

El juicio de amparo contra exclusiones legislativas: sobre la interrupción legal del embarazo en México

The *amparo's* process against excluding legal structures: on the legal termination of pregnancy in Mexico

Gerardo Mata Quintero*

Profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila. Saltillo, Coahuila
gerardo.mata@predoc.uam.es

Recibido: 10 de noviembre de 2018

Dictaminado: 3 de diciembre de 2018

* Licenciado en Derecho y maestro en Derecho con acentuación en derechos humanos por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila. Doctorando en Derecho, gobierno y políticas públicas por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha colaborado en espacios de docencia, investigación, litigio y asesoría en materia de derechos humanos.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.

Resumen

En México la interrupción del embarazo configura un delito. Sin embargo, todas las legislaciones penales admiten por lo menos una causa de exclusión del delito de aborto. A pesar de ello, la mayoría de las leyes de salud del país no contemplan la interrupción del embarazo como un servicio de salud, aún en aquellos casos previstos en las normas penales. En este trabajo se sostiene que esta forma de control sobre los cuerpos de las mujeres, constitucionalmente configura una exclusión legislativa derivada del régimen jurídico de salud, que se coloca en uno de los ejes de dominación estructural y que lesiona una serie de derechos humanos, dos de los cuales constituyen normas de *ius cogens*. A partir de este análisis, y desde una perspectiva de garantismo crítico, se discuten las posibilidades del juicio de amparo contra este tipo de exclusiones legislativas.

Palabras clave: juicio de amparo; exclusión legislativa; interrupción del embarazo; garantismo crítico; dominación.

Abstract

Abortion is a crime in Mexico. However, all criminal codes of the country admit at least one exclusion cause. Notwithstanding, most of the public health acts do not contemplate abortion as a health service, even in those cases foreseen as exclusion causes in criminal law. In this paper it is argued that this kind of control on women's bodies, constitutionally constitutes an excluding legal structure derived by the legal health regime, which is located in structures of dominance and that violates several human rights, two of which are *ius cogens* norms. From this analysis, and from a perspective of critical *garantismo*, the possibilities of *amparo's* process against excluding legal structures are discussed.

Key words: amparo's process; legislative exclusion; abortion; critical *garantismo*; domination.

Sumario

I. Introducción; II. La cuestión constitucional de la interrupción legal del embarazo (ILE): una exclusión legislativa; III. La exclusión en materia de ILE como violación a derechos; IV. El amparo frente a estructuras legales excluyentes; V. Bibliografía.

I. Introducción

La polarización en torno a la interrupción del embarazo es evidente, aunque genera menos escocor en ciertos grupos cuando ésta ya no se entiende como una decisión libre sino, en el mejor de los casos, como una necesidad. Prueba de ello es que todos los códigos penales del país reconocen por lo menos una causa de justificación o licitud, como lo es el peligro de muerte o los riesgos para la salud física o mental, o por razones socioeconómicas, entre otras. Así, en ninguno de los ordenamientos penales la interrupción del embarazo es una conducta prohibida de manera absoluta en todos los casos y las condiciones. No obstante este reconocimiento penal unánime, hay una brecha que es imperioso salvar: la mayoría de las leyes que regulan los servicios de salud en nuestro país –salvo la Ciudad de México– no contemplan como servicio público de salud el acceso a los métodos y procedimientos de interrupción legal del embarazo (ILE), ni aún en los casos en que ésta no constituye un delito por actualizarse alguna de las causas de exclusión¹ que señala la legislación penal que corresponda.

Este trabajo parte del reconocimiento que se hace en los ordenamientos penales de supuestos en los cuales no se actualiza el delito de aborto, para centrarse en la situación actual en la que se ha excluido a las mujeres de la protección de las leyes de salud en materia de interrupción del embarazo, lo que es una manifestación de un problema de opresión de dimensiones estructurales que ha tenido como resultado la invisibilización de las mujeres, como cuerpo sexuado con particularidades y necesidades específicas socializadas, y así poder revalorizar el juicio de amparo como producto de la exigencia de acceso a la justicia, y el rol del Poder Judicial en un sistema constitucional de aspiraciones garantistas, como instrumentos que contribuyan a la subversión de las estructuras de poder que producen y reproducen la posición inferiorizada de las mujeres y con ello se proporcionen elementos relevantes para la transformación de estas situaciones de exclusión y opresión cuando encuentran su fundamento expreso o tácito en la ley.

¹ En términos de las teorías del delito es discutible si aquellas hipótesis constituyen la falta de uno de los elementos permanentes del tipo penal, que es la *lesividad* a un bien jurídico, lo que presupone la existencia de ese bien, dado que, para ciertas posturas, la vida del embrión no es un bien a tutelar coercitivamente, y por lo tanto no se verifica la *tipicidad englobante*; también se excluye la tipicidad en las causales de peligro de muerte o de afectación grave a la salud de la mujer embarazada; en ambas situaciones, configuradas como causas de licitud, al ni siquiera pasar el examen de tipicidad, se impide hacer un análisis de la antijuridicidad. Otras posturas aceptan la tipicidad de la conducta, pero niegan que sea ésta también antijurídica, al actualizarse una causa de justificación, como la necesidad justificante ante el riesgo de muerte o daño grave a la salud, o el ejercicio de uno o varios derechos. En fin, también se ha comprendido que ante un estado de necesidad exculpante no se puede exigir a la mujer ajustarse a la norma, y en tanto causa de inculpatibilidad se excluye el elemento de culpabilidad. En cualquiera de los casos, al no actualizarse alguno de los elementos mencionados se excluye la configuración del delito de aborto. Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general* (México: Porrúa, 2005), 483-94, 506-7, 631-6, 641 y 747-52.

El objetivo principal de este texto no es discutir la estipulación del aborto como delito, pues intenta mostrar que aún en aquellos casos en que existe en los ordenamientos penales supuestos en los que no se configura el delito, se ejerce un control sobre los cuerpos de las mujeres al excluirles de la protección de las leyes de salud en materia de interrupción del embarazo, lo cual se corresponde con el *sistema de género colonial moderno*² a través del derecho y del Estado.³

El problema se deja ver de inicio: a pesar de que interrumpir legalmente el embarazo no es un delito –por así establecerlo la legislación penal–, se excluye su previsión como servicio de salud de los ordenamientos jurídicos en el país, situación que lesiona una serie de derechos fundamentales de las mujeres. La cuestión que se presenta tendrá relación con las posibilidades de resistencia que se decida atribuir al juicio de amparo y con el papel del Poder Judicial frente a este tipo de exclusiones legislativas.

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) nos proporciona elementos importantes que guiarán las posiciones a confrontar. Por un lado, la Segunda Sala sostiene la improcedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas, en tanto que el efecto de la sentencia concesoria sería obligar al Poder Legislativo a emitir una ley con carácter general, violándose así el principio de relatividad de las sentencias de amparo.⁴ Por otro lado, en un análisis más profundo, y aunque distinguiendo entre omisiones y exclusiones legislativas, la Primera Sala sostiene que ninguna de ellas, como acto reclamado, actualiza *per se* la improcedencia del juicio de amparo;⁵ para el primero de los supuestos ya ha ordenado la emisión de una norma frente a una omisión legislativa absoluta,⁶ mientras que para el segundo, a pesar de reconocer que estas exclusiones pueden tener su raíz en profundas estructuras de dominación y opresión contra determinados grupos o personas, se limita a restituir a cada individuo en el goce de sus derechos violados, sea ordenando una interpretación conforme de la ley,⁷ o bien determinando su inconstitucionalidad,⁸ pero sin transformar la situación de

² María Lugones, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, núm. 9 (julio-diciembre 2008): 73-101.

³ Para un primer acercamiento a los ámbitos de disputa por el control de los cuerpos, las subjetividades, el trabajo, la naturaleza, el conocimiento y la autoridad en el sistema moderno-colonial. Véase Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder y clasificación social”, *Journal of world-systems research*, vol. VI, 2, parte I, (verano-otoño 2000): 342-86.

⁴ SCJN, Segunda Sala, tesis aislada 2a. VIII/2013, “Omisión legislativa. Es improcedente el juicio de amparo en su contra, conforme al artículo 73, fracción XVIII, de la ley de la materia, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. II (febrero 2013): 1164.

⁵ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. LVIII/2018, “Juicio de amparo indirecto. Es procedente contra omisiones legislativas”, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. II (junio 2018): 965.

⁶ SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 1359/2015”, Decisión del 15 de noviembre de 2017.

⁷ SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 581/2012”, Decisión del 5 de diciembre de 2012.

⁸ SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 152/2013”, Decisión del 23 de abril de 2014.

exclusión a través de la única solución que permite corregirla: logrando la inclusión en la ley de los grupos y personas indebidamente excluidas.

Si bien muy recientemente la Primera Sala ha dado ya un paso importante reconociendo la posibilidad de combatir omisiones legislativas a través del juicio de amparo –lo cual, vale decirlo, genera una abierta contradicción con el criterio de la Segunda Sala–, hasta el momento no se ha logrado hacer patente la necesidad de replantear los esquemas ya construidos y utilizados –de corte liberal e individualista–, frente a las estructuras legales que excluyen la existencia legítima de personas, grupos y colectivos sub-alterizados en situaciones de opresión.

Así las cosas, el texto se estructurará en tres apartados. De inicio, se identificará en el ámbito constitucional mexicano la exclusión de las mujeres de la protección legal de los ordenamientos de salud en tanto no incluyen métodos y procesos para la práctica de la ILE; en el apartado siguiente se referirá la problemática derivada de esta exclusión como violación a distintos derechos humanos de las mujeres; y la última parte analizará los retos en el acceso a la justicia de las mujeres, a través del juicio de amparo, frente a problemas estructurales de exclusión legislativa, concluyendo en una propuesta de reposicionamiento del amparo y del Poder Judicial, de forma que ofrezcan aportes para la transformación de las condiciones de subordinación e invisibilización.

II. La cuestión constitucional de la interrupción legal del embarazo (ILE): una exclusión legislativa

Sólo en cuatro estados del país se contempla la interrupción del embarazo como un servicio público en sus respectivas normativas en materia de salud;⁹ y a pesar de la modificación de la norma NOM-046-SSA2-2005 para regular administrativamente el acceso al aborto exclusivamente cuando el embarazo sea producto de una violación sexual,¹⁰ la Ley General de Salud no contempla la ILE como un servicio de salud en los demás casos. Esta situación puede ser leída como una omisión legislativa, o bien como una exclusión legislativa.

⁹ Primero, la Ciudad de México en 2007. Las legislaciones de los estados de Baja California Sur y Tlaxcala apuntan sólo algunos lineamientos mínimos para realizar la ILE. La Ley de Salud para el Estado de Tamaulipas apenas la menciona en dos de sus disposiciones, pero no la desarrolla propiamente.

¹⁰ En particular la modificación en 2016 al punto 6.4.2.7 de la norma. No debe dejar de considerarse que, al ser una norma oficial, no trasciende al ámbito administrativo. Además, se han documentado algunos casos en los que la norma ha sido ineficiente para facilitar el acceso al aborto; al respecto véase Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Violencia sin interrupción* (México: GIRE, 2017), 79-85.

Lo que se sostiene es que se está frente a una exclusión legislativa implícita de las mujeres respecto de la protección legal de los servicios de salud que son regulados a través de las leyes de salud. Con esto se subraya que no es una omisión legislativa, es decir, no se trata del “no ejercicio de [las] competencias o facultades, tanto de carácter obligatorio, como de índole potestativo”,¹¹ como lo ha planteado la SCJN al estudiar el tema de las omisiones. Lo anterior es así en razón de que no es que los congresos federales y locales hayan dejado de ejercer su facultad de regular los servicios de salud a partir de lo mandatado por el artículo 4º, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Esa competencia, que es de carácter obligatorio, ya ha sido ejercida por los órganos legislativos al expedir las leyes de salud, las cuales, según una fórmula reiterada de redacción del artículo 1º, señalan que tienen por objeto la protección de la salud y el establecimiento de las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Asimismo, se regula la prestación de los servicios de salud en sus respectivos ámbitos competenciales. Por lo tanto, no se puede decir que se trata de una omisión absoluta o relativa, si la competencia legislativa de los congresos se ha ejercido a través de la emisión de las respectivas leyes de salud, que han creado una red de instituciones, procedimientos y servicios, como los de atención materno-infantil y planificación familiar.

En cambio, la calificación constitucionalmente adecuada para este estado de cosas es el de exclusión legislativa. A pesar de que pudiera llegar a confundirse esta figura con la de la omisión legislativa, lo cierto es que son distintas en su naturaleza: la exclusión implícita se actualiza, según ha determinado la Primera Sala de la SCJN, cuando existe un “régimen jurídico [que] tácitamente excluye de su ámbito de aplicación a un determinado grupo”.¹² La diferencia sustancial es ésta: cuando se reclama una omisión total o parcial, el motivo de la queja es que existiendo la obligación de crear un régimen jurídico específico, éste no ha sido creado, y por lo tanto se ha incumplido el deber; de forma distinta, al plantearse una exclusión tácita, se parte del presupuesto de que ya existe un régimen jurídico determinado, pero que éste adolece de un problema de inconstitucionalidad al excluir de forma injustificada de su ámbito material, simbólico, personal, temporal o territorial de aplicación a un cierto grupo de personas.

¹¹ SCJN, Pleno, “Controversia constitucional 14/2005”, Decisión del 3 de octubre de 2005. Recientemente confirmado: SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. XVIII/2018, “Tipos de omisiones como actos de autoridad para fines del juicio de amparo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I (marzo 2018): 1107.

¹² SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 416/2010”, Decisión del 8 de septiembre de 2010.

El régimen jurídico que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud se encuentra ya desarrollado en las propias leyes de salud, que implican primordialmente aquellos derivados de la atención médica, la atención materno-infantil, los de planificación familiar, la salud mental y la protección social. El Poder Legislativo no incurre en una omisión de regular estos servicios. Sin embargo, al hacerlo excluye de protección jurídica integral las necesidades específicas de las mujeres que desean acceder a la ILE cuando se encuentran en alguna de las causas que excluyen el delito de aborto, y en las cuales es indiscutible, por virtud del principio *favor libertatis*, que se está frente a un derecho de libertad, dado que, al no estar prohibido por ley, está jurídicamente permitido.

La Primera Sala de la SCJN ha sido cuidadosa en discernir entre una omisión legislativa y una exclusión normativa implícita. Toda la jurisprudencia constitucional relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo se ha desarrollado en ese sentido. La base que hace posible identificar la exclusión no está, según la Sala, en que una persona homosexual pueda o no contraer matrimonio, puesto que no existe una prohibición expresa para ello, y cualquier persona, sin importar su orientación sexual, puede casarse en el país; por lo tanto, la pregunta no sólo es *quién* puede acceder al régimen matrimonial, sino *qué* es lo que tiene permitido hacer: resulta así claro que una persona homosexual no tiene la protección legal para acceder al matrimonio cuando lo que busca es casarse con otra persona de su mismo sexo.¹³

Tampoco aquí se argumenta que las mujeres se encuentran frente alguna prohibición expresa de acceder a los servicios de salud que provee el Estado; no es la cuestión el *quiénes*, puesto que es innegable que cualquier mujer puede beneficiarse de las prestaciones de salud, sino lo determinante es *qué* es lo que pueden válidamente hacer cuando ocurren ante las instituciones y el personal de salud: lo que la ley asegura es un servicio integral de protección de salud durante el embarazo y después del nacimiento, mientras que las mujeres que desean interrumpir su embarazo, incluso encontrándose en alguna hipótesis de no prohibición penal, no tienen asegurado su derecho de recibir atención y asistencia médica adecuada, en condiciones de seguridad, calidad y gratuidad para acceder a la ILE.

La exclusión implícita en el régimen regulatorio de servicios de salud en el Estado en torno a la ILE, es por lo tanto simbólica con efectos materiales, reforzándose así jurídicamente

¹³ SCJN, Primera Sala, "Amparo en revisión 581/2012", 33; SCJN, Primera Sala, tesis jurisprudencial 1a./J. 84/2015, "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que definen la institución del matrimonio como la que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer, contienen una distinción con base en una categoría sospechosa", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 25, t. I (diciembre 2015): 186.

una compleja red de estereotipos basados en el sexo-género, es decir, una categoría sospechosa, que implica un rol primordial de las mujeres como madres y como “instrumentos reproductivos”,¹⁴ puesto que precisamente lo que no se les asegura es su derecho al disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, cuando es su libre decisión abortar legalmente por ubicarse en una hipótesis de exclusión del delito. Así se hace evidente el *qué* es jurídicamente protegido por el régimen regulatorio de servicios de salud: se deja claro el valor que el poder público da únicamente a las mujeres que aceptan para sí la maternidad, al proveer de servicios de salud para la gestación, el embarazo y el cuidado materno-infantil; y, por el contrario, lo que es reprochado como indigno al quedar excluido de protección, como lo es la interrupción del embarazo como un rechazo del *papel de madre* bajo cualquier circunstancia. Parafraseando a la Primera Sala cuando explica el trasfondo de la exclusión del régimen matrimonial,¹⁵ aquí se puede válidamente sostener: la razón por la cual las *mujeres que desean abortar* no han gozado de la misma protección que las *mujeres que desean procrear* no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica.

De este modo es como ha prevalecido en los ordenamientos de salud una versión patriarcal de lo que implica ser mujer, que como tal la única especificidad posible, y que por ello es la única que merece protección legal, es la de ser madre. Fuera de esta sola particularidad avalada, la mujer no existe como tal, sino que queda subsumida en -invisibilizada por- la categoría “neutral” de persona. De otra forma no podría explicarse el hecho de que incluso en los supuestos de licitud o justificación marcados por la legislación penal no se haya incluido a las mujeres en la expectativa de gozar de un servicio de salud para la ILE en la ley de salud, lo que sería el reconocimiento de una especificidad distinta a la de ser madre. Esto sucede al menos desde que los órganos legislativos han reconocido en la legislación penal algunas causas de exclusión del delito de aborto, por lo que el problema de exclusión persiste y se actualiza de momento a momento, hasta que se logre la inclusión de las personas indebidamente apartadas de la protección legal.

¹⁴ Así lo ha considerado el Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas en relación con las legislaciones que penalizan el aborto y que no prevén el acceso a servicios de salud pública que aseguren la interrupción del embarazo: CDH, Comunicación 2324/2013, Amanda Jane Mellet v. Ireland, CCPR/C/116/D/2324/2013, 31 de marzo de 2016, párr. 7.11.

¹⁵ SCJN, Primera Sala, tesis jurisprudencial 1a./J. 46/2015, “Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 22, t. 1 (septiembre 2015): 253.

III. La exclusión en materia de ILE como violación a derechos

El hecho de que los poderes legislativos hayan previsto legalmente la no actualización del delito de aborto en ciertas circunstancias, y excluido simultáneamente del desarrollo normativo la regulación del acceso a la ILE, en cumplimiento de su obligación positiva de garantizarlo en aquellos casos que prevén los códigos penales, conlleva la vulneración de distintos derechos fundamentales, por lo menos: los derechos a la igualdad y no discriminación, a la salud, a la protección de la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad, vida privada y proyecto de vida de las mujeres, particularmente en casos de cuerpos y sujetos marcados por otras relaciones y expresiones de poder como la raza, la clase o la discapacidad. Aquí se explican tres de ellas, por ser importantes para el argumento que se intenta construir en este trabajo: las violaciones al derecho a la salud, al derecho a la no discriminación y al derecho a la protección de la integridad personal.

En lo que interesa a este trabajo, el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud reproductiva frente a la injerencia de terceros y a garantizarlo mediante la adopción de medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole.¹⁶ El derecho a la salud debe interpretarse de manera que permita reconocer dentro del mismo los derechos reproductivos de las mujeres,¹⁷ y como tal debe cumplir con los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.¹⁸ Hay, entonces, una obligación especial de garantizar este derecho a las mujeres, concretamente, mediante el establecimiento de servicios adecuados de salud reproductiva.¹⁹ Así, los “derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto a estas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia”.²⁰ El derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, exige servicios de salud, incluidos los servicios de aborto legal, que estén disponibles y que sean accesibles, aceptables y de buena calidad.²¹

¹⁶ Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), E/C.12/2000/4, Observación General 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, párr. 33.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 146; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), Recomendación General 24. La mujer y la salud, 1999, párrs. 21 y 31 inciso b.

¹⁸ Comité DESC, E/C.12/2000/4, Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 12.

¹⁹ Comité CEDAW, Recomendación General 24, párrs. 21 y 31, b.

²⁰ Organización de Naciones Unidas, A/CONF.177/20/Rev.1, Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, párr. 96.

²¹ Comité DESC, E/C.12/2000/4, Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párrs. 8-12.

En tal línea, se asegura que la capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad y, por lo tanto, para decidir de forma libre y segura con respecto a algo tan importante como su maternidad, es indispensable para poder planificar su propia vida, de acuerdo con sus opciones, convicciones y deseos. La decisión de convertirse o no en madre es de tal importancia que corresponde única y exclusivamente al ámbito de la vida privada de la mujer,²² el cual “se caracteriza por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.²³ Bajo esta importante consideración, también se configura una vulneración al derecho a la salud de las mujeres cuando los ordenamientos penales no reconocen el peligro de muerte y/o afectación grave a la salud de las mujeres embarazadas como causa excluyente del delito de aborto.²⁴

Desde el momento en que el Poder Legislativo ha excluido de la protección de los servicios de salud a las mujeres embarazadas se está negando el ejercicio libre de la decisión personal que corresponda a cada mujer para elegir si quiere o no convertirse en madre; la cuestión es que en caso de que decida no hacerlo, se falta al deber de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una maternidad libre de toda forma de coacción, aún la indirecta. La maternidad debe ser una opción libre y segura para toda aquella mujer que así lo decida, conforme a su propio proyecto de vida. Estas mujeres ya se encuentran protegidas por la legislación de salud, cuando ésta prevé los servicios de salud materno-infantil. En contraposición, las mujeres que eligen no ser madres quedan excluidas de la protección legal que ofrecen las normas de salud, al no reconocerles la ILE como un servicio de salud y ante la falta de lineamientos y programas específicos para garantizar su accesibilidad.

Por otra parte, de conformidad con el derecho a la igualdad y la no discriminación “no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.²⁵ La idea básica aquí es que la exclusión normativa de prever en la normativa de salud los mecanismos, procedimientos y modalidades de la ILE de conformidad con los supuestos señalados en el ordenamiento penal, la cual por sí misma es discriminatoria por razón de género, pero también tiene como efecto generar situaciones de discriminación interseccional.

²² *Mutatis mutandis*, Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 143.

²³ Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párr. 162.

²⁴ En 24 estados se prevé el peligro de muerte, pero sólo en 15 la afectación a la salud. Véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., *Maternidad o castigo. La criminalización del aborto en México* (México: GIRE, 2018), 14.

²⁵ Corte IDH, “OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Opinión consultiva del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 55.

Lo anterior se puede explicar tomando en cuenta que quedar embarazada es algo que sucede en la medida en que se es mujer y que está implícito en el potencial de fertilidad de las mujeres,²⁶ por lo que la exclusión de este tipo de servicios de salud afecta únicamente a este grupo de sujetos por razón de su sexo-género. En otras palabras, la exclusión que impide desarrollar legislativamente los mecanismos y procedimientos para acceder a la interrupción legal del embarazo como servicio de salud se configura como discriminatoria debido a que la falta en el acceso afecta solamente a un grupo determinado de personas por su sexo-género.

Pero no sólo ello, sino que esta exclusión sufrida es un tanto más reprochable considerando que el embarazo pone a la mujer en una específica condición de salud que, aunque temporal, implica la necesidad de adoptar diferentes medidas de carácter médico que abarquen cuestiones de salud física, psicológica y emocional de la mujer. Al igual que el sexo y género, la condición de salud de las personas es una de las categorías sospechosas respecto de las cuales no es admisible crear situaciones discriminatorias. Por lo tanto, la exclusión de las mujeres embarazadas situadas en alguno de los supuestos que contempla la legislación penal para acceder a la interrupción de su embarazo como un servicio de salud es *per se* discriminatoria por razón de sexo, género y condición de salud.

Luego, esta exclusión legislativa, que es *per se* discriminatoria, además tiene la capacidad de crear situaciones de discriminación, precisamente como efecto de la exclusión misma y genera un impacto desproporcionado cuando se conjugan múltiples categorías en un mismo sujeto.²⁷ Así, este efecto discriminador derivado de la exclusión genera este impacto diferenciado que es desproporcionado en aquellas mujeres cuando, además, son personas menores de edad, o cuentan con algún tipo de discapacidad que afecte su voluntad, o se encuentran en una condición social de exclusión o situación económica de bajos recursos.²⁸

De esta manera, el que se excluya a estas mujeres embarazadas, que además se ubiquen en alguna de las condiciones mencionadas u otra análoga, de gozar de la interrupción de su embarazo como servicio de salud tiene un impacto aún más severo que las coloca en una particular situación de vulnerabilidad. Esta exclusión configura un efecto de discriminación

²⁶ Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (Madrid: Trotta, 2003), 82.

²⁷ Véase Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párrs. 286-87.

²⁸ Precisamente por razones médicas y circunstancias socioeconómicas diferenciadas, el CDH encontró discriminatoria la prohibición penal del aborto y la falta de servicios de salud para la interrupción del embarazo en Irlanda: CDH, Comunicación 2324/2013, Amanda Jane Mellet v. Ireland, párrs. 7.10-7.11.

interseccional,²⁹ en el que todas estas características de sexo, género, condición de salud, edad, discapacidad, condiciones sociales o económicas, etc., se entrelazan de forma desproporcionada.

La integridad personal es el bien jurídico cuya protección se pretende con la prohibición absoluta de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes -malos tratos. Por lo tanto, ambos tipos de vulneraciones -la tortura y los malos tratos- constituyen una infracción al derecho a la integridad personal, por lo que es de enfatizarse que, cualquiera que sea su naturaleza, ambos comportamientos están estrictamente prohibidos.³⁰

Se ha comenzado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género, tal como resulta de la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto.³¹ El Comité de Naciones Unidas contra la Tortura se ha mostrado preocupado por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto, como la denegación de tratamiento médico o la restricción en el acceso al aborto voluntario en casos de violación, resulta en graves daños que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres, y constituyen actos crueles e inhumanos,³² prohibidos en todas sus formas. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la negativa por parte de las autoridades a practicar la interrupción del embarazo en los casos de no punibilidad previstos por la legislación penal o la omisión del Estado de garantizar el derecho a la interrupción del embarazo en tales supuestos, constituyen malos tratos³³ por el dolor, la angustia y el sufrimiento físico y moral que implican.³⁴

De esta manera se logra sustentar que los obstáculos en la práctica de la ILE constituyen al menos malos tratos prohibidos por el derecho internacional. Para estos fines no debe perderse de vista que la exclusión de la regulación de la interrupción del embarazo es el primer obstáculo y, algunas veces, el más determinante al momento en que las mujeres

²⁹ Corte IDH, "Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, párr. 290.

³⁰ Corte IDH, "Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Fondo)", Sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, núm. 149, párr. 95.

³¹ CDH, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, Sr. Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013, párr. 46.

³² Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, CAT/C/PER/CO/4, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Perú, 25 de julio de 2006, párr. 23.

³³ CDH, Comunicación 1153/2003, K.L. vs. Perú, 24 de octubre de 2005, párr. 6.3.

³⁴ CDH, Comunicación 1608/2007, L.M.R. vs. Argentina, 29 de marzo de 2011, párr. 9.2.

desean acceder a este servicio de salud. Es decir, los obstáculos que pudieren presentarse posteriormente derivan, en estos casos, directamente de la falta de regulación legislativa que fije y garantice el acceso efectivo a esta práctica. Por lo que la exclusión significa una violación al derecho a la integridad física, psicológica y moral de las mujeres, por cuanto genera tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Ahora bien, la infracción del derecho a la integridad personal es una clase de violación que tiene diversas “connotaciones de grado” y que abarca desde los malos tratos hasta la tortura, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos³⁵ que converjan en cada caso concreto. Entonces, la diferencia entre la tortura y los malos tratos será de grado e intensidad en los elementos que los constituyan, y no en relación con otras cuestiones ajenas como la acumulación de hechos o el lugar en que el acto se realiza.³⁶ Por lo tanto, para determinar si un acto constituye tortura o malos tratos, las características personales de la víctima deben ser tomadas en cuenta al momento de calificar la infracción, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.³⁷ De esta forma, se ha podido precisar que, en ciertas circunstancias provocan “sentimientos profundos de angustia y vulnerabilidad”, lo que constituye por sí mismo un acto de tortura.³⁸

Es bajo esta óptica que, dependiendo de las características personales y las circunstancias particulares de las mujeres que deseen interrumpir su embarazo legalmente y que se ven impedidas a hacerlo debido a la exclusión legislativa a que son sujetas, se puede afirmar que la angustia moral sufrida ante esta situación puede llegar a ser de una gravedad tal que sea considerada como tortura psicológica. Debido a lo anterior, se sostiene que la exclusión de las mujeres embarazadas que quieran acceder a la interrupción de su embarazo cuando se encuentren en algunas de las causas que señala la legislación penal, como un servicio de salud accesible, asequible, de calidad, y en condiciones seguras, vulnera el derecho a la integridad personal en razón de que constituye un trato cruel, inhumano y degradante, y en determinadas circunstancias puede llegar a configurar un acto de tortura, con independencia de la existencia o no de lesiones físicas para ello. Esto significa que se está frente a

³⁵ Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Fondo)”, Sentencia del 17 de septiembre de 1991, serie C, núm. 33, párr. 57.

³⁶ Corte IDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 118.

³⁷ Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, párr. 127.

³⁸ Corte IDH, “Caso Torres Millacura vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 26 de agosto de 2001, serie C, núm. 229, párrs. 85.8.

una violación de una norma imperativa, cuyo incumplimiento es inexcusable por parte del Estado.

Precisamente por lo anterior es que, por un lado, la Relatoría sobre la tortura ha recomendado que “[l]os Estados cuya legislación nacional autorice los abortos en diversas circunstancias deberán velar por la disponibilidad real de los servicios sin consecuencias adversas para la mujer o el profesional de la salud”,³⁹ y por otro lado, la SCJN ha indicado que una forma adecuada de reparar las violaciones al derecho a la salud se da al “establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza a la integridad personal en dichas prestaciones”.⁴⁰

IV. El amparo frente a estructuras legales excluyentes

Toda vez que las leyes de salud excluyen tácitamente las necesidades particulares de las mujeres de forma que puedan ser atendidas a través de servicios de salud ciertos, específicos, seguros y de calidad, en los casos en que desean ejercer su libertad de decisión por ubicarse en alguno de los supuestos contemplados en la legislación penal, el remedio lógico que permita resarcir la vulneración a los derechos arriba argumentados es, sin lugar a dudas, la inclusión de las mujeres como sujetos autónomos de derecho en la protección que ofrece la ley de salud a sus situacionalidades concretas, en particular a través de la regulación de los procedimientos, métodos y lineamientos que posibiliten y aseguren la interrupción legal del embarazo. Y es que cuando la opresión se materializa como invisibilización, traduciéndose en un rechazo de la existencia legítima y pública, la estigmatización sólo puede ser combatida reivindicando la visibilidad⁴¹ de las excluidas.

Para lograr esta inclusión es necesaria la actuación del Poder Legislativo, al cual le corresponde no solamente la facultad, sino también la obligación de desarrollar legislativamente los mandatos constitucionales a través de la creación, modificación, derogación o adición de actos normativos. Sin embargo, es evidente que los órganos legislativos han excluido históricamente a las mujeres de la protección legal específica relativa al servicio de interrupción de su embarazo en los casos contenidos en la legislación penal. Esto adquiere

³⁹ CDH, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, párr. 90.

⁴⁰ SCJN, Primera Sala, tesis 1a. CCCXLIII/2015, “Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 24, t. 1 (noviembre 2015): 969.

⁴¹ Pierre Bourdieu, *La dominación masculina* (Barcelona: Anagrama, 2000): 144.

aún más fuerza tomando en cuenta que desde 1983 se estableció el derecho a la salud en la Constitución Política federal y la correlativa obligación constitucional de garantizar por ley el acceso a servicios de salud (artículo 4º, cuarto párrafo), así como la incorporación al derecho interno del Protocolo de San Salvador y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1981, que incluyen el derecho a la salud.

Frente a esta clara exclusión legislativa, en la que las mujeres como sujetos de derechos fundamentales y sus necesidades específicas desligadas de una concepción de dominación masculina no tienen cabida en la protección legal que ofrecen las leyes de salud, es imperativo que el Poder Judicial se tome los *derechos en serio*⁴² y haga valer su naturaleza contramayoritaria,⁴³ de forma que se garantice su pleno goce y ejercicio. En ese sentido, también la Suprema Corte ha sostenido el criterio según el cual la libertad de configuración legislativa con que cuentan los congresos locales se encuentra limitada y constreñida por los mandatos constitucionales y los derechos humanos protegidos por nuestro régimen constitucional,⁴⁴ en especial por los derechos a la igualdad y a la no discriminación.⁴⁵ Así, en este esquema constitucional garantista al Poder Judicial se le asigna el doble papel “consistente en la garantía de los derechos fundamentales de todos así como de la legalidad de los poderes públicos”.⁴⁶

Sin embargo, la Judicatura carece de legitimación constitucional y de habilitación legal para emitir normas de carácter general por sí misma, pero también lo es que se ha convertido, por su carácter constitucional de “institución de garantía”,⁴⁷ en un “lugar de visibilidad [...], un lugar donde sujetos, de otro modo excluidos de los tradicionales lugares institucionales, consiguen hacer sentir su voz”.⁴⁸ También lo es que, a pesar de contar con otras facultades, como la declaratoria general de inconstitucionalidad, éstas actúan en sentido negativo, es decir, afectan la validez y vigencia de los dispositivos normativos sobre los cuales se ejerce,

⁴² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (España: Ariel, 1977), 223.

⁴³ Se recomienda: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995): 66, 334, 543 y 593-601.

⁴⁴ SCJN, Pleno, tesis jurisprudencial P./J. 11/2016, “Libertad de configuración legislativa de los congresos estatales. Está limitada por los mandatos constitucionales y los derechos humanos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 34, t. I (septiembre 2016): 52.

⁴⁵ SCJN, Primera Sala, tesis jurisprudencial 1a./J. 45/2015, “Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I (junio 2015): 533.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2010), 214-15.

⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, (Madrid: Trotta, 2011), 831.

⁴⁸ Stefano Rodotà, *Repertorio di fine di secolo* (Roma-Bari: Laterza, 1992), 171-3.

pero no habilitan, en sentido positivo, para *crear* los mecanismos necesarios que garanticen un derecho, por lo que es fundamental accionar al Poder Legislativo.

De lo anterior se obtiene que la exclusión de las mujeres y de sus necesidades específicas vulnera sus derechos fundamentales, lo cual únicamente puede ser remediado logrando su inclusión como sujeto de derecho en la normatividad de salud a través de la acción legislativa de los congresos. Para ello será fundamental que los tribunales de amparo, como órganos garantes de derechos, conminen a los poderes legislativos a que realicen, dentro de sus propios ámbitos de competencias y de acuerdo con sus propios procedimientos y regulaciones, todas aquellas medidas necesarias y suficientes con el fin de alcanzar la inclusión de las mujeres en la protección de las leyes de salud en relación con la ILE, bajo estándares de asequibilidad, accesibilidad, seguridad y calidad, al menos en los supuestos que contemple la ley penal.

Un replanteamiento de la esfera pública como éste, y en particular del entendimiento de la separación de poderes, tiene como fundamento la centralidad de las personas y de sus derechos en el espacio público y privado, a través de la preservación de un ámbito vedado a la acción política y de mercado, como lo es la “esfera de lo indecible”⁴⁹ o el “territorio, de frontera, ante la que se detiene la potencia del principio mayoritario”.⁵⁰ Dentro de este ámbito los márgenes de decisión política y administrativa de las instituciones de gobierno quedan constreñidos y estrictamente limitados por la garantía efectiva de los derechos fundamentales, cuya protección no puede dejar de decidirse, ni aún por consenso mayoritario o unánime.⁵¹ Así, la función judicial será democrática no en la medida en que deje a la arbitrariedad legislativa vulnerar los derechos de las mujeres, como se ha demostrado arriba, sino asegurando que la insuprimible discrecionalidad del órgano legislativo se encause a eliminar las indebidas exclusiones de una parte importante de sujetos titulares esenciales y originarios de la soberanía nacional, en cuyo beneficio se instituye todo poder público –esencia del artículo 39 de la CPEUM–, posibilitando su inclusión plena a través de la protección y garantía de sus derechos.

⁴⁹ Ferrajoli, *Principia iuris*, 775.

⁵⁰ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política* (Madrid: Trotta, 2009), 479.

⁵¹ También la Corte Interamericana ha sostenido que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”: Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)”, Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 239.

Pero no se trata de una mera posición teórica, aun cuando esté evidentemente comprometida con una perspectiva garantista de la Constitución, sino que también encuentra asidero en las obligaciones constitucionales y convencionales asumidas por el Estado mexicano. El artículo 1º, tercer párrafo, de la Carta Magna impone las ineludibles obligaciones generales a cargo de todas las autoridades del país en materia de derechos fundamentales, en el ámbito de sus competencias. En concreto, al Poder Legislativo le corresponde la obligación de proteger el derecho a la salud a través de la emisión de las normas de salud, pero al hacerlo creó un régimen manifiestamente excluyente de las mujeres que necesitan acceder a un servicio seguro y de calidad para la ILE en los supuestos contemplados por las legislaciones penales, y que por ello no se encuentran protegidas. Esta situación activa la obligación de garantía prevista en el mismo artículo 1º, tercer párrafo, así como en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 2.2 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del PIDESC, de acuerdo con la cual cuando los derechos contenidos en estos instrumentos no estén ya garantizados por disposiciones legislativas, como en este caso, el Estado debe adoptar cualquier medida que fuere necesaria para hacer efectivos tales derechos y libertades, lo cual incluye las medidas judiciales.

Igualmente, según el propio artículo 1º, tercer párrafo, el Estado tiene el deber de prevenir las violaciones a los derechos de las personas. Este deber, que es presupuesto por la obligación de garantía, “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos”. De esta manera, al Estado en su conjunto le corresponde el deber de prevenir que los derechos de las mujeres sin acceso a un servicio legal de interrupción de su embarazo dejen de ser violados por quedar excluidas sus necesidades de la protección que ofrece la normatividad de salud. El Poder Judicial también tiene a su cargo la satisfacción de este deber, que le exige un comportamiento adecuado para afrontar este tipo de exclusiones legales.

La pregunta que surge frente a esta posición no será si una sentencia concesoria del amparo tendrá o no efectos generales, sino si existe justificación constitucional de que, en estas situaciones, los tenga. Por ello, al principio de relatividad contenido en el artículo 107, fracción II, primer párrafo, de la Constitución Política debe dársele una interpretación⁵² funcional de acuerdo con los fundamentos de la propia Constitución y del derecho convencional, y no una interpretación categórica y cerrada, como si fuese una mera regla.

⁵² Esto ha sido ya resuelto por la Primera Sala para el caso de las omisiones legislativas absolutas: SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. XXI/2018, “Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I (marzo 2018): 1101. Este criterio deriva de lo resuelto en: SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 1359/2015”, 24-30.

Debe tomarse en cuenta que la naturaleza del principio de relatividad es la de un *principio directivo*, en tanto se caracteriza como una expectativa genérica e indeterminada, no de hechos sino de resultados.⁵³ O bien, utilizando una distinción más común, no se trata de una regla, sino de un principio que, al ser optimizable, puede ser cumplido en diferente grado⁵⁴ por carecer de supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia.⁵⁵ De esta manera, se puede reconocer que el mandato de relatividad no admite una aplicación categórica, sino que su respeto⁵⁶ debe funcionalizarse de conformidad con los fundamentos y fines de la constitución.

De acuerdo con lo anterior, el principio de relatividad quedará modulado en función de las particulares necesidades del caso concreto que deba cubrir el objeto y fin del juicio de amparo, que es la protección real y efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas.⁵⁷ Este planteamiento no implica un desconocimiento del artículo 107, fracción II, primer párrafo, de la Constitución Política, sino que busca su funcionalización a partir de las características de las violaciones a los derechos argumentadas y demostradas en el juicio de amparo, de forma que éste sea un recurso judicial verdaderamente efectivo.

En consonancia con esto, la SCJN ya ha reconocido la necesidad de tomar en consideración la dimensión de las estructuras que permiten, facilitan, promueven o alientan el agravio sufrido por la parte quejosa para atribuirle a la sentencia de amparo no solamente *efectos restitutivos, sino también fundamentalmente trasformativos y sustantivos*, de forma que se posibilite la *manera más efectiva de reparación* que no sólo señale la “violación específica por parte de una autoridad y la cambie, sino que también busque disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidas en el artículo 1º constitucional”.⁵⁸ Frente a situaciones estructurales también la Corte Inte-

⁵³ Luigi Ferrajoli, “Constitutionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34 (2012). Una distinción similar entre *directrices* y *principios en sentido estricto* en Manuel Atienza, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación* (Barcelona: Ariel, 2006), 168-9.

⁵⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEP, 2012), 86 y 91.

⁵⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 1995), 149.

⁵⁶ Sobre la diferencia entre *aplicar* y *respetar*, generalmente la primera asociada a las reglas y la segunda a los principios: Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel, 1996).

⁵⁷ La SCJN sostiene que “mantener la interpretación tradicional de dicho principio [de relatividad] en muchos casos acabaría frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo: la protección de todos los derechos fundamentales”. SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a.XXII/2018, “Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011”, 1101.

⁵⁸ Estas fueron las consideraciones de la Primera Sala para justificar su cambio de criterio respecto de la forma de reparar la discriminación legislativa implícita en el Código Civil de Oaxaca que establece la figura del matrimonio. Primero, la

americana ha enfatizado la *vocación transformadora* que deben tener las reparaciones, “de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”.⁵⁹

Son dos las consideraciones que pueden sustentar la necesidad de perseguir efectos sustantivos que transformen las relaciones sociales que permiten y promueven la exclusión de las mujeres en el libre control de su propio cuerpo al no reconocérseles jurídicamente la protección y garantía legal que pretende ofrecer la normatividad en materia de salud, en relación con la interrupción de su embarazo en los casos dispuestos por la ley penal.

La primera es la relativa a las profundas y extendidas relaciones de poder y dominación que sitúan a las mujeres en una posición estructural de inferioridad, en la que el derecho, y en especial en su versión penal, no es sólo un instrumento que prohíbe o censura conductas de manera neutral, sino que es en sí mismo un discurso generativo⁶⁰ de expectativas sexuadas. Es por ello que tanto las prescripciones penales en relación con la interrupción del embarazo, así como su exclusión en el ámbito de la salud, es una más de las expresiones de la condición hegemónica del sujeto masculino-blanco desde el derecho, que reproduce, refuerza y prescribe un modelo sexuado de *buena* y *mala* mujer. Es evidente que será mala mujer toda aquella que niegue para sí el *instinto natural* a ser madre, y precisamente por ser una desviación es que debe inhibirse a través de la amenaza y de la fuerza coactiva del poder punitivo del Estado, y tampoco puede contar con la sanción oficial de reconocimiento público bajo la protección de las leyes de salud. La proyección implícita es la del cuerpo femenino no como un sujeto de derecho, autónomo y valioso por sí mismo, sino como objeto que merece tutela solo en cuanto contenedor de una “persona en potencia”, que cumple una función reproductora, por lo que solamente aquellos fines médicos encaminados a proteger el contenido y la función de la mujer quedan comprendidos en las normas de salud, mientras que cualquier otro queda excluido en tanto reprochable e indigno.

La segunda consideración se refiere al estatus imperativo de las prohibiciones de violación a dos de los derechos vulnerados por la exclusión combatida, que son el de igualdad y no discriminación⁶¹ y el de no ser objeto de tortura o malos tratos.⁶² Así, tanto el derecho a la

Sala ordenó la interpretación conforme de aquella disposición, y después consideró que la mejor forma de reparación era declarar su inconstitucionalidad: SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 152/2013”, 211-14.

⁵⁹ Corte IDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párr. 450.

⁶⁰ Pitch, *Un derecho para dos*, 257.

⁶¹ Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 79.

⁶² Corte IDH, “Caso Torres Millacura vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 84; Asamblea General, A/RES/67/161, Resolución sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 20 de diciembre de 2012;

igualdad y no discriminación como la prohibición absoluta de toda forma de tortura y malos tratos, como normas internacionales de *ius cogens*, son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admiten acuerdo en contrario, que sólo pueden ser modificadas por otras normas ulteriores de derecho internacional general que tengan el mismo carácter,⁶³ y que son oponibles *erga omnes*. De esta manera, es incuestionable el carácter especial que revisten ambas normas, así como la particular protección que merecen derivada de su estatus fundamental.

A partir de esta consideración se puede decir que la violación de estas categorías imperativas debe acarrear consecuencias jurídicas específicas, y en la misma medida merecen una reparación adecuada e idónea que permita corregir las situaciones o, como en este caso, las estructuras dentro de las cuales se comete.⁶⁴ Así, la oponibilidad *erga omnes* de estas normas incluye al Poder Legislativo, que no escapa a su cumplimiento a través del ejercicio legislativo; por la misma razón, el Poder Judicial está vinculado a garantizar su respeto mediante la protección constitucional. En este sentido, el Estado mexicano y sus instituciones y poderes públicos están imposibilitados para invocar disposiciones de derecho interno que obstaculicen el cumplimiento irrestricto de estas normas imperativas.⁶⁵

La conjunción de ambas consideraciones, tanto la relativa al problema de dimensiones estructurales de dominación y exclusión en perjuicio de las mujeres, como la relacionada con el estatus imperativo de las normas que prescriben la igualdad y la no discriminación y prohíben las violaciones a la integridad personal, funcionan como elementos imprescindibles que justifican la necesidad de dotar de efectos a la sentencia de amparo que sean capaces de transformar sustancialmente la realidad de las relaciones de poder dentro de las cuales se inserta la exclusión legislativa para acceder a servicios de salud que materialicen la libre decisión de las mujeres para interrumpir legalmente su embarazo. Buscar un mero

CDH, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, párr. 82.

⁶³ Este es el tratamiento jurídico que el derecho internacional atribuye a las normas de *ius cogens*, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 y el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (CVDTEOI) de 1986. Ambas convenciones, que codifican normas consuetudinarias de derecho internacional general, han sido además firmadas y ratificadas por el Estado mexicano.

⁶⁴ También la SCJN ha invocado el carácter imperativo de las normas de *ius cogens*, como el derecho a la no discriminación, para sostener sus argumentaciones en este sentido: SCJN, Primera Sala, "Amparo en revisión 152/2013", 212.

⁶⁵ Tanto el artículo 27 de la CVDT como el artículo 27.1 de la CVDTEOI estatuyen que: "[u]n Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". Si esta prescripción opera respecto del cumplimiento del derecho convencional -el derecho nacido de los tratados internacionales- con mayor razón e intensidad lo hará en relación con el derecho internacional imperativo -las normas inderogables de *ius cogens*.

efecto restitutorio de la sentencia implicaría tanto desconocer el problema estructural, como minar la fuerza imperativa de las normas de *ius cogens*.

De esta manera, se justifica la necesidad de buscar efectos reparadores que trasciendan a la afectación individual para contribuir a la corrección de las relaciones de dominación a las que se somete permanentemente a las mujeres, a través de la inclusión en ley de la regulación de la ILE, de forma que se garantice la protección de sus derechos violentados como consecuencia de la exclusión impugnada. Reconocer esta posibilidad, como argumentado antes, no entra en conflicto con el principio de relatividad ni con el principio de división de poderes, sino que, por el contrario, los optimiza mediante su aplicación funcional de conformidad con los fundamentos y los fines mismos del Estado constitucional: la protección de las personas y de sus derechos fundamentales. Así, la relatividad de la sentencia de amparo quedará modulada a partir de las particularidades del caso concreto, teniendo como referencia las necesidades específicas, las violaciones aducidas y la generalidad o estructuralidad de las vulneraciones mismas.

En contraste, una aplicación categórica del principio de relatividad significaría un obstáculo insalvable que afectaría la accesibilidad al juicio de amparo, y por tanto su efectividad, frente a este tipo de violaciones que implican la exclusión de la protección legal de un grupo o categoría de personas y cuya única forma de resarcir y de transformar, en cierta manera, la realidad de opresión en la que se ubican es a través de su inclusión en el régimen legal que les excluye manifiestamente. Por lo tanto, vincular los efectos generales de la modificación o adición legal que permitiere la inclusión de las personas indebidamente excluidas, con la (im)procedencia del juicio de amparo equivaldría a excluir, a su vez, a estas personas del acceso a la justicia al no contar con un recurso que pueda establecer la violación a sus derechos y disponer los medios para su resarcimiento integral. Así, esta posición categórica que impide, en todos los casos, conocer los méritos de una acción de amparo basándose ya no en los requisitos de admisibilidad, sino en los posibles efectos de la sentencia que se dicte en el juicio, lo convierte en un “recurso ilusorio” para combatir las violaciones a los derechos que se originan en estructuras –jurídicas, políticas, sociales– excluyentes, configurándose así un “cuadro de denegación de justicia”⁶⁶ para los grupos afectados, perpetuando las relaciones de dominación.⁶⁷

⁶⁶ Corte IDH, “Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 28 de agosto de 2013, serie C, núm. 268, párr. 228.

⁶⁷ Tal como ha resultado del amparo en revisión 598/2017 resuelto el 25 de octubre de 2018 por el Tribunal Colegiado en materias Administrativa y Civil del Octavo Circuito, el cual, ante un planteamiento como el aquí sostenido, ha considerado que este tipo de afectaciones a los derechos, a pesar de ser constitucionalmente relevantes, “no son

De lo anterior, se sigue que al aceptar una interpretación funcional del principio de relatividad que permita su modulación en el caso concreto lograría sustentar la idoneidad del juicio de amparo como un recurso efectivo *capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido*,⁶⁸ es decir, que se traduce en la posibilidad real de materializar la protección del derecho reconocido mediante la aplicación idónea de un pronunciamiento judicial⁶⁹ que provea toda aquella medida necesaria para garantizar el pleno goce de los derechos violados.

Así las cosas, y tomando en consideración: la obligación constitucional de regular los servicios de salud, la manifiesta exclusión legislativa del Poder Legislativo de las mujeres como beneficiarias de la interrupción legal de su embarazo, la naturaleza vinculante de los derechos fundamentales y, con ellos, del Poder Judicial como institución de garantía, la impenetrable esfera de lo indecible, incluso para el Poder Legislativo, conformada por los derechos humanos, así como la obligación de protegerlos y garantizarlos y el deber de prevenir su violación; es que se vislumbra la pertinencia de una interpretación funcional del principio de relatividad que permita su modulación en el caso concreto a partir de la necesidad de darle efectos trasformativos y sustantivos a la sentencia de amparo que permita afrontar los problemas estructurales que ubican a ciertas personas o grupos de personas excluidas en un plano de subordinación e inferioridad por no contemplarse la protección legal de sus necesidades y particularidades, lo cual puede ser especialmente grave cuando se afecten derechos protegidos por normas imperativas cuya vulneración no es posible justificar de forma alguna.

En conclusión, esta interpretación funcional, que debe preferirse bajo el esquema de la interpretación más favorable,⁷⁰ permitirá reconocer la efectividad del juicio de amparo como recurso de protección judicial, al posibilitar, una vez reunidos los requisitos de admisibilidad, determinar la violación a derechos humanos, así como disponer de todas las medidas necesarias y suficientes, incluidas las que deba desarrollar el Poder Legislativo, que contribuyan a la corrección de las estructuras que amparan, alientan o permiten la vulneración de esos derechos, lo cual será expresión inmediata y concreta del principio *pro persona* como base para el reconocimiento de las personas y de sus derechos en el universo jurídico.

adecuadas para dirimirse en sede jurisdiccional a través del juicio de amparo" (82), perdurando así la denegación de justicia.

⁶⁸ Corte IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)", Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párr. 166.

⁶⁹ Corte IDH, "Caso Furlan y familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párr. 209.

⁷⁰ Al respecto véase Gerardo Mata Quintero, "El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 39 (julio-diciembre 2018): 28.

v. Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2012.
- Asamblea General. A/RES/67/161. Resolución sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 20 de diciembre de 2012.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- _____, y Juan Ruíz Manero. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2009.
- Bourdieu, Pierre. *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.
- Comité contra la Tortura. CAT/C/PER/CO/4. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, 25 de julio de 2006.
- Comité de Derechos Humanos. A/HRC/22/53. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Sr. Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013.
- _____. Comunicación 1153/2003, K.L. vs. Perú, 24 de octubre de 2005.
- _____. Comunicación 1608/2007, L.M.R. vs. Argentina, 29 de marzo de 2011.
- _____. Comunicación 2324/2013, Amanda Jane Mellet v. Ireland, 31 de marzo de 2016, CCPR/C/116/D/2324/2013.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 24. La mujer y la salud, 1999.
- Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2000/4. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.
- _____. "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257.
- _____. "Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Fondo)". Sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, núm. 149.
- _____. "Caso Furlan y familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246.
- _____. "Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)". Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.
- _____. "Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 1 septiembre de 2015, serie C, núm. 298.

- _____. "Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205.
- _____. "Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Fondo)". Sentencia del 17 de septiembre de 1991, serie C, núm. 33.
- _____. "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216.
- _____. "Caso Torres Millacura vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 26 de agosto de 2001, serie C, núm. 229.
- _____. "Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 28 de agosto de 2013, serie C, núm. 268.
- _____. "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)". Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.
- _____. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149.
- _____. "OC-4/84 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización". Opinión consultiva del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. España: Ariel, 1977.
- Ferrajoli, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". *Doxa*, núm. 34 (2012).
- _____. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010.
- _____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- _____. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Maternidad o castigo. La criminalización del aborto en México*, México: GIRE, 2018.
- _____. *Violencia sin interrupción*. México: GIRE, 2017.
- Lugones, María. "Colonialidad y género". *Tabula Rasa*, núm. 9 (julio-diciembre 2008): 73-101.
- Mata Quintero, Gerardo. "El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho". *Cuestiones Constitucionales*, núm. 39 (julio-diciembre 2018): 201-28.
- Organización de Naciones Unidas. A/CONF.177/20/Rev.1. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995.
- Pitch, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Quijano, Aníbal. "Colonialidad del poder y clasificación social". *Journal of world-systems research*, vol. VI, 2, parte I (verano-otoño 2000): 342-86.
- Rodotà, Stefano. *Repertorio di fine di secolo*. Roma-Bari: Laterza, 1992.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. "Controversia constitucional 14/2005". Decisión del 3 de octubre de 2005.

- _____. Pleno. Tesis jurisprudencial P./J. 11/2016. "Libertad de configuración legislativa de los congresos estatales. Está limitada por los mandatos constitucionales y los derechos humanos". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 34, t. I (septiembre 2016).
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 416/2010". Decisión del 8 de septiembre 2010.
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 581/2012". Decisión del 5 de diciembre de 2012.
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 152/2013". Decisión del 23 de abril de 2014.
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 1359/2015". Decisión del 15 de noviembre de 2017.
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. CCCXLIII/2015. "Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 24, t. 1 (noviembre 2015).
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. XVIII/2018. "Tipos de omisiones como actos de autoridad para fines del juicio de amparo". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I (marzo 2018).
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. XXI/2018. "Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011". *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I (marzo 2018).
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. LVIII/2018. "Juicio de amparo indirecto. Es procedente contra omisiones legislativas". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2 (junio 2018).
- _____. Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 45/2015. "Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I (junio 2015).
- _____. Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 46/2015. "Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 22, t. I (septiembre 2015).
- _____. Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 84/2015. "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que definen la institución del matrimonio como la que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer, contienen una distinción con base en una categoría sospechosa". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 25, t. I (diciembre 2015).
- _____. Segunda Sala. Tesis aislada 2a. VIII/2013. "Omisión legislativa. Es improcedente el juicio de amparo en su contra, conforme al artículo 73, fracción XVIII, de la ley de la materia, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2 (febrero 2013).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. México: Porrúa, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.