

EL JUICIO DE AMPARO FRENTE A ESTRUCTURAS LEGALES EXCLUYENTES: EL PROBLEMA DE LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO EN MÉXICO

Gerardo Mata Quintero

*“Sacar la voz que estaba muerta y hacerla orquesta,
caminar seguro, libre, sin temor, respirar y sacar la voz”
por “todos los callados, todos los omitidos, todos los invisibles”
Sacar la voz (La bala, 2012) y Somos sur (Vengo, 2014), Ana Tijoux*

I. Introducción

El aborto es un tema ampliamente discutido y cuestionado en diversos foros sociales, científicos, políticos y jurídicos de un gran número de sociedades alrededor del mundo. México no ha sido la excepción, pues al menos desde antes de su aprobación en 2007 en la Ciudad de México —entonces Distrito Federal— con la modificación tanto de la legislación penal como de salud local, se ha convertido en un tópico que ha estado en la agenda pública a niveles nacional y local. Los debates en torno a ello, sin embargo, no han derivado, hasta ahora, y a pesar del trabajo y compromiso de los movimientos feministas en nuestro país, en un reconocimiento constitucional o legal, más allá de la Ciudad de México, de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) como forma de ejercicio, esencialmente, del derecho a la libre disposición del propio cuerpo por parte de las mujeres.

Hay que señalar, claro está, que estos debates se han inscrito, preponderantemente, en un esquema de discusión de libertades —por un lado, el derecho del producto de la concepción a vivir frente a la libertad de decisión de la mujer—. Menor polarización política, social y jurídica ha generado la interrupción del embarazo cuando ya no se entiende como una decisión libre, sino, en el mejor de los casos, como una necesidad o, en algunos otros, como un acto de misericordia. Prueba de ello es que todos los códigos penales del país reconocen al menos una causa por la cual no se sanciona el delito de aborto, como lo son el peligro de muerte o riesgos en la salud física o mental de la mujer, que el embarazo sea producto de una violación sexual, malformaciones genéticas o congénitas del producto, o por razones socio-económicas, entre otras.

No obstante este reconocimiento penal unánime, hay una brecha que es imperioso salvar: la gran mayoría de las leyes que regulan los servicios de salud en nuestro país —de nuevo, 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 hipótesis de no punibilidad que señala la legislación penal que corresponda¹.

Este ensayo se inscribe en un esquema de discusión en el que las libertades no son el objeto principal de debate —sin que con ello se reste valor alguno a esa perspectiva—, sino que, en todo caso, la libertad de interrumpir legalmente el embarazo se da por supuesta: en aquellos casos en que los ordenamientos penales establecen que la interrupción no es un delito. Por tanto, el aparato argumentativo aquí presentado adoptará un enfoque distinto, girando en torno a la protección de la salud y el acceso a los servicios derivados de este

¹ Solamente la legislaciones en materia de salud de los estados de Baja California Sur y Tlaxcala apuntan algunos lineamientos mínimos para realizar la ILE. La ley de salud de Tamaulipas apenas la menciona en dos de sus disposiciones, pero no la regula propiamente. Por otro lado, y a pesar de que la Ley General de Salud (LGS) no contempla la ILE como servicio de salud, recientemente se modificaron algunos puntos de la Norma Oficial Mexicana (NOM) NOM-046-SSA2-2005 para regular administrativamente el acceso al aborto cuando el embarazo sea producto de una violación sexual.

derecho, en términos de lo dispuesto por el art. 4, párr. 4, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Este último apunte es sustancial. Aquí se renuncia a discutir la estipulación penal del aborto como delito, más por una convicción personal que por otra cosa: no he encontrado razones suficientes que justifiquen la abolición de la libertad y de la dignidad de las mujeres cuando se les obliga a concluir su embarazo a través de la vía punitiva, sino que, al contrario, se trata de una cuestión de relaciones de poder diferenciadas². En cambio, este trabajo parte del reconocimiento que el Derecho hace en los ordenamientos penales de supuestos en los cuales el aborto no es un conducta prohibida, para centrarse en la situación actual en la cual se ha excluido a las mujeres de la protección de las leyes de salud en materia de interrupción del embarazo, lo cual es una manifestación de un problema de opresión de dimensiones estructurales que ha tenido como resultado la invisibilización de la mujer, como cuerpo sexuado autónomo con particularidades y necesidades específicas, 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.

Dicho lo anterior, se puede decir que esta discusión, que tiene como centro el derecho de acceso a los servicios de salud, en realidad es hiperbólica en relación con el debate sobre la despenalización del aborto, pues no necesita abordarlo, sino solamente asumirlo, sea que se reconozca la sola decisión libre de la mujer o bien que sea necesario que concurren otras condiciones, como el peligro de muerte o riesgos en la salud. Por ello, incluso en aquellos ordenamientos en los que el aborto no sea un delito cuando la mujer decida practicarlo, será siempre necesario abordar la cuestión de su previsión como un servicio de salud.

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 de salud en el país, situación la cual lesiona una serie de derechos fundamentales que protegen a las mujeres. La cuestión que se presenta, entonces, tendrá relación con las posibilidades que se decida atribuir al juicio de amparo, y con él al 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 amparo³. Por otro lado, en un análisis más profundo, la Primera Sala distingue entre omisiones y exclusiones legislativas, y argumenta que las segundas no provocan la improcedencia de la acción de amparo; sin embargo, y 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

² En todo caso, existe literatura especializada que se ha encargado de mostrar esto, que va desde aquella que adopta una postura liberal, hasta la que prefiere una perspectiva de la diferencia sexual. Por esta última, remítase, particularmente, a: Moller Okin, S. (1989). *Justice, gender and the family*. EUA: Basic Books. MacKinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ediciones Cátedra-UV. Benhabib, S. (2006). *El ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*. Madrid: Gedisa. Philips, A. (2002). "Las pretensiones universales en el pensamiento político", en M. Barret y A. Philips (Eds.) *Desestabilizar la teoría. Debates feministas contemporáneos*. México: UNAM-Paidós. Fraisse, G. (2003). *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*. Madrid: Ediciones Cátedra-UV. Por las lecturas liberales: Ferrajoli, L. (2008). "La cuestión del embrión entre Derecho y moral", en M. Carbonell (Ed.) *Democracia y garantismo* (2ª ed.: 2010). Madrid: Trotta. Tribe, L. H. (1991). *El aborto: guerra de absolutos* (1ª ed. en español: 2012). Trad. D. Suznjevic. México: FCE.

³ Cfr. SCJN. (2013). Tesis aislada 2a. VIII/2013, de rubro: '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'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Segunda Sala. Febrero de 2013. Registro e-SJF: 2002843.

goce de sus derechos violados, sea ordenando una interpretación conforme de la ley⁴, o bien su inconstitucionalidad⁵, pero sin *transformar* la situación de exclusión a través de la única solución que permite *corregirla*: logrando la inclusión de los grupos y personas indebidamente excluidas. Con ello se hace patente la necesidad de replantear los esquemas hasta ahora construidos y utilizados —de corte liberal e individualista—, de forma que se puedan encontrar argumentos para alcanzar una mayor y mejor protección de los derechos de las personas que han sido puestas en situaciones de inferioridad o que simplemente han quedado invisibilizadas.

Así las cosas, el texto se estructurará en tres apartados más. De inicio, se propondrán algunos puntos de partida: desde la dogmática penal se sostendrá la no prohibición penal de la ILE; y, en el ámbito constitucional mexicano se identificará 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; finalmente, 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. Los puntos de partida: la cuestión penal y la cuestión constitucional de la ILE

1. La cuestión penal

En primer momento, se debe considerar que en los 33 códigos penales —32 de cada entidad federativa y el código federal— se establece el delito de aborto, pero también en todos ellos se reconoce al menos una causa por la cual el aborto es no punible. Los supuestos incluyen: el peligro de muerte de la mujer, riesgos en su salud física o mental, la violación sexual, malformaciones genéticas o congénitas del producto de la concepción, razones socio-económicas, por conducta imprudencial o culposa de la mujer, o por inseminación artificial no consentida. Con esto se sostiene que en ninguno de los ordenamientos penales la interrupción del embarazo es una conducta prohibida de manera absoluta, en todos los casos y las condiciones.

Pero se puede hacer una precisión más puntual sobre las causas de no punibilidad: lo que estas hipótesis están reconociendo son conductas, consistentes en la interrupción del embarazo, que no están tipificadas en la ley penal, y por tanto no se puede decir que son conductas prohibidas. Esto es, en estrictos términos de teoría del delito: la conducta típica es la descrita expresamente en la norma penal, por lo que aquellos supuestos que constituyen causas de no punibilidad, y que por ello no merecen sanción, no forman parte de aquella. Así, por ejemplo, la interrupción del embarazo producto de una violación sexual no es una conducta tipificada por ley como un delito.

De lo anterior se sigue que, entonces, al no pasar el examen de tipicidad, la interrupción del embarazo en alguna de las hipótesis de no punibilidad que señale la ley penal, no puede considerarse una conducta prohibida o contraria a Derecho en tanto ello implicaría realizar un análisis del elemento de antijuridicidad, el cual es posterior al de tipicidad. Es de esta manera que la interrupción del embarazo realizada por los motivos y en las circunstancias que establecen los ordenamientos penales no implica la realización de conductas prohibidas, sino que se está frente a conductas que son concordantes con el ejercicio de un derecho que es el resultado de la combinación de varios derechos fundamentales, como los de la libertad reproductiva, la vida, la salud, y la integridad personal.

Siendo así, al no existir una prohibición penal de realizar la conducta consistente en la interrupción legal del embarazo en los casos de no punibilidad es que entonces se sostiene que tal conducta está legalmente

⁴ Cfr. SCJN. (2012). *Amparo en revisión 457/2012*. Primera Sala. Decidido el 5 de diciembre de 2012. Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

⁵ Cfr. SCJN. (2014). *Amparo en revisión 152/2013*. Primera Sala. Decidido el 23 de abril de 2014. Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

permitida por virtud del principio *favor libertatis*, uno de los principios fundantes del Estado liberal, según el cual *todo lo que no está prohibido, está permitido*⁶.

Pero avanzando aún más, debe tenerse en cuenta que no solamente el aborto legal carece expresamente de una pretensión de reprochabilidad penal por parte del Estado, sino que además debe considerarse como un servicio público de salud. Esto es, no solamente está permitido el aborto en los casos que marca la ley, sino que el Estado se encuentra obligado a proveer lo necesario para garantizar su libre y efectivo acceso a través de los servicios de salud públicos. Esto se debe considerar a partir una pauta de libre decisión de la mujer de acceder a la interrupción segura del embarazo cuando se encuentre situada en alguna de las causas de atipicidad que contempla la norma penal, aunado a la situación actual en que la práctica de abortos inseguros es un problema de salud pública.

La libre decisión de la mujer necesariamente refiere la necesidad de asegurar su efectividad cuando se desee interrumpir legalmente su embarazo una vez se sitúen en alguna de las causales en las que, según marca la ley, el aborto no es punible. Esto es: considerando la importancia de la decisión de convertirse o no en madre, que es parte del derecho a la vida privada⁷, y que implica el ejercicio de diversos derechos fundamentales de las mujeres como lo son el derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación, se determina que el Estado, como ente público, está constreñido, en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el art. 1, párr. 3, de la CPEUM, a procurar, en su jurisdicción, la efectividad real, y en condiciones dignas, de la decisión libre de las mujeres que situándose en alguna de dichas causales —de no punibilidad— opten ya sea por llevar a término su embarazo o, en su caso, por interrumpirlo legalmente.

Así las cosas, la libre decisión de la mujer de interrumpir su embarazo en los casos previstos por el orden penal no solamente implica una obligación negativa a cargo del Estado y de cualquier particular consistente en una no interferencia en la toma de esta decisión, sino también conlleva una obligación positiva que exige garantizar el acceso libre, real, efectivo y en circunstancias de calidad a una ILE segura, de forma que se satisfagan las obligaciones constitucionales de toda autoridad pública, en particular la de garantizar (art. 1, párr. 3, CPEUM) el acceso a los servicios de salud (art. 4, párr. 4, CPEUM).

Respecto a esta obligación positiva del Estado, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha establecido que 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 calidad⁸. En relación a la salud reproductiva, en el Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD)⁹ se asentó su definición, al señalar que «la salud

⁶ Este principio, además de estar implícito en los fundamentos mismos del Estado liberal, es rastreable, incluso, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 5 reza: «La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad, todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena». En ese mismo sentido se encamina el concepto de «el mínimo de libertad»: «En la medida en que la conducta de un hombre está permitida, en el sentido negativo, por el orden jurídico, en cuanto la misma no está prohibida por el orden jurídico, es el hombre jurídicamente libre». Véase: Kelsen, Hans. (1960). *Teoría pura del Derecho* (1ª ed. en español: 1979; 2ª reimp.: 1982). Trad. R. J. Vernengo. México: UNAM; pp. 55-57. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) entiende que «[e]n sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido», lo cual «constituye [un] derecho de toda persona», «que se proyecta en toda la Convención Americana». Véase: CoIDH. (2007). *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 21 de noviembre de 2007. Serie C, no. 170; §52.

⁷ CoIDH. (2012). *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de noviembre de 2012. Serie C, no. 257; §143.

⁸ ONU. CDESC. (2000). *Observación general No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 22º periodo de sesiones, E/C.12/2000/4; §§8-12.

⁹ Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Su Programa de Acción se basa en el considerable consenso internacional a que se ha llegado desde la Conferencia Mundial de Población, celebrada en Bucarest en 1974 y la Conferencia Internacional sobre Población, celebrada en Ciudad de México en 1984.

reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos» que «entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo» y aclara que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales y en documentos internacionales sobre derechos humanos, tales como el derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos y su espaciamiento; el derecho a la información sobre planificación familiar y los medios para ello; el derecho a alcanzar el más elevado nivel de salud sexual y reproductiva; así como el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. En consonancia con la definición anterior, «la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva».

Frente a lo anterior, se puede decir que, entonces, al no existir una pretensión punitiva identificable por parte del Estado de prohibir, perseguir y sancionar la interrupción del embarazo en los casos señalados por la ley penal, se debe reconocer un espacio irreducible de libertad cuya titular es única y exclusivamente la mujer interesada, para decidir autónomamente, cuando se ubica al menos dentro de alguna de las hipótesis que marca la norma penal, si quiere o no acceder a un procedimiento de ILE.

En conclusión, considerando, por un lado, que en la legislación penal existen causales en las que la mujer legalmente puede decidir interrumpir su embarazo y que dicha decisión implica el ejercicio de diversos derechos fundamentales; por otro lado, que el acceso a la interrupción legal y segura del embarazo es parte esencial de los servicios de salud materno-infantil y reproductiva y, finalmente, considerando que el artículo 4º constitucional dispone, como garantía del derecho a la salud, que la ley establecerá las bases y modalidades para acceder a los servicios de salud, es que se sostiene que las leyes de salud deben prever expresamente el acceso a la ILE —es decir, para aquellos casos de aborto no punible— como un servicio de salud pública, sentando las bases y modalidades para acceder a él en condiciones de dignidad y seguridad, como es exigible respecto de todo servicio de salud pública.

2. La cuestión constitucional

Se ha visto ya que la ILE debe estar prevista y desarrollada por las leyes de salud. No obstante, y como se adelantó antes, solo en cuatro estados del país —Ciudad de México, Baja California Sur, Tlaxcala y Tamaulipas— se contempla la interrupción del embarazo como un servicio de salud. Esta situación puede ser leída como una omisión legislativa, o bien como una exclusión legislativa.

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»¹⁰, como lo ha planteado la SCJN al estudiar el tema de las omisiones. En todo caso, se está frente a una situación implícita en que existe un régimen jurídico que tácitamente excluye de su ámbito de aplicación a un determinado grupo de personas, cuestión que debe ser estudiada a la luz del principio de igualdad¹¹.

Lo anterior es así en razón de que no es que los congresos federal y locales hayan dejado de ejercer su facultad de regular los servicios de salud a partir de lo mandatado por el art. 4, párr. 4 de la CPEUM. Esa competencia que, vale decir, 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 primer artículo, 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 respectivas ámbitos competenciales. Por tanto, no se puede decir que se trata de una omisión absoluta o relativa, en tanto la competencia legislativa de los congresos se ha ejercido a través de la emisión de las

¹⁰ SCJN. (2005). *Controversia constitucional 14/2005*. Pleno. Decidida el 3 de octubre de 2005. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

¹¹ *Cfr.* SCJN. (2010). *Amparo en revisión 416/2010*. Primera Sala. Decidido el 8 de septiembre de 2010. Ministro Ponente: Juan N. Silva Meza.

respectivas leyes de salud, que contemplan, en específico, como servicios básicos de salud tanto la «atención materno-infantil» como la «planificación familiar».

Así las cosas, la calificación jurídica adecuada es la de una exclusión tácita o implícita de una categoría de personas de un determinado régimen jurídico¹². Esto es: el régimen regulatorio de los servicios básicos de salud se encuentra ya previsto y desarrollado por la normativa en materia de salud, y del cual resultan beneficiadas todas las personas que requieran alguno de los distintos servicios de salud que se regulan, como los derivados de la atención médica, la atención materno-infantil, la planificación familiar, la salud mental y la protección social. En cambio, las mujeres son excluidas en particular de la interrupción legal de su embarazo como un servicio de salud, en razón de una expectativa implícita en la norma de acuerdo con la cual se espera que lleven a buen término su embarazo, incluso en aquellos casos en que pudieren encontrarse en alguno de los supuestos que marca la legislación penal, exigencia la cual se construye tácitamente a partir de una red de estereotipos de género asociados a la función reproductora o materna de las mujeres, enviando un mensaje de minusvalía hacia aquellas que se atrevan a rechazar su rol “natural” de madres¹³.

Con lo anterior lo que se quiere decir no es que las mujeres, o incluso las mujeres embarazadas, no estén comprendidas en las normas de salud, pues resulta evidente que actualmente cualquier mujer o mujer embarazada puede gozar y beneficiarse de las prestaciones de salud que otorgan. La cuestión no es esa. En realidad, lo que las leyes de salud protegen e incorporan es una determinada concepción de los cuerpos de las mujeres, en cuanto satisfagan su función-obligación materna o reproductiva —de ahí la previsión de servicios de atención materno-infantil—, o bien en cuanto difuminados en categorías más amplias que no admiten particularidades —relativo a los servicios de atención médica a los que accede cualquier *persona*—. La mujer existe, por tanto, únicamente en tanto proyección masculina de lo que significa o *debiere* significar *ser mujer*. Así, se excluye implícitamente a la mujer, entendida como verdadero sujeto autónomo de Derecho, titular de derechos y obligaciones determinados a partir de sus propias necesidades y problemáticas.

De este modo es como ha prevalecido en los ordenamientos de salud una versión masculinizada 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 única particularidad avalada, la mujer no existe como tal, sino que queda subsumida en —invisible por— la categoría “neutral” de persona. De otra forma no podría explicarse el hecho de que incluso en los supuestos de no punibilidad del aborto 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 no punibilidad del 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.

En fin, es necesario apuntar que un enfoque como este, de exclusión de grupos y personas, permite una mayor comprensión de los problemas de desigualdad que se enfrentan, puesto que «supone el análisis del principio de igualdad desde una dimensión social y política encaminada a prevenir, o en su caso dismantelar, la reproducción de escenarios de subordinación que generen subcategorías de grupos socialmente invisibles o dominados»¹⁴. Por ello es un acierto considerar el problema de invisibilización de las particularidades —sexuadas— de los sujetos en el ordenamiento jurídico como una forma tácita de su exclusión, en tanto que

¹² Cfr. SCJN. (2012). *Amparo en revisión 581/2012*. Primera Sala. Decidido el 5 de diciembre de 2012. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; p. 29.

¹³ Ya el Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas ha aceptado que son precisamente estereotipos basados en género de un rol primordial de las mujeres como madres y como «instrumentos reproductivos» los que pretenden justificar a legislaciones que penalizan el aborto y que no prevén el acceso a servicios de salud pública que aseguren la interrupción del embarazo. Cfr. ONU. CDH. (2016). *Amanda Jane Mellet v. Ireland*. Comunicación 2324/2013. Decisión del 31 de marzo de 2016, CCPR/C/116/D/2324/2013; §7.11.

¹⁴ Caballero Ochoa, J. L. y García Huerta, D. A. (2016). *El enigma, el candil y el vigia decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana*. En prensa. El aquí autor tuvo acceso al texto a través de uno de los autores.

equivale a la supresión de las identidades por cuanto las difumina en categorías universales propias de una perspectiva hegemónica y hegemonzante.

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

El hecho de que los poderes legislativos hayan previsto legalmente la no punibilidad de la interrupción del embarazo, y excluido 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, al menos: el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la salud, el derecho a la protección de la integridad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, vida privada y proyecto de vida. En los siguientes numerales se explicará, en esencia, estas violaciones.

1. El derecho a la igualdad y a la no discriminación

El «deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de[] principio general y básico»¹⁵ de igualdad y no discriminación, se concreta en dos vías: la primera, que exige el respeto y la protección de las diferencias personales, asignando un igual valor a todas las identidades que «hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás»; y la segunda, que exige remover o reprochar las desigualdades o privilegios sociales que impiden afirmar la igualdad en el primero de los sentidos¹⁶. En síntesis, para 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»¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, en respeto del derecho a la no discriminación es que no es válido crear de *jure* o de *facto*¹⁸ categorías de personas con base en una condición prohibida —como el sexo, la orientación sexual, el origen étnico o social, entre otros— sin que exista una justificación objetiva y razonable para darles un trato diferenciado¹⁹. De esta manera, aquellas distinciones de trato de hecho o de Derecho que se basen en una categoría sospechosa²⁰ y que estén objetiva y razonablemente justificadas, serán compatibles con el régimen constitucional y convencional de los derechos fundamentales; en cambio, cuando carezcan de esta justificación se estará frente a un acto u omisión que por sí o por efecto, son discriminatorias y, por tanto, violatorias de la dignidad de las personas.

La idea básica, y que se desarrollará enseguida, 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, es, por sí misma, discriminatoria por razón de género, pero también tiene como efecto generar situaciones de discriminación interseccional.

De las múltiples formas que puede tomar la discriminación, la más común es aquella que se contiene por un acto o una omisión que, por sí misma, y con independencia de sus efectos, representa una afrenta para la

¹⁵ CoIDH. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, no. 18; §86.

¹⁶ Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (9ª ed.: 2009). Trads. P. Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta; pp. 906-907.

¹⁷ CoIDH. (1984). *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, no. 4; §55.

¹⁸ CoIDH. (2010). *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 24 de agosto de 2010. Serie C, no. 214; §268.

¹⁹ Cfr. SCJN. (2015). *Amparo en revisión 823/2014*. Primera Sala. Decidido el 17 de junio de 2015. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz; §37.

²⁰ Estas categorías son las contenidas, aunque solo de manera enunciativa, en el artículo primero, último párrafo constitucional, así como en los tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo lo es el artículo 1.1 de la CADH. Cfr. SCJN. (2015). Tesis jurisprudencial 1a. /J. 66/2015, de rubro: 'IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala. Octubre de 2015. Registro e-SJF: 2010315.

igual valía de las personas sin tomar en cuenta sus diferencias personales. Es decir, precisamente porque se considera una mera diferencia personal para hacer una distinción de trato, atentando contra esta igual valía personal, es que la acción u omisión distintiva es discriminatoria. Es justo esta forma de discriminación la que adquiere la exclusión en que se incurre al no regularse la interrupción legal del embarazo en la LES, puesto que ello significa que las mujeres, por ese solo hecho, se encuentran en una situación de desigualdad frente a los hombres en el acceso a los servicios de salud pública, y que luego adquiere particular relevancia por el estado de gravidez de la persona.

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 mujeres²¹, 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 por cuanto la falta en el acceso afecta solamente a un grupo determinado de personas por su sexo y género, mientras que el resto de individuos, los hombres, no son vulnerados en el acceso a los servicios de salud como previsto en el artículo 4, párrafo 4, constitucional.

Pero no solo 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, según lo prevé expresamente el art. 1, CPEUM. Por 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 en los términos avanzados, además tiene la capacidad para crear situaciones de discriminación, precisamente como efecto de la exclusión misma y que genera un impacto desproporcionado cuando se conjugan múltiples categorías en un mismo sujeto²². Así, este efecto discriminador derivado de la exclusión genera este impacto diferenciado que es desproporcionado en aquellas mujeres que, además, son menores de edad, o cuentan con algún tipo de discapacidad que afecte su voluntad, o bien se encuentran en una condición social de exclusión o situación económica de bajos recursos²³.

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, por tanto, un efecto de discriminación interseccional²⁴, en el que todas estas características de sexo, género, condición de salud, edad, discapacidad, condiciones sociales o económicas, etc., se entrelazan de forma que menoscaban de forma desproporcionada, al menos, los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y a una vida libre de violencia.

2. El derecho a la salud

El derecho a la salud comprende los siguientes elementos interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²⁵. Para garantizarlo es necesario establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación,

²¹ Pitch, T. (2003). *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta; p. 82.

²² Cfr. ColDH. (2012). *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de noviembre de 2012. Serie C, no. 257; §§286-287.

²³ Precisamente por razones médicas y circunstancias socio-económicas diferenciadas, el CDH encontró discriminatoria la prohibición penal del aborto y la falta de servicios de salud para la interrupción del embarazo en Irlanda. Cfr. ONU. CDH. (2016). *Amanda Jane Mellet... supra*; §§7.10-7.11.

²⁴ Cfr. ColDH. (2015). *González Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 1 de septiembre de 2015. Serie C, no. 298; §290.

²⁵ Cfr. ONU. CDESC. (2000). *Observación general No. 14... supra*; §12.

experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalaria científicamente aprobados y en buen estado²⁶.

El derecho a la salud debe interpretarse de manera que permita reconocer dentro del mismo los derechos reproductivos de las mujeres²⁷. Y como tal debe de cumplir con los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad antes mencionados²⁸. 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 índole²⁹. Hay una obligación especial de garantizar este derecho a las mujeres, concretamente, mediante el establecimiento de servicios adecuados de salud reproductiva³⁰.

La exclusión en la regulación relativa al derecho a la salud y la falta de un programa específico para garantizar que las mujeres puedan acceder a la ILE es una violación al derecho a la salud de las mismas, pues se atenta contra la disponibilidad como elemento del derecho a la salud, dejando en desamparo a quienes, aun encontrándose dentro de un supuesto legal para poder realizar dicha interrupción de manera segura, no encuentran respuesta por parte de las instituciones del Estado.

3. El derecho a la integridad personal

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 tanto, ambos tipos de vulneraciones —la tortura y los malos tratos— constituyen una infracción al derecho a la integridad personal, por lo cual es de enfatizarse que cualquiera que sea su naturaleza, ambos comportamientos están estrictamente prohibidos³¹.

Dicho lo anterior, cabe resaltar que el Relator de Naciones Unidas sobre la tortura se ha referido de manera más específica a la situación que enfrentan las mujeres que solicitan el acceso a servicios de salud autorizados: «Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado 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. Ejemplos de esas violaciones son [...] la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto»³². He aquí el reconocimiento concreto de la denegación del acceso al servicio de salud del aborto como una causa de malos tratos, y por lo tanto como una violación del derecho a la integridad personal. Igualmente, el Relator ha hecho referencia a las múltiples trabas administrativas y a la negligencia y obstrucción oficiales que enfrentan las víctimas de violación cuando intentan acceder a un procedimiento de aborto sin riesgo.

Por su parte, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura (CCT) 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 que constituyen actos crueles e inhumanos³³, prohibidos en todas sus formas por el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

²⁶ SCJN. (2009). Tesis jurisprudencial 1a. /J. 50/2009, de rubro: 'DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala. Abril de 2009. Registro e-SJF: 167530.

²⁷ Cfr. ONU. CDH. (2003). *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. CoIDH. (2012). *Artavia Murillo...*, supra; §146. ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDM]. (1999). *Recomendación general no. 24 (La mujer y la salud)*; §§21 y 31.b. ONU. CDESC. *Observación general no. 14...*, supra; §8.

²⁸ Cfr. ONU. CDESC. *Observación general no. 14...*, supra; §12.

²⁹ *Ibidem*; §33.

³⁰ ONU. CEDM. (1999). *Recomendación general no. 24...*, supra; §§21 y 31 b).

³¹ CoIDH. (2000). *Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de fondo, del 18 de agosto de 2000. Serie C, no. 149; §95.

³² ONU. (213). *Informe del Relator Especial sobre la tortura...*, supra; §46.

³³ ONU. CCT. (2006). *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*. 36º periodo de sesiones. CAT/C/PER/CO/4. 25 de julio de 2006; §23.

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 tratos³⁴, por el dolor, la angustia y el sufrimiento físico y moral que implican³⁵.

De esta manera, se logra sustentar que los obstáculos en la práctica de la interrupción legal del embarazo constituyen, al menos malos tratos, prohibidos por el Derecho internacional. No debe perderse de vista, para estos fines, que la exclusión de la regulación de la interrupción del embarazo es, precisamente, el primero y, algunas veces, el obstáculo más determinante en el momento en que las mujeres 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 tanto, 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.

Sin perjuicio de lo hasta ahora reconstruido, no se debe dejar de considerar que 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 exógenos³⁶ 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 a otras cuestiones ajenas como la acumulación de hechos o el lugar en que el acto se realiza³⁷.

De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, los elementos de la tortura que se desprenden de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST)³⁸, en consonancia con otros instrumentos internacionales relevantes, son tres: «a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales; y, c) que se cometa con determinado fin o propósito»³⁹.

Ahora bien, 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 tratamientos⁴⁰. De esta forma, se ha podido precisar que, en ciertas circunstancias, provocar «sentimientos profundos de angustia y vulnerabilidad» constituye por sí mismo un acto de tortura⁴¹.

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»⁴².

Es debido a lo anterior que 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 una violación de una norma imperativa, cuyo incumplimiento es inexcusable por parte del Estado.

³⁴ ONU. CDH. (2005). *K.L. vs. Perú*. Comunicación no. 1153/2003. Decisión del 24 de octubre de 2005; §6.3.

³⁵ ONU. CDH. (2011). *L.M.R. vs. Argentina*. Comunicación no. 1608/2007. Decisión del 29 de marzo de 2011; §9.2.

³⁶ CoIDH. (1997). *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de fondo, del 17 de septiembre de 1991. Serie C, no. 33; §57.

³⁷ CoIDH. (2009). *Rosendo Cantú...*, *supra*; §118.

³⁸ Ratificada por el Estado mexicano con fecha de 11 de febrero de 1987.

³⁹ CoIDH. (2007). *Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 11 de mayo de 2007. Serie C, no. 164; §§78-79. *Ídem*. (2009). *Fernández Ortega...*, *supra*; §120.

⁴⁰ CoIDH. (2006). *Ximenes Lopes...*, *supra*; §127.

⁴¹ CoIDH. (2011). *Torres Millacura vs. Argentina*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 26 de agosto de 2001. Serie C, no. 229; §88.

⁴² *Ibidem*; §85.

Precisamente por lo anterior es que, por un lado, el Relator 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»⁴³, 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»⁴⁴.

4. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida priva y al propio proyecto de vida

El derecho al libre desarrollo de la personalidad deriva directamente de la dignidad humana, la cual es un bien jurídico del ser humano, un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, y un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso⁴⁵. Este derecho al libre desarrollo de la personalidad se traduce en la facultad de «toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos». Así, este derecho comprende todos aquellos «aspectos que son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente», decisiones tales como las de procrear hijos o decidir no tenerlos, o la libre opción sexual⁴⁶.

En similar sentido, la CoIDH ha entendido que la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás⁴⁷, por lo que es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y para la conformación del propio proyecto de vida. De manera más amplia también se ha sostenido que el art. 7 de la CADH «constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones»⁴⁸.

Esta relación entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y al propio proyecto de vida, cuyo presupuesto es la vida privada de las personas, se ve afectada en razón que la normativa en materia de salud excluye de los servicios públicos a la salud a las mujeres que deseen acceder a la interrupción de su embarazo, lo cual implica una injerencia abusiva y arbitraria en la libre decisión de estas mujeres de planificar su vida de acuerdo con sus propias expectativas, metas y objetivos. El problema es que aquellas mujeres que decidan libremente que no quieren ser madres, se verán limitadas en el desarrollo de su personalidad en tanto la exclusión de que son sujetas no les garantice los mecanismos, métodos y modalidades para ejercer esta triada de derechos de forma real y efectiva.

Ahora, dentro de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al propio proyecto de vida, y a la protección de la vida privada, se encuentran implicados, de manera particular, los derechos reproductivos, específicamente el derecho a la maternidad libre y segura.

Si se sostiene que la libertad implica la «posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones»⁴⁹, se puede afirmar que la «maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la

⁴³ ONU. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la tortura...*, *supra*; §90.

⁴⁴ SCJN. (2015). Tesis 1a. CCCXLIII/2015, de rubro: 'DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala. Noviembre de 2015. Registro e-SJF: 2010420.

⁴⁵ SCJN. (2014). Tesis 1a. CCCLIV/2014, de rubro: 'DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala. Octubre 2014. Registro e-SJF: 2007731.

⁴⁶ Cfr. SCJN. (2009). *Amparo directo civil 6/2008*. Pleno. Decidido el 6 de enero de 2009. Ministro Ponente: Sergio A. Valls Hernández; p. 86.

⁴⁷ CoIDH. (2012). *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de febrero de 2012. Serie C no. 239; §162.

⁴⁸ CoIDH. (2007). *Chaparro Álvarez ...*, *supra*; §52.

⁴⁹ CoIDH. (2012). *Atala Riffo y niñas...*, *supra*; §136.

personalidad de las mujeres»⁵⁰. 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»⁵¹.

En tal línea, se asegura que la capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad y, por 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 mujer⁵², 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»⁵³.

Entonces, 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 embarazadas 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. Esta situación, a todas luces, significa una violación del derecho de estas mujeres a sus derechos al libre desarrollo de su personalidad, al propio proyecto de vida, y a la protección de su vida privada, y en particular, a su derecho a decidir libremente convertirse o no en madres, como derecho reproductivo.

IV. Retos del juicio de amparo frente a estructuras excluyentes de la ILE. Elementos para una reinterpretación del principio de relatividad de las sentencias

Ya que se han explicado las múltiples vulneraciones a los derechos fundamentales como de la exclusión legislativa implícita en perjuicio de las mujeres, lo cual es un síntoma claro de una situación de opresión estructural y simbólica, ahora se pasa a discurrir sobre el papel que se le debe atribuir al juicio de amparo como una de las herramientas para la corrección de estas realidades, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el párrafo segundo *in fine* del artículo primero de la CPEUM, y que es el eje sobre el cual gira nuestra antropología constitucional, determinando la centralidad de las personas frente a las autoridades estatales⁵⁴ y al Estado mismo: favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

1. La exclusión-inclusión, el poder judicial y el principio de relatividad de las sentencias de amparo

El problema frente al cual nos encontramos es uno de proporciones estructurales que tiene su origen en las relaciones de poder entre sujetos dominantes y sujetos dominados: la exclusión de las mujeres de la protección legal efectiva e integral que ofrecen o pretenden ofrecer las normas en materia de salud. Con ello, sin embargo, no se dice ni se quiere decir que las mujeres no queden protegidas por esta normatividad, ni que exista una exclusión expresa de protección en ella. En cambio, lo que se sostiene es que la mujer está en las normas no como tal, con sus necesidades y sus percepciones propias, sino a partir de una concepción y construcción eminentemente masculina en la que la interrupción del embarazo no tiene cabida.

Así las cosas, y 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

⁵⁰ CoIDH. (2011). *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de fondo y reparaciones, del 24 de febrero de 2011. Serie C, no. 221; §97.

⁵¹ ONU. (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing; p. 96.

⁵² Cfr. *Mutatis mutandis*, CoIDH. (2012). *Artavia Murillo...*, *supra*; §143.

⁵³ CoIDH. (2012). *Atala Riffo y niñas...*, *supra*; §161.

⁵⁴ Cossío Díaz, J. R. (2011). *Voto particular en la contradicción de tesis 293/2011*. Decidida por el Pleno de la SCJN el 3 de septiembre de 2013; p. 2.

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 la mujer como sujeto autónomo de Derecho en la protección que ofrece la ley de salud a sus situaciones 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 visibilidad⁵⁵ de los excluidos. 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 constitucionales⁵⁶, 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 aún más fuerza tomando en cuenta que desde 1983 se estableció el derecho a la protección de la salud en la CPEUM y la correlativa obligación constitucional de garantizar por ley el acceso a servicios de salud (art. 4, párr. 4)⁵⁷, así como la incorporación al Derecho interno tanto del Protocolo de San Salvador (PSS) como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1981, que reconocen el derecho a la salud.

Lo anterior lo que demuestra es que existiendo la obligación constitucional y convencional de garantizar el derecho al acceso a los servicios de salud desde 1981, los congresos han excluido tácitamente la posibilidad legal de hacerlo, en concreto, respecto de la interrupción del embarazo incluso en aquellos casos en que la legislación penal reconoce un espacio infranqueable de autonomía para que la mujer pueda decidir libremente si desea o no practicarse un aborto. Pero no solo ello. También es importante no perder de vista que en se han presentado iniciativas, como en Coahuila en 2013, para regular en la ley de salud lo relativo al acceso a la interrupción del embarazo, sin haber prosperado. Con esto, se puede decir que la conducta excluyente imputable a los poderes legislativos ya no solamente sería implícita, sino también manifiesta.

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»⁵⁸ y haga valer su naturaleza contramayoritaria⁵⁹ de forma que se garantice su pleno goce y ejercicio. Justo en el esquema de un Estado Constitucional de Derecho de corte garantista es que se comprende que «porque los derechos fundamentales [...] son derechos «contra la mayoría», también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente «contra la mayoría»». 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 constitucional⁶⁰, en especial por los derechos a la igualdad y a la no

⁵⁵ Cfr. Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina* (9ª ed.: 2015). Barcelona: Anagrama; p. 144.

⁵⁶ En especial, debe entenderse que la acción legislativa deja de ser una mera facultad cuando se está frente a un mandato constitucional imperativo, como lo es el de garantizar el acceso a los servicios de salud, de acuerdo con el art. 4, párr. 4, constitucional. En ese sentido, se puede decir que «[t]odos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, [...] requieren una legislación de desarrollo que estipule sus garantías [...], por lo que existe, de hecho, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes». Ferrajoli, L. (2010). *Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías*, en *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (pp. 71-115). México: Fontamara-Fundación Coloquio Jurídico Europeo; pp. 105-115. Para una explicación sobre esta posición, cfr. Ferrajoli, L. (2009). *Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho*, en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 139-196). Madrid: Trotta; pp. 180-196.

⁵⁷ Véase el decreto de adición publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 3 de febrero de 1983.

⁵⁸ Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Trad.: M. Guastavino. España: Ariel; pp. 223ss.

⁵⁹ Sobre esta cuestión existe amplia literatura especializada. Se recomienda, particularmente: Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón... supra*; pp. 66, 334, 543, 593-601.

⁶⁰ SCJN. (2016). Tesis jurisprudencial P./J. 11/2016, de rubro: 'LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LOS CONGRESOS ESTATALES. ESTÁ LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS

discriminación⁶¹. 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»⁶².

De esta manera, se hace patente la necesidad de que el poder judicial haga frente a la conducta legislativa manifiestamente excluyente a fin de que se logren garantizar los derechos a la igualdad y a la no discriminación, a la salud, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y al propio proyecto de vida, a una vida libre de violencia y a la vida de las mujeres indebidamente excluidas del goce real y efectivo de servicios de salud asequibles, accesibles, seguros y de calidad que permitan acceder, en concreto, a la ILE en los casos previstos por la ley penal.

Es claro, sin embargo, que la judicatura «carece de legitimación constitucional y de habilitación legal para emanar normas jurídicas de carácter general»⁶³ por sí misma, pero también lo es que se ha convertido, por su carácter constitucional de «institución de garantía»⁶⁴, en un «lugar de visibilidad [...], un lugar donde sujetos, de otro modo excluidos de los tradicionales lugares institucionales, consiguen hacer sentir su voz»⁶⁵. De ello se obtiene que la exclusión de la mujer 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 órganos legislativos. 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 la mujer 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 poderes⁶⁶ 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»⁶⁷, el «coto vedado»⁶⁸, o el «territorio, de frontera, ante la que se detiene la potencia del principio mayoritario»⁶⁹. 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 unánime⁷⁰. 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 *supra*, 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

HUMANOS'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Pleno. Septiembre de 2016. Registro e-SJF: 2012593.

⁶¹ SCJN. (2015). Tesis jurisprudencial 1a./J. 45/2015, de rubro: 'LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala. Junio de 2015. Registro e-SJF: 2009405.

⁶² Ferrajoli, L. (2010). Jurisdicción y democracia, en M. Carbonell (ed.) *Democracia y garantismo* (pp. 208-219). Madrid: Trotta; pp. 214-215.

⁶³ Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta; p. 302.

⁶⁴ Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris... supra*; pp. 831ss.

⁶⁵ Rodotà, S. (1992). *Repertorio di fine di secolo*. Roma-Bari: Laterza; pp. 171-173.

⁶⁶ Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia... supra*; p. 85.

⁶⁷ Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris... supra*; p. 775.

⁶⁸ Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; p. 645.

⁶⁹ Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política* (3ª ed). Trads. A. de Cabo et al. Madrid: Trotta; p. 479.

⁷⁰ 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». ColDH. (2011). *Gelman... supra*; §239.

todo poder público⁷¹, posibilitando su inclusión plena al pacto constitucional a través de la protección y garantía de sus derechos.

Pero no se trata de una mera posición teórica, aún 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 art. 1º, párr. 3º, de la CPEUM 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 art. 1º, párr. 3º, constitucional, así como en el art. 2 de la CADH y en los arts. 2.2 tanto del PIDCP 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 art. 1º, párr. 3º, constitucional, 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», y aunque no es una obligación de resultado⁷², sí es susceptible de ser evaluado a partir de los medios o comportamientos adoptados por el Estado para su cumplimiento. 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 que permita afrontar este tipo de exclusiones legales.

Hasta este momento se ha dejado en claro la imperiosa necesidad de que los tribunales de amparo, como garantes de los derechos humanos violentados, actúen de forma que se garantice su pleno ejercicio. También se ha dicho que ello implica compeler al poder legislativo para que adopte las medidas necesarias a fin de incluir legislativamente a las mujeres en el acceso a un servicio de salud adecuado que garantice la interrupción legal de su embarazo. Ahora es importante fijar algunas consideraciones en torno a una posible objeción frente a esta pretensión: la cuestión de la relatividad de las sentencias de amparo.

Se ha entendido que el principio de relatividad deriva de lo dispuesto en el art. 107, fracc. II, párr. 1, de la CPEUM, el cual imposibilita la concesión de la protección constitucional a la parte quejosa frente a una alegada omisión legislativa, pues el efecto de la sentencia «sería obligar a la autoridad legislativa a reparar la omisión, dando efectos generales a la ejecutoria, lo cual implicaría la creación de una ley, que constituye una prescripción general, abstracta y permanente, que vincularía no sólo al promovente del amparo y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada»⁷³.

En primer lugar, se insiste en lo anteriormente sostenido, en el sentido de que en estas situaciones lo que se configura no es una omisión legislativa, entendida como una ausencia de reglamentación legal del derecho a la salud, en términos del art. 4, párr. 4, constitucional. En contraste, se objeta la existencia de un régimen legal de salud que excluye a un grupo determinado de personas, como lo son las mujeres en necesidad de acceder al procedimiento de ILE al ubicarse en alguna de las hipótesis contenidas por los códigos penales. Por tanto, el efecto de la sentencia de amparo en este tipo de casos no implicaría la creación de una ley, como arriba considerado, puesto que ésta ya existe, sino que sería la erradicación de la exclusión en aquella implícita, logrando la inclusión en la ley del grupo excluido.

Ahora bien, a pesar de la sustancial diferencia apuntada, es cierto que la inclusión pretendida tendría que hacerse a través de un acto legislativo de modificación y adición en las leyes de salud, el cual tendría una

⁷¹ No debe olvidarse que esta es la esencia y el exigencia del art. 39 constitucional.

⁷² CoIDH. (2015). *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 19 de noviembre de 2015. Serie C, no. 307; §107.

⁷³ SCJN. (2013). Tesis aislada 2a. VIII/2013, de rubro: 'OMISIÓN LEGISLATIVA... *supra*.

proyección general y abstracta, que no solamente implicaría a la parte quejosa, sino a cualquier otra persona y autoridad vinculada en su aplicación. Así que la pregunta no es si la sentencia tendrá o no efectos generales, sino si existe justificación constitucional de que, en estas situaciones, los tenga. Lo que ahora se argumentará es que al principio de relatividad contenido en el art. 107, fracc. II, párr. 1, de la CPEUM debe dársele una interpretación 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.

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 resultados⁷⁴. O bien, utilizando una distinción más común, no se trata de una regla, sino de un principio, que puede ser cumplido en diferente grado⁷⁵ por carecer de supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia⁷⁶. De esta manera, se puede reconocer que el mandato de relatividad es optimizable⁷⁷, es decir, que no admite una aplicación categórica, sino que su respeto⁷⁸ 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. Este planteamiento no implica un desconocimiento del art. 107, fracc. II, párr. 1, de la CPEUM, 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 ha ya 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»⁷⁹. En la misma línea, frente a situaciones estructurales, la CoIDH 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»⁸⁰.

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

⁷⁴ Cfr. Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, en *Un debate sobre el constitucionalismo. Monográfico revista Doxa número 34* (pp. 11-50). Trad. N. Guzmán. Madrid: Marcial Pons-Doxa; p. 34. Ahí mismo se explica que los derechos fundamentales son, en contraste, «principios regulativos o imperativos» que son «inderogables» en cuanto expresan «expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites y vínculos, es decir, garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación» (pp. 34-35). Una distinción similar entre «directrices» y «principios en sentido estricto» se encuentra en Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel; pp. 168-169.

⁷⁵ Alexy, R. (1986). *Teoría de los derechos fundamentales... supra*; p. 86.

⁷⁶ Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Trad. M. Gascón Abellán. Madrid: Trotta; p. 149.

⁷⁷ Sobre la categoría de «mandatos de optimización», cfr. Alexy, R. (1986). *Teoría de los derechos fundamentales... supra*; pp. 91ss.

⁷⁸ Sobre la diferencia entre «aplicar» y «respetar», generalmente la primera asociada a las reglas y la segunda a los principios, cfr. Atienza, M. y Ruíz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

⁷⁹ 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. En un primer momento, la Sala ordenó la interpretación conforme de aquella disposición normativa, para después considerar que la mejor forma de reparación que tuviere un impacto social relevante era declarar su inconstitucionalidad. Cfr. SCJN. (2014). *Amparo en revisión 152/2013... supra*; §§211-214.

⁸⁰ CoIDH. (2009). *González y otras (Campo algodónero) vs. México*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 16 de noviembre de 2009. Serie C, no. 205; §450.

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; la segunda 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 discriminación y el de no ser objeto de tortura o malos tratos.

1.1. La primera cuestión a considerar es la relativa a la condición estructural de la hegemonía masculina respecto de la femenina, cuyo fundamento es el principio de división sexual del trabajo de producción y de reproducción biológico y social⁸¹, que se expresa a través de múltiples formas y en diversos ámbitos, no quedando exento de ella el Derecho mismo. El Derecho ha sido construido históricamente sobre las experiencias, las opiniones y los intereses de los hombres, en cuanto ha sido elaborado por los hombres para los hombres, lo cual, sin embargo, no significa que las mujeres no aparezcan en él, sino que lo hacen a partir de las percepciones masculinas acerca de cómo son las mujeres o cómo *deberían ser*, pero no existen en él como mujeres, sino como esposas, madres, trabajadoras, o bien resultan absorbidas por otras categorías genéricas como “individuos” o “ciudadanos”⁸² y que por lo mismo no comprenden sus necesidades y particularidades específicas.

En este esquema, el Derecho, al igual que la sociedad y la cultura en general, es homogéneamente patriarcal, en el sentido de que enfoca sus procesos según los significados diversos que hombres y mujeres les confieren a través de «posicionamientos sexuados» que conectan el género con los sistemas de significados de los procesos y decisiones jurídicas. Así es como se puede entender que el Derecho no solo es sexuado, sino que es además una «estrategia de sexuación»⁸³, una «tecnología de género»⁸⁴, a través de la cual se produce a la mujer, como concepto opuesto al hombre, pero también en particular como “prostituta”, “criminal”, “mala madre”.

Es de este modo que la hegemonía patriarcal se expresa de alguna forma en todas las estructuras sociales estructurantes y estructuradas, siendo una de sus manifestaciones la del Derecho, que incorpora posiciones sexuadas sobre la mujer y sobre lo que de ella se espera. Así, 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 generativo»⁸⁵ 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 androcéntrica 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 de la naturaleza es que debe inhibirse a través de la amenaza y de la fuerza coactiva del poder punitivo del Estado, así como no puede contar con la sanción oficial de reconocimiento público bajo la protección de las leyes de salud.

Es así que nos encontramos frente a una manifestación especialmente agravante de la condición estructuralmente hegemónica del hombre respecto de la mujer y de lo femenino, que, además, se inserta en un esquema de discriminación simbólica. Esta forma de discriminación no es directa ni expresa, sino que se actualiza precisamente en los casos en que el poder legislativo excluye a un grupo de personas a través de un juicio de reproche implícito en el ordenamiento jurídico, que envía un mensaje de rechazo hacia ciertas conductas, situaciones o transacciones.

⁸¹ Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina... supra*; p. 49.

⁸² Pitch, T. (2003). *Un Derecho para dos... supra*; pp. 262 y 287.

⁸³ Smart, C. (1994). “La mujer en el discurso jurídico”, en E. Laurrari (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI; pp. 166-189.

⁸⁴ Butler, J. (1990). *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*. Londres: Routledge.

⁸⁵ Pitch, T. (2003). *Un Derecho para dos... supra*; p. 257.

Los presupuestos de considerar este enfoque son dos: primero, que el lenguaje es performativo⁸⁶ en el sentido de que contribuye de forma decidida a la construcción del significado social de una comunidad; segundo, que el Derecho, como universo de signos y símbolos⁸⁷, al igual que el lenguaje, es una forma de discurso activo capaz, por sí mismo, de producir efectos que «hacen» al mundo social, a la vez que él mismo es producto de ese mundo⁸⁸. Así, tanto el lenguaje como el Derecho se convierten en potentes recursos simbólicos en el proceso de reconstrucción de lo social⁸⁹.

El conjunto de ambos presupuestos, por tanto, dan como resultado la idea de que las normas no solamente tienen un efecto instrumental, sino también, y a veces aún más importante que éste, pretenden una cierta eficacia simbólica⁹⁰. Esta idea ha sido ya acogida por la Suprema Corte, bajo el criterio de que las normas contienen no solo una parte dispositiva, sino también una valorativa. Esta segunda parte, más allá de lo que disponga la norma, lo que pretende es la preservación del mensaje que se trasmite a través de la sanción normativa de significados y su promoción mediante la regulación de la conducta⁹¹.

Dado lo anterior, cuando se está frente a una exclusión de regulación normativa, será relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes en el combate o promoción de un prejuicio en contra de un sector discriminado; para ello, sin embargo, es irrelevante si se demuestra que no existió intención legislativa de discriminar a un grupo vulnerable, sino que será suficiente determinar si la exclusión configura discriminación o no⁹².

En consonancia con lo anterior, debe tomarse en consideración que la exclusión legislativa de aquellas mujeres que quieran acceder a una interrupción segura de su embarazo, configura un juicio de valor negativo que se encuentra inserto en un contexto particular de violencia estructural contra la mujer en nuestro país. Es decir, la exclusión normativa misma de garantizar los derechos involucrados se erige en un símbolo de discriminación permanente hacia las mujeres que desean acceder a servicios públicos de salud cuando se trate de la interrupción de su embarazo cuando se ubiquen dentro de las causas previstas en la ley penal y sea su sola voluntad hacerlo.

Esto resulta del mensaje positivo que envía el poder legislativo al prever y regular, en la ley de salud correspondiente servicios como la atención materno-infantil, de planificación familiar, de salud mental, entre otros; mientras que se excluye la posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo, lo que representa un mensaje negativo de exclusión, que se puede leer de esta forma: los servicios de salud son solamente los regulados por la normativa en materia de salud, por lo que las mujeres que decidan interrumpir su embarazo están excluidas de esta protección.

Por lo anterior, se puede afirmar que si bien la parte dispositiva de las normas que regulan los servicios de salud no hace referencia a las mujeres que deseen interrumpir su embarazo, sí son destinatarias de su parte valorativa, cuyo efecto simbólico es perpetuar el mensaje de exclusión de estas mujeres de toda protección legal para acceder a un servicio de calidad y seguro.

Así es como logra entenderse la necesidad de adoptar una visión más amplia e integral de estudio que permita dimensionar la discriminación simbólica, implícita y permanente, que proyecta a la mujer no como un sujeto de Derecho, autónomo y valioso por sí mismo, sino como objeto que merece tutela solo en cuanto

⁸⁶ Sobre esta cuestión, *cfr.* Austin, J. L. (1989). "El significado de una palabra", en *Ensayos filosóficos*. Madrid: Alianza Editorial. Los estudios que han adoptado este presupuesto son abundantes: Rossi, A. (1969). *Lenguaje y significado* (1ª ed. FCE: 1989; 4ª reimp.: 2013). México: FCE. Sapir, E. (1921). *El lenguaje: introducción al estudio del habla* (1ª ed. en español: 1954; 14ª reimp.: 2013). México: FCE. De Boysson-Bardies, B. (2003). *¿Qué es el lenguaje?* (1ª ed.: 2007; 2ª reimp.: 2009). México: FCE. Para profundizar sobre la lengua y el lenguaje en la ética y el Derecho, *cfr.* Scarpelli, U. (2007). *Ética jurídica sin verdad*. México: Fontamara; pp. 20ss.

⁸⁷ *Cfr.* Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo* (4ª ed.: 2011). México: Fontamara; pp. 17-20. *Ídem.* (2011). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Tomo 1. Teoría del Derecho. Madrid: Trotta; pp. 31-36.

⁸⁸ Bourdieu, P. (2000). *Poder, Derecho y clases sociales* (2ª ed.: 2001). España: Desclée de Brouwer; pp. 200-205.

⁸⁹ Pitch, T. (2003). *Un Derecho para dos...*, *supra*; p. 80.

⁹⁰ García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Penguin Random House; p. 90. Igualmente, Pitch, T. (2003). *Un Derecho para dos...*, *supra*; p. 234.

⁹¹ SCJN. (2014). *Amparo en revisión 152/2013...* *supra*; §85.

⁹² *Ídem*, §§89-91.

contenedor de una “persona en potencia”, que cumple su función reproductora. Solamente aquellos fines médicos encaminados a proteger el contenido y la función de la mujer quedarán comprendidos en la protección legal que ofrecen las leyes de salud, mientras que cualquier otro queda excluido en tanto reprochable e indigno.

Bajo estas perspectivas, es posible entender tanto la dimensión estructural del control sobre la mujer y su cuerpo, como la dimensión simbólica que se ejerce a través los mensajes de minusvalía contenidos en las normas de salud que excluyen tácitamente a las mujeres en el goce de un servicio gratuito, universal, seguro, accesible y de calidad para la interrupción del embarazo. Ambas consideraciones son imprescindibles para entender a cabalidad el contexto complejo que prohíbe y excluye, generando y perpetuando las relaciones de poder que oprimen e invisibilizan a las mujeres y derivan en violaciones a sus derechos.

1.2. Ahora bien, la segunda consideración es la relativa al estatus normativo tanto del principio de igualdad y no discriminación, como de la prohibición de la tortura y de los tratos y las penas crueles, inhumanas y degradantes. Ambas prescripciones resultan vulneradas, como visto, debido a la exclusión legislativa aquí combatida. A ambas categorías, a su vez, se les ha reconocido un estatus normativo especial: el de normas imperativas de Derecho internacional o normas de *jus cogens*.

En primer momento, siguiendo a la Corte Interamericana, se puede decir que «el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico»⁹³.

Por su parte, el «carácter esencial»⁹⁴ del derecho a la protección de la integridad personal se funda en cuanto es el bien jurídico cuya protección encierra la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes⁹⁵, la cual «es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles»⁹⁶. Esta prohibición es absoluta en tanto se trata de una norma que está contemplada «en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad»⁹⁷. Asimismo, dicha prohibición subsiste aún en situaciones radicales, como la agresión del terrorismo y el crimen organizado a gran escala, la guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna y otras emergencias, por lo que no admite derogación alguna, ni siquiera en el caso de un peligro público que amenace la vida de la nación⁹⁸, de ahí que no pueda invocarse limitación, justificación o circunstancia atenuante alguna que excuse una violación a la prohibición por cualquier razón⁹⁹. Esta prohibición absoluta de cualquier forma de tortura, física o psicológica¹⁰⁰, y de otros malos tratos pertenece al dominio del *jus cogens* internacional y es una norma imperativa del Derecho internacional consuetudinario¹⁰¹.

⁹³ CoIDH. (2012). *Atala Riffo y niñas... supra*; §79. *Ibidem*. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes...*, *supra*; §269.

⁹⁴ CoIDH. (2009). *González y otras... supra*; §244.

⁹⁵ CoIDH. (2006). *Ximenes Lopes...*, *supra*; §126.

⁹⁶ CoIDH. (2004). *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2004. Serie C, no. 119; §100.

⁹⁷ CoIDH. (2006). *Goiburú y otros... supra*; §128.

⁹⁸ CoIDH. (2007). *Bueno Alves... supra*; §76. TEDH. (2000). *Labita v. Italy*. Judgement. 6/4/2000; §119. *Ídem*. (1978). *Ireland v. The United Kingdom*. Judgement. 18/1/1978; §163.

⁹⁹ ONU. CDH. (1992). *Observación general no. 20*. 44º periodo de sesiones; §3.

¹⁰⁰ CoIDH. (2006). *Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 6 de abril de 2006. Serie C, no. 147; §117. ONU. CDH. (1983). *Miguel Ángel Estrella vs. Uruguay*. 29 de marzo de 1983. No. 74/1980; §§8.6 y 10. TEDH. (1989). *Soering v. The United Kingdom*. Judgement. 7/7/1989; §§110-111.

¹⁰¹ CoIDH. (2001). *Torres Millacura... supra*; §84. ONU. Asamblea General [AG]. (2012). *Resolución sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/RES/67/161, 20 de diciembre de 2012. ONU. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes*. A/HRC/22/53, de 1 de febrero de 2013; §82. Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia [TPIY]. (1998). *Prosecutor v. Anto Furundzija*.

Así, tanto el derecho a la igualdad y a la no discriminación, como la prohibición absoluta de toda forma de tortura y malos tratos, como normas internacionales de *jus 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 carácter¹⁰², y que son oponibles *erga omnes*¹⁰³. 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 comete¹⁰⁴. 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 imperativas¹⁰⁵.

La conjunción de ambas consideraciones, tanto la relativa al problema de dimensiones estructurales de dominación y exclusión en perjuicio de las mujeres, así 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 sociales dentro de las cuales se inserta la exclusión legislativa para acceder a servicios de salud que materialicen la libre decisión de la mujer para interrumpir legalmente su embarazo. Buscar un mero efecto restitutorio de la sentencia implicaría desconocer el problema estructural que se ha demostrado, así como minar la fuerza imperativa de las normas de *jus cogens* que se han argumentado.

Así las cosas, la manera de transformar esta realidad de exclusión que afecta a un número importante de mujeres en el país es logrando su inclusión plena como sujetos de derechos cuyas necesidades y particularidades quedan protegidas por las leyes de salud a través de la previsión de la ILE en aquellos casos establecidos por la legislación penal. Sólo de esta forma se cumple con la dimensión normativa de la obligación de garantía a cargo del Estado, «asegura[ndo] jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»¹⁰⁶ de las mujeres hasta ahora excluidas.

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

Sentencia de juicio, del 10 de diciembre de 1998. IT-95-17/1-T; §153. En consonancia con lo anterior, *cf.* TEDH. (2012). *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*. 39630/09. Judgement. Grand Chamber. 13/12/2012; §195.

¹⁰² Este es el tratamiento jurídico que el Derecho Internacional le atribuye a las normas de *jus cogens*, de acuerdo con el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 y el art. 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; véase el DOF del 14 de febrero de 1975 y del 28 de abril de 1988, respectivamente.

¹⁰³ Sobre las obligaciones internacionales *erga omnes*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) tiene una variedad de pronunciamientos. *Cfr.*, en particular, CIJ. (1970). *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Second phase. Judgement. 5/2/1970; §33.

¹⁰⁴ También la SCJN ha invocado el carácter imperativo de las normas de *jus cogens*, como el derecho a la no discriminación, para sostener sus argumentaciones en este sentido. *Cfr.* SCJN. (2014). *Amparo en revisión 152/2013... supra*; §212.

¹⁰⁵ Tanto el art. 27 de la CVDT como el art. 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 *jus cogens*—.

¹⁰⁶ ColDH. (1988). *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de fondo, del 29 de julio de 1988. Serie C, no. 4; §166.

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, sino que, al contrario, lo 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 fundamentales¹⁰⁷. 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.

Esta interpretación funcional del principio de relatividad no sólo es compatible, sino que es soportada por los estándares exigidos a los medios procesales de protección judicial, como lo es el juicio de amparo. Por un lado, el art. 17, párr. 2, de la CPEUM reconoce el derecho de toda persona a que se le administre justicia. Por otra parte, el art. 25.1 de la CADH establece el derecho de toda persona a un «recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales componentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención»¹⁰⁸. Aun más, el art. 2.3.b del PIDCP señala que «[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial».

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el recurso a que se refiere el art. 25.1 de la CADH debe ser adecuado y efectivo¹⁰⁹. En esa línea, la CoIDH explica que «el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo». Por ello, el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de los derechos previstos en la CADH, la CPEUM y demás leyes¹¹⁰.

Ahora bien, es claro que no será suficiente alegar la previsión legal de un recurso para concluir su existencia, ni su admisibilidad formal para determinar su efectividad, sino que se requiere que «sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla»¹¹¹. En ese sentido, no obstante que la existencia y aplicación de causales de admisibilidad de un recurso no es incompatible con la CADH¹¹², la efectividad del recurso implica que cuando se cumpla con estos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos¹¹³.

¹⁰⁷ Este es el sentido que cobra una postura comprometida con el garantismo constitucional: «[s]olo de este modo, a través de su funcionalización a la garantía de diversos tipos de derechos fundamentales como factores de la dignidad de la persona, el estado constitucional de derecho llega a configurarse como «estado instrumento» para fines que no son suyos. En efecto, pues los «fines», es decir, la razón de ser o «razón social» asignada por el constitucionalismo garantista a esos artificios que son el estado y las demás instituciones políticas, son las garantías de los derechos fundamentales [...]. El significado profundo de la democracia consiste en esta relación entre medios institucionales y fines sociales y en la consiguiente primacía de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas de carne y hueso sobre las máquinas políticas y los aparatos administrativos, del punto de vista externo de las primeras sobre el punto de vista interno de las segundas». Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta; p. 83.

¹⁰⁸ Este derecho también queda previsto por el art. 2.3.a) del PIDCP.

¹⁰⁹ CoIDH. (1988). *Velásquez Rodríguez... supra*; §63.

¹¹⁰ CoIDH. (2008). *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 6 de agosto de 2008. Serie C, no. 184; §§100-101.

¹¹¹ CoIDH. (2014). *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 30 de enero de 2014. Serie C, no. 276; §116.

¹¹² CoIDH. (2006). *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2006. Serie C, no. 158; §126.

¹¹³ CoIDH. (2008). *Castañeda Gutman... supra*; §94.

Es por ello que la accesibilidad del recurso también es una característica relacionada con su efectividad¹¹⁴, en tanto que un recurso inaccesible no permite determinar la violación a los derechos ni procurar la protección o reparación correspondiente. Es así que la interpretación funcional del principio de relatividad aquí propuesta abona a la accesibilidad del juicio de amparo, en tanto que potencia su disponibilidad para que las personas que aducen la violación a sus derechos humanos vía interés legítimo puedan acudir ante los tribunales de amparo para, en su caso, obtener las reparaciones adecuadas y suficientes que hagan cesar la vulneración reclamada y provean lo necesario para remediarla.

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 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 persona 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»¹¹⁵ para combatir las violaciones a los derechos que se originan en estructuras —jurídicas, políticas, sociales— excluyentes, configurándose así un «cuadro de denegación de justicia»¹¹⁶ para los grupos afectados, perpetuando la relación de dominación que les excluye y discrimina.

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»¹¹⁷, es decir, que se traduce en la posibilidad real de materializar la protección del derecho reconocido mediante la aplicación idónea de un pronunciamiento judicial¹¹⁸ —como lo es la sentencia de amparo— que provea toda aquella medida necesaria para garantizar el pleno goce de los derechos violados.

2. El principio pro persona como fundamento de la interpretación funcional

Frente a estas dos interpretaciones distintas del principio de relatividad, es necesario realizar un ejercicio de preferencia. Ambas interpretaciones son jurídicamente válidas, pero se contraponen en los significados que ofrecen de la relatividad de las sentencias dictadas en el juicio de amparo, de ahí que solo una de ellas pueda ser escogida. Para ello, sin embargo, no debe de perderse de vista el mandato contenido en el art. 1, párr. 2, *in fine*, de la CPEUM, que ordena favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia de sus derechos¹¹⁹.

La prescripción constitucional mencionada, que sintetiza la esencia del principio *pro persona*¹²⁰, implica que se prefiera la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, la interpretación menos restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al

¹¹⁴ *Ibidem*; §103.

¹¹⁵ CoIDH. (2001). *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de reparaciones y costas, del 6 de febrero de 2001. Serie C, no. 74; §137.

¹¹⁶ CoIDH. (2013). *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2013. Serie C, no. 268; §228.

¹¹⁷ CoIDH. (1988). *Velásquez Rodríguez... supra*; §66.

¹¹⁸ CoIDH. (2012). *Furlan y familiares vs. Argentina*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2012. Serie C, no. 246; §209.

¹¹⁹ Para la Corte Interamericana, la base normativa del principio *pro persona* se encuentra en el art. 29.b de la CADH; *cfr.* CoIDH. (2012). *Furlan y familiares... supra*; §123.

¹²⁰ Medellín Urquiaga, X. (2013). Principio pro persona. En *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México: SCJN-OMACNUDH-CDHDF.

ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria¹²¹. A su vez, la Suprema Corte ha explicado que el principio *pro persona* es «un criterio de interpretación de las normas relativas a derechos humanos, el cual busca maximizar su vigencia y respeto, para optar por la aplicación o interpretación de la norma que los favorezca en mayor medida, o bien, que implique menores restricciones a su ejercicio»¹²².

De esta manera, se debe argumentar que la opción interpretativa que cumple a cabalidad con el mandato *pro persona* es la funcional *supra* propuesta, en detrimento de aquella categórica que pudiera considerarse. Una interpretación funcional del principio de relatividad no solo debe ser escogida por todo lo hasta aquí desarrollado, sino que también debe preferirse, de acuerdo con las exigencias derivadas del principio *pro persona*, en razón de su mayor capacidad para proteger de mejor manera los derechos de las personas afectadas por la exclusión legislativa argumentada. Esto debido a que es claro que esta interpretación provee de un recurso judicial efectivo para declarar la violación de derechos ocasionada por la exclusión normativa, algunos de los cuales configuran normas imperativas, y para ordenar la reparación más adecuada que permita el pleno goce de los derechos vulnerados, que es la inclusión en ley de los grupos o categorías de personas indebidamente excluidas.

Así, un mayor número de personas quedarán protegidas por el rango de acción del juicio de amparo, como recurso de protección judicial, materializando una vía para que las personas excluidas puedan acceder a la justicia y obtener una debida reparación que no solamente les restituya en el goce de sus derechos, sino que afronte la realidad de dominación a la que están sometidas y les ofrezca elementos relevantes para trasformarla. Además de ello, el juicio de amparo se convertirá en un recurso idóneo para resarcir las exclusiones legislativas que trastocan derechos que tienen su base en normas de *jus cogens*, como lo son el principio de igualdad y de no discriminación y la prohibición absoluta de toda forma de tortura y malos tratos, y cuyo cumplimiento no puede ser dejado a la discrecionalidad política del poder legislativo, sino que exige su plena garantía, incluso si ello implica que el poder judicial tome un papel decidido de forma que no se consienta su violación constante y permanente en el tiempo.

Así las cosas, y tomando en consideración: la obligación constitucional de regular los servicios de salud, la manifiesta exclusión legislativa del poder legislativo local de las mujeres como beneficiarias de la interrupción legal de su embarazo, la naturaleza vinculante y contramayoritaria 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, 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

¹²¹ Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto; p. 163. También: Castilla, K. (2009). El principio *pro persona* en la administración de justicia, en *Cuestiones constitucionales*. 65-83. Núm. 20, enero-junio 2009; pp. 69-70.

¹²² SCJN. (2014). Tesis 1a. CCCXXVII/2014, de rubro: 'PRINCIPIO PRO PERSONA. REQUISITOS MÍNIMOS PARA QUE SE ATIENDA EL FONDO DE LA SOLICITUD DE SU APLICACIÓN, O LA IMPUGNACIÓN DE SU OMISIÓN POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE'. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala. Octubre de 2014. Registro e-SJF: 2007561. En ese mismo sentido, la ColDH ha afirmado que, como tribunal dedicado a defender los derechos humanos, debe primar el principio *pro persona* en sus decisiones; *cfr.* ColDH. (2006). *Comunidad indígena Sawhoyamaxa... supra*; §162.

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.