

# Derechos reproductivos y sexuales

Jimena ÁVALOS CAPÍN\*

\* Es Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana, ciudad de México. Maestra en Derecho (LLM) por Columbia University con especialización en Derechos Humanos y Género, y Maestra en Políticas Públicas en América Latina por University of Oxford. Al momento de escribir el artículo, fungía como abogada titular del Área de Estrategias Jurídicas de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Las opiniones aquí vertidas son responsabilidad de la autora y en ningún momento deben comprometer la opinión de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *El Derecho a una Vida Libre de Violencia Sexual*. III. *Derechos Reproductivos*. IV. *Conclusión*.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Derechos Sexuales; Derechos Reproductivos; Organización Mundial de la Salud; Conferencia Mundial sobre la Mujer; Conferencia sobre Población y Desarrollo; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Interrupción Legal del Embarazo; violencia contra la mujer.

## I. Introducción

Con la expresión "derechos reproductivos y sexuales" nos referimos de manera amplia al derecho de todas las personas, sin importar su edad, identidad de género, orientación sexual u otras características, a decidir sobre su propia reproducción y sexualidad, en el respeto a los demás.

Existe una tendencia a usar la expresión "derechos reproductivos y sexuales" como si se tratara de un mismo universo de derechos, lo cual ha sido cuestionado por diversas autoras, quienes consideran que la vinculación conceptual de los derechos sexuales a los derechos reproductivos da origen a la falsa noción de que los derechos sexuales son un subconjunto de los derechos reproductivos. Esto tiene por efecto la remisión automática del discurso a la titular tradicional de los derechos reproductivos que es la mujer heterosexual en edad reproductiva, y deja fuera del marco de protección a personas LGBTTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales), así como a los hombres adultos, a los adolescentes y a las personas de la tercera edad.<sup>1</sup> Consideramos entonces pertinente distinguir los derechos sexuales de los derechos reproductivos en aras de extender la exigibilidad de los mismos para una mayor diversidad de personas.

<sup>1</sup> Miller, Alice M., "Human Rights and Sexuality: First Steps Toward Articulating a Rights Framework for Claims to Sexual Rights and Freedoms", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 93, marzo de 1999, pp. 288-303.

Los derechos reproductivos incluyen el derecho fundamental de toda persona, de determinar libremente el número y espaciamiento de los hijos, así como el derecho específico de disponer de servicios de planificación familiar. El concepto de derechos reproductivos ha conseguido cierta aceptación, si bien limitada y contestada, gracias al movimiento de mujeres que ha reivindicado la maternidad como elección y no como destino, y con ello el derecho a decidir libremente si tener o no tener hijos, a contar con la información necesaria para ello y a tener acceso a métodos anticonceptivos.

En México, los derechos reproductivos están consagrados en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "Constitución" o "CPEUM"): "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".<sup>2</sup> Sin embargo, las leyes vigentes aún no admiten una gama amplia de posibilidades de control de la fecundidad ni reconocen explícitamente el derecho de la mujer a decidir sobre los asuntos que afectan su reproducción, incluyendo la posibilidad de decidir tener un aborto seguro.<sup>3</sup>

Los derechos sexuales no están contemplados como tales en nuestra Constitución pero sí en los instrumentos internacionales adoptados por México. En el marco normativo internacional, éstos han sido referenciados sobre todo en términos negativos en torno al derecho a una sexualidad libre de coacciones, discriminación y violencia. Sin embargo, como recuerda Rosalind Petchesky, si bien es necesario identificar los derechos sexuales en términos de violaciones de derechos, también es preciso definirlos desde una óptica positiva, que ponga el énfasis en el derecho a gozar plenamente de la sexualidad.<sup>4</sup>

A falta de una definición consensuada de los "derechos sexuales", la más comúnmente aceptada es la definición propuesta por la Organización Mundial de la Salud, la cual retoma la definición de salud sexual que es el derecho a alcanzar el nivel más elevado posible de salud en relación con la sexualidad. Sin embargo, los derechos sexuales no se limitan tampoco al enfoque de salud sexual, sino que incluyen el derecho a buscar, recibir e impartir información sobre la sexualidad, el derecho a recibir educación sexual, el derecho a que se respete la integridad física, el derecho a elegir pareja, el derecho a decidir si ser o no sexualmente

<sup>2</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 4o., segundo párrafo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2013.

<sup>3</sup> Disponible en: <<http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=103>> (19 de junio de 2013).

<sup>4</sup> Petchesky, Rosalind, "Sexual rights: Inventing a concept, mapping an international practice", R.Parker, R.M. Barbosa y Aggleton, P. (eds.), *Framing the sexual subject: the politics of gender, sexuality and power*. Berkeley, University of California Press, 2000.

activa, el derecho a mantener relaciones sexuales de mutuo acuerdo, el derecho a contraer matrimonio de mutuo acuerdo y el derecho a llevar una vida sexual satisfactoria, segura y placentera.<sup>5</sup>

Los derechos reproductivos y sexuales encuentran su fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) en diversos instrumentos tanto vinculatorios ("hard-law") como no-vinculatorios ("soft-law") para México. Su formulación como tales se dio sobre todo en el marco de la Conferencia sobre Población y Desarrollo<sup>6</sup> y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.<sup>7</sup> La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, establece:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.<sup>8</sup>

El concepto de derechos reproductivos y sexuales merece ser completado por la noción de "justicia reproductiva". Los proponentes de esta noción resaltan que el lenguaje del "derecho a decidir" usado comúnmente en el discurso de los derechos reproductivos no es el más adecuado para personas que viven en comunidades en las que las mujeres tienen poco margen verdadero de decisión. El concepto de "justicia reproductiva" une a los derechos reproductivos con la justicia social y busca transformar los desequilibrios de poder que se originan a partir de dinámicas de género, clase, raza, etnia, discapacidad, etcétera, para crear un cambio sistémico que permita a todas las personas gozar de los recursos sociales, polí-

<sup>5</sup> En 2002, la Organización Mundial de la Salud publicó en la sección de género y derechos reproductivos de su sitio web su propia definición de los derechos sexuales. Disponible en: <[http://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender\\_rights/sexual\\_health/en/#](http://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/sexual_health/en/#)> (19 de junio de 2013).

<sup>6</sup> ONU. *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, el 18 de octubre de 1994, de la reunión celebrada en El Cairo del 5 a 13 de septiembre de 1994. A/CONF.171/13

<sup>7</sup> ONU. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, de la reunión celebrada en Beijing del 4 a 15 de septiembre de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1,

<sup>8</sup> *Ibid.* párr. 96.

ticos y económicos necesarios para tomar decisiones sobre su cuerpo, su sexualidad y su familia.<sup>9</sup>

Resulta claro que el alcance de los derechos reproductivos y sexuales va mucho más allá del postulado establecido en el artículo 4o. constitucional, por lo que es necesario profundizar en las fuentes internacionales que han dado contenido a este enunciado y que amplían su espectro de protección. A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011,<sup>10</sup> la cual eleva a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales a rango constitucional, dichas fuentes cobran aún mayor importancia.

A lo largo de este comentario, estudiaremos algunas de las fuentes internacionales que protegen los derechos reproductivos y sexuales que son aplicables para el Estado mexicano. También revisaremos algunas decisiones judiciales en materia de derechos reproductivos y sexuales desde una perspectiva crítica para determinar en qué medida han incorporado la normatividad internacional en la materia. Finalmente, concluiremos sobre los pendientes en este campo que tiene el Poder Judicial para funcionar como verdadero garante de derechos. En general, el Poder Judicial Federal ha sido tibio en el análisis de los derechos sexuales y reproductivos y ha sido remiso en analizar las obligaciones impuestas por los compromisos internacionales asumidos por México.

Analizaremos dos principales aspectos de los derechos sexuales y reproductivos: el primero de ellos es quizás el aspecto más visible de los derechos sexuales que es el derecho a una vida libre de violencia sexual. Este tema cobra especial relevancia a raíz de las recientes sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la "Corte Interamericana") que condenan al Estado mexicano por haber fallado en garantizar este derecho. El segundo aspecto es el tema de la interrupción legal del embarazo que ha sido discutido de manera especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") en tres ocasiones en la última década, sin embargo, en ninguna de ellas se ha dado el suficiente peso a los derechos reproductivos y sexuales.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Price, Kimala, "What is Reproductive Justice?: How Women of Color Activists Are Redefining the Pro-Choice Paradigm", *Meridians*, Vol. 10, num. 2, 1 de abril de 2010, pp. 42-65.

<sup>10</sup> Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011. Disponible en: <[http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011)> (19 de junio de 2013).

<sup>11</sup> A pesar de que la discusión llevada a cabo por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la controversia constitucional 11/2009 a finales de septiembre pasado sí incluye una reflexión sobre los derechos sexuales y reproductivos, no se alcanzó la mayoría necesaria para invalidar la norma impugnada, la cual protege la vida desde

## II. El derecho a una vida libre de violencia sexual

El primer aspecto que forma parte de los derechos reproductivos y sexuales es el enfoque negativo, es decir, el derecho a llevar una vida sexual libre de coacción o violencia. El Estado mexicano ha celebrado diversos instrumentos internacionales en los que se compromete a garantizar este derecho tanto de manera amplia (como parte del derecho a la integridad personal), como de manera concreta para mujeres y niños.

### 1. Marco normativo internacional que protege el derecho a una vida libre de violencia sexual

Comúnmente se piensa que los derechos sexuales no fueron protegidos sino hasta las Conferencias de El Cairo y Beijing a mediados de los años noventa. Sin embargo, como recuerda Alice M. Miller, la protección a una vida sexual libre de coacción, discriminación o violencia es anterior.<sup>12</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) de 1979, de la cual México es parte desde 1981,<sup>13</sup> establece en su artículo 6 la obligación de los Estados de tomar medidas para "suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer".<sup>14</sup> Adicionalmente, la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>15</sup> de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) expresa que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación y obliga explícitamente a los Estados a tomar medidas en contra de la violencia sexual y la explotación de la mujer. Dicha Recomendación General define la violencia basada en el sexo como "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", la cual incluye "actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual".<sup>16</sup>

Adicionalmente, en 1993 la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer<sup>17</sup> (en adelante DEVCM), la cual define la violencia

---

el momento de la concepción en todos los casos, a expensas de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Por esta razón, no consideramos que a la fecha se les haya dado el peso suficiente.

<sup>12</sup> Miller, Alice M., "Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights", *Health and Human Rights*, Vol. 4, num. 2, 2000, pp. 76-7.

<sup>13</sup> 10 AGONU. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Resolución 34/180. 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

<sup>14</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>15</sup> Comité CEDAW. *Recomendación general 19. La violencia contra la mujer*. A/47/38 de 1993.

<sup>16</sup> *Ibid.*, punto 6.

<sup>17</sup> AGONU. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

contra la mujer como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".<sup>18</sup> Esta declaración establece la obligación de los Estados de condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla.<sup>19</sup>

Por otra parte, aún dentro del sistema universal, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>20</sup> (en adelante CDN) de 1989 contiene la obligación de tomar medidas para proteger al niño de "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual".<sup>21</sup>

Dentro del sistema interamericano, el instrumento más importante que protege el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia sexual es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belém do Pará).<sup>22</sup> Esta convención obliga a los Estados parte a tomar una serie de medidas positivas, entre las que se encuentran: abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; incluir en su legislación interna normas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, etcétera.<sup>23</sup> Una obligación que vale la pena resaltar es la de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.<sup>24</sup>

Los últimos dos años han visto importantes avances en las normas internacionales que protegen el derecho a una vida libre de violencia a través de las más recientes sentencias de la Corte IDH, las cuales condenan Estado mexicano por no actuar con la debida diligencia para

<sup>18</sup> *Ibid.*, art. 1.

<sup>19</sup> *Ibid.*, art. 4.

<sup>20</sup> AGONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 21 de octubre de 1990.

<sup>21</sup> *Ibid.*, art. 19(1).

<sup>22</sup> OEA. *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. Adoptada en Belem do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994. Entró en vigor para México el 12 de diciembre de 1998.

<sup>23</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>24</sup> *Ibid.*, art. 7, inc. f.



prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. La primera de ellas es la sentencia de *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*.<sup>25</sup> En este caso, la Corte Interamericana resolvió que el Estado mexicano es responsable bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") y la Convención de Belem do Pará por no haber investigado debidamente las desapariciones y asesinatos motivados por género de tres mujeres, dos de las cuales eran menores.<sup>26</sup>

La sentencia de *Campo Algodonero* es importante para el tema que nos atañe porque la Corte Interamericana reconoció por primera vez que los Estados tienen obligaciones positivas de respuesta ante la violencia contra la mujer perpetrada por actores privados. Además, la Corte Interamericana analizó los asesinatos de las tres mujeres en el contexto de violencia generalizada y discriminación estructural contra la mujer en México y reafirmó que en el caso mexicano la violencia de género constituye discriminación en contra de la mujer.<sup>27</sup> Por otra parte, en la sección en la que estudió la violencia de género como discriminación, la Corte Interamericana resaltó el fenómeno de los estereotipos de género en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.<sup>28</sup>

A la sentencia de *Campo Algodonero* se suman dos sentencias dictadas en 2010 en las que la Corte Interamericana se pronunció específicamente sobre la violencia sexual: las que

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

<sup>26</sup> Los cuerpos de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarrez fueron encontrados en un campo cerca de Ciudad Juárez, Chihuahua.

<sup>27</sup> Por lo tanto, la Corte Interamericana decidió que México había violado la obligación de no-discriminación (artículo 1(1)) de la CADH, en relación con la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4(1) (derecho a la vida), 5(1) (integridad física, mental y moral), 5(2) (tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 7(1) libertad personal y seguridad, así como el derecho de acceso a la justicia establecido en los artículos 8(1) (derecho a ser oído por un juez o tribunal competente) y 25(1) (recurso sencillo, rápido y efectivo), en perjuicio de los familiares de las víctimas.

<sup>28</sup> Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. . . , *supra* nota 25, párr. 401.

se corresponden a los casos de Inés Fernández Ortega<sup>29</sup> y Valentina Rosendo Cantú,<sup>30</sup> dos indígenas me'phaa torturadas y violadas sexualmente por militares en 2002 a manos de soldados del Ejército mexicano y por la falta de justicia que agravó el daño ocasionado a las dos mujeres, a sus familias y a sus comunidades.

En el caso de Inés, la Corte Interamericana consideró que se había acreditado la violación sexual a pesar de no haber señales de resistencia,<sup>31</sup> retomando el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos que indica que el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta.<sup>32</sup> Adicionalmente, la Corte Interamericana determinó que violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres, la cual no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres"; retomando el fraseo de la Convención de Belem do Pará.<sup>33</sup>

La Corte Interamericana examinó si la violación sexual de Inés y Valentina constituye tortura de acuerdo con la jurisprudencia internacional, para lo cual deben darse los siguientes requisitos: i) ser intencional; ii) causar severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) cometerse con determinado fin o propósito.<sup>34</sup> No hubo duda sobre el hecho de que la violación sexual fuera intencional, y sobre el segundo de estos elementos, la Corte Interamericana declaró que "es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas".<sup>35</sup> También consideró que se actualizó el tercer elemento pues al menos una de las finalidades de la violación fue la de castigar a las mujeres por no haber proporcionado a los militares la información solicitada.<sup>36</sup> La Corte

<sup>29</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, *supra* nota 29, párr. 115.

<sup>32</sup> TEDH. *M.C. v. Bulgaria*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003, App. No. 39272/98, párr. 166; TPIY. *Kunarac et al. "Foča" (Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic)*. Sentencia del 22 de febrero de 2001, caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, párrs. 452 y 464.

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...* *supra* nota 29, párr. 118; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...* *supra* nota 30, párr. 108.

<sup>34</sup> Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 79.

<sup>35</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...* *supra* nota 29, párr.124; y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, *supra* nota 30, párr. 114.

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, *supra* nota 29, párr. 127; y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, *supra* nota 30, párr. 117.

Interamericana determinó que la violación sexual de las mujeres implicó una violación a la integridad personal, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la CADH y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante CIPST). En ambos casos, la Corte Interamericana resolvió que Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la CIPST, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención de Belem do Pará (relativo al deber de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer por parte de sus funcionarios, personal, agentes o instituciones).

## 2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante el delito de violación y la excepción marital

Una de las maneras en las que el Estado protege a las personas de la violencia sexual es a través de las leyes penales, por ejemplo, mediante el delito de violación dentro o fuera del matrimonio. Por lo tanto, resulta extraordinario que hasta 1997 los Códigos Penales de las entidades federativas en México establecían que el delito de violación no se perseguiría cuando la conducta típica se diera entre consortes, en directa contravención a la normatividad internacional. La excepción marital al delito de violación fue estudiada por la SCJN en 1994 y posteriormente en 2005.

En 1994, la Suprema Corte tuvo la oportunidad de estudiar la excepción por violación dentro del matrimonio y declarar su inconstitucionalidad en la contradicción de tesis 5/92.<sup>37</sup> En este caso, se trataba de dirimir la contradicción entre dos criterios: el primero emitido por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito quien sostenía que sí se tipifica el delito de violación entre cónyuges pues "el bien jurídico que protege dicho ilícito es la libertad sexual", independientemente del carácter, condición o sexo del sujeto pasivo, y el segundo emitido por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito quien sostenía que si bien la violencia sexual entre consortes era causal de divorcio, "de ninguna manera" era bastante para considerar al esposo como responsable del delito de violación.

Extraordinariamente, la Primera Sala de la SCJN resolvió que "si el cónyuge impone la cópula normal de manera violenta (...) no se integra el delito de violación" salvo en ciertos supues-

<sup>37</sup> Ejecutoria: 1a./J. 12/94 (8a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, Mayo de 1994, p. 63. Reg. IUS. 187.

tos de excepción,<sup>38</sup> pues se trata en realidad de un mero ejercicio indebido de un derecho. En una decisión notoriamente anacrónica, la Suprema Corte dijo: "en primer término debe atenderse a los fines que tiene la institución del matrimonio, entre los cuales se cuenta el de la procreación de la especie; por lo que es lógico deducir que los cónyuges deban prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se lleve a cabo de manera normal, entendiendo por ello que la cópula se limite a la introducción total o parcial del pene en el órgano sexual femenino; pues solamente tienen derecho a una relación sexual de esa naturaleza".<sup>39</sup>

Esta resolución (y la tesis jurisprudencial que derivó de ella) declaró la constitucionalidad de una norma que autorizaba la violencia sexual en contra de la mujer en el contexto del matrimonio y que consagraba la noción de que la sexualidad de la mujer es un "derecho" del esposo.<sup>40</sup> La SCJN no evaluó las obligaciones en materia de violencia que en este caso le imponía la CEDAW (de la cual México ya era parte desde hacía más de una década), ni consideró la DEVCM de la ONU aprobada por la Asamblea General apenas un año antes. La CEDAW, tal y como es interpretada por la Recomendación General 19, exige que los Estados parte tomen medidas en contra de la violencia sexual y conlleva el reconocimiento explícito de la violencia doméstica como una forma de violencia de género.<sup>41</sup> Tampoco consideró la jurisprudencia internacional, la cual ya ha establecido en diversas ocasiones, la más reciente de ellas en la sentencia de *Campo Algodonero*, que la supuesta condición de la víctima o su reputación es irrelevante para que el Estado ofrezca la debida protección a quienes han sufrido de violencia sexual.

Además, la Suprema Corte se pronunció sobre lo que constituía a sus ojos una relación sexual "normal", que es aquella que se da entre la pareja heterosexual con fines reproductivos, desconociendo por completo el derecho a la libertad sexual y el derecho a tener una vida sexual satisfactoria, segura y placentera.

Este criterio no fue revertido hasta noviembre de 2005, cuando la SCJN finalmente resolvió que los Códigos Penales estatales que aún permitían la excepción marital al delito de viola-

<sup>38</sup> Se mencionaron casos de excepción en los que sí se tipificaría el delito como son "que se encuentre el activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, cuando se pretenda que el acto sexual se cometa en presencia de otras personas, o bien, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos".

<sup>39</sup> Ejecutoria: 1a./J. 12/94 (8a)... *supra* nota 37.

<sup>40</sup> Si bien es cierto que la violación sexual puede ser cometida por la esposa en contra del esposo, la realidad es que la violencia sexual en el contexto del matrimonio se da de manera desproporcionada en contra de la mujer, razón por la cual la violencia doméstica es considerada una forma de violencia de género.

<sup>41</sup> Así lo reconoció el Comité CEDAW en casos concretos: CEDAW. *Goekce v. Austria* (CEDAW/C/39/D/2005). Resolución del 5 de agosto de 2007 y CEDAW. *Yildirim v. Austria* (CEDAW/C/39/D/6/2005). Resolución del 1 de octubre de 2007.

ción eran inconstitucionales al ser violatorios del derecho a la integridad física y de la libertad sexual de las mujeres. Algunos estados, como es el caso de Baja California, reformaron esta disposición hasta 2006 y aún hay algunos estados que hacen la distinción entre la violación dentro del matrimonio y fuera de éste estableciendo que la violación dentro del matrimonio se persigue por querrela (y consiguientemente admite el perdón del ofendido), mientras que la violación fuera del matrimonio es lo suficientemente grave como para perseguirse de oficio.<sup>42</sup>

### III. Derechos reproductivos

Los derechos reproductivos han sido desarrollados en diversos instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano y su formulación y contenido son incluso más claros que para el caso de los derechos sexuales en el sentido que encuentran su fundamento constitucional específico en el artículo 4, segundo párrafo, y provienen del derecho a elegir libremente el número y espaciamiento de los hijos y a contar con métodos contraceptivos. Sin embargo, también incluyen el derecho a tener la información necesaria para estar en verdaderas condiciones de decidir libremente sobre la reproducción.

#### 1. Marco normativo internacional que protege los derechos reproductivos

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968 ofreció la primera definición del derecho reproductivo básico: "los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos". La Conferencia Mundial de Población de Bucarest de 1974, por su parte, otorgó la titularidad de tal derecho, ya no a los "padres", sino a "las parejas y los individuos". La Conferencia de Bucarest también estableció el derecho a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para ejercer el derecho reproductivo básico, y determinó que este derecho entraña una responsabilidad ante los hijos y ante la comunidad. La Conferencia Internacional de Población de México de 1984 añadió que el mencionado derecho a disponer de

<sup>42</sup> Existen debates académicos importantes sobre la mejor solución a este problema en términos de política pública. Por un lado, sería deseable que se persiguiera el delito de violación en el matrimonio con la misma severidad que la violación cometida fuera del matrimonio, es decir, que fuera perseguido de oficio ("mandatory arrest") y sin admitir el perdón del ofendido ("no-drop basis"). Los proponentes de esta solución defienden que sólo de esta forma se brinda la protección adecuada a las mujeres y se envía el mensaje de que el delito de violación en el contexto del matrimonio es de igual gravedad que el que se comete por un extraño. Sin embargo, otras autoras se oponen a esta solución pues argumentan que le quita a la mujer el control y la titularidad sobre el proceso penal. Señalan además que la dinámica de la violencia doméstica es tal que muchas mujeres se atreven a denunciar a sus agresores sólo para conseguir una tregua de la violencia y no con el verdadero deseo de verlos tras las rejas, por lo que de admitirse estas políticas, las mujeres dejarían de acudir al sistema penal por completo.

información, educación y medios formulado en Bucarest, implica el derecho específico a disponer de servicios de planificación de la familia.

La CEDAW es el primer instrumento internacional vinculatorio que establece el derecho de la mujer a decidir en cuanto a la reproducción y que menciona la planificación de la familia. El artículo 12 establece protecciones concretas a los derechos reproductivos al señalar que los Estados parte adoptaran medidas para "garantizar el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia" y "garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia". Asimismo, el artículo 16 establece la obligación de los Estados parte de tomar medidas para que los hombres y mujeres puedan "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" en igualdad de condiciones.

La nomenclatura "derechos reproductivos" se consagró en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo, Egipto, en 1994. El Programa de Acción de El Cairo se refiere expresamente a la "salud sexual y reproductiva" y considera que los "derechos reproductivos" como tales son derechos humanos dignos de protección. De acuerdo con este instrumento, los derechos reproductivos "se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva". También hace referencia al derecho de todas las personas a tomar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

Un aspecto controversial que forma parte de los derechos reproductivos es el derecho al aborto seguro. De acuerdo con Zampas y Gher, este derecho se deriva del derecho a la vida y el derecho a la salud que tienen todas las mujeres, los cuales son contemplados en numerosos tratados internacionales. Adicionalmente, el derecho al aborto seguro se encuentra apoyado en una amplia constelación de derechos como los derechos a la vida privada, a la libertad, a la integridad personal y a la no-discriminación.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Zampas, Christina y Gher, Jamie M., "Abortion as a Human Right-International and Regional Standards", *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 249 y 252.

## 2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la interrupción legal del embarazo

La SCJN tuvo la oportunidad de estudiar el tema del derecho al aborto en diversas ocasiones en la última década.

### a. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante el aborto eugenésico (acción de inconstitucionalidad 10/2000)

En primer lugar, la SCJN se pronunció sobre el aborto eugenésico en la acción de inconstitucionalidad 10/2000 interpuesta por una minoría de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en contra del Código Penal de dicha entidad que estableció una excusa absoluta para el delito de aborto cuando el producto presente alteraciones genéticas o congénitas de una gravedad tal que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo.<sup>44</sup>

En este caso, la ejecutoria aprobada por la mayoría del Pleno de la SCJN concluyó que el artículo 123 de la Constitución Mexicana, en lo que se refiere a la protección de la salud de la madre trabajadora, atiende también a la protección de la vida del producto de la concepción y por lo tanto, nuestra Constitución protege al no-nacido.<sup>45</sup> Curiosamente, la ejecutoria deriva la protección del no-nacido también del artículo 4 pero no de la sección que protege el derecho de elegir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos, sino de la protección a la salud, de la cual –se aduce– se deriva la protección a la salud de la mujer embarazada y por lo tanto del no-nacido.<sup>46</sup> De esta ejecutoria se derivó la tesis jurisprudencial de rubro "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", a pesar de que diversos ministros no adoptaron estas posturas en su voto concurrente. Por ejemplo, el Ministro Gudiño Pelayo consideró que el artículo 123 constitucional se refiere únicamente a la relación laboral entre el patrón y la mujer embarazada, tutelando los derechos laborales de la mujer.

A pesar de que el resultado final fue validar la constitucionalidad de la reforma, la ejecutoria votada por la mayoría no consideró los derechos reproductivos y sexuales de la mujer ni

<sup>44</sup> Ejecutoria: P. VII/2002, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 793. Reg. IUS. 16974.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 100-103.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 92-97.

la normatividad que los sustenta. Tampoco realizó una ponderación entre los derechos de la mujer embarazada y la vida en potencia del producto de la concepción. De haberlo hecho, tendría que haber concluido que el deber estatal de protección de la vida del producto de la concepción pierde peso cuando se trata de una vida inviable. Por lo tanto, los derechos de la mujer deben prevalecer y el legislador no puede obligarla, a través de la sanción penal, a llevar a término un embarazo en tales condiciones.

La ejecutoria correspondiente sólo considera la situación de la mujer en los siguientes términos: "la situación descrita por el precepto, coloca a una mujer embarazada ante una situación de muy difícil decisión: la heroica de aceptar continuar con el embarazo y la de aceptar la interrupción del mismo con la consecuencia de que es un delito y las consecuencias que de ello pueden seguirse".<sup>47</sup> La redacción misma es desventurada pues sugiere que la mujer embarazada que elige llevar a término un embarazo en estas condiciones es "heroica" mientras que, por contraste, la mujer que elige interrumpir el embarazo para evitar el sufrimiento de todos no lo es.

Finalmente, la SCJN resolvió que la excusa absolutoria basada en malformaciones genéticas o congénitas es constitucionalmente válida pues la norma impugnada no autoriza la privación de la vida del producto de la concepción, sino sólo contempla la posibilidad de que no se sancione el delito de aborto. Aún más importante es que la sentencia no consideró que las prohibiciones totales ("*blanket bans*") al aborto que excluyen, *inter alia*, la posibilidad de tener un aborto eugenésico, están prohibidas por los tratados internacionales firmados por México, pues implican la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida en potencia del producto de la concepción, y el consiguiente sacrificio absoluto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.<sup>48</sup> La SCJN tampoco consideró que obligar a una mujer a llevar a término un embarazo destinado indefectiblemente a la muerte de la vida en gestación puede constituir un caso de tratos crueles e inhumanos, según lo confirmó un año más tarde el Comité de Derechos Humanos en el caso el caso *KL vs. Perú*.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>48</sup> Así lo decidió, por ejemplo, el Comité contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas, en la carta dirigida al Estado de Nicaragua en 2006, la cual señala que las prohibiciones absolutas al aborto violan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de las mujeres, y puede constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>49</sup> Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos en el caso *KL*, planteado contra Perú cuando se forzó a una joven a llevar a término un embarazo en caso de anencefalia. Véase, Comité CCPR. *KL vs. Perú, Comunicación No. 1153/2003*. Resolución del 21 de noviembre de 2005.



*b. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la despenalización del aborto en el Distrito Federal (acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007)*

En abril del año 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una reforma al Código Penal para el Distrito Federal que estableció una nueva definición de aborto y despenalizó la interrupción del embarazo para las mujeres que lo hagan y las personas que las auxilien, antes de que se cumplan las doce semanas de gestación. La despenalización fue acompañada por reformas a la Ley de Salud para el Distrito Federal que establecen la obligación de las instituciones de salud del Distrito Federal de atender las solicitudes de interrupción del embarazo y de implementar políticas públicas de promoción de la salud sexual y reproductiva.

El 24 y 25 de mayo, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH) y el titular de la Procuraduría General de la República (en adelante PGR) interpusieron demandas de acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas que despenalizaron la interrupción legal del embarazo en el Distrito Federal, las cuales argumentaban que las reformas violaban de los derechos a la vida y a la salud del concebido, derivados de lo dispuesto por los artículos 14o., 22o., 123o. y 4o. de la Constitución. Las demandas fueron admitidas por la SCJN bajo los números 146/2007 y su acumulada 147/2007. Esta impugnación ante la SCJN, suscitó un debate social y político amplio en México y levantó un apreciable interés en toda América Latina, pues era la primera vez en la región que una corte constitucional analizaba un esquema más permisivo que el de la habitual despenalización por "indicaciones".<sup>50</sup>

En las sesiones agosto de 2008, el Pleno de la SCJN analizó las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. El 28 de agosto, mediante una votación de 8 votos a favor, el Pleno resolvió declarar la constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal antes de las doce semanas de gestación.

La parte determinante de la sentencia estableció que la protección constitucional al derecho a la vida no obliga al legislador a penalizar determinadas conductas pues el legislador es libre para determinar cuándo debe entrar en juego el derecho penal y cuándo debe retirarse, con el sólo límite de no poder criminalizar o despenalizar de forma discriminatoria, ni usar

<sup>50</sup> Pou, Francisca, "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, p. 140.

leyes privativas, ni hacerlo sin seguir los procedimientos necesarios.<sup>51</sup> Sin embargo, la SCJN hizo referencia a las razones por las cuales la reforma en el Distrito Federal persigue fines constitucionales válidos: indica que se consideró necesaria para combatir los problemas de salud pública asociados al aborto clandestino, la voluntad de mejorar los servicios para las mujeres de bajos ingresos para lograr la igualdad en el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, y la voluntad de concentrar las interrupciones cuando representan un riesgo bajo para la salud de la mujer y cuando aún no se desarrollan las facultades sensoriales y cognitivas del concebido.<sup>52</sup> Concluyó indicando la despenalización no encuentra obstáculo constitucional expreso y puede considerarse una medida idónea para salvaguardar "la libertad de las mujeres [para decidir] respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida".<sup>53</sup>

De acuerdo con algunas organizaciones de mujeres, esta decisión histórica constituye la sentencia más importante en el reconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México.<sup>54</sup> Sin embargo, hay quienes sostienen que es una sentencia caracterizada por "el minimalismo y la ambigüedad en los pronunciamientos en materia de derechos".<sup>55</sup> La cuestión de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres es vista sólo al margen, cuando se habla de las posibles motivaciones válidas detrás de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal pero aparecen sólo de manera esquinada. Como resalta acertadamente Francisca Pou, la mención a los derechos de las mujeres es rápida, genérica, y no parece existir ninguna intención de desarrollar una lectura constitucional sistemática desde esa perspectiva.<sup>56</sup>

### *c. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante las reformas a las Constituciones de los Estados que protegen la vida desde la concepción*

Desafortunadamente, la reforma en el Distrito Federal dio pie a un contragolpe en dieciséis de los 31 estados de la República Mexicana (al mes de septiembre de 2011), los cuales aprobaron reformas a sus constituciones estatales a fin de proteger la vida desde el momento de

<sup>51</sup> Ejecutoria (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421. Reg. IUS. 21469.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 180-182.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>54</sup> GIRE. *Cronología del aborto en México*. Disponible en: <<http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=42>> (19 de junio de 2013).

<sup>55</sup> Pou, Francisca, *op. cit.*, nota 50, p. 149.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 150.

la concepción.<sup>57</sup> Esta ola de reformas representó una involución en el avance de los derechos reproductivos y sexuales en México, lo cual además va en contra de la progresividad de los derechos humanos. Dichas reformas vulneran los derechos de las mujeres en los ámbitos de la procreación y el libre ejercicio de la sexualidad, sin fines reproductivos, pues podrían tener además el efecto de prohibir la utilización de métodos anticonceptivos cuyos mecanismos de acción impiden la implantación, como es el caso del dispositivo intrauterino (DIU).

Diversas organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres buscaron combatir las reformas que protegían la vida desde el momento de la concepción desde diferentes frentes. En Colima, mujeres en edad reproductiva residentes de dicho estado interpusieron demandas de amparo indirecto, en las que argumentaban que la protección de la vida desde el momento de la concepción coarta el libre ejercicio de la sexualidad de las mujeres y les impone una obligación constitucional implícita de gestación y maternidad en contravención al párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución. Aducían además que la reforma institucionaliza una "misoginia constitucionalizada", pues las consecuencias jurídicas y fácticas del embarazo no deseado sólo recaen en los cuerpos de las mujeres que lo experimentan.

En estos casos, los juicios fueron sobreesidos en primera instancia debido a que el Juez de Distrito consideró que la reforma no produce por sí sola agravio alguno a las mujeres en edad reproductiva. Este criterio fue confirmado por la SCJN cuya Segunda Sala determinó que la reforma que protege la vida desde el momento de la concepción

...no incluye elemento alguno que permita constatar la existencia de limitación alguna a los derechos de las mujeres en edad reproductiva que habiten en el Estado de Colima, sino únicamente señala la obligación del Estado de salvaguardar este derecho del concebido desde el momento de la fecundación", por lo que la reforma impugnada "posee naturaleza heteroaplicativa."<sup>58</sup>

En los juicios de amparo promovidos en contra de la reforma en Colima, la Segunda Sala de la SCJN no estudió el fondo de la cuestión que se le planteaba y tomó la salida que le proveía el rígido concepto de "interés jurídico" para la procedencia del juicio de amparo. Por una parte,

<sup>57</sup> Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán reformaron su constitución en el período de 2008 a 2011. Chihuahua reformó su constitución en octubre de 1994 por lo que no se considera en el grupo antes mencionado.

<sup>58</sup> Amparos en Revisión 633/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119523>> (19 de junio de 2013); y Amparo en Revisión 644/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010 Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119617>> (19 de junio de 2013), pp. 58 y 51 respectivamente.

la SCJN dejó a las mujeres colimenses sin recurso efectivo para reclamar la violación a los derechos reproductivos y sexuales, pues, tal y como lo ha dicho la Corte Interamericana,<sup>59</sup> un recurso judicial para proteger los derechos humanos es efectivo mientras potencialmente permita al juez pronunciarse sobre el fondo.<sup>60</sup> A partir de la reforma constitucional en materia de amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011,<sup>61</sup> la cual cambió el concepto de interés jurídico por el más amplio concepto de interés legítimo, existe el potencial de permitir al Poder Judicial estudiar el fondo en juicios similares a los promovidos en Colima.

Por otra parte, en los amparos promovidos en contra de la reforma en el estado de Colima, la Segunda Sala de la SCJN desaprovechó la oportunidad de revertir el criterio establecido en la jurisprudencia del Tribunal en Pleno del rubro "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", pues simplemente indicó que el Juez de Distrito estaba obligado a invocar dicha tesis de jurisprudencia siempre y cuando fuera aplicable al caso, aun cuando no reflejara el verdadero sentido jurídico de la ejecutoria que le dio origen.<sup>62</sup>

Finalmente, la SCJN tuvo la oportunidad de estudiar el tema del aborto a finales de septiembre de 2011 (durante la redacción de este artículo). El lunes 26 de septiembre de 2011, el Pleno comenzó el análisis de la acción de Inconstitucionalidad 11/2009 presentada por la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del estado de Baja California. En ella, se plantea la inconstitucionalidad de la reforma al artículo 7 de la Constitución del Estado de Baja California, la cual protege a la vida desde el momento de la concepción. El proyecto correspondiente, redactado por el Ministro Franco no negaba humanidad al producto de la concepción, sino que sostenía que la Constitución no reconoce personalidad jurídica al no nacido, lo que implica titularidad de derechos y obligaciones, por lo que el valor de la vida deberá ser ponderado según el caso, considerando los derechos sexuales y re-

<sup>59</sup> Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 94.

<sup>60</sup> La Corte IDH ha dicho que no es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos el que se actualicen causales de improcedencia o admisibilidad que impidan al tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto, pero consideramos que el concepto de "interés jurídico" en el amparo imponía tales restricciones que de hecho dicho instrumento no constituía un recurso efectivo para numerosas violaciones de derechos humanos. Está por verse cómo será aplicado e interpretado el principio de interés legítimo por el Poder Judicial de la Federación.

<sup>61</sup> Decreto mediante el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

<sup>62</sup> Amparos en revisión 633/2010 y 644/2010..., *supra* nota 58, págs. 64 y 56 respectivamente.

productivos de las mujeres.<sup>63</sup> Las reflexiones de los Ministros se dieron en torno a tres ejes principales: a) Si las constituciones estatales podían alterar el contenido de los derechos fundamentales, y en caso de poder ampliarlos, si en la especie se trataba de una ampliación o una limitación; b) Si la Constitución protege la vida del no-nacido; c) Si la protección a la vida desde el momento de la concepción genera una presunción tal que amenace los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres sin permitir mayor ponderación de derechos en el caso concreto.

Sobre el primer tema, el Ministro Aguilar recurrió al principio de supremacía de la Constitución para concluir que solamente esta última puede contener las disposiciones generales sobre derechos fundamentales y, por lo tanto, las constituciones locales no pueden ni ampliar ni limitar el contenido esencial de esos derechos. A esto, el Ministro Cossío respondió que los Estados sí tienen facultades para legislar sobre los derechos fundamentales, siempre y cuando amplíen su contenido y no lo disminuyan. Para la Ministra Sánchez Cordero, entonces, la pregunta fue "si la definición que el derecho a la vida adopta el Constituyente de Baja California, que a primera vista parecería expansiva de derechos, afecta o restringe otros derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal". Por su parte, el Ministro Zaldívar explicó que los estados son autónomos y no soberanos, por lo que a pesar de que pueden crear o ampliar derechos fundamentales, no pueden afectar otros derechos establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales.

La protección que otorga la Constitución a la vida del no-nacido, el Ministro Aguirre Anguiano consideró que el embrión es persona jurídica y los derechos de las mujeres no pueden prevalecer por encima de esa vida. Para la Ministra Luna Ramos, la Constitución no define qué es la vida ni a partir de qué momento se determina, por lo que el Constituyente de Baja California es libre para otorgar protección al no-nacido. Consideró que esta protección no vulnera ningún derecho de las mujeres pues la norma no prohíbe ni el uso de anticonceptivos ni de experimentos científicos. El artículo 4o., adujo Luna, no reconoce el derecho al aborto, de manera que votó contra del proyecto y a favor de la constitucionalidad de la reforma. El Ministro Pardo señaló que lo que se decidía no era si se estaba a favor o en contra del aborto, sino si la reforma a la Constitución de Baja California era acorde a la Constitución, la cual a sus ojos desde luego protege el derecho a la vida, por lo que votó en contra del proyecto.

<sup>63</sup> Esto recoge el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso: TEDH. *Va. vs. Francia*. Sentencia de 13 de abril de 2006. App. No. 75699/01.

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres fueron defendidos principalmente por los Ministros Sánchez Cordero, Cossío y Zaldívar. En primer lugar, la Ministra Sánchez Cordero hizo un llamado a considerar la autonomía reproductiva reconocida por la vía del artículo 4o. constitucional interpretado en conjunción con el artículo 1o. (principio *pro personae* y de progresividad de los derechos) y votó por que la reforma fuera invalidada.

En una intervención que hace eco a la noción de justicia reproductiva, el Ministro Zaldívar sostuvo que en una democracia constitucional, el principio de mayoría no puede ser el único, ya que es un deber de las democracias respetar a las minorías. En este sentido, el Ministro Zaldívar dio peso a los derechos reproductivos de las mujeres y señaló que "son ellas las que al final pierden en estos casos, las más pobres, las más humildes, las que no tienen recursos, las que no tienen cultura, lo que es no solamente profundamente injusto sino abiertamente discriminatorio, y por tanto, inconstitucional." A pesar de que la exposición peca de cierto paternalismo, sí reconoce que hay un derecho fundamental a la interrupción del embarazo, lo cual no significa que el Estado esté en contra de la vida, sino que autoriza que se realice una ponderación entre la vida del no-nacido y los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres bajo ciertos supuestos. Zaldívar reconoció una gradualidad en el valor de la vida pues "...exigirle a la mujer que culmine el embarazo implica en ocasiones atacar su libertad reproductiva y su dignidad [pero] esto cambia conforme avanza el embarazo, ya que de conformidad con su avance, el interés del Estado en la vida del producto de la concepción va incrementándose." El ministro Presidente Silva Meza se pronunció a favor del proyecto pues consideró que aunque sí existe un interés legítimo del Estado para salvaguardar el proceso de gestación, éste debe ser proporcional con otros derechos, para lo cual la reforma aprobada en Baja California no era razonable.

En este caso, la SCJN tomó en cuenta la normatividad en materia de derechos sexuales y reproductivos y consideró la jurisprudencia internacional y comparada en la materia, lo cual representa un avance importante en el reconocimiento de los derechos reproductivos y sexuales en nuestro país. Lo anterior fue notorio en el proyecto propuesto por el Ministro Franco y en las intervenciones de los Ministros Cossío y Zaldívar. Sin embargo, desafortunadamente no se alcanzó la mayoría suficiente para invalidar la reforma impugnada. Siete ministros se declararon a favor del proyecto, es decir, en contra de la validez del artículo 7 de la Constitución de Baja California (Franco, Aguilar, Cossío, Valls, Sánchez Cordero, Zaldívar y Silva) y cuatro ministros estuvieron en contra (Aguirre, Ortiz Mayagoitia, Luna y Pardo), cuando se requerían ocho votos para que la reforma pudiera ser declarada inconstitucional. Por lo tanto, se desestimó la acción y la norma continúa vigente.

A pesar de las buenas intenciones de algunos ministros, la SCJN una vez más desaprovechó la oportunidad para dar pleno reconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres pero las posturas de la mayoría de los Ministros dan argumentaciones jurídicas importantes para garantizar los derechos reproductivos, por lo que el panorama no es completamente desalentador.

#### IV. Conclusión

Resulta claro de las resoluciones revisadas que nuestra jurisprudencia interna no está a la par de los compromisos asumidos por México en materia de derechos reproductivos y sexuales, lo cual tendrá que cambiar a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos recientemente aprobada. Menos aún podemos decir que incorpora una idea robusta de los derechos sexuales y reproductivos que incorpore la noción de justicia reproductiva.

En materia del derecho a una vida sexual libre de violencia, el Poder Judicial tiene el gran pendiente de retomar el contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en los casos "*Campo Algodonero*", *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*. En este sentido, tendrá que incorporar en sus resoluciones la noción de violencia sexual y de género y dar peso a las dinámicas de poder y los estereotipos que la generan. Tendrá que reconocer, como lo hizo la Corte Interamericana, que la violencia de género es una forma de discriminación sistémica y arraigada en nuestro país que a su vez genera para las mujeres que la sufren otras situaciones de discriminación y marginación. Para incorporar la noción de justicia reproductiva, el Poder Judicial tendrá además que ser sensible a la violencia que sufren mujeres que se encuentran desfavorecidas por vivir además otras situaciones de desventaja como el bajo nivel educativo, la menor posibilidad de generar ingresos, pertenencia a una comunidad indígena, etcétera.

Por otra parte, a partir de la más reciente resolución de la SCJN en materia de aborto, la cual validó las reformas constitucionales que protegen la vida desde el momento de la concepción, el Poder Judicial tiene el enorme pendiente de analizar el tema haciendo una verdadera valoración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como se anunció en las últimas exposiciones de ciertos Ministros de la SCJN. Tendrá además que considerar que no todas las mujeres en nuestro país están en posibilidades de "elegir" ser madres, sino que precisamente a partir de dinámicas de violencia y desigualdad en las relaciones de pareja (las cuales además ya fueron reconocidas por la Corte IDH), se encuentran sometidas a diversas formas y grados de coacción que no necesariamente podrían ser tipificadas como excluyentes de responsabilidad.

## Criterios jurisprudenciales

### 1. Nacionales

- Ejecutoria: 1a./J. 12/94 (8a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, Mayo de 1994, p. 63. Reg. IUS. 187.
- Ejecutoria: P. VII/2002, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 793. Reg. IUS. 16974.
- Ejecutoria (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421. Reg. IUS. 21469.
- Amparo en revisión 633/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119523>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 644/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119617>> (19 de junio de 2013).

### 2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.



- Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Comité CEDAW. *Recomendación general 19. La violencia contra la mujer*. A/47/38 de 1993.
- Comité CEDAW. *Goekce v. Austria (CEDAW/C/39/D2005)*. Resolución del 5 de agosto de 2007
- Comité CEDAW. *Yildirim v. Austria (CEDAW/C/39/D/6/2005)*. Resolución del 1 de octubre de 2007.
- Comité CCPR. *KL vs. Perú, Comunicación No, 1153/2003*. Resolución del 21 de noviembre de 2005.
- TEDH. *M.C. v. Bulgaria*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003, App. No. 39272/98.
- TEDH. *Vo. vs. Francia*. Sentencia de 13 de abril de 2006. App. No. 75699/01.
- TPIY. *Kunarac et al. "Foča" (Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic)*. Sentencia del 22 de febrero de 2001, caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.