

Comentario

a la sentencia del amparo indirecto 358/2015-3 del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo sobre la interrupción legal del embarazo en el delito de violación. Opresión disfrazada de justicia constitucional

Alex Alí Méndez Díaz

Se va a caer, lo van a tirar. Con todo el reconocimiento a las mujeres que acompañan a otras mujeres; la valentía de ambas ha hecho posibles los cambios.

I. INTRODUCCIÓN

Carolina Pomelo vivía en Hidalgo. Siendo menor de edad sufrió una violación sexual. Cuando supo que había quedado embarazada acudió en compañía de su mamá a presentar la denuncia, solicitando expresamente la interrupción del embarazo. Realizó todos los trámites, incluyendo los exámenes médicos correspondientes.¹

El Ministerio Público negó la autorización para interrumpir el embarazo, argumentando que no se cumplían los requisitos establecidos en la norma penal del estado: no se tenía por acreditado el cuerpo del delito, porque el dictamen psicológico no identificó señales de violencia sexual y la denuncia se presentó después de saber del embarazo. El código penal de la entidad federativa exige que se denuncie antes de tener conocimiento de la concepción.²

¹ Por motivos de confidencialidad se utiliza un nombre ficticio. Para mayores detalles del caso véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Violencia sin interrupción*, 2a. ed., México, GIRE, 2017, p. 76.

² Código Penal para el Estado de Hidalgo, art. 158. El aborto no será punible: [...] II. Cuando el embarazo sea resultado de hechos denunciados como

Con el acompañamiento del Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE), Carolina y su mamá interpusieron un juicio de amparo en contra de la respuesta del Ministerio Público. Impugnaron el dictamen psicológico y los requisitos del código penal ya señalados.³

Al dictar sentencia (sentencia 358/2015), el juez de distrito consideró que la norma penal impugnada no transgredía la Constitución; sostuvo que no se afectó a Carolina en el ejercicio de sus derechos y, en consecuencia, negó el amparo.⁴ El criterio del juez provoca varios interrogantes: ¿es posible imaginar una Constitución que sustente que el Estado se reserva la potestad de obligar a las mujeres a reproducirse o a continuar con un embarazo no deseado?,⁵ ¿es ese el marco constitucional en el que vivimos en México? o, desde otro punto de vista, ¿es esa la perspectiva en la que socialmente deseamos cimentar las bases de nuestro Estado de derecho?

posiblemente constitutivos del delito de violación o de la conducta típica prevista por el artículo 182 de este Código, siempre que el aborto se autorice y practique dentro de los noventa días a partir de la concepción, y el hecho se haya denunciado antes de tenerse conocimiento de ésta. En tales casos, deberá solicitarlo la mujer, bastará la comprobación del cuerpo del delito para que el ministerio público o el juez lo autorice, si aquella fuere de condición económica precaria, los gastos correspondientes serán a cargo del estado.

³ No es la primera vez que se cuestiona la constitucionalidad de la frac. II del art. 158 del Código Penal de Hidalgo. Un año antes, GIRE acompañó a otra adolescente que se enfrentó a los mismos obstáculos que Carolina. De este acompañamiento derivó el amparo indirecto 553/2014, radicado en el mismo Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo. El juicio fue sobreseído porque el amparo se interpuso con posterioridad a la interrupción del embarazo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación reasumió su competencia originaria para conocer del recurso de revisión (solicitud de reasunción de competencia 28/2014, Primera Sala).

⁴ Amparo indirecto 358/2015, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo, sentencia de 29 de mayo de 2015.

⁵ Estos interrogantes surgen a partir de las reflexiones de Zagrebelsky. Véase Zagrebelsky, Gustavo, "El juez constitucional del siglo XXI", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p. 260.

A lo largo de la historia, los pensamientos feministas han cuestionado las estructuras sociales que mantienen a las mujeres en una condición de subordinación. El derecho es una de ellas.⁶

En este marco, los reclamos hacia el derecho penal como regulador y reproductor de las normas de género han ocupado un papel central; sin embargo, ¿qué pasa cuando no es solo la regulación punitiva la que los promueve y valida?, ¿qué ocurre cuando se usa a la Constitución como argumento para justificarlos?

Las sentencias que se dictan basadas en prejuicios representan un grave problema para el acceso a la justicia, pero cuando para ello se pone de excusa el contenido de la Constitución, el nivel de daño es exponencialmente mayor, porque se proyecta sobre las bases mismas de la organización democrática del Estado.⁷

En este trabajo se sostiene la existencia de un *statu quo* en la interpretación constitucional sobre los derechos de las mujeres vinculados a la decisión de interrumpir un embarazo. Se trata de una construcción basada en estereotipos de género que restringen ilegítimamente el ejercicio de sus derechos. La sentencia que da respuesta al reclamo de Carolina es un ejemplo de cómo la opresión denunciada por el feminismo también puede esconderse tras la forma de la justicia constitucional. La sentencia 358/2015 comparte los mismos vicios que se denuncian contra la norma punitiva.

II. LA NORMA PENAL CUESTIONABLE

La crítica a la intervención del derecho penal para regular las decisiones sexuales y reproductivas de las mujeres ha sido ampliamente desarrollada.⁸ Por otro lado, las investigaciones realizadas

⁶ Para un panorama general sobre el desarrollo del pensamiento feminista véase Acosta, Malena, *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.

⁷ El concepto de *democracia* se usa en el sentido de la propuesta que desarrolla Ferrajoli. Véase, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 864 y ss.

⁸ Véase Núñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva*, México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género-UNAM, 2018.

por GIRE dan cuenta de la magnitud y del impacto que la continuación de un embarazo no deseado tiene en la vida de las mujeres, incluyendo aquellos casos que involucran violencia sexual.⁹

Para Carolina, el obstáculo fue la norma penal que en Hidalgo establece requisitos para acceder a la interrupción del embarazo producto de una violación: hacer la solicitud, denunciar la violación, que la denuncia sea previa al conocimiento de la concepción (embarazo), comprobar el cuerpo del delito, tener la autorización del Ministerio Público o del juez o jueza, y que la interrupción se autorice y practique dentro de los 90 días siguientes a partir de la concepción.¹⁰

Esta regulación penal aparentemente reivindica la autonomía de la mujer, pero un análisis desde la perspectiva de género muestra que esa intención es ilusoria. Por un lado, al hablar de la no punibilidad continúa considerándola una delincuente, solo que sin castigo;¹¹ por el otro, los requisitos están diseñados para que el resultado sea la imposibilidad legal de interrumpir el embarazo para que cumplan con su rol de madres. El requisito de la solicitud es el único que está razonablemente justificado, por su vínculo al consentimiento que debe otorgar la mujer. Los requerimientos restantes carecen de una justificación razonable.

¿Por qué para acceder a un servicio médico hay que acudir al Ministerio Público? Es válida la aspiración social de que todo acto de violencia sexual sea sancionado, pero su incumplimiento no puede ser la justificación para la restricción de un derecho fundamen-

⁹ Véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México*, México, 2013, pp. 16-66, del mismo autor se puede consultar: *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México*, México, 2005, pp. 53-118, así como *Violencia sin interrupción...*, cit. También se puede ver *La pieza faltante. Justicia reproductiva*, México, 2018, pp. 45-77.

¹⁰ Véase nota 3.

¹¹ 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.

tal. Por otro lado, ¿cuál es la razón para validar únicamente las solicitudes presentadas antes de tener conocimiento del embarazo? ¿Son menos legítimas las presentadas con posterioridad? Si es así, ¿cuáles son los parámetros que sustentan esta conclusión?

Ahora bien, el cuerpo del delito es una terminología del derecho procesal penal, su constatación depende de factores externos a la mujer: la disponibilidad inmediata de servicios periciales, que estos se provean con perspectiva de género y cumplan con los estándares adecuados para atender a víctimas de violencia sexual. La lógica de esta exigencia parte de la necesidad de que la mujer compruebe su dicho como requisito para acceder al servicio de salud, aun cuando la comprobación no depende de ella, sino de la eficacia de las instituciones.

En relación con la autorización, ¿por qué alguien debe autorizarlo? ¿La mujer no puede asumir la responsabilidad? ¿Cuál es la idea de la necesidad de una supervisión?

Finalmente, el plazo: para que la mujer pueda acceder a la interrupción de su embarazo, en 90 días debe denunciar, saber del embarazo, acudir a realizarse los dictámenes médicos, esperar las diligencias de la fiscalía, tramitar la autorización, esperar la respuesta y buscar una institución donde no haya objetores de conciencia. De esta manera, en el listado de requisitos subyace el mensaje de duda respecto del dicho de la mujer; es decir, toma como punto de partida una presunción de falsedad sobre su declaración.¹²

Para escenarios como este, en el que la norma despierta sospechas sobre su constitucionalidad, el juicio de amparo es el medio adecuado para plantear los reclamos que el feminismo ha denunciado reiteradamente contra el derecho penal. Permite cuestionarlo a partir de un parámetro constitucional para exponer la falta de razonabilidad en los mandatos que establece. A pesar de esto, no siempre se logra el objetivo, a veces la justicia constitucional también se vuelve cómplice del discurso de opresión contra las mujeres. La sentencia 358/2015 es un ejemplo.

¹² Sobre la crítica feminista sobre la regulación del derecho penal en los delitos sexuales véase Núñez, Lucía, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

III. LA SENTENCIA Y EL *STATU QUO* DEL DISCURSO CONSTITUCIONAL

La sentencia del amparo promovido por Carolina Pomelo se dictó en 2015. En aquel entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) todavía no estudiaba ningún reclamo promovido por una mujer contra los obstáculos para acceder a la interrupción legal del embarazo; es decir, la justicia constitucional en México nunca había resuelto un caso concreto.¹³ No es que los obstáculos no existan; por el contrario, han sido ampliamente documentados.¹⁴ Es necesario analizar por qué, a pesar de su cotidianeidad, no alcanzaban a ser justiciables en sede constitucional.

La ausencia de estos debates, además de presumir obstáculos para el acceso a la justicia, promueve la idea de que su análisis no es relevante; por otro lado, como lo señala Pou, “la no-decisión es una decisión en favor de lo que prevalece si la decisión no lo altera”,¹⁵ de esta forma el *statu quo* se mantiene en la postura de que la interrupción del embarazo, como derecho de las mujeres, no tienen un anclaje constitucional. Así, el litigio que dio lugar a la sentencia 358/2015 se inserta en el intento de romper el techo de cristal que se ha instaurado en la justicia constitucional para el debate sobre la interrupción del embarazo como una decisión protegida constitucionalmente.¹⁶

¹³ Los debates de la Suprema Corte sobre interrupción del embarazo, hasta ese momento, solo se habían llevado a cabo a través de medios abstractos. Para un seguimiento y crítica a estas decisiones véase Méndez Díaz, Alex Alí, “Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género”, en Núñez Rebolledo, Lucía y Raphael de la Madrid, Lucía (coords.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2018, p. 337.

¹⁴ Véase el trabajo de investigación de GIRE a que se refiere la nota 10.

¹⁵ Pou Giménez, Francisca, “Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género*, México, Fontamara, 2010, p. 82.

¹⁶ Sobre los obstáculos para el acceso a la justicia en sede constitucional en casos sobre interrupción del embarazo véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Violencia sin interrupción...*, cit.

En el caso de Carolina, el juez de distrito argumentó que la Constitución protege el derecho a la vida, incluso desde el momento de la concepción.¹⁷ Señala que los requisitos que establece la norma penal se vinculan y tienen su justificación en el cumplimiento de este mandato. De igual manera, refiere que la norma penal no puede calificarse como discriminatoria, porque no hace una distinción entre las mujeres que pueden acceder a la interrupción del embarazo producto de una violación: todas pueden, siempre que cumplan los requisitos. Finalmente, sostiene que el Código Penal no establece una prohibición, solo un conjunto de requisitos.¹⁸

El argumento central del juez es que la norma penal no contradice la Constitución y, por el contrario, es necesaria porque:

[...] la consecuencia directa de no imponerle a las madres requisitos legales para interrumpir el embarazo sería *autorizar o permitir de manera arbitraria* y contrario a lo señalado en la propia Constitución Federal, tratados internacionales y legislaciones federal y locales, *la privación de la vida de ese producto (individuo)* e incluso con el riesgo de que también pierda la vida la progenitora.¹⁹ (Cursivas añadidas)

Este razonamiento no es aislado; refleja el *statu quo* de buena parte del discurso constitucional que, al olvidarse de hacer la pregunta por las mujeres, termina avalando los prejuicios en su contra y limitando el ejercicio de sus derechos.

GIRE ha acompañado a otras mujeres que, como Carolina, se han enfrentado a obstáculos para acceder a la interrupción del embarazo y el resultado se repite. A continuación se exponen algunos ejemplos. En Jalisco se promovió otro juicio de amparo para cuestionar los requisitos que una norma administrativa establecía para acceder a este servicio médico. La jueza a cargo de resolver la demanda sostuvo que:

[...] bajo la premisa de ser el embarazo resultado de un delito de violación, *no basta la simple afirmación de una mujer* en el sentido

¹⁷ Amparo indirecto 358/2015..., *cit.*, pp. 28 y 33.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

¹⁹ *Ibidem*, p. 41.

de (sic) fue víctima de una violación para realizarse, sino que es necesaria una valoración de los términos de la solicitud presentada, así como de las condiciones específicas que rodean a la solicitante, a fin de que la autoridad de salud pueda determinar que efectivamente se encuentra en el supuesto de su procedencia; *pensar de otra forma, produciría la posibilidad de que cualquier persona que quiera interrumpir un embarazo, manifestara que es su deseo su práctica, aduciendo de manera indiscriminada el que es producto de una agresión de naturaleza sexual*, para que la institución de salud pública, sin mayor trámite ni requisito o medio probatorio alguno, procediera a su realización.²⁰ (Cursivas añadidas)

En Morelos se tramitó un recurso de queja interpuesto contra la negación de una suspensión en un caso de negación de acceso a la interrupción de un embarazo. El Tribunal Colegiado confirmó la negativa al considerar que

[...] el *a quo* tomó en cuenta no solamente el bienestar de la menor embarazada, sino también *el respeto al producto de la concepción*, quien, contra lo aducido en los agravios, *también goza de la protección de sus derechos humanos* aunque no hubiere nacido hasta este momento; puesto que es una prerrogativa contemplada tanto en la Carta Magna como en los tratados internacionales de los cuales sea parte nuestro país.²¹ (Cursivas añadidas)

En Chiapas sucedió lo mismo recientemente. Con los planteamientos de la sentencia 358/2015, el Juzgado Segundo de Distrito en ese estado sostuvo que “el producto de la concepción es protegido legalmente desde su concepción, esto es, desde el momento en que una persona es concebida, su vida se protege legalmente en todo su alcance y con independencia del proceso

²⁰ Amparo indirecto 1691/2015, Juzgado Segundo Distrito en Materia Administrativa y de Trabajo en el Estado de Jalisco, sentencia de 11 de enero de 2016, versión pública, p. 24. Esta sentencia fue revocada con base en los precedentes de la Suprema Corte descritos en la nota 51.

²¹ Recurso de queja 38/2015, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, sentencia de 9 de febrero de 2016, versión pública, p. 19. El juicio de amparo que dio origen a esta queja otorgaba el amparo para efectos, el recurso de revisión interpuesto en su contra dio lugar al precedente de la Suprema Corte que se describe en la nota 51.

biológico en el cual se encuentre”.²² A partir de esta premisa declaró constitucional la norma penal, argumentando que:

[...] la consecuencia directa de no imponerle a las madres requisitos legales para interrumpir el embarazo *sería autorizar o permitir de manera arbitraria* y contrario a lo señalado en la propia Constitución Federal, Tratados Internacionales y legislaciones federal y locales, *la privación de la vida de ese producto (individuo)* e incluso con el riesgo de que también pierda la vida la progenitora, dado, precisamente al avanzado proceso de gestación, que el legislador previó, acontece después de las doce semanas (o noventa días posteriores a su concepción).²³ (Cursivas añadidas)

Estos pronunciamientos reflejan la forma en que la justicia constitucional entiende la autonomía de las mujeres para la toma de decisiones relacionadas con el ámbito reproductivo. ¿Qué es lo que este discurso constitucional dice acerca de ellas? La imagen que se construye corresponde a una mujer cuya vida y cuerpo son instrumentalizados. Su sexualidad, libertad y autonomía reproductiva le son expropiados a partir de la imposición del mandato de la maternidad.²⁴

Por medio de la invisibilización, desconocen los efectos de la norma en la vida de las mujeres, no las contemplan como titulares de derechos. Además, proyectan un prejuicio sobre su credibilidad. Hacen de la presunción del engaño el fundamento para justificar normas que obstaculizan el ejercicio de una decisión protegida constitucionalmente.

Como señala Triviño Caballero, “el control sobre los cuerpos de las mujeres no se hace solo a través de regulaciones, sino también mediante una construcción dominante de significados simbólicos sobre el sexo y la reproducción, el aborto y la maternidad”.²⁵ En este sentido, ya no es solo el derecho penal discipli-

²² Amparo en revisión 1325/2018, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Chiapas, con residencia en Tapachula, sentencia de 20 de septiembre de 2019, versión pública, p. 52.

²³ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

²⁴ Acosta, Malena, *op. cit.*, p. 178.

²⁵ Triviño Caballero, Rosana, “El derecho al aborto: progresos, atrasos y esperanzas”, en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra

nando por medio de la amenaza y el castigo, también es la justicia constitucional produciendo discursos opresores por medio de la interpretación.

IV. EL DISFRAZ DE LA OPRESIÓN

De acuerdo con lo que se ha expuesto, en este trabajo se abordan dos aspectos de la sentencia 358/2015: la falta de diálogo con los estándares vigentes al momento de su dictado, así como la ausencia de la pregunta por las mujeres y sus derechos.

4.1. Estándares incompletos

La sentencia 358/2015 omite cualquier referencia a los debates que se han desarrollado en la SCJN en torno a la protección de la vida desde la concepción. El juez de distrito tampoco dialoga con las resoluciones que han emitido los tribunales constitucionales en otros países y los organismos internacionales de derechos humanos.²⁶

La omisión puede ser involuntaria, por desconocer los criterios, o voluntaria, para evitar una vinculación con la interpretación previa o comparada. El primer supuesto refleja la falta de preparación del juez; en el segundo, una mala fe al omitir la referencia a razonamientos que no son compatibles con la conclusión que pretende justificar. En ambos casos el resultado es inaceptable.

(coords.), *Feminismos y derecho. Un diálogo interdisciplinario entorno a los debates contemporáneos*, México, CEC-SCJN, 2019, p. 215.

²⁶ Los tribunales constitucionales en la región han dictado sentencias importantes sobre la interrupción del embarazo: *F., A.L. s/ Medida autosatisfactiva*, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, marzo de 2012; Sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional de Colombia, mayo de 2006, sentencia *Roe vs. Wade*, de la Corte Suprema de Estados Unidos, enero de 1973, entre otras. En los órganos internacionales: Comité de Derechos Humanos de la ONU, octubre de 2005; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, entre otras.

El precedente base de la sentencia es la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en la que la SCJN sostuvo que la Constitución Federal reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción;²⁷ sin embargo, esta interpretación ha sido superada.²⁸ En una discusión posterior reconoció que:

[...] del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos [...].

[...] Es evidente que si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente, pero de ahí no se sigue que la vida se[a] condición de existencia de los demás derechos, menos la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Aceptar un argumento semejante destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente [...].²⁹

En este sentido, la SCJN analizó nuevamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, concluyendo que dichos instrumentos no definen cuándo inicia la protección del derecho a la vida ni desde

²⁷ DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Tesis de jurisprudencia P./J. 14/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 588.

²⁸ Sobre la desarticulación del sustento constitucional del criterio de 2002, véase Pou Giménez, Francisca, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, núm. 5, 2009, pp. 142 y 143. Véase también Méndez Díaz, Alex Alí, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

²⁹ Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 28 de agosto de 2008, versión pública, pp. 154 y 155.

qué momento el ser humano es sujeto de protección.³⁰ Además de lo anterior, la SCJN, abandonando expresamente el criterio que había sostenido en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, tomó una nueva postura y determinó que “ni siquiera la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó o definió el momento en el cual comienza la protección de la vida”.³¹

Por otro lado, en mayo de 2010, la SCJN avanzó en su argumentación y expuso que si bien el Ministerio Público es competente para investigar conductas presumiblemente constitutivas de delitos y garantizar los derechos de las víctimas, ello no significa que tenga competencia exclusiva para resolver sobre las cuestiones médicas que estas requieran. Al tratarse de temas de salud, ellas pueden ir directamente a las instituciones prestadoras de estos servicios sin acudir previamente a las instancias de procuración de justicia.³²

En el ámbito regional, en noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. Al interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³³ sostuvo que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.³⁴ También estableció que el centro de la protección convencional es la mujer embarazada, y que es esa cobertura la que se extiende al feto.³⁵

Por otro lado, la sentencia 358/2015 tampoco toma en cuenta otras normas sobre derechos de las víctimas. Para 2015, la Ley General de Víctimas ya establecía la interrupción del embarazo

³⁰ *Ibidem*, p. 166.

³¹ *Idem*.

³² Controversia constitucional 54/2009, Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 27 de mayo de 2010, versión pública, pp. 65 y 66.

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4. Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...].

³⁴ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica... cit.*, párrs. 222 y 223.

³⁵ *Idem*.

como un derecho en casos de violación,³⁶ definiéndola como un servicio médico de emergencia.³⁷

En cuanto al argumento expuesto en la demanda sobre la discriminación y restricción de derechos, el juez señala que la norma impugnada no es discriminatoria, porque se aplica a todas las mujeres por igual. Hace residir la constitucionalidad de la ley en su característica de generalidad sin ningún otro análisis sobre su contenido o el impacto diferenciado de su aplicación.

Esta manera de estudiar el fenómeno de la discriminación ya ha sido ampliamente superada por el desarrollo jurisprudencial de la SCJN: el hecho de que una norma sea general no significa que automáticamente se encuentre exenta de discriminación, ya que esta también puede presentarse de forma indirecta a través de los resultados de su aplicación.³⁸

Finalmente, la sentencia sostiene que la norma penal no establece una restricción, porque reconoce la posibilidad de interrumpir el embarazo, sino que únicamente contiene un listado de requisitos para poder ejercer el derecho. Este planteamiento

³⁶ Ley General de Víctimas, art. 35. A toda víctima de violación sexual, o cualquier otra conducta que afecte su integridad física o psicológica, se le garantizará el acceso a los servicios de anticoncepción de emergencia y de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la ley, con absoluto respeto a la voluntad de la víctima; asimismo, se le realizará práctica periódica de exámenes y tratamiento especializado, durante el tiempo necesario para su total recuperación y conforme al diagnóstico y tratamiento médico recomendado; en particular, se considerará prioritario para su tratamiento el seguimiento de eventuales contagios de enfermedades de transmisión sexual y del Virus de Inmunodeficiencia Humana.

En cada una de las entidades públicas que brinden servicios, asistencia y atención a las víctimas, se dispondrá de personal capacitado en el tratamiento de la violencia sexual con un enfoque transversal de género.

³⁷ *Ibidem*, art. 30. Los servicios de emergencia médica, odontológica, quirúrgica y hospitalaria consistirán en: [...] Servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, con absoluto respeto de la voluntad de la víctima, y [...].

³⁸ DISCRIMINACIÓN POR OBJETO Y POR RESULTADO. SU DIFERENCIA. Tesis aislada P. VII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 34, t. I, septiembre de 2016, p. 255.

también es constitucionalmente débil, pues la sola existencia de requisitos no implica su objetividad y razonabilidad.³⁹

Conforme a estas evidencias, queda claro que el juez evadió dar respuesta puntual a cada uno de los planteamientos constitucionales de la demanda de amparo: ¿por qué un límite de 90 días? ¿Por qué se requiere la autorización de un juez o jueza o Ministerio Público? ¿Por qué es obligatoria la denuncia? ¿Por qué la solicitud ya no es válida si se denuncia después de tener conocimiento del embarazo? Al no dar respuesta a estas preguntas, el debate constitucional quedó reducido a un discurso más, que —tomando un disfraz de justicia— continúa promoviendo la opresión contra las mujeres.

4.2. La pregunta por las mujeres

La metodología en la argumentación refleja la ausencia de perspectiva de género y una forma peligrosa de entender la interpretación constitucional desde una noción feminista del derecho.

El juez inicia su razonamiento señalando que “para determinar si la norma cuya invalidez se demanda es o no contraria a la Constitución Federal, es necesario que se determine inicialmente si la Constitución Federal prevé como derecho fundamental el derecho a la vida [...]”.⁴⁰ También afirma la protección constitucional del derecho a la vida del producto la concepción.⁴¹

De esta forma, la sentencia hace aparecer en el escenario lo que Rostagnol llama el “feto público”,⁴² como un mecanismo de

³⁹ Véase IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. FUNCIONES Y CONSECUENCIAS EN EL USO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. Tesis aislada 1a. CCCLXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 12, t. I, noviembre de 2014, p. 719.

⁴⁰ Amparo indirecto 358/2015, *cit.*, p. 26.

⁴¹ Laurence H. Tribe llama a esta forma de argumentación “poner la carreta delante del caballo”. Véase Tribe, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012, pp. 247 y ss.

⁴² Rostagnol, Susana, “Interrupción voluntaria del embarazo: una ley siempre en disputa”, en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *op. cit.*, p. 173.

biopoder. De acuerdo con la autora, “afirmar que la vida comienza con la fecundación y homologar *vida a persona* es un acto político, no científico. Se ubica en el terreno de las disputas de poder por otorgar sentido a las cosas que nos circundan”.⁴³

En estos términos, la sentencia 358/2015 inicia desarrollando una barrera argumentativa sobre los alcances de la protección que la Constitución otorga al feto, reconociéndole equivocadamente el derecho a la vida.⁴⁴ Sin embargo, este mismo ejercicio no se realiza en relación con los derechos que Carolina considera que le fueron vulnerados.

No hay una pregunta por las mujeres y, con ello, se actualiza lo que Acosta llama el segundo postulado epistemológico feminista: “las producciones del área jurídica feminista se formulan desde la convicción de que el discurso del Derecho tiende a ignorar a las mujeres, sus experiencias, sus intereses y todas sus contribuciones a la vida”.⁴⁵

Carolina, como la mujer que reclama justicia, ni siquiera es nombrada; por el contrario, el feto es personificado e incluso invocado como “individuo”.⁴⁶ Esta invisibilización queda expuesta claramente: mientras no hay duda de la ubicación de la protección constitucional que el juez reconoce al embrión, ese mismo planteamiento no es desarrollado respecto de Carolina. Su solicitud es despojada de cualquier vínculo con el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente, la reduce a una petición sin mayor relevancia.

Centrar el enfoque en la protección constitucional del derecho a la vida del feto tergiversa el planteamiento constitucional. De la pregunta por la constitucionalidad de los requisitos que establece la norma penal, se pasa a armar un entramado de protección constitucional en torno al embrión para justificar la improcedencia de la solicitud de Carolina.

⁴³ *Ibidem*, p. 175.

⁴⁴ Véase nota 35 sobre la sentencia *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*.

⁴⁵ Acosta, Malena, *op. cit.*, p. 202.

⁴⁶ Amparo indirecto 358/2015..., *cit.*, p. 41.

El juez desarrolló todo su argumento como si el problema constitucional a resolver fuera la legitimidad de las mujeres para violar los derechos constitucionales del feto y no la legitimidad de los actos de autoridad para obstaculizar el ejercicio de los derechos de las mujeres. Parece que fuera una pugna de la mujer contra el feto y no una pregunta por los alcances del derecho penal.

En el contexto de este tipo de argumentaciones, la metodología feminista que obliga a preguntarse por la mujer es especialmente útil, pues permite ubicarla en el centro de la protección constitucional, antes de incluir cualquier otro factor en el análisis. De esta manera, los interrogantes a responder son otros en el contexto de un embarazo producto de una violación: ¿cuál es el alcance del derecho a la salud y cómo se relaciona con la solicitud de interrupción del embarazo? Y en estos mismos términos, ¿cuál es el contenido del derecho a la integridad y a la autonomía reproductiva? La respuesta a estas preguntas es clave para dibujar el margen de protección de las mujeres que se enfrentan a circunstancias como las de Carolina.

Solo a partir de este ejercicio es posible proceder al estudio de la norma penal. No se puede sostener una argumentación sobre su validez sin tener claro el parámetro constitucional con el cual se la va a enfrentar. Así, al cuestionar la validez de las razones del derecho penal para interferir en el ejercicio de una decisión constitucionalmente protegida, el cuestionamiento adquiere otras dimensiones. Como lo señala Tribe, la interrupción de un embarazo no deseado no se trata de la afectación del derecho del feto a la vida, sino de analizar si constitucionalmente puede derivarse un mandato hacia las mujeres que las obligue a continuar un embarazo y, en su caso, cuáles son sus alcances, para que el Estado pueda imponerlo a través de los mecanismos de coerción que tiene a su alcance.

Es en este punto en donde aparece la noción de la protección constitucional al feto, no antes. Tampoco se trata de cambiar la invisibilización de la mujer por la anulación del feto. La pregunta es si la Constitución, como el acuerdo democrático que defendemos, tiene esos alcances. Es una noción peligrosa el reconocerle al Estado la potestad absoluta para imponer decisiones de tal magnitud en la vida de las personas ¿Acaso esto no se dimensiona porque se trata de la vida de las mujeres y no de la de los hombres?

V. LOS AVANCES

Con lo que se ha desarrollado hasta ahora es suficiente para sostener que Carolina se merece una mejor respuesta a su reclamo de justicia; una que la ubique en el centro de la decisión y del análisis sobre el impacto que la norma penal ha tenido en su salud, su libertad y su autonomía.

Ahora bien, desde que se dictó la sentencia 358/2015, y gracias a la valentía de más mujeres como Carolina, se han logrado importantes avances. En febrero de 2016 se aprobó la modificación a la norma oficial mexicana (NOM) 046⁴⁷ para eliminar el requisito de la autorización para acceder a la interrupción del embarazo. Desde entonces, solo se requiere la declaración bajo protesta de decir verdad de que la mujer fue víctima de violación.⁴⁸

En abril de 2018, la Segunda Sala de la SCJN finalmente resolvió reclamos concretos sobre obstáculos para acceder a la interrupción del embarazo. Al resolver los amparos en revisión 601/2017 y 1170/2017⁴⁹ sostuvo que

[...] las autoridades sanitarias a quienes acudan mujeres que han sido violentadas en sus derechos humanos por ser víctimas de una violación sexual y que están embarazadas, producto de dicho acto

⁴⁷ Norma Oficial Mexicana 046-SSA2-2005, Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.

⁴⁸ *Ibidem*, 6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de estos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.

⁴⁹ Ambos juicios se refieren a la negativa de acceso al aborto por violación. Se trató *grosso modo* de hospitales que se negaron a garantizar el acceso al aborto por violación siguiendo los criterios de la Ley General de Víctimas y la NOM 046 en términos de lo señalado en las notas 37, 38 y 49.

delictivo, deben atender de manera eficiente e inmediata la solicitud [...].

[...] Lo anterior implica que las autoridades de salud correspondientes no pueden implementar mecanismos —ni políticas internas— que impidan se materialicen los derechos de aquellas mujeres que han sido víctimas de una violación sexual y cuyo deseo es interrumpir el embarazo producto de dicho acto delictivo.⁵⁰

Por otro lado, en mayo de 2019, la Primera Sala dio otro paso importante. Al dictar sentencia en el amparo en revisión 1388/2015 interpretó el primer párrafo del artículo 4 constitucional, relativo al derecho a la salud, de la siguiente manera:

[...] 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 [...] pues se trata de una acción cuyo objetivo primordial es promover, preservar o restaurar la salud de la persona embarazada [...].

En consecuencia, corresponde al Estado, mediante las instituciones públicas de salud, garantizar el acceso oportuno a estos servicios cuando las mujeres enfrenten riesgos asociados con el embarazo que comprometan su salud física, mental o social [...].⁵¹

De esta manera, el recurso de revisión promovido por Carolina contra la sentencia 358/2015 debe enmarcarse en la continuidad de los avances interpretativos de la SCJN y los tribunales internacionales. Es necesario que se continúe el diálogo constitucional para seguir construyendo las respuestas acerca de qué dice la Constitución sobre las mujeres y sus derechos reproductivos.

⁵⁰ Amparo en revisión 601/2017, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 4 de abril de 2018, versión pública, pp. 19 y 20. De la misma Sala, véase también el amparo en revisión 1170/2017, sentencia de 18 de abril de 2018.

⁵¹ Amparo en revisión 1388/2015, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 15 de mayo de 2019, versión pública, pp. 59 y 60. El juicio de amparo surge a partir de que a una mujer se le negó la interrupción de su embarazo de alto riesgo bajo el argumento de que la Ley General de Salud no contiene ninguna regulación sobre el tema.

VI. CONCLUSIONES

A partir de lo que se ha desarrollado se muestra que no solo el derecho penal debe ser cuestionado desde una visión feminista del derecho, sino que la función jurisdiccional también puede ocultar tras de sí mensajes que perpetúan la opresión contra de las mujeres. Por ese motivo, cobran relevancia los análisis sobre “cómo la acción judicial contribuye a dar nombre a las cosas, cómo propicia o no que las personas se repiensen a sí mismas en términos emancipadores”.⁵² De esta manera, las reflexiones en torno a la interrupción del embarazo ya no pueden seguir sustentándose en una visión exclusivamente legal, sino a partir de su consideración como una decisión fundamental integrada en las bases del Estado democrático.

Abordar el debate desde esta perspectiva implica un cambio necesario en el enfoque; abandonar la visión legalista que se sustenta en la noción de la voluntad mayoritaria, para proyectar el discurso desde la Constitución como un espacio más allá de los acuerdos políticos cambiantes.⁵³ De esta manera, hablar de la constitucionalidad de la fracción II del artículo 158 del Código Penal para el Estado de Hidalgo ya no solo se trata de apelar a la legitimidad democrática del órgano legislativo, sino de cuestionar si una decisión fundamental —como la interrupción del embarazo— puede seguir discutiéndose como si fuera algo sobre lo que las mayorías, pero no la mujer, pueden decidir. Mientras esto no suceda, sentencias como la 358/2015 van a seguir validando la opresión, disfrazando de justicia constitucional su discurso. Ni Carolina ni ninguna mujer merecen que las cosas sigan como hasta ahora.

⁵² Pou Giménez, Francisca, “Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico”, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN, 2019, p. 419.

⁵³ Para el desarrollo de la diferencia entre ley y Constitución véase Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 112 y ss.

FUENTES DE CONSULTA

ACOSTA, Malena, *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Tesis de jurisprudencia P./J. 14/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 588.

DISCRIMINACIÓN POR OBJETO Y POR RESULTADO. SU DIFERENCIA. Tesis aislada P. VII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 34, t. I, septiembre de 2016, p. 255.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 6a. ed., Madrid, 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, A.C., *Violencia sin interrupción*, 2a. ed., México, 2017, https://aborto-por-violacion.gire.org.mx/assets/pdf/violencia_sin_interrupcion.pdf

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, A.C., *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México*, México, 2013, <https://informe.gire.org.mx/caps/cap1.pdf>

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, A.C., *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México*, México, 2015, <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, A.C., *La pieza faltante. Justicia reproductiva*, México, 2018, <https://justiciareproductiva.gire.org.mx/assets/pdf/JusticiaReproductiva.pdf>

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. FUNCIONES Y CONSECUENCIAS EN EL USO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. Tesis aislada 1a. CC-CLXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 12, t. I, noviembre de 2014, p. 719.

MÉNDEZ DÍAZ, Alex Alí, “Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género”, en Núñez Rebolledo, Lucía y Raphael de la Madrid, Lucía (coords.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2018.

NÚÑEZ REBOLLEDO, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva*, México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género-UNAM, 2018.

POU GIMÉNEZ, Francisca, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, núm. 5, 2009.

POU GIMÉNEZ, Francisca, “Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género*, México, Fontamara, 2010.

POU GIMÉNEZ, Francisca, “Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico”, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN, 2019.

ROSTAGNOL, Susana, “Interrupción voluntaria del embarazo: una ley siempre en disputa”, en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *Feminismos y Derecho. Un diálogo interdisciplinario entorno a los debates contemporáneos*, México, CEC-SCJN, 2019.

TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012.

TRIVIÑO CABALLERO, Rosana, “El derecho al aborto: progresos, atrasos y esperanzas”, en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *Feminismos y derecho. Un diálogo*

logo interdisciplinario entorno a los debates contemporáneos, México, CEC-SCJN, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional del siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008.

Sentencias

- Juzgados de Distrito:

Amparo indirecto 358/2015, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo.

Amparo indirecto 1691/2015, Juzgado Segundo Distrito en Materia Administrativa y de Trabajo en el Estado de Jalisco.

Amparo en revisión 1325/2018, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Chiapas.

- Tribunales Colegiados

Recurso de queja 38/2015, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

º Pleno

Acción de inconstitucionalidad 10/2000.

Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

Controversia constitucional 54/2009.

º Primera Sala

Amparo en revisión 1388/2015.

º Segunda Sala

Amparo en revisión 601/2017.

Amparo en revisión 1170/2017.