2.1.1. Invasión de competencias en el ámbito penal-sustantivo

Por lo que hace a la materia penal, debe decirse que, por principio, resulta aplicable el artículo 124 constitucional, por lo que dicho ámbito solo puede ser desarrollado por las autoridades federales en aquellos aspectos que expresamente así lo determine la Constitución mexicana.

En ese entendido, el artículo 73 constitucional, fracción XXI, es muy claro al atribuirle al Congreso de la Unión la facultad para legislar en tres ámbitos dentro de la materia penal, a saber: (i) establecer los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; (ii) en materia de delincuencia organizada; y (iii) expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Asimismo, y como una de las excepciones al artículo 124 constitucional, el artículo 73, fracción XXI, inciso a), le mandata al Congreso de la Unión a expedir las leyes generales que establezcan como mínimo los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro; desaparición forzada de personas; otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley; trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral. Este ámbito es una excepción al *modelo dual* de asignación de competencias, debido a que la Constitución refiere que respecto de esos delitos la procuración e impartición de justicia será concurrente, al punto de que la cláusula constitucional analizada señala en su segundo párrafo que tales leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y la Ciudad de México.

Pero en todo caso, lo fundamental es advertir que, desde el punto de vista de la fórmula constitucional de distribución de competencias, la *materia penal-sustantiva* permanece en el ámbito de la competencia residual de las entidades federativas, razón de más para que cada una de ellas expida, a través de sus órganos legislativos locales, un código penal que establezca

los delitos y faltas locales, así como las sanciones que por ellos deban imponerse.

Teniendo en cuenta lo anterior, la violación al ámbito de competencia local en *materia penal-sustantiva* se actualiza en la medida de que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 impacta y modifica, por ejemplo, la forma y requisitos en que deben operarse figuras como las excluyentes de responsabilidad o las excusas absolutorias ante tipos penales como el aborto en caso de violación. Nótese el problema de la norma cuestionada.

De esta forma, la NOM-046 posibilita la práctica de una conducta tipificada como delito por todos los códigos penales de la República mexicana, el aborto, incluidos el Código Penal para el Estado de Aguascalientes (CPEA) y el Código Penal para el Estado de Baja California (CPEB), entidades que promovieron las controversias constitucionales referidas anteriormente, alterando el procedimiento que tales códigos establecen para la aplicación de las excusas absolutorias que ambos contemplan.

Así, por ejemplo, el artículo 103 del CPEA²² establece que para que el aborto practicado en casos de violación no sea sancionado se requiere que, en cualquier etapa del procedimiento penal, a petición de la víctima, la autoridad judicial autorice la realización del aborto para que sea practicado por personal médico especializado; mientras que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 señala que el personal de salud deberá prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación, sin estar obligado a verificar el dicho de la solicitante.

De manera similar, el artículo 136, fracción II, del CPEB²³ señala que el aborto no será punible cuando sea

²² "Artículo 103.- Exclusión de aborto doloso. No se considerará Aborto Doloso, y por ende no se aplicará pena o medida de seguridad alguna cuando de no practicarse el aborto, la mujer embarazada corra grave peligro de muerte, a juicio del médico que la asista y de otro a quien éste consulte, si ello fuere posible y la demora en consultar no implique peligro.

"Cuando el embarazo haya sido causado por hecho punible tipificado como violación en cualquier etapa del procedimiento penal iniciado al efecto, a petición de la víctima, la autoridad judicial podrá autorizar la realización del aborto, para que sea practicado por personal médico especializado, sin que ello conlleve las consecuencias jurídicas descritas en el presente capítulo".

²³ "Artículo 136.- Aborto no punible. - El aborto no será punible:

"II.- Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial.- Cuando el embarazo sea resulta-

resultado de una violación, siempre que 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; mientras que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 altera sustancialmente la aplicación de la excusa absolutoria mencionada.

Es más, la invasión de la NOM-046 respecto del ámbito competencial que en *materia penal-sustantiva* poseen las entidades federativas se ratifica al advertir que, conforme al punto 6.6.1 de la misma, las y los prestadores de servicios de salud solo deberán informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, facilitando y respetando la autonomía en sus decisiones e invitando a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

Es decir, mientras que, conforme a los códigos penales citados, para practicar un aborto a una mujer embarazada por motivo de una violación se hace indispensable la denuncia y el inicio del procedimiento penal correspondiente, al punto de que se requiere autorización judicial —en Aguascalientes— o del Ministerio Público —en Baja California—, la NOM-046 soslaya tales actuaciones y, con ello, invade un ámbito que solo le corresponde desarrollar a dichas entidades federativas. Lo que, además, como se verá más adelante, genera una violación a los principios de seguridad y certeza jurídicas, tanto para las niñas-adolescentes y sus padres como para las mujeres embarazadas y el personal de salud que participe en el aborto.

Por último, debe advertirse que tanto las *excluyentes de responsabilidad* como las *excusas absolutorias*, más allá de la diversa naturaleza jurídica que poseen,²⁴ son instituciones jurídicas pertenecientes al

derecho penal sustantivo, es decir, por ningún motivo puede plantearse que tales institutos sean parte del derecho penal adjetivo y, bajo tal premisa, pretender afirmar que su regulación y desarrollo le correspondería al Congreso de la Unión a través del Código Nacional de Procedimientos Penales. Lo anterior se confirma, precisamente, al advertir que dicho código es omiso por completo al regular tales tópicos. Como ya se dijo, el desarrollo de tanto las *excluyentes de responsabilidad* como las *excusas absolutorias*, al pertenecer al derecho penal sustantivo, se encuentra dentro del ámbito competencial de las entidades federativas.

En definitiva, de lo anterior debe concluirse que la NOM-046 invade el ámbito competencial que, en materia penal sustantiva, le confiere la Constitución mexicana a las entidades federativas, ya que modifica sustancialmente, por ejemplo, la forma en que resultan procedentes las excusas absolutorias en los estados de Aguascalientes y Baja California, generándose con ello una profunda inseguridad e incertidumbre jurídica, tanto para la niña-adolescente embarazada y sus padres como para la mujer embarazada y el personal de salud que practique abortos bajo el marco regulatorio de la norma analizada.

5.2.1.2. Invasión de competencias en el ámbito civil

Por lo que hace a la *materia civil-sustantiva*, resulta igualmente claro que, conforme al artículo 124 constitucional, dicho ámbito solo puede ser desarrollado por las autoridades locales, debido a que lo único que se ha determinado sea regulado por el Congreso de la Unión, a través de legislación única, son las materias procesal-civil y procesal-familiar.

Teniendo en cuenta lo anterior, la NOM posibilita acciones que tienen impacto directo en el derecho

do 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...".

²⁴ La *excusa absolutoria* consiste en que sí existe una conducta típica, pero se excluye la aplicación de la pena establecida para ese delito, es decir, 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, por lo que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena.

Por su parte, en la *excluyente del delito* no se integra el delito y, por tanto, no existe responsable y mucho menos una pena, es decir, 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. (Cfr: Registro No. 165 259. EXCLUYENTE DEL DELITO Y EXCUSA ABSOLUTORIA. SUS DIFERENCIAS. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 18. P. V/2010. Registro No. 187 799. EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo XV, Febrero de 2002; Pág. 592. P.J. 11/2002.)

civil local, debido a que las niñas-adolescentes, aun siendo menores de edad, podrán solicitar, *motu proprio* y sin participación alguna de quienes ejerzan la patria potestad, la práctica del aborto, con lo cual se alteran los principios relativos a la personalidad jurídica desarrollados por todos los códigos civiles de la República mexicana, incluidos el Código Civil para el Estado de Aguascalientes (CCEA) y por el Código Civil del Estado de Baja California (CCEBC), entidades que promovieron las controversias constitucionales referidas anteriormente. Con lo anterior se vulnera, dicho sea de paso, el principio del interés superior de los menores, según el cual, su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a su vida.²⁵

Así, por ejemplo, los artículos 20, 435, 436 y 437 del CCEA²⁶ disponen que: (i) la minoría de edad es una restricción a la personalidad jurídica pudiendo los menores ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes; (ii) los hijos menores de edad están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley; (iii) la patria potestad se ejerce sobre la persona de los hijos; y (iv) la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres o los ascendientes en segundo grado (los abuelos en caso de que falten los padres) en el orden que determine el juez de lo Familiar. Por el contrario, el punto 6.4.2.7 de la

NOM-046 permite que una menor de edad, aun sin el conocimiento de sus padres o de quienes ejerzan la patria potestad, manifieste bajo protesta de decir verdad que su embarazo es producto de una violación y, derivado de ello, que el Estado le practique un aborto.

De igual forma, los artículos 23, 409, 410 y 415 del CCEBC²⁷ disponen idénticas reglas que las mencionadas en la legislación civil del estado de Aguascalientes, mientras que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 las modifica, dándole plenos efectos jurídicos a un acto realizado por una menor incapaz —manifestación bajo protesta de decir verdad— a fin de que sea sometida a una intervención consistente en un acto que, dicho sea de paso, se encuentra tipificado como delito en dicha entidad federativa.

Una vez puntualizadas las violaciones que la norma impugnada actualiza a partir de la invasión del ámbito competencial que la Constitución mexicana arroga a las entidades federativas en las materias penal-sustantiva y civil-sustantiva, procederé a explicar las violaciones que se derivan de la realización del control constitucional y convencional de carácter material. Veamos.

5.3 Violaciones a los principios de interés superior de la niñez, así como a los principios de seguridad y certeza jurídicas (control constitucional y convencional material)

5.3.1. El interés superior del menor como mandato de optimización

Por mandato constitucional y convencional, replicado en distintas leyes generales y reiterado en la Ley de

²⁵ Registro No. 2 012 592. INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESCRITO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES. Localización: [J] ; 10a. Época; Pleno; *Gaceta S.J.F.*; Libro 34, Septiembre de 2016; Tomo I ; Pág. 10. P./J. 7/2016 (10a.).

²⁶ “Artículo 20.- La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

“Artículo 435. Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

“Artículo 436. La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las leyes aplicables”.

“Artículo 437. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

“A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

²⁷ “Artículo 23.- La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

“Artículo 409.- Los hijos menores de dieciocho años de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

“Artículo 410.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de las personas menores de dieciocho años de edad, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con Leyes y Reglamentos relativos a las personas menores de dieciocho años de edad infractoras.”

“Artículo 415.- A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 411, en el orden que determine el Juez de Primera Instancia de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

Amparo, el *interés superior del menor* constituye una directriz que debe observar la familia, la sociedad y las autoridades del Estado, sin importar el ámbito de su competencia, lo que significa que debe, al momento de tomar cualquier decisión, ubicar en primer lugar el beneficio de los menores.

Para efectos del presente estudio, es importante señalar que los derechos y principios a través de los cuales se materializa el interés superior del menor encuentran sustento en el siguiente marco normativo:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Parámetro de regularidad constitucional

Artículos	Norma jurídica
1° y 4°	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2 y 25.2.	Declaración Universal de los Derechos Humanos
3.1., 18.1, 18.2., 19.1., 19.2, 24	Convención Sobre los Derechos del Niño
8, 13, 19	Convención Americana sobre Derechos Humanos
10.3., 12, 14, 24.1	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ²⁸
1 y 2	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
9	Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
2, 3, 6, fracción I, 18, 22, 23, 24, 26 fracción I, 42, 50, 83 fracción I, 86, fracción III, 106 y 114	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
28, inciso c)	Ley de Asistencia Social
5	Ley General de Víctimas
6, fracción III, 65, 77 bis 4, 166 Bis 8, 168, fracciones II, IV y V, 170	Ley General de Salud

^{28c} 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 mortinatalidad 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."

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
Parámetro de regularidad constitucional

Artículos	Norma jurídica
1, 2, 3, 5, fracciones VI y VIII, 47, fracción X, 49 XXIV,	Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (10.1)
Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985
ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 4, La Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 5, Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 de 20 de julio de 2009.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/C/GC/13 de 18 de abril de 2011.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.
ONU, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, aprobadas en la resolución 205/20 de 22 de julio de 2005.
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de 28 de agosto de 2002. Opinión Consultiva OC-17/02
Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía
Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños

Como he mencionado líneas arriba, no debe pasar desapercibido que, conforme a jurisprudencia firme emitida por el pleno de la SCJN, el principio del interés superior del menor de edad implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con los niños, niñas y adolescentes, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad.

En esa lógica, “cuando los juzgadores tienen que analizar la constitucionalidad de normas, o bien, aplicarlas, y estas inciden sobre los derechos de los niños,

niñas y adolescentes, es necesario realizar un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida”, de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en la que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento.²⁹

²⁹ Registro No. 2 012 592. INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES. Localización: [J] ; 10a. Época; Pleno; *Gaceta S.J.F.*; Libro 34, Septiembre de 2016; Tomo I ; Pág. 10. P./J. 7/2016 (10a.).

Teniendo en cuenta lo anterior, y a efecto de advertir la desproporcionalidad de la medida prevista por la NOM-046, resulta importante advertir que, por ejemplo, en el estado de Aguascalientes una menor de edad no puede bajo ningún motivo contraer matrimonio³⁰ —ni con la autorización de sus padres—, o bien, que en el Estado de Baja California para contraer matrimonio se requiere ser mayor de edad, y solo los presidentes municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas, prohibiendo de manera absoluta las dispensas para menores de 16 años.³¹ No obstante, conforme a la NOM-046, una niña-adolescente de, por ejemplo, 13 años de edad, puede practicarse un aborto sin que sus padres o tutores, o quienes ejerzan la patria potestad, o las autoridades competentes especializadas en la protección de los derechos de la niñez, tengan conocimiento de ello.

En este sentido, mientras que el derecho civil local tutela y concreta el principio del *interés superior del menor* prohibiendo o dificultando de manera importante que las menores contraigan matrimonio, la NOM-046 altera sustancialmente las reglas de la personalidad jurídica establecidas en aquel derecho, a efecto de posibilitar que una declaración bajo protesta de decir verdad, emitida por una menor incapaz, surta plenos efectos jurídicos y pueda practicarse a la menor un aborto, lo cual, como ya se mencionó, tiene la agravante de que dicho procedimiento está tipificado como delito por las leyes penales.

De esta manera, el Estado renuncia a su obligación de brindar una tutela reforzada a los derechos de la niñez.

5.3.2 Violaciones al principio de seguridad y certeza jurídicas

Como es de advertirse, el parámetro de regularidad constitucional del que debe partirse para desarrollar este apartado se hace consistir, en primer lugar, en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución mexicana. Sobre el particular, la Primera Sala de la SCJN ha sostenido que tal cláusula constitucional re-

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

Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de la Corte mexicana, del que cabe realizar —sostiene la Primera Sala— un recuento en dos vertientes de los elementos que lo integran en la actualidad, a saber: (a) el elemento referido a las formalidades esenciales del procedimiento, y (b) el elemento relativo a determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos.³²

En segundo lugar, sirve de parámetro de regularidad constitucional el precepto contenido en el primer párrafo del artículo 16 de nuestra Constitución, según el cual se garantiza que cualquier afectación a la esfera jurídica del ciudadano, por minúscula que esta sea, solo será constitucionalmente admisible si existe un acto de autoridad que cumpla con los siguientes requisitos, a saber: (i) un mandamiento escrito, (ii) emitido por la autoridad competente, y (iii) que funde y motive la causa legal del procedimiento.

De esta forma, ambas cláusulas constitucionales no hacen sino reconocer los *principios de seguridad y certeza jurídicas*, ya que establecen los límites que deben ser respetados por la autoridad cuando pretenda emitir actos de privación o actos de molestia que incidan en la esfera jurídica de los ciudadanos. Es, por tanto, el respeto a tales principios uno de los principales aportes del constitucionalismo, ya que se concreta y materializa la aspiración de que el derecho se erija en un verdadero límite al ejercicio del poder.

Por tanto, la Constitución mexicana, a través de los artículos 14 y 16, distingue y regula de manera diferente los *actos de privación* respecto de los *actos de molestia*, pues a los primeros —que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del ciudadano— los autoriza únicamente a través del cumplimiento de

³⁰ “Artículo 145.- La edad mínima para contraer matrimonio será de 18 años”.

³¹ “Artículo 145.- Para contraer matrimonio, tanto el hombre como la mujer, necesitan haber cumplido dieciocho años. Los Presidentes Municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas. No se otorgara dispensa a ningún menor de dieciséis años”.

³² Registro No. 2 005 401. DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 2, Enero de 2014; Tomo II; Pág. 1112. 1a. IV/2014 (10a.).

determinados los requisitos precisados en el artículo 14, como son la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales de un procedimiento en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado.

En cambio, a los *actos de molestia* que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del ciudadano, no producen los mismos efectos que los actos privados, pues solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito emitido por una autoridad con competencia legal para ello, en donde funde y motive la causa legal del procedimiento.³³

Ahora bien, para este punto en particular, me permitiré reproducir la NOM-046 en la parte que interesa:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo **en los casos permitidos por ley**, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años 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. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.**

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 procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, 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 per-

sonal médico y de enfermería encargados del procedimiento.

Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables. [Énfasis añadido]

Como puede observarse, atendiendo al parámetro de regularidad constitucional antes mencionado —principios de certeza y seguridad jurídicas—, las porciones normativas en que se señala que deben prestarse los servicios de interrupción voluntaria del embarazo *en los casos permitidos por ley*, así como que las menores de 12 años de edad podrán solicitar dicho servicio a solicitud de su padre y/o su madre o, a falta de estos, de su tutor o *conforme a las disposiciones jurídicas aplicables*, generan confusión y una violación a tales principios. Esto se debe a que —como se verá enseguida—, al tratarse de una norma que remite en forma general a “los casos permitidos por la ley” y a “las disposiciones jurídicas aplicables”, genera un reenvío que, lejos de clarificar, crea dudas, incertidumbre y confusión para los destinatarios de esta. Veamos.

5.3.2.1 Inseguridad jurídica en el ámbito penal

No pasa desapercibido que de conformidad con la doctrina jurisprudencial que ha configurado la SCJN, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta solo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, sin importar su jerarquía, a la hora de ser aplicadas deben interpretarse de acuerdo con los preceptos constitucionales, de forma que en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión se elija aquella que se ajuste al parámetro constitucional.

En otras palabras, esa supremacía intrínseca no solo opera en el momento de la creación de las normas, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prolonga, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas.

³³ Registro No. 200 080. ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Julio de 1996; Pág. 5. P./J. 40/96.

Este principio de interpretación a la Constitución conforme de todas las normas del ordenamiento, reiteradamente utilizado por los tribunales constitucionales, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución; de manera que solo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse.³⁴

Derivado de lo anterior, nada impediría realizar una *interpretación conforme*,³⁵ en la que la porción normativa que contempla “los casos permitidos por la ley”, sea entendida en el sentido de que el operador, previo a realizar alguna acción, requiere remitirse a la legislación de la materia, a efecto de advertir cuáles son los supuestos en los que está permitido el aborto y, conforme a ello, actuar en consecuencia.

No obstante, no perdamos de vista que el personal médico, el de enfermería y los demás intervinientes en el proceso correspondiente, al no ser peritos en derecho, podrían interpretar la norma controvertida de manera directa, sin verificar los supuestos en que la legislación correspondiente lo permita; o en su caso, al no conocer o no comprender el alcance de los supuestos previstos en la legislación aplicable, podrían determinar no practicar la interrupción del embarazo, aun cuando fuere conducente, toda vez que estos, al no ser expertos en derecho, no conocen cuáles son

las leyes que deben aplicar al momento de brindar el servicio de salud que corresponda.

En efecto, la porción normativa a la que se ha hecho alusión impide que los intervinientes en el proceso de aborto conozcan con precisión cuál es el parámetro jurídico correcto para practicarlo.

Otro aspecto que ocasionaría falta de certeza jurídica en la aplicación de la NOM-046 consiste en advertir que el punto 4.1 de la misma define al aborto médico como la “terminación del embarazo realizada por personal médico, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”.³⁶ Por lo antes descrito, el punto 4.1. de la NOM-046 se contraponen a lo dispuesto por el punto 6.4.2.7 de la misma norma. El primero de ellos estipula que la terminación del embarazo o aborto se realizará de conformidad con la legislación local aplicable, misma que en el caso lo constituyen, por un lado, el artículo 103 del CPEA³⁷ y, por el otro, el artículo 136, fracción II, del CPEB;³⁸ esto es, en Aguascalientes y Baja California, el aborto se puede practicar cuando el embarazo es producto de una violación si y solo si existe la petición de la víctima y una autorización del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público —dependiendo de la entidad federativa de que se trate—. No obstante, el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 no contempla que, previo a la supuesta interrupción voluntaria del embarazo, la solicitante deba requerir la autorización de las autoridades antes señaladas a

³⁶ “4. Definiciones.

”Para los fines de esta norma se entenderá por:

”4.1. Aborto médico, terminación del embarazo realizada por personal médico, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”.

³⁷ “Artículo 103. Exclusión de aborto doloso [...]

”Cuando el embarazo haya sido causado por hecho punible tipificado como violación en cualquier etapa del procedimiento penal iniciado al efecto, a petición de la víctima, la autoridad judicial podrá autorizar la realización del aborto, para que sea practicado por personal médico especializado, sin que ello conlleve las consecuencias jurídicas descritas en el presente capítulo”.

³⁸ “Artículo 136.- Aborto no punible. - El aborto no será punible:

”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...”.

³⁴ Registro No. 2 005 135. INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 1, Diciembre de 2013; Tomo I; Pág. 530. 1a. CCCXL/2013 (10a.).

³⁵ Lo enunciado, con fundamento en la jurisprudencia cuyos datos de localización son los siguientes: Registro No. 195 031. CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA AUTORIZA A EXAMINAR EN SU CONJUNTO LA DEMANDA A FIN DE RESOLVER LA CUESTIÓN EFECTIVAMENTE PLANTEADA, CORRIGIENDO LOS ERRORES QUE SE ADVIERTAN. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*, Tomo VIII, Diciembre de 1998; Pág. 824. P. /J. 79/98.

fin de que pueda acceder a la atención médica correspondiente.

Así las cosas, las niñas-adolescentes, sus padres, las mujeres embarazadas y el personal de salud que participe en el aborto de conformidad con la NOM-046 podrían interpretar la norma en cualquiera de las siguientes alternativas: (i) en el sentido de que es necesaria la presentación de la denuncia por el delito de violación a fin de que pueda procederse a la aplicación de la excusa absolutoria, o bien, (ii) en el sentido de que tal denuncia no es necesaria por lo mandado en la NOM-046. Con ello se genera una violación al principio de certeza jurídica, por lo que resultaría fundamental que exista una declaración de invalidez, o bien, que sea determinado el alcance de la NOM-046 a través de una *interpretación conforme*.

Así, se clarificaría que las personas que intervienen en el proceso de aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, lo deben realizar acudiendo a la legislación penal local aplicable al caso concreto. De esta forma los intervinientes en la aplicación de la NOM-046 no incurrirán en alguna falta u omisión que pudiera estar sancionada por las leyes penales.

Es más, nótese que la inseguridad jurídica que se genera es de tal magnitud que, por ejemplo, el personal médico que en el estado de Aguascalientes y en el de Baja California aplique la NOM-046 de acuerdo a la segunda de sus vertientes interpretativas —no atender al procedimiento establecido en la legislación penal local para la aplicación de la excusa absolutoria— estarían cometiendo el delito de aborto y, por tanto, actualizaría claramente los supuestos a que se refieren el artículo 102 del CPEA y el artículo 135 del CPEB, los cuales son del tenor siguiente:

Código Penal para el Estado de Aguascalientes

ARTÍCULO 102.- Suspensión en caso de aborto.

Cuando el Aborto Doloso lo realice un médico, cirujano o partero, además de la punibilidad establecida en el Artículo anterior, se le suspenderá de 2 a 5 años en el ejercicio de su profesión u oficio.

Código Penal para el Estado de Baja California

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.

De esta forma, aquel personal médico que, por ejemplo, en Aguascalientes y Baja California apliquen la NOM-046 sin cuestionamientos, no habrá duda de que estarían actualizando los supuestos antes mencionados y, con ello, estarían poniendo en riesgo el ejercicio de su profesión.

En suma, tanto la porción normativa “en los casos permitidos por la ley” del punto 6.4.2.7 de la NOM-046 como el contenido —que no fue objeto de modificación— del punto 4.1, que define al aborto médico como la “terminación del embarazo realizada por personal médico, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”, resultan contradictorios con el punto 6.4.2.7 de la norma oficial en la parte que dispone que “el personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante”, así como con el punto 6.6.1 de la misma, en la parte que dispone que:

las y los prestadores de servicios de salud sólo deberán informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, facilitando y respetando la autonomía en sus decisiones e invitando a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

Es decir, las primeras porciones normativas señaladas, al referirse a “los casos permitidos en la ley” y a “la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”, remiten a los códigos penales locales y, por tanto, establecen que para practicar el aborto a una mujer embarazada por motivo de una violación se hace indispensable la denuncia y el inicio del procedimiento penal correspondiente, al punto de que se requiere autorización judicial —Aguascalientes— o del Ministerio Público —Baja California—; mientras que las segundas porciones normativas identificadas no hacen sino obviar tales actuaciones, ya que el personal médico solo deberá informar a la víctima de su derecho a denunciar, debiendo practicar el aborto sin verificar que el dicho de la solicitante en torno al delito de violación sea cierto.

5.3.2.2. Inseguridad jurídica en el ámbito civil

Como ya se advirtió líneas arriba, existe una invasión al ámbito de competencias de las entidades federativas en materia civil por parte de la NOM-046, en la medida en que trastoca y modifica sustancialmente los principios y reglas relativas a la personalidad y capacidad jurídica de las menores de edad, al punto de que la norma cuestionada dota de plenos efectos jurídicos a la declaración bajo protesta de decir verdad de una persona que, conforme a dichos principios y reglas, es incapaz jurídicamente; razón por la cual, solo podría actuar a través de sus representantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, permítame, querido lector, reproducir nuevamente la norma cuya constitucionalidad se cuestiona:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años 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**. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas. [Énfasis añadido]

Nótese que por lo que hace a la declaración bajo protesta de decir verdad, así como a la autorización de los padres o tutores en caso de niñas menores de 12 años, la norma impugnada termina por remitir “a las disposiciones jurídicas aplicables”. En este sentido, si se parte por admitir —como no puede ser de otra forma— que la personalidad y capacidad jurídicas son ámbitos del derecho civil, y este a su vez se encuentra dentro de la competencia residual de las entidades federativas, no hay duda de que las disposiciones jurídicas aplicables no son otras que los códigos civiles locales. Sin embargo, la propia NOM-046, en sus líneas

precedentes, altera, como ya se analizó, las reglas de tales ordenamientos.

Por tanto, existe una violación a los principios de seguridad y certeza jurídicas, debido a que de la interpretación literal del punto 6.4.2.7 de la NOM-046 se derivan dos posibles interpretaciones, a saber: (i) que para el caso de niñas-adolescentes (menores de 18 años pero mayores de 12 años) deba acudirse a las disposiciones jurídicas aplicables —léase los códigos civiles de las entidades federativas—, o bien, (ii) que debe acudirse solo a tales disposiciones jurídicas aplicables para el caso de que la solicitante sea una niña menor de 12 años, caso en el cual habría que proceder “conforme a las disposiciones jurídicas aplicables”.

Debido a ello, los destinatarios de la norma impugnada no tendrán la certeza jurídica que les permita advertir cómo deben aplicar la misma en relación con los códigos civiles de las entidades federativas, por lo que se hace indispensable que la SCJN proceda a la declaración de invalidez, o bien, que determine el alcance de la NOM-046 a través de una *interpretación conforme*.

Con ello se clarificaría que las personas que intervienen en el proceso de aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, lo deben realizar acudiendo a la legislación civil local aplicable al caso concreto y, por tanto, exigir que todas las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad sean requisitadas por quienes son sus representantes legales, ya sea quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

6. Conclusiones

Establecer políticas públicas para practicar abortos a menores de edad, sin el acompañamiento de sus padres, tutores o de las autoridades competentes que pueden ejercer una representación en suplencia, pone en riesgo innecesario la vida, la supervivencia y el desarrollo integral de las *niñas-adolescentes*.

Ello es así, pues la práctica de un aborto, como cualquier cirugía, puede poner en riesgo la salud y la vida de cualquier persona y, en mayor medida, de las niñas-adolescentes, quienes de conformidad con las otras normas oficiales mexicanas en la materia tendrían que firmar el consentimiento informado y *aceptar* los posibles riesgos de dicha intervención quirúrgica, tales como: violencia obstétrica, daños obstétricos,

daño al útero o al cuello uterino, perforaciones uterinas, sangrados excesivos, infecciones del útero o de las trompas de Falopio, cicatrizaciones del interior del útero, reacciones adversas a las anestésicas o extracción parcial. Todo ello sin la compañía ni la autorización de sus padres, tutores o de las autoridades competentes para ejercer la representación en suplencia.

No debemos olvidar que, con la reforma de junio de 2011, se modificó el artículo 29 constitucional,³⁹ a efecto de incorporar el principio de no suspensión de ciertos derechos, según el cual, no podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio —entre otros— de *los derechos a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia y los derechos de la niñez*. Debido a lo anterior, es de advertirse que tales derechos son de una categoría diferente. Es decir, desde la óptica que defiende, lo que hace a tales derechos ser insuspendibles consiste en que son derechos en sentido fuerte.⁴⁰

³⁹ “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.

⁴⁰ “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*”. [Énfasis añadido]

⁴⁰ Sobre el particular, Ronald Dworkin ha señalado que: “Not all legal rights, or even Constitutional rights, represent moral rights against the Government. I now have the legal right to drive either way on Fifty-seventh Street, but the Government would do no wrong to make that street one-way if it thought it in the general interest to do so. I have a Constitutional right to vote for a congressman every two years, but the national and state governments would do no wrong if, following the amendment procedure, they made a congressman’s term four years instead of two, again on the basis of a judgment that this would be for the general good. But those Constitutional rights that we call fundamental like the right of free speech, are supposed to represent rights against the Government in the strong sense; that is the point of the boast that

En otras palabras, son derechos que hunden sus raíces de manera directa en los valores superiores (la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad).

Recuérdese que existen ciertas realidades que, lejos de ser derechos, les sirven de fundamento a todos los derechos. Son realidades prejurídicas por ser anteriores a la existencia del Estado mismo y, por ello, aún más respetables que los mismos derechos. Así, bien se podría decir que “... ni la vida, ni la dignidad, ni la igualdad humana básica, ni la libertad general inherente a la persona son derechos, aunque den lugar a derechos concretos al protegerlas de los ataques que puedan sufrir”.⁴¹

Ahora bien, teniendo en cuenta esa categoría especial de los derechos a que se refiere el artículo 29 de la CPEUM, resulta de explorado derecho que durante los estados de excepción es de común ocurrencia que se afecten ciertos derechos que la misma Constitución permite restringir o limitar, valga citar el derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad de circulación, etc. Sin embargo, *existen otros que en ninguna época pueden ser objeto de limitación*, como lo son los derechos de la niñez, dentro de los que habrá que considerar el *derecho a la protección de la salud* de dicho grupo vulnerable. Tales derechos deben ser considerados como inafectables.

Si esto acontece en un estado de excepción, es decir, casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, y se encuentra constitucionalmente vedado afectar o limitar tales derechos, ¿de qué forma habríamos de proceder los operadores jurídicos ante una NOM-046 que no hace sino facilitar que las *niñas-adolescentes* permanezcan en los entornos de violencia sexual en los que pudieran estar inmersas?

La única respuesta viable es declararla inconstitucional y exhortar al Ejecutivo federal a revisar la política pública que subyace detrás de la NOM-046, a efecto de erradicar el peligroso *espejismo* que esta genera.

our legal system respects the fundamental rights of the citizen. If citizens have a moral right of free speech, then governments would do wrong to repeal the First Amendment that guarantees it, even if they were persuaded that the majority would be better off if speech were curtailed”. (Véase: Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, U.S., Harvard University Press, 1978, p. 191, [http://books.google.com.mx/])

⁴¹ Vázquez Gómez B., Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución*, México, Porrúa, 2012, p. 456.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES