

# INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR MOTIVOS DE SALUD, APUNTES PARA LA IGUALDAD: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL AMPARO EN REVISIÓN 1388/2015 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Alex Ali MÉNDEZ DÍAZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Embarazo y salud, la perspectiva de la igualdad*. III. *Marisa, la mujer que reclamó justicia*. IV. *La sentencia, tres enfoques de la igualdad*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La interrupción del embarazo como fenómeno regulado por el derecho puede ser analizado desde distintos enfoques; uno de ellos es su impacto en el ejercicio del derecho a la igualdad, es decir, cómo es que la forma en que se regula provoca condiciones de desigualdad y discriminación<sup>1</sup> para las mujeres.<sup>2</sup>

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste (Oaxaca); maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinador de Documentación y Litigio de Casos en el Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., director de litigio en México Igualitario, derribando las barreras, A. C. Las reflexiones que se exponen son a título personal.

<sup>1</sup> Para profundizar el análisis sobre el tema véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México*, México, 2013, del mismo autor se puede consultar: *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México*, México, 2015; *Violencia sin interrupción*, México, 2017; *La pieza faltante. Justicia reproductiva*, México, 2018.

<sup>2</sup> No se pierde de vista que actualmente las reflexiones sobre las categorías mujer y hombre se han ampliado involucrando otros puntos de intersección además

Actualmente prevalece la noción de que la regulación de la interrupción del embarazo corresponde a la materia penal y, por ende, cada entidad federativa tiene un sistema de causales en su Código Penal que determina cuándo esa práctica se considera legal.

El resultado de esta forma de abordar jurídicamente el tema es que en México se tienen 33 sistemas normativos penales (uno federal y 32 locales), cada uno con una regulación con elementos en común y diferencias bien identificadas. En consecuencia, algunas entidades federativas tienen una regulación más garantista que otras generando una afectación al derecho a la igualdad de las mujeres.

Este paradigma que delega a los órganos legislativos locales la potestad normativa en este tema se basa en la premisa de que la Constitución no tiene nada que decir al respecto; de esta supuesta ausencia del discurso constitucional se hace derivar la libertad de decisión.

A través del análisis de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o la Corte) en el amparo en revisión 1388/2015<sup>3</sup> (en adelante *sentencia 1388* o *la sentencia*) se expone el equívoco del presupuesto que sostiene al paradigma competencial en torno a la regulación de la interrupción del embarazo.<sup>4</sup>

---

de la referencia exclusiva al sexo; ahora es posible distinguir entre sexo, género, orientación o identidad sexual, etcétera. Sin que implique un desconocimiento de las identidades trans, no binarias, etcétera, en este artículo las categorías mujer y hombre se utilizan como identidades cisgénero en el entendido de que el embarazo no es un fenómeno que le es exclusivo. Esta decisión obedece a lo inconcluso del debate sobre la sustitución de la categoría mujer por cuerpo gestante u otros similares y de que para su manejo se requiere situarse en otros marcos epistemológicos que escapan a los alcances de este trabajo. Véase nota 14 en la sentencia que se analiza.

<sup>3</sup> Amparo en revisión 1388/2015, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto por unanimidad de 5 votos en sesión pública de 15 de mayo de 2019.

<sup>4</sup> Para un acercamiento inicial a los pronunciamientos de la Suprema Corte sobre la interrupción del embarazo, véase Méndez Díaz, Alex Ali, “Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género”, en Núñez Robledo, Lucía y Raphael de la Madrid, Lucía (coord.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

La sentencia en estudio aborda las dificultades a las que se enfrentó Marisa<sup>5</sup> para intentar acceder a la interrupción de su embarazo por motivos de salud. El resultado es una decisión paradigmática en diversos ámbitos, en este artículo se abordan algunos que tienen que ver con el derecho a la igualdad de las mujeres.

El argumento en este trabajo es que la sentencia 1388 permite fortalecer el derecho a la igualdad de las mujeres desde tres enfoques: en relación con los hombres, en relación con otras mujeres y frente a las instituciones del Estado.

La igualdad de las mujeres en relación con los hombres se da, a su vez, desde dos puntos de vista: uno formal, referente al acceso a la justicia porque visibiliza la necesidad de evaluar las reglas procesales con perspectiva de género, y otro material, porque permite el entendimiento diferenciado del derecho a la salud.

La igualdad entre mujeres se potencializa porque la titularidad del derecho a la salud, proyectado desde su desarrollo constitucional y convencional, les corresponde en su calidad de habitantes del territorio nacional más allá de las reglas de competencia material o geográfica de las normas ordinaria (penales, de salud, etcétera).

Finalmente, el desarrollo constitucional del derecho a la salud potencializa la exigencia de igualdad de las mujeres frente al Estado porque al mismo tiempo que su núcleo esencial se amplía para incluir el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos, también se coloca fuera del alcance de los poderes constituidos a nivel federal y local.

## II. EMBARAZO Y SALUD, LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD

El análisis que se desarrolla en este artículo se proyecta a partir de la combinación de las nociones constitucionales de los derechos a la igualdad y a la salud. En relación con el primero, el párrafo inicial del artículo 1o. de la Constitución federal establece una cláusula

---

<sup>5</sup> Para la protección de datos personales de la parte quejosa se utiliza el nombre ficticio que aparece en la versión pública del engrose de la sentencia.

general de igualdad cuando refiere que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”.

En el mismo tenor, el primer párrafo del artículo 4o. constitucional señala que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”; de esta manera, la igualdad con una perspectiva de género se integra como un derecho fundamental estableciendo

una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, esto es, frente a la ley deben ser tratados por igual, es decir, busca garantizar la igualdad de oportunidades para que la mujer intervenga activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, sin distinción alguna por causa de su sexo, dada su calidad de persona; y también comprende la igualdad con el varón en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de responsabilidades.<sup>6</sup>

En relación con el derecho a la salud, el cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.

Para el estudio de los alcances de la sentencia 1388 en materia de igualdad, se toma como referencia la premisa, desarrollada por Ferrajoli, de que la *igualdad* contenida en el marco constitucional “reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Tesis 1a./J. 30/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, Décima Época, abril de 2017, t. I, p. 789. Véase también Tesis 1a. CLII/2007, IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4O., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, julio de 2007, t. XXVI, p. 262.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Trotta, 2004, p. 79.

Así, Ferrajoli distingue el término *igualdad* del de *diferencia*. De acuerdo con el autor, el primero “es [un] término normativo: quiere decir que los *diferentes* deben ser tratados y respetados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla”.<sup>8</sup> Diferencia, en cambio, “es [un] término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus deferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”.<sup>9</sup>

Desde el punto de vista normativo, el texto constitucional es derecho positivo que vincula al cumplimiento de diversas obligaciones. La igualdad así entendida se predica respecto de la titularidad de los derechos fundamentales “configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”.<sup>10</sup>

En estos términos, la sentencia 1388 involucra el estudio de la igualdad asociada al ejercicio del derecho a la salud con perspectiva de género. No cabe duda de que conforme al marco constitucional ya citado, tanto hombres como mujeres, gozan del derecho a la salud; sin embargo, las diferencias anatómicas entre unos y otras implica que sus necesidades en materias de salud también son distintas.

Esto lógicamente requiere una variación en el tipo de servicios médicos, los cuales deben atenderse de forma igualitaria para evitar que las diferencias corporales deriven en desigualdades y se traduzcan en un trato discriminatorio. En el caso de las mujeres, la atención obstétrica durante el embarazo, parto y puerperio resulta fundamental para el ejercicio de su derecho a la salud.

Como lo reconocerá la propia sentencia,

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 76.

[e]l embarazo es un proceso biológico que sólo experimentan las personas que poseen aparato reproductor femenino. Este proceso tiene un plazo fatal de terminación, aunque no se intervenga en su desarrollo. Además —como es el caso— cuando el embarazo produce o exagera riesgos en la salud de una persona, éstos tienden a acrecentarse a medida que éste avanza.<sup>11</sup>

Conforme a lo anterior, el embarazo representa la diferencia paradigmática entre hombres y mujeres que necesariamente debe tomarse en cuenta para que la salud como derecho fundamental tenga los mismos alcances y garantías a pesar de las diferencias anatómicas.

Hasta este punto, parece que el argumento no presenta objeción, pero ¿qué sucede cuando al análisis se integra la variable del acceso a la interrupción del embarazo?, ¿el aborto terapéutico es un servicio médico amparado por el marco constitucional y convencional del derecho a la salud?

Esta es la pregunta que se abordó en la sentencia 1388 y cuyo estudio se desarrolla en este trabajo desde la perspectiva del derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho a la salud para las mujeres.

Es necesario aclarar que en este artículo el marco normativo y conceptual sobre la interrupción del embarazo se limita a aquellas situaciones en las que ésta se propone, decide y realiza en circunstancias en las que la gestación representa una afectación o un riesgo a la salud de la mujer. No es un análisis sobre la despenalización del aborto.

### III. MARISA, LA MUJER QUE RECLAMÓ JUSTICIA

Las sentencias, sobre todo las constitucionales vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales no son solo documentos, son, principalmente, una parte de la historia de la vida de las personas que acuden en busca de justicia. La sentencia 1388 no es la excepción, es la

---

<sup>11</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, p. 36.

historia de Marisa, mujer a quien una institución pública le negó el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. A continuación se exponen los hechos que motivaron la resolución, así como el desarrollo procesal del juicio antes de llegar a la Corte.

### 1. *Los hechos*<sup>12</sup>

El 24 de septiembre de 2013, personal de un hospital del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) le informó a Marisa que estaba embarazada. Los doctores le hicieron saber que por su edad y antecedentes clínicos su embarazo era considerado de alto riesgo. Debido a una amenaza de aborto permaneció internada del 25 al 28 de ese mes.

El 14 de octubre, Marisa presentó nuevamente molestias, sangrado y contracciones. Fue internada por otra amenaza de aborto. Al día siguiente fue dada de alta y 16 días después le informaron que además de los riesgos a su salud, el feto presentaba síndrome de Klinefelter.

Debido a todas estas complicaciones, en distintas ocasiones Marisa solicitó verbalmente a los médicos del hospital que interrumpieran su embarazo; sin embargo, solo recibía evasivas y negativas. Ante estas circunstancias, el 6 de noviembre lo solicitó por escrito, argumentó su derecho a la salud frente al alto riesgo que representaba su embarazo.

A la solicitud anexó la opinión de un médico cirujano con especialidad en ginecología y obstetricia. En el documento se detalló que Marisa cursaba un embarazo de alto riesgo; también se precisó

---

<sup>12</sup> La narración de los hechos que se presentan son un resumen de lo expuesto en la versión pública de la sentencia, de esta manera se ha tenido cuidado en la protección de datos personales y sensibles. Para una versión detallada véase Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 1-3. Para una versión narrada por la propia quejosa véase Grupo de Información en Reproducción Elegida A. C., 15 de mayo de 2019, *Margarita, causal salud*, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=IIQirBnI5Vc#action=share>.

que enfrentaba el riesgo de sufrir malnutrición y la obstrucción del intestino delgado por hernia interna debido a una cirugía previa. La opinión médica concluía con la recomendación de interrumpir el embarazo.

Ante la falta de respuesta por parte del hospital, Marisa no quiso seguir arriesgando su salud y acudió a una clínica particular para interrumpir su embarazo.

El 20 de noviembre de 2013, Marisa recibió por correo la respuesta de las autoridades responsables. Ignorando los argumentos expuestos sobre los riesgos a su salud, el hospital resolvió que la interrupción del embarazo no era procedente porque el feto podría ser autosuficiente aunque tuviera síndrome de Klinefelter. Además, indicó que el ISSSTE es una institución de salud del ámbito federal que se rige por el marco normativo de la Ley General de Salud, misma que no contempla la interrupción legal del embarazo.

## 2. *La búsqueda de justicia*

Marisa interpuso una demanda de amparo contra la respuesta del ISSSTE.<sup>13</sup> Se desarrollaron principalmente dos planteamientos: uno relacionado con el impacto de la intervención del derecho penal en el ejercicio de los derechos de las mujeres; el otro, referente al alcance diferenciado del derecho a la salud de las mujeres.<sup>14</sup>

En la línea argumentativa sobre el derecho penal, la demanda buscaba visibilizar las consecuencias de la ausencia de la causal salud en el Código Penal Federal como causa de no punibilidad; en ese sentido se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal<sup>15</sup> como las normas que tácita-

---

<sup>13</sup> Amparo indirecto 1298/2013, Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México.

<sup>14</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 9 y ss.

<sup>15</sup> Código Penal Federal.

Artículo 333. No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

mente prohíben al ISSSTE llevar a cabo la interrupción del embarazo cuando se afecta la salud de la mujer.

En cuanto al derecho a la salud, la demanda propuso que tratándose de las mujeres, éste debe incluir el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. Se sostuvo que una concepción de la salud basada en la igualdad requiere abordar su estudio desde un enfoque diferenciado tomando en cuenta las consecuencias biológicas y anatómicas que se llevan a cabo en su cuerpo durante el proceso reproductivo.

De esta manera, se argumentó que en el caso de las mujeres la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos debe entenderse como un servicio médico amparado por el derecho a la salud reconocido constitucionalmente a todas las personas. Se sostuvo que la diferencia anatómica entre hombres y mujeres hace necesario que el derecho a la salud que se predica en igualdad de condiciones para unos y otras incluya aquellos servicios propios de estas diferencias físicas.

Al resolver el amparo, el juez de distrito determinó sobreseer la impugnación contra el Código Penal Federal por considerar que no hubo un acto de aplicación en perjuicio de Marisa.<sup>16</sup> En este sentido, sostuvo que

...la ilegal negativa a practicar un aborto a la quejosa, no es un acto de aplicación de la norma combatida, porque los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal, no le fueron aplicados a la quejosa en su beneficio, ni se le dejaron de aplicar, expresa ni tácitamente, en tanto que ello, no es una facultad que corresponda aplicar a las autoridades responsables, sino una potestad de la autoridad ministerial o judicial del orden penal, para el caso de que se haya consumado el delito, por tratarse precisamente de cuestio-

---

Artículo 334. No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.

<sup>16</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 5-7 y 15-17.

nes excluyentes de responsabilidad, por tanto, corresponde única y exclusivamente a las autoridades administrativas y judiciales del orden penal determinar si concurren o no, en el hecho típico, alguna de esas excluyentes.<sup>17</sup>

En cuanto a los argumentos sobre la violación del derecho a la salud, el juez también resolvió sobreseerlo; consideró que la interrupción del embarazo realizada de forma previa a la tramitación del amparo provocó la falta de materia en el juicio. Desde su perspectiva, “sería jurídicamente imposible que surtiera efecto alguno la posible concesión del amparo, por haber dejado de existir el objeto o la materia de dicho acto”;<sup>18</sup> además refirió que

...de considerar que la negativa a interrumpir el embarazo de la quejosa, resultara inconstitucional, sería jurídicamente imposible que la protección constitucional pudiera surtir efecto alguno, pues éste sería indudablemente el de obligar a la autoridad responsable a practicar el aborto negado, cuando ha desaparecido la materia de dicha negativa, al haberse practicado esa interrupción la propia quejosa.<sup>19</sup>

En contra de la sentencia se presentó un recurso de revisión atacando ambos sobreseimientos.<sup>20</sup> Se hicieron valer esencialmente los siguientes agravios:

- La falta de estudio del fondo del asunto se debe a la ausencia de la perspectiva de género en el análisis de las reglas procesales. Su aplicación de forma generalizada para hombres y mujeres provoca para ellas un impacto diferenciado perjudicial en el acceso a la justicia porque no toma en cuenta las implicaciones de un embarazo.

---

<sup>17</sup> Amparo indirecto 1298/2013, *cit.*, p. 10.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 7 y 18-22.

Siguiendo el criterio del juez de distrito, para que Marisa intentara acceder a la justicia debía continuar con el embarazo de alto riesgo; esto es, debía exponerse al daño a su salud. Además, el embarazo como hecho biológico tiene una duración determinada; incluso en el caso de que decidiera asumir el riesgo para continuar con el juicio de amparo, no era posible garantizar que la sentencia definitiva se pudiera dictar antes de su término natural.

- El estudio de constitucionalidad de los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal no requiere un acto de aplicación ya que se impugnaron como autoaplicativos en tanto que se considera que en su parte valorativa contienen un mensaje discriminatorio y estigmatizante contra las mujeres.
- Para asegurar el ejercicio del derecho a la salud en condiciones de igualdad es necesario que una parte de su contenido se desarrolle tomando en cuenta las diferencias anatómicas entre hombres y mujeres.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reasumió su competencia<sup>21</sup> para resolver el recurso de revisión y de esta manera se llegó a la sentencia que se analiza en este trabajo.

#### IV. LA SENTENCIA, TRES ENFOQUES DE LA IGUALDAD

A partir de la exigencia de Marisa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó en sus manos el debate sobre los alcances del derecho a la salud de las mujeres y su relación con la interrupción del embarazo. La sentencia se configura como un importante precedente que permitirá a las mujeres impulsar la igualdad en el ejercicio de este derecho.

---

<sup>21</sup> Solicitud de reasunción de competencia 35/2014, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministra Ponente Olga María del Carmen Sánchez Cordero, resuelto por mayoría de tres votos en sesión pública del 23 de septiembre de 2015.

Como se expuso en la introducción, la sentencia 1388 permite construir por lo menos tres líneas argumentativas en materia de igualdad de las mujeres: en relación con los hombres, en relación con otras mujeres y frente a las instituciones del Estado. A continuación se desarrollan estos enfoques.

### 1. *Igualdad entre mujeres y hombres*

La titularidad del derecho a la salud se reconoce por igual a todas las personas; sin embargo, como ya se dijo, un cuerpo con útero requiere determinados servicios médicos que son distintos de aquellos que requieren los cuerpos que tienen pene y de aquellos con algún grado de intersexualidad.

En este sentido, es necesario que el desarrollo conceptual del derecho a la salud dé cuenta de esta diferenciación corporal de tal manera que ninguna persona, y en especial las mujeres, sea excluida de la satisfacción de los servicios médicos que necesite.

Ahora bien, la igualdad no solo debe referirse a las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho a la salud; también implica la posibilidad de activar los mecanismos que, a modo de garantía, permitan denunciar eficazmente su vulneración. Lo anterior, en el entendido de que las diferencias corporales y los procesos biológicos propios de cada uno, tampoco pueden representar un parámetro directo o indirecto de exclusión en el acceso a la justicia.

De esta manera, el enfoque relacionado con la igualdad entre hombres y mujeres tiene al menos dos aristas, uno sobre el derecho de acceso a la justicia y el otro en relación con el entendimiento diferenciado del derecho a la salud.

#### *A. El acceso a la justicia desde la perspectiva de género*

Marisa reclamó su derecho a la salud vinculado con un fenómeno exclusivo de su corporalidad como mujer como lo es el hecho de afrontar un embarazo de alto riesgo. El análisis constitucional

que realizó la Primera Sala permite mostrar que los reclamos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales vinculados a experiencias exclusivas de las mujeres requieren un ajuste para evitar que una aplicación general de la norma arroje como resultado la imposibilidad de acceder a la justicia.

Como se describió, en la sentencia del amparo indirecto el juez de distrito consideró actualizada una causal de improcedencia<sup>22</sup> del juicio. Dijo que si el reclamo constitucional se fundaba en la negativa de proporcionar un servicio de salud como lo es la interrupción del embarazo de alto riesgo, una vez que la quejosa accedió a él ya no era posible continuar el juicio porque la sentencia que eventualmente otorgara la protección constitucional no podría materializarse. Este análisis del juez de distrito corresponde a una aplicación general del derecho sin considerar el impacto diferenciado que produce sobre ciertas poblaciones.

La sentencia 1388 da cuenta de la discriminación que se provocaría al aplicar de forma general las reglas de procedencia del juicio de amparo sin tomar en cuenta las diferencias corporales entre hombres y mujeres.

Conforme a este análisis, la Corte sostuvo que “la concepción restringida de las normas de procedencia complica el acceso a la justicia de las mujeres cuando se trata de interrupción de embarazo”.<sup>23</sup> Siguiendo con este argumento la sentencia señala que

...la procedencia del amparo en los casos en que las mujeres pretenden combatir un presunto accionar autoritario de las autoridades encargadas de facilitarles el acceso o proveerles servicios relacionados con el embarazo, debe estudiarse también con perspectiva de género. Una aproximación de esta naturaleza a las reglas de procedencia del juicio de amparo, en particular la relativa

---

<sup>22</sup> El juez consideró actualizada la causal contemplada en la fracción XXII del artículo 61 de la Ley de Amparo que señala la improcedencia del juicio “cuando subsista el acto reclamado pero no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o materia del mismo”.

<sup>23</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, p. 34.

a la *desaparición* del objeto del juicio, impediría que las vicisitudes de un proceso biológico como el embarazo, que sólo pueden experimentar las personas que tienen aparato reproductor femenino, determine su acceso a la restitución de derechos y a la corrección de las autoridades que es propia del juicio de amparo.<sup>24</sup>

En los mismos términos, la Corte continuó exponiendo que

...las interpretaciones de las normas podrían ser discriminatorias cuando no responden razonablemente a las diferencias, ya sean inherentes a las personas o creadas por el orden social, en particular cuando estas diferencias están asociadas a marginación social, política o económica, como ocurre con las diferencias de identidad sexo-genérica que tienden a colocar en desventaja a las mujeres y a las personas de la diversidad sexual.

...

Así, tal como aduce la quejosa, si la causal de cesación de efectos o por haber dejado de existir el objeto o materia del acto reclamado fuera aplicada tajantemente en todos los casos donde se utiliza este recurso para inconformarse por violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades en cuestiones relacionadas con el embarazo, el resultado sería que la institución del amparo, y la restitución de derechos que ésta facilita, fueran —las más de las veces— inaccesibles a las mujeres cuando las autoridades les obstaculicen o nieguen su acceso a un servicio de salud que solo ellas necesitan...

Estas actuaciones presumiblemente arbitrarias y violatorias de derechos humanos... quedarían muy probablemente fuera del escrutinio constitucional, en virtud de un evento incontrolable que, además, aumenta significativamente la vulnerabilidad de las personas...

La quejosa también tiene razón cuando argumenta que en los casos de negativa de prestación de servicios de aborto, estos asuntos quedarían pronto sin materia, sea porque el embarazo cumplió su ciclo natural, sea porque la mujer decide no someterse heroicamente al riesgo —para el caso de salud o peligro de muerte—; a la violencia de la continuación —en el caso de violación—, o al sufrimiento físico y mental de un embarazo con malforma-

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 35.

ciones congénitas, con el mero propósito de preservar la materia de juicio. Esto significa que el amparo y la restitución de derechos que en él se persigue resultaría inaccesible para las mujeres en razón de una diferencia biológica, salvo que éstas opten por comportamientos heroicos, los cuales ni siquiera garantizan que la materia del juicio se preserve, pues el embarazo de todos modos terminará y —no pocas veces— esto ocurrirá antes de un pronunciamiento de fondo.<sup>25</sup>

De esta manera, la sentencia expone la necesidad de utilizar la perspectiva de género para evaluar el impacto de las normas procesales del juicio de amparo. El mismo razonamiento puede extenderse a cualquier otro medio que funja como garantía para la eficacia de los derechos fundamentales.

#### B. *Alcance diferenciado del derecho a la salud*

Otro de los elementos desarrollados en la sentencia 1388 que permite avanzar en una conceptualización de la igualdad de las mujeres en relación con los hombres es el entendimiento diferenciado de los alcances del derecho a la salud para unos y otras.

Si solo las mujeres pueden embarazarse, el estudio del derecho a la salud lo debe tomar en cuenta para que las consecuencias que este proceso tiene en su vida y su cuerpo se encuentren protegidas en igualdad de condiciones que las de los hombres.

Laurence H. Tribe, retomando los estudios de Estrick y Sullivan, expone elementos que ayudan a entender con claridad esta idea:

Durante el periodo de nueve meses, el útero de una mujer aumenta de 500 a 1000 veces su tamaño. Su peso corporal aumenta 12 kilogramos o más. Incluso un embarazo saludable puede estar acompañado de frecuente micción, retención de agua, náuseas y vómitos, así como de respiración fatigosa, dolor de espalda y cansancio.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 37.

Cada embarazo también implica un riesgo médico considerable. Hasta 30% de las mujeres embarazadas tienen complicaciones médicas mayores, mientras que un 60% presenta algún problema. Las contracciones y el parto vaginal representan demandas físicas dolorosas y únicas que pueden durar muchas horas e incluso días. La cesárea (requerida en la práctica médica actual, en uno de cada cuatro nacimientos de bebés vivos) implica cirugía invasiva, incluyendo una incisión abdominal y anestesia general.<sup>26</sup>

La Corte plantea esto por primera vez en sede constitucional a partir de dos pronunciamientos concretos: el primero relacionado con un entendimiento diferenciado del derecho a la salud para hombres y mujeres; el segundo, señalando de manera concreta que el acceso a la interrupción de un embarazo por motivos terapéuticos debe garantizarse como parte del derecho a la salud tutelado por el artículo 4o. constitucional.

En relación con el primer aspecto, la sentencia señala que

...La no discriminación dentro de los servicios de salud exige que los servicios de salud garanticen las condiciones para que las mujeres puedan atender efectivamente sus necesidades en salud y para que los servicios que únicamente son requeridos por las mujeres, como la interrupción de un embarazo por riesgos asociados con éste, se presten en condiciones de seguridad.<sup>27</sup>

En los mismos términos, la Corte expone claramente

...que toda mujer tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar, entre éstas, el acceso universal a los servicios más amplios posibles de salud sexual y reproductiva, incluidos los asociados con el embarazo en todas sus etapas y en todas sus vicisitudes, sin ningún tipo de coacción o discriminación. Esto abarca la obligación del Estado de prevenir razonablemente los riesgos asociados con el

---

<sup>26</sup> Tribe, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012, p. 257.

<sup>27</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, p. 54.

embarazo y con el aborto inseguro, lo que, a su vez, abarca tanto una valoración adecuada, oportuna y exhaustiva de los riesgos que el embarazo representa para la restauración y protección de la salud de cada persona, como el acceso pronto a los servicios de aborto que resulten necesarios para preservar la salud de la mujer embarazada.<sup>28</sup>

También se señala que

...la interrupción del embarazo por razones de salud... debe estar garantizado como un servicio de atención médica al que las mujeres tienen derecho en los casos en que la práctica de la interrupción del embarazo es necesaria para resolver una cuestión de salud. El acceso a una interrupción del embarazo por riesgo a la salud, como un servicio de atención médica, incluye tanto el acceso a una valoración apropiada de los riesgos asociados con el embarazo como a los procedimientos adecuados para interrumpir los embarazos riesgosos, si así lo solicitare la mujer.<sup>29</sup>

En estas condiciones, la Suprema Corte concluye que “cuando las mujeres solicitan servicios específicos que sólo ellas requieren, como la interrupción del embarazo por motivos de salud, la negación de dichos servicios y las barreras que restringen o limitan su acceso, constituyen actos de discriminación y una violación al derecho a la igualdad ante la ley”.<sup>30</sup>

## 2. *Igualdad entre mujeres*

La igualdad no solo requiere un estudio diferenciado entre hombres y mujeres. La configuración del federalismo en México también hace necesario que ésta se analice tomando en cuenta a unas mujeres respecto de otras.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 54.

Como se dijo en la introducción, la libertad de configuración normativa de los órganos legislativos como se ha entendido tradicionalmente permite el desarrollo de distintas regulaciones sobre una misma materia dependiendo de la entidad federativa de que se trate.

Por otro lado, también tradicionalmente la conceptualización del acceso a la interrupción del embarazo aborto como un derecho para las mujeres se ha hecho depender del diseño del delito de aborto en cada uno de los códigos penales a nivel local y federal.

Lo anterior ha permitido que en México diversas<sup>31</sup> entidades federativas implícitamente prohíban la interrupción legal del embarazo en casos en que éste afecte la salud de la mujer. En el mismo orden, otras entidades<sup>32</sup> la prohíben tácitamente cuando la vida de la mujer esté en riesgo.

Desde el marco constitucional estas leyes que no establecen excluyentes de responsabilidad o condiciones de no punibilidad para la interrupción del embarazo que provoque afectaciones a la salud de la mujer o que ponga en peligro su vida, son violatorias de los derechos de las mujeres porque criminalizan automáticamente a quien decida interrumpir su embarazo para salvar su vida o preservar su salud.<sup>33</sup> También se sanciona al personal médico que cumple con su función de garantizar esos derechos a las mujeres. Este tipo de normas penales se traducen en un mandato para que las mujeres continúen con su embarazo aún a costa de su salud o de su propia vida.

---

<sup>31</sup> Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Coahuila, Durango, Guanajuato, Estado de México, Morelos, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Veracruz y Yucatán.

<sup>32</sup> Campeche, Chihuahua, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán y Querétaro.

<sup>33</sup> Para un análisis completo de la diferencia entre excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad véase González Barreda, María de Pilar, “Entre excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad: reflexiones respecto al delito de aborto”, en Galeana, Patricia (coord.), *Por la descriminalización de las mujeres en México*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2017.

Ante este escenario, el aporte de la sentencia 1388 es la ampliación, en sede constitucional, del parámetro de protección del derecho a la salud de las mujeres para incluir en su contenido a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos:

...el aborto motivado por riesgos a la salud, y su adecuada y oportuna prestación, integran el ámbito normativo del derecho a la salud y su protección —tal se contempla por la Constitución, los tratados internacionales, la doctrina constitucional de esta Primera Sala y la jurisprudencia de la Corte Interamericana— pues se trata de una acción cuyo objetivo primordial es promover, preservar o restaurar la salud de la persona embarazada, incluida la consecución de un estado de bienestar físico, mental y social, y que también se configura como el cumplimiento y garantía efectiva de los derechos a estar libre de discriminación, a gozar de una vida digna, a la libertad —en su vertiente de autonomía y libre desarrollo de la personalidad— y a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada. Derechos que —como ha quedado expuesto— en su interrelación con el derecho a la salud y a su protección implican que las mujeres accedan, sin distinciones arbitrarias, a servicios de salud que sólo ellas necesitan, con respeto y garantía de sus decisiones respecto a la propia salud, proyecto de vida y entendimientos individuales de bienestar.<sup>34</sup>

En materia de igualdad, la consecuencia de la construcción de estos argumentos en sede constitucional es que el derecho a la salud así entendido se convierte en el parámetro de referencia cuya vigencia se extiende a todo el territorio nacional. Se pasa de un estado en el que la legislación penal de cada entidad federativa definía los alcances del derecho a la salud en relación con la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos, a uno en donde la interpretación constitucional aquí expuesta se les sobrepone en favor de las mujeres.

A partir de este precedente, no hay unas mujeres con el derecho a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos y otras

---

<sup>34</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 59 y 60.

sin él. Este servicio médico deja de estar circunscrito a la redacción de las normas penales de cada entidad federativa para incluirse vía interpretación constitucional, como se verá, en una norma de aplicación general para todo el país.

Lo que antes significaba para las mujeres la necesidad de trasladarse a una entidad federativa que tuviera contemplada esta posibilidad en el Código Penal, ahora la exigencia tiene un sustento constitucional amparado por igual en todo el territorio nacional. En este tema, deja de haber unas mujeres con más derechos que otras.

### 3. *Igualdad de las mujeres frente al Estado*

La sentencia 1388 también establece lineamientos claros para que las mujeres exijan a las instituciones del Estado el respeto a su derecho a la salud con este enfoque de igualdad en relación con los hombres y también con otras mujeres.

El discurso constitucional sobre la interrupción del embarazo por motivos de salud contenido en esta sentencia pone a disposición de las mujeres una serie de argumentos que les permitirá apropiarse del ejercicio de su derecho con independencia de las nociones políticas o partidistas que se desarrollen en la entidad federativa en que habiten.

Al proyectarse la interrupción del embarazo por motivos de salud como un servicio amparado por el derecho a la salud de las mujeres, su conceptualización constitucional lo sustrae de muchos de los argumentos, surgidos y desarrollados desde el derecho penal, que históricamente han representado un obstáculo para que las mujeres accedan a este servicio médico.

De esta manera, la sentencia devuelve a las mujeres la potestad de reclamar el ejercicio de sus derechos a partir de un paradigma en donde el fundamento de su exigencia se proyecta desde la Constitución y no desde legislaciones locales en materia penal o de salud. Esta proyección se dirige a las tres esferas de gobierno y a los diferentes poderes conforme se expone a continuación.

### A. *Para las instituciones de salud*

En relación con los servicios de salud, principalmente los del sector público, la sentencia 1388 aborda dos temas primordiales. Por un lado, la distinción entre los sujetos obligados por las normas penales y aquellos que lo están por la legislación en materia de salud; por el otro, se reconoce y establece la obligación de garantizar el servicio más allá de los estándares legales establecidos en leyes ordinarias (códigos penales, leyes de salud, etcétera).

En relación con el primer tema, la sentencia permite separar dos tipos de normas materiales: las sanitarias dirigidas al personal de salud y las penales cuya aplicación está encargada a las autoridades en materia penal (juzgados penales, fiscalías, etcétera).

La sentencia confirma el sobreseimiento decretado por el juez de distrito validando su decisión en el sentido de que la aplicación de los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal “*no es una facultad que corresponda a las autoridades responsables, sino una potestad de la autoridad ministerial o judicial del orden penal*, para el caso de que se haya consumado el delito por tratarse precisamente de excluyentes de responsabilidad”.<sup>35</sup>

De lo anterior se desprende que el personal de salud no es competente para invocar la norma penal al momento de resolver lo relacionado con un servicio médico, en este caso, la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. La norma que vincula de manera inmediata el actuar de este personal son las que corresponden a la materia sanitaria.

Este razonamiento ya había sido sostenido por la Corte en otras decisiones<sup>36</sup> y además es coherente con su pronunciamiento en la misma sentencia cuando establece que

---

<sup>35</sup> Amparo indirecto 1298/2013, *cit.*, p. 10.

<sup>36</sup> Véase Amparo en revisión 601/2017, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente José Fernando Franco González Salas, resuelto por unanimidad de 5 votos en sesión pública de 4 de abril de 2018; Amparo en revisión 1170/2017, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro

...los hospitales públicos y privados, que existen como consecuencia del derecho a la protección de la salud y de la necesidad de un sistema de aseguramiento —en tanto agentes obligados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas—, no pueden negar u obstaculizar el acceso de las mujeres a la interrupción de embarazo sustentada en la salud porque este procedimiento es necesario para preservarla, restaurarla o protegerla.<sup>37</sup>

Con base en lo expuesto, aunque el Código Penal Federal no describe a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como una hipótesis de no punibilidad, la Primera Sala reconoció que las autoridades de salud violaron el derecho de Marisa al haberle negado dicho servicio médico.

De esta manera, en la sentencia 1388 se aborda el estudio de las obligaciones del Estado para garantizar el derecho a la salud de las mujeres. Al respecto, señala:

En cuanto a la obligación de garantía, el Estado mexicano adquiere el deber de crear las condiciones necesarias de infraestructura, de reglamentación, de recursos humanos y económicos, así como de insumos y condiciones sanitarias para disponer de una capacidad institucional para asegurar que las mujeres accedan a un aborto por motivos de salud como medida necesaria para preservarla, restaurarla o protegerla. Esta obligación abarca, por tanto, proveer y facilitar el acceso efectivo a servicios seguros para la interrupción del embarazo por motivos de salud, como una medida para garantizar el derecho a la protección de la salud y demás derechos humanos involucrados.

De tal manera que los hospitales públicos y privados, que existen como consecuencia del derecho a la protección de la salud y de la necesidad de un sistema de aseguramiento —en tanto agentes obligados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas—, no pueden negar u obstaculizar el acceso de las

---

Ponente José Fernando Franco González Salas, resuelto por unanimidad de 4 votos en sesión pública de 18 de abril de 2018.

<sup>37</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 63 y 64.

mujeres a la interrupción de embarazo sustentada en la salud porque este procedimiento es necesario para preservarla, restaurarla o protegerla.<sup>38</sup>

Por otro lado, la sentencia establece el parámetro de interpretación constitucional de la Ley General de Salud, que al tratarse de una ley general, su ámbito de aplicación corresponde a todo el territorio nacional:

...un entendimiento sistemático de las disposiciones de la Ley General de Salud y del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica permitiría entender que los servicios de aborto por razones de salud deben ser prestados por las instituciones de salud reguladas por la Ley General de Salud, lo que incluye al ISSSTE. No sólo por el debido cumplimiento del derecho constitucional a la salud y su protección, sino porque estos servicios pueden ser claramente caracterizados como servicios de atención médica, tal como está definida y comprendida por las disposiciones legales pertinentes.<sup>39</sup>

De todo lo anterior se desprende que con independencia de lo que establezcan las leyes penales y de salud, locales y federales, las mujeres pueden exigir a las instituciones de salud el cumplimiento de este parámetro constitucional de su derecho a la salud. La claridad con que la Corte desarrolló estas obligaciones no deja lugar a dudas de qué es lo que deben de hacer los servicios de salud para cumplirlas.

### B. *Para los poderes legislativos*

La proyección constitucional de la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como parte del derecho a la salud de las

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 63 y 64.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 71.

mujeres también genera una redimensión de su relación frente a los poderes legislativos.

Si antes el discurso de los derechos de las mujeres se enfocaba en la reforma del derecho penal; a partir de esta sentencia, la carga argumentativa se arroja sobre el poder político depositado en los poderes legislativos, son ellos a quienes desde ahora les corresponde justificar la invasión de la esfera jurídica de los derechos de las mujeres.

En estos términos, el reclamo de las mujeres adquiere una nueva dimensión; pasa de la búsqueda de una reforma a la ley ordinaria, a la exigencia del cumplimiento de un parámetro constitucional del derecho a la salud ya definido.

De esta manera, el marco constitucional se opone a la actividad de los órganos legislativos ordinarios que hasta ahora pretendían ostentar el monopolio de las decisiones normativas en todo lo relacionado con la regulación del acceso a la interrupción del embarazo. A partir de la sentencia 1388 las mujeres tienen nuevos elementos para cuestionar a los poderes legislativos su legitimación para intervenir, a través del derecho penal, en la regulación de sus cuerpos.

Por otro lado, la interpretación de la Corte deja claro que la interrupción del embarazo como parte del ejercicio del derecho a la salud no debe responder a la lógica del derecho penal sino al marco constitucional y legal que regulan los servicios de salud. En estos términos, la Corte sostuvo que en el caso de Marisa

...la normativa federal pudo interpretarse de manera compatible con el derecho a la salud y a su protección para entender que contemplaba la adecuada y oportuna prestación de servicios de aborto por razones de salud, y que fue incorrecto que las autoridades responsables atribuyeran a la Ley General de Salud una prohibición tajante que les impidiera el debido y oportuno cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a salud, impuestas directamente por la Constitución y el parámetro de regularidad constitucional de ese derecho.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 70 y 71.

Por lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó a la conclusión de que, con independencia de la normativa penal,

...las disposiciones de la Ley General de Salud pueden interpretarse en el sentido de garantizar el acceso a servicios de interrupción de embarazo por razones de salud, dado que éstos pueden claramente entenderse como servicios de atención médica prioritaria (proteger a la mujer en el embarazo, parto y puerperio) y como una acción terapéutica adecuada para preservar, restaurar y proteger la salud de las mujeres en todas sus dimensiones.<sup>41</sup>

Conforme a lo que se ha expuesto, la libertad de configuración normativa de los órganos legislativos ordinarios se reduce: ahora su ejercicio, para ser válido, debe someterse a los límites que le impone el parámetro constitucional del derecho a la salud.

### *C. Para las autoridades en materia penal*

El derecho penal se ha consolidado como discurso dominante en los debates sobre la interrupción del embarazo partiendo siempre de la base de la prohibición proyectada a través de la noción del delito de aborto.<sup>42</sup>

En estas condiciones, a fuerza de reiteración, el derecho penal se convirtió en el primer referente jurídico sobre este tema. Bajo esta dinámica, las discusiones terminan por centrarse en la configuración del delito y su sistema de causales.

De esta manera, el derecho penal ha sido el discurso prevaleciente reclamando derecho de antigüedad, impidiendo o dificultando el desarrollo de propuestas discursivas alternas para abordar el fenómeno de la interrupción del embarazo desde el punto de vista jurídico.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>42</sup> Véase Nuñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018.

Como consecuencia, el diseño de las estrategias jurídicas y de incidencia política, atraídas gravitacionalmente por el discurso punitivo, centran los esfuerzos en la modificación del tipo penal; ya sea para despenalizar, para flexibilizar el sistema de causales (agregando las ausentes o eliminando los requisitos que se consideran excesivos) y en último de los casos, se busca la utilización técnica del propio derecho penal para evitar la criminalización de las mujeres.

En este sentido, era necesario el impulso de una propuesta argumentativa que permitiera dismantlar esta maquinaria del discurso penal. El reclamo de Marisa cumplió con este objetivo, permitió cumplirlo al proponer una argumentación constitucional novedosa. Explica la posición de las mujeres ya no solo desde la exigencia política dirigida a los órganos legislativos, sino también desde lo jurídico involucrando a los jueces y juezas a partir de una argumentación basada en la Constitución y no en el derecho penal.

Marisa impulsó un nuevo paradigma para hablar de la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como un derecho sustentado en el marco constitucional. Para ello, como punto de partida se postuló el argumento de que todo aquello que amenace o invada la esfera de derechos de las mujeres debe ser combatido y erradicado no solo desde la arena política sino también, y sobre todo, a través de los medios de control constitucional.

Lo anterior significa combatir al discurso del derecho penal exigiendo su revisión desde una perspectiva constitucional y no solo desde el ámbito de la incidencia política para buscar una reforma a la legislación ordinaria. Es necesario que sea el derecho penal el que tenga que justificar por qué ha invadido la esfera del derecho a la salud de las mujeres y no que sean las mujeres las que tengan que explicar *ad nauseam* por qué el derecho penal debe abandonar la regulación de sus cuerpos.

Desde esta perspectiva, la sentencia 1388 expone:

...que el aborto motivado por riesgos a la salud, y su adecuada y oportuna prestación, integran el ámbito normativo del derecho a la salud y su protección —tal se contempla por la Constitución, los tratados internacionales, la doctrina constitucional de esta Pri-

mera Sala y la jurisprudencia de la Corte Interamericana— pues se trata de una acción cuyo objetivo primordial es promover, preservar o restaurar la salud de la persona embarazada, incluida la consecución de un estado de bienestar físico, mental y social, y que también se configura como el cumplimiento y garantía efectiva de los derechos a estar libre de discriminación, a gozar de una vida digna, a la libertad —en su vertiente de autonomía y libre desarrollo de la personalidad— y a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada. Derechos que —como ha quedado expuesto— en su interrelación con el derecho a la salud y a su protección implican que las mujeres accedan, sin distinciones arbitrarias, a servicios de salud que sólo ellas necesitan, con respeto y garantía de sus decisiones respecto a la propia salud, proyecto de vida y entendimientos individuales de bienestar.<sup>43</sup>

Al establecer que el derecho a la salud de las mujeres incluye la posibilidad de decidir continuar o no con un embarazo cuanto éste implica afectaciones a su salud, establece barreras para la criminalización en tanto que esa decisión se configura claramente como el ejercicio de un derecho.

En el caso de Marisa, la Primera Sala determinó que

Debió entenderse, entonces, que existe riesgo para la salud de la mujer, y, en consecuencia, se justificaría una interrupción de embarazo por motivos de salud, cuando existe probabilidad de que se genere un resultado adverso para el bienestar de la mujer o cuando existe un factor que aumente esta probabilidad. En este sentido, la interrupción del embarazo por motivos de salud busca evitar que se afecte la salud de la mujer o que se le genere un daño...<sup>44</sup>

Con base en este análisis, la Corte llegó a la conclusión de que

...la negativa y la dilación subsecuente de las autoridades señaladas como responsables constituyeron formas de trato cruel, inhu-

---

<sup>43</sup> Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 59 y 60.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 68.

mano y degradante. En efecto, dichas autoridades la obligaron a encarar el riesgo que suponía su embarazo para su salud física y emocional; ignoraron su condición de persona autónoma con capacidad de decisión sobre sus objetivos de salud; la privaron de la certeza de poder lograr esos objetivos de forma segura y médicamente vigilada, y aumentaron su angustia y zozobra sobre el estadio de su embarazo y de su bienestar futuro. Actitudes que lesionaron su derecho a la integridad personal y a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes.<sup>45</sup>

En este sentido, al describirse la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como el ejercicio de un derecho, desde el punto de vista del derecho penal<sup>46</sup> se actualiza para ellas una causa de justificación de fuente constitucional que no permite que la conducta se configure como un delito. De manera correlativa, para el personal de salud se configuraría al mismo tiempo otra causa de justificación consistente en el cumplimiento de un deber.

Dicho en términos del derecho penal, para las mujeres y el personal de salud, la sentencia de la Corte inserta en el sistema punitivo dos causas de justificación para el delito de aborto que por emanar de la propia interpretación constitucional se instaure dejando de lado aquellas normas que abordan al aborto terapéutico como una causa de no punibilidad.

Por otro lado, también cambia la dinámica de la forma en que se ha criminalizado a las mujeres imputándoles el delito de aborto. Con base en lo establecido en la sentencia, si las fiscalías quieren instaurar una causa penal en contra de una mujer que interrumpió su embarazo al amparo de su derecho a la salud, corresponde a esa

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 69 y 70.

<sup>46</sup> Para mayor referencia sobre causas de atipicidad, justificación o inculpabilidad, véase Tesis XXVII.3o.33 P (10a.), SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 406, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DEBE SEÑALAR EXPRESAMENTE POR QUÉ NO SE ACTUALIZA ALGUNA CAUSA DE ATIPICIDAD, JUSTIFICACIÓN O DE INculpABILIDAD EN FAVOR DEL SENTENCIADO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2017, t. III, p. 2359.

autoridad la carga de la prueba para invalidar la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho.

En este sentido, el deber primario de demostrar la falta de justificación de la interrupción del embarazo recae sobre la Fiscalía.

## V. CONCLUSIONES

A partir del análisis de la sentencia 1388 se obtienen diversas conclusiones que de manera individual y en conjunto abonan al fortalecimiento del derecho a la igualdad de las mujeres:

- La perspectiva de género es indispensable para que las mujeres logren un acceso efectivo a la justicia en igualdad de circunstancias que los hombres.
- El derecho a la salud tiene alcances diferenciados para las mujeres. En su caso, incluye la protección constitucional a su decisión de interrumpir su embarazo por motivos terapéuticos; en consecuencia, todas las instituciones de salud del país tienen la obligación de garantizarlo de acuerdo con dicho parámetro.
- El contenido del derecho a la salud de las mujeres, en términos de lo desarrollado por la Corte, tiene su origen en la Constitución y no en el sistema de causales establecido por el derecho penal o cualquier otra norma de carácter ordinario. Todas las mujeres que habiten el territorio nacional son titulares del mismo parámetro de protección.
- Las instituciones de salud en todo el país deben garantizar el derecho a la salud de las mujeres a partir las normas sanitarias que rigen su actuar tomando la interpretación de la Suprema Corte, ello incluye el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos.
- El parámetro de protección del derecho a la salud, desarrollado desde la Constitución, se traducen en un límite a la libertad de configuración normativa de los órganos legislativos y por ende se les ubica en un espacio fuera de la competencia

de decidir sobre esta materia. Toda contradicción normativa proyectada desde la legislación ordinaria carecería de validez.

- El entendimiento de la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como el ejercicio de un derecho implica la limitación del brazo punitivo del Estado al actualizarse una causa de justificación que no permite la configuración del delito.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Trotta, 2004.

GONZÁLEZ BARREDA, María de Pilar, “Entre excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad: reflexiones respecto al delito de aborto”, en GALEANA, Patricia (coord.), *Por la descriminalización de las mujeres en México*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2017.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *La pieza faltante. Justicia reproductiva*, México, 2018, disponible en: <https://justiciareproductiva.gire.org.mx/assets/pdf/JusticiaReproductiva.pdf>.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México*, México, 2005, disponible en: <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México*, México, 2013, disponible en: <https://informe.gire.org.mx/caps/cap1.pdf>.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Violencia sin interrupción*, 2a. ed., México, 2017, disponible en: [https://aborto-porviolacion.gire.org.mx/assets/pdf/violencia\\_sin\\_interrupcion.pdf](https://aborto-porviolacion.gire.org.mx/assets/pdf/violencia_sin_interrupcion.pdf).

Méndez Díaz, Alex Alí, “Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género”, en NÚÑEZ ROBLEDO, Lucía y RAPHAEL DE LA MADRID,

- Lucía (coord.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- NUÑEZ, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018.
- TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012.

### *Sentencias*

- Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, *Amparo indirecto 1298/2013*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Solicitud de reasunción de competencia 35/2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 1388/2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en revisión 601/2017.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en revisión 1170/2017.