

Convencionalidad  
del derecho de  
autoderminación  
reproductiva de  
la mujer en el  
Estado mexicano\* /  
Conventionality of  
the right to reproductive  
self-determination  
of Women in  
the Mexican State

\* Recibido: 5 de julio de 2014. Aceptado: 7 de agosto de 2014.

TLA-MELAU, revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.  
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / ISSN: 1870-6916 / Nueva Época,  
Año 9, N° 38, Abril - septiembre 2015, pp. 120-139.

*“Nosotros hemos defendido siempre el derecho a la vida en los términos en que la Constitución lo establece. Defendemos la vida en su integridad [...] ahora bien, entendemos que puede haber colisión en algún momento entre los derechos del feto y la personalidad de la mujer y en algún caso puede prevalecer el derecho de la mujer sobre el feto”.\*\**

RESUMEN

El presente es un análisis interpretativo-evolutivo de la convencionalidad del acceso informado a servicios de interrupción del embarazo como ejercicio efectivo del derecho fundamental de autodeterminación reproductiva, que garantiza el libre desarrollo de la personalidad de la mujer en México.

PALABRAS CLAVE

Convencionalidad, aborto, ponderación, autodeterminación reproductiva.

ABSTRACT

This is an evolutionary – interpretative analysis of the conventionality of informed access to abortion services as an effective exercise of the fundamental right to reproductive self-determination that guarantees the free will of Women in Mexico.

KEYWORDS

Conventionality, Abortion, Weighting, Reproductive Self-Determination.

\* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. (rss\_21@hotmail.com)

\*\* Véase Pérez Mendoza, Sofía, *De Gallardón padre a Gallardón hijo: 30 años de frases ‘populares’ contra el aborto*; *Diario.es*. El proyecto del titular de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, no sólo pasa por acabar con el sistema vigente de plazos, sino por retroceder más allá de 1985, cuando había que acogerse a uno de los tres supuestos para interrumpir el embarazo: violación, riesgo para la madre o malformación del feto. Citando a su padre, José María Ruiz-Gallardón —diputado por Coalición Popular—, parecen extraídos palabra por palabra de la rueda de prensa del Consejo de Ministros. Se encuentra disponible en: [http://www.eldiario.es/sociedad/discurso-avanza\\_0\\_209279814.html](http://www.eldiario.es/sociedad/discurso-avanza_0_209279814.html)

1. Introducción / 2. Contenido esencial del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer / 3. Principales criterios jurisdiccionales respecto a la interrupción del embarazo / 4. Interpretación evolutiva del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer en el Estado mexicano / 5. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación proporciona un diagnóstico jurídico del compromiso del Estado de armonizar convencionalmente la normatividad interna a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, con el fin de garantizar el acceso informado a servicios de interrupción del embarazo como ejercicio efectivo del derecho fundamental de autodeterminación reproductiva,<sup>1</sup> que garantiza el libre desarrollo de la personalidad de la mujer en México.

<sup>1</sup> De la Declaración Universal de los Derechos Sexuales de Hong Kong, aprobada el veintiséis de agosto de 1999 por la Asociación Mundial de Sexología, se advierte que los derechos sexuales y reproductivos parten de características fundamentales del ser humano, las cuales se relacionan con una dimensión estructural. Tienen que ver con su libertad y la capacidad de decidir, de disfrutar y sentir el placer, así como de vivir la sexualidad acorde con los deseos, gustos y preferencias sexuales. *Declaración Universal de los Derechos Sexuales de Hong Kong, aprobada el veintiséis de agosto de 1999 por la Asociación Mundial de Sexología*. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/18-A-1.pdf>

En este orden de ideas, los derechos que se contextualizaron en el marco de esta declaración son: a la libertad sexual; a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo; a la privacidad sexual; a la equidad sexual; al placer sexual; a la expresión sexual emocional; a la libre asociación sexual; a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables; a información basada en el conocimiento científico; a la educación sexual integral y a la atención de la salud sexual. Véase Dunlop, Joan B., “Derechos sexuales: por qué son esenciales para la Salud de la mujer”, ponencia presentada en el panel *Mujer, salud y violencia*, organizado por la OMS en el Día de la Salud de las Mujeres (Beijing, 5 de septiembre de 1995), citada por Halbide, Gustavo, *et al.*, “Tribunal de Familia de San Isidro sobre Ordenanza de SR de Vte. López”. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: <http://www.notivida.com.ar/fallos/Tribunal%20de%20Familia%20de%20San%20Isidro%20sobre%20Ordenanza%20de%20SR%20de%20Vte.%20Lopez.html>

## 2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO<sup>2</sup> DE AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA DE LA MUJER<sup>3</sup>

El concepto de derechos fundamentales expresa una moralidad y una juridicidad básicas, pues comprenden presupuestos éticos como componentes jurídicos que comprometen la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, a efecto de que el ser humano desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.<sup>4</sup>

Por lo tanto, el contenido esencial del derecho cobra un significado importante en relación con la protección de los derechos fundamentales, pues trata de que el desarrollo de un derecho no destruya su contenido material ni lo convierta en un derecho puramente formal.

Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental, tal como lo expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy, quien expone: “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental”.<sup>5</sup>

De ahí que sea indispensable distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental (como enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona), las normas de derecho fundamental (como los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones) y las posiciones de derecho fundamental (como las exigencias concretas que, al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad).<sup>6</sup>

En tal sentido, los límites que resultan admisibles, sobre la base del contenido esencial de un derecho fundamental resultan admisibles,<sup>7</sup> a través de la

<sup>2</sup> Es un contenido adicional de la norma. Está formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales. Véase Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 41.

<sup>3</sup> El derecho a la autodeterminación reproductiva es implícito al libre desarrollo de la personalidad, que se desprende del reconocimiento de la dignidad del ser humano y del derecho de optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Cfr. Figueroa Gutarra, Edwin, *Algunas cuestiones de interés sobre la libertad reproductiva en el Perú: A propósito de la sentencia 02005-2009-PA/TC, sobre la píldora del día siguiente*. [Consulta: 12 de diciembre, 2012]. Disponible en: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/m-libertad-reproductiva/>

<sup>4</sup> Cfr. Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

<sup>5</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 76.

<sup>6</sup> Cfr. Alexy, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*, d&l, núm. 8, 2000, pp. 12-14.

<sup>7</sup> Cfr. Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117.

ponderación<sup>8</sup> necesaria, sólo pueden ser determinados a la luz de cada caso concreto. No menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar a su ubicación.

A través de un ejercicio interpretativo jurisdiccional, el 8 de abril de 1981, al dictar sentencia en nombre del rey respecto al recurso de inconstitucionalidad 11/1981,<sup>9</sup> promovido por Nicolás Redondo Urbieto y otros, representados por el comisionado José Vida Soria contra diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo en el que ha comparecido el Gobierno, representado por el abogado del Estado, el Tribunal Constitucional Español ideó un método de dos pasos para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales que contemplaba el artículo 53 de la Constitución Española, consistente en: a) acudir a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho,<sup>10</sup> b) definir el contenido esencial de un derecho, a través de la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos.<sup>11</sup>

Por lo tanto, a juicio del órgano colegiado español, los dos caminos propuestos para definir el “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios. De este modo, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada derecho concreto, pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Para un análisis detenido del concepto de ponderación, véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 757. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Véase, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 86 y 87. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *Estructura y límites de la ponderación*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, España, Universidad de Alicante, 2003, p. 6.

<sup>9</sup> Cfr. STC 11/1981, *Boletín Oficial del Estado*, Gaceta de Madrid, año 321, sábado 25 de abril de 1981, Suplemento al número 99, pp. 1-13. [Consulta: 12 de diciembre, 2014]. Disponible en: [http://www.google.com.mx/url?url=http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc\\_011\\_1981.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=256zVPqVDsmoyATOuYK0Aw&ved=0CBgQFjAB&usq=AFQjCNE nFZyLlGkdeZz5q8j28ZjHx0r-lw](http://www.google.com.mx/url?url=http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_011_1981.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=256zVPqVDsmoyATOuYK0Aw&ved=0CBgQFjAB&usq=AFQjCNE nFZyLlGkdeZz5q8j28ZjHx0r-lw)

<sup>10</sup> Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje de las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas. Véase STC 11/1981, *Boletín Oficial del Estado*, *op. cit.*

<sup>11</sup> Según este criterio, se vulneraría el contenido esencial de un derecho cuando queda sometido a limitaciones excesivas que lo hacen impracticable. *Ibidem.*

<sup>12</sup> *Ibidem.*

En ese orden de ideas, se puede arribar a la conclusión de que el contenido esencial del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer es inherente al libre desarrollo de la personalidad. Su ejercicio es promovido como un espacio de decisión personal respecto al modo, forma y condiciones en que los ciudadanos pueden ejercer su derecho a trascender.

### 3. PRINCIPALES CRITERIOS JURISDICCIONALES RESPECTO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

El presente apartado proporciona el ejercicio ponderativo<sup>13</sup> entre el derecho a la vida<sup>14</sup> y el derecho de autodeterminación reproductiva que han realizado diversos órganos jurisdiccionales. Se han contrapesado los referidos bienes jurídicos en pugna y, después de valorar las circunstancias particulares del caso, han determinado, a su juicio, cuál es de mayor peso y cuál debe excluirse.

<sup>13</sup> Es el equilibrio de los derechos en conflicto. Consiste en contrapesar los bienes jurídicos en pugna, valorar las circunstancias del caso, determinar cuál es de mayor peso y cuál debe excluirse. El peso de los derechos constitucionales en lucha determina la limitación en beneficio de intereses generales. Con ello se pretende privilegiar la armonía entre los derechos. *Cfr.* Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La ley, 2000, p. 11.

<sup>14</sup> El derecho a la vida es el derecho a la propia existencia fisiológica y biológica. Debe ser interpretado como el derecho a su propia inviolabilidad, cuyo fundamento o justificación racional radica en el principio de la dignidad. Véase Massini, Carlos, Correas, I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en Javier Saldaña (coord.), *Problemas Actuales sobre Derechos humanos. Una Propuesta filosófica*, México, UNAM, 2000, p. 161. El sentido primordial de este derecho es impedir que el Estado, de manera arbitraria, arrebate la vida a cualquier persona o legalice o autorice la muerte de esta de forma arbitraria; se trata, por lo tanto, de una obligación de no hacer en cabeza del Estado. A pesar de la unanimidad demostrada en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos al reconocer y garantizar el derecho la vida, no por ello dejan de presentarse, a nivel doctrinal e incluso normativo, innumerables debates. Estas discusiones se encuentran motivadas por tres peculiaridades: a) es la base ontológica de todos los otros derechos, b) su violación es irreversible ya que implica la desaparición de su titular, c) la propia definición de “vida” genera conflictos entre conceptos éticos, morales y religiosos. Ello alimenta debates como los sostenidos sobre la eutanasia, el aborto y el suicidio asistido. Véase Rey Martínez, Fernando, *La Protección de la vida, un derecho en transformación y expansión (artículo 2 y protocolo 6)*, citado por Costa Rodrigues, Renata Cenedesi Bom, *El nuevo concepto del Derecho a la Vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. [Consulta: 12 de mayo, 2015]. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19191/FCI-2004-9-cenedesi.pdf?sequence=1>

A pesar de los debates que se desarrollan en la actualidad, puede afirmarse su existencia, independientemente del territorio de un derecho a la protección jurídica de la vida, reconocido como un derecho humano tanto a nivel estatal como internacional. En este sentido, entramos en la tesis de la flexibilización de la soberanía en los casos de violación de los derechos humanos. Es decir, a partir de la internacionalización de los derechos humanos, se ve rota la noción de soberanía nacional absoluta, en la medida que se admiten intervenciones en el plano interno, en pro de los derechos humanos. Se renuncia el fin de la era en que la forma por la cual el Estado trataba sus ciudadanos se consideraba un problema estrictamente de jurisdicción doméstica. Véase Piovesan, Flávia, *Derechos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, 2000, p. 302.

### 3.1 Francia y Alemania

El Consejo Constitucional de Francia<sup>15</sup> y diverso Tribunal Constitucional de Alemania<sup>16</sup> han recurrido a una ficción jurídica para establecer la protección de la vida desde la concepción, señalando una serie de excepciones para resguardar los derechos de la mujer.

El Tribunal Constitucional Alemán resolvió que el ordenamiento jurídico alemán debía otorgarle al no nacido un derecho a la vida independiente del correspondiente a su madre. Con ello, calificó al feto como ser humano, otorgándole personalidad jurídica.<sup>17</sup>

### 3.2 Estados Unidos

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, el 22 de enero de 1963, en el caso *Roe vs. Wade*,<sup>18</sup> resolvió que desde la formación de la columna vertebral se toma en consideración para determinar la viabilidad del feto.

Este criterio fue ratificado en el diverso caso *Casey vs. Planned Parenthood*,<sup>19</sup> donde la corte estadounidense estableció que la libertad de la mujer no podía ser limitada sino a partir de un límite fijo y claro.<sup>20</sup>

### 3.3 Colombia

La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia dictada el 10 de mayo de 2006, en el expediente C-355/0666,<sup>21</sup> analizó la constitucionalidad de

<sup>15</sup> Decisión núm. 74-54 DC de 15 de enero de 1975, *Loirelativéá l'interruptionvolontaire de grossesse (Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo)*, citada por Carpentier, Elice, "La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional Francés", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 129-142. [Consulta: 11 de diciembre, 2014]. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200006&script=sci_arttext)

<sup>16</sup> Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39, 1, del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania. Véase Aborto. Sentencias y precedentes. [Consulta: 11 de diciembre, 2014]. Disponible en: <https://www.google.com.mx/#q=Sentencias+de+Control+Abstracto+de+Constitucionanlidad+BverfGE+39%2CI+del+25+de+febrero+de+1975+y+BverfGE+88%2C203%2C+28+de+mayo+de+1993+del+Tribunal+Constitucional+de+Alemania>

<sup>17</sup> Véase Aborto. Sentencias y precedentes, *op. cit.*

<sup>18</sup> Precedente que sirvió para legalizar el aborto en ciertas etapas del embarazo. Le niega al feto la calidad de persona; ya que la protección al feto deriva de la obligación del Estado de proteger la vida en gestación, lo cual no significa que lo haga titular de algún derecho fundamental, ni que goce de personalidad jurídica. Por tanto, en estos casos la protección es de menor grado o intensidad. Véase Shapiro, Ian, "El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: una introducción", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2009. [Consulta: 11 de diciembre, 2014]. Disponible en: <http://www.yale.edu/macmillan/shapiro/abortion-spanish.pdf>

<sup>19</sup> *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 US 833 (1992), 29 de junio de 1992, Suprema Corte de los Estados Unidos. Véase *ibidem*.

<sup>20</sup> Dicho límite fue la viabilidad del feto.

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, Análisis de Constitucionalidad de los artículos 32-7, 122, 123 (parcial) y 124 del Código Penal (Ley 599/00). Sentencia del 10 de mayo de 2006. Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. [Consulta: 10 de marzo, 2015]. Disponible en: [http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Corte%20ConstitucionalP%20\(2006\)%20SentC355.pdf](http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Corte%20ConstitucionalP%20(2006)%20SentC355.pdf)

los artículos 122, 123 (parcial) y 124 del Código Penal (Ley 599/00), entre otros, que en términos generales penalizaban de manera absoluta el aborto y establecían solamente algunos supuestos de atenuación de responsabilidad.

Para ello, realizó un juicio de proporcionalidad entre el deber de protección de la vida en gestación<sup>22</sup> y los derechos fundamentales de la mujer embarazada.<sup>23</sup> Estableció que el análisis de estos derechos parte del concepto del bloque de constitucionalidad.<sup>24</sup>

El estudio en comento concluyó que la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación, la libertad, la integridad personal y el derecho a una vida libre de violencia constituyen el núcleo esencial de los derechos reproductivos de las mujeres. Por lo tanto, sostuvo que el ámbito de protección de la dignidad humana de la mujer<sup>25</sup> incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, la autonomía reproductiva y la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género denigrantes o infringirle sufrimientos morales deliberados.<sup>26</sup>

Es así que, deliberando en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer, precisó que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, es decir, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo cual resulta a todas luces inconstitucional.<sup>27</sup>

No obstante, precisó el legislador puede adoptar otro tipo de medidas que cumplan con el fin de proteger la vida en gestación. Sin embargo, si se

<sup>22</sup> En relación con el deber de protección de la vida en gestación, la Corte Constitucional hizo una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado y el derecho a la vida como tal. Estableció que éste supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto a quienes no han alcanzado esta condición, por lo que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. En tal sentido, señaló que el fundamento de la prohibición del aborto radica en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus*; por lo tanto, éste no es titular del derecho a la vida. *Ibidem*.

<sup>23</sup> Con relación a los derechos fundamentales de la mujer embarazada, la Corte Colombiana estableció que los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución y en el derecho internacional deben ser examinados en el momento en que se analice la constitucionalidad del tipo penal de aborto. En tal sentido, señaló que el aborto se relaciona con los derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, al interés superior de los niños y las niñas, la discriminación y otras formas de violencia contra la mujer, la salud, la educación y la dignidad humana. *Ibidem*.

<sup>24</sup> Además, este órgano jurisdiccional señaló que la mujer es sujeto constitucional de especial protección; en mayor medida las mujeres embarazadas. Reconoció que algunas situaciones afectan a las mujeres de manera diferente, en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción. *Ibidem*.

<sup>25</sup> La Corte Colombiana señaló que la mujer es un ser humano plenamente digno y que, por tanto, debe ser tratada como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle, en ciertos casos contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, *op. cit.*

<sup>26</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>27</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, *op. cit.*



han elegido medidas de carácter penal como las más convenientes para proteger la vida del *nasciturus*, también le corresponde prever las circunstancias donde no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales la mujer gestante es titular:<sup>28</sup> cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; y cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto.

### 3.4 México

En el marco normativo interno se advierte la tendencia de la protección hacia el derecho a la vida<sup>29</sup> y, en su momento, con el caso del Distrito Federal, la libertad de elección de la mujer con respecto a la maternidad.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> En el precepto 22 del Código Civil Federal se plasma claramente la protección y el derecho a la vida al señalarse que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley. Por su parte, el Código Penal Federal, en los artículos 329-332, tipifica el delito de aborto, como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Se ubica la tendencia hacia la protección del producto desde la concepción, contraponiéndose así al derecho y a la libertad de la mujer a decidir sobre cuerpo y la maternidad. Empero, dicha legislación contempla como excluyentes de responsabilidad tanto para la mujer como para quien practique el aborto cuando sea imprudencia de la mujer embarazada, cuando el embarazo sea resultado de una violación o cuando la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte. Por su parte, el Poder Judicial de la Federación ha emitido los siguientes criterios jurisprudenciales. Los bienes jurídicamente protegidos en el aborto son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia, y el interés demográfico de la colectividad. El delito de feticidio es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. El objeto doloso de la maniobra abortiva es atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad. El ilícito penal consiste en atentar contra la vida en gestación. La intencionalidad es el deseo del abortador de la muerte del feto; lograr su propósito criminal según el dictamen médico. El aborto no se define por la maniobra abortiva, como expulsión del producto, sino por la consecuencia de ella. Por la muerte del concebido. La privación de la vida de las personas no siempre es considerada como violatoria del derecho a la vida, siempre que se cumpla con los requisitos señalados en las disposiciones nacionales e instrumentos internacionales siguientes. El aborto médico obstétrico consiste en la expulsión del producto de la concepción; su viabilidad, es decir, su capacidad de vida extrauterina, estará determinada por la edad intrauterina. No puede considerarse imprudencial la conducta del activo del delito, pues la privación de la vida fue una consecuencia necesaria y notoria de la acción intencional en que incurrió, al violar la ley fuere cual fuere el resultado, independientemente del consentimiento de la ofendida en que se practicara el aborto. El delito de aborto en grado de tentativa, se constituye cuando el acusado trató de hacer abortar a su víctima y si esto no se llevó al cabo, fue por causas ajenas a su voluntad, como fue la atención médica que oportunamente se prestó a la ofendida. El aborto como delito culposo debe reunir los siguientes nueve elementos: un acto inicial voluntario; un resultado comprendido dentro de un tipo penal determinado; ausencia de intención delictuosa; relación causal entre el acto voluntario inicial y el resultado; falta de previsión de los resultados y naturaleza previsible del evento. Las maniobras abortivas negligentes: la forma en que se realizaron las maniobras abortivas y los datos que arroja el certificado de autopsia son por sí mismos suficientes para concluir en que el procesado obró con negligencia, es decir con descuido y falta de atención, sin prever el resultado previsible y evitable y, con impericia, si el certificado aludido está demostrando que carecía de la capacidad técnica necesaria, por deficiencia, para realizar la referida intervención. Cfr. Semanario Judicial de la Federación, volumen 17, segunda parte, materia Penal, p. 9.

Existen importantes referentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la despenalización del aborto, dentro de los cuales destacan los siguientes:

Acción de Inconstitucionalidad 10/2000,<sup>30</sup> en la cual se determinó la constitucionalidad del artículo 334, en su tercera fracción. Por lo tanto, el precepto permanece tal y como se publicó en la reforma. Por otra parte, se desestimó la acción intentada en lo concerniente al precepto 131 bis del Código de Procedimientos Civiles, en virtud de que no se alcanzó la mayoría requerida por la Constitución para considerarlo contrario a la ley.

Empero, la citada resolución indicó que a pesar de que la Constitución defiende el derecho a la vida, cuando un especialista considere que hay alteraciones que puedan crear consecuencias físicas y mentales para el producto del embarazo, la madre puede decidir interrumpir el embarazo. Por lo tanto, a pesar de que el artículo 22 constitucional otorga al ministerio público la facultad de interrumpir el embarazo de una mujer si fue producto de una violación.<sup>31</sup>

Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.<sup>32</sup> En ésta se declaró la invalidez de la porción normativa del primer párrafo del artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, que señala: “después de la décima segunda semana de gestación”, así como del segundo párrafo del mismo artículo; de la porción normativa del primer párrafo del artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal, que dice: “después de las doce semanas de embarazo”; y el artículo tercero transitorio del decreto fue impugnado en su integridad. Se concluyó que se podía interrumpir el embarazo sólo hasta la doceava semana de gestación.

Acción de Inconstitucionalidad 11/2009.<sup>33</sup> Aun cuando fue desestimada la presente acción de inconstitucionalidad, precisó tópicos tales como la vida humana, las mujeres y los derechos humanos.

Lo anterior reflejó la interpretación evolutiva que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al derecho de autodeterminación

<sup>30</sup> Cfr. Aguinado Alemán, Vicente, Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, Azuela Güitron, Mariano, Díaz Romero, Juan, Ortiz Mayagoitia, Guillermo, “La Suprema Corte de Justicia y el Derecho a la Vida. Sentencia sobre El Aborto”, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 291 y 331-339.

<sup>31</sup> *Ibidem.*

<sup>32</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, sentencia del 28 de agosto, 2008. [Consulta: 20 de febrero, 2015]. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/07001460.019.doc>

<sup>33</sup> Véase “Determinar la inconstitucionalidad de la porción normativa del artículo 7, primer párrafo, de la Constitución del Estado de Baja California, reformado mediante Decreto 175”, *Periódico Oficial de Baja California*, 26 de diciembre, 2008. “Al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida”. Cfr. Acción de Inconstitucionalidad 11/2009. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/pleno/Documents/proyectos\\_resolucion/AI-11-09-BajaCalifornia.pdf](https://www.scjn.gob.mx/pleno/Documents/proyectos_resolucion/AI-11-09-BajaCalifornia.pdf)

reproductiva de la mujer, lo cual es coherente a las reflexiones realizadas en las referidas acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007,<sup>34</sup> que, en términos generales, legalizaron la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación sin establecer causal alguna.

En ellas, los principales problemas jurídicos abordados por el Alto Tribunal fueron: el momento a partir del cual se debe proteger la vida humana, la existencia y naturaleza normativa del concepto “vida” en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la interrupción del embarazo y la configuración del delito de aborto.<sup>35</sup>

#### 4. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL DERECHO DE AUTODERMINACIÓN REPRODUCTIVA DE LA MUJER EN EL ESTADO MEXICANO

En México, el tipo penal de aborto está regulado tanto a nivel federal como local. Se define como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo. Sin embargo, en el código sustantivo penal del Distrito Federal se despenalizó el aborto, pues permite la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación. Asimismo, en dicho ordenamiento se conceptúa el embarazo, con el objeto de comprender su interrupción, como la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.<sup>36</sup>

La primera de las tensiones que plantea la penalización del aborto se da entre la autonomía de la mujer sobre su proyecto de vida, sobre su cuerpo, y la expresión de valores jurídicos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia. En algunos de ellos se hallan implícitos otros derechos de orden jerárquico inferior, como el de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, por una parte, y la protección estatal al embrión como potencialidad de una personalidad, por otra. Esta potencialidad no se realiza cuando ocurre la interrupción, voluntaria o no, del embarazo. Debe ser resuelta, a nuestro juicio, a la luz de un principio que justifica, en sí mismo, el derecho fundamental a la vida: el principio de la dignidad humana.

<sup>34</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Sentencia del 28 de agosto, 2008. [Consulta: 20 de febrero, 2015]. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/07001460.019.doc>

<sup>35</sup> Cfr. Acción de Inconstitucionalidad 11/2009. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/pleno/Documents/proyectos\\_resolucion/AI-11-09-BajaCalifornia.pdf](https://www.scjn.gob.mx/pleno/Documents/proyectos_resolucion/AI-11-09-BajaCalifornia.pdf)

<sup>36</sup> Cfr. Nelly, Marina, *A seis años de la despenalización del aborto en el Distrito Federal. La capital de México aprueba el aborto voluntario pero los estados restantes ¿cuándo?* [Consulta: 20 de febrero, 2015]. Disponible en: <https://www.belelu.com/2013/04/cumple-seis-anos-de-maternidad-voluntaria-en-el-distrito-federal/>

Cuando la vida no está garantizada y regulada bajo la protección de su dignidad, el ser humano queda expuesto a la instrumentalización de su existencia. Como consecuencia de ello, es reducido a la degradante condición de una cosa, lo cual contradice el respeto a la dignidad fundamento principal del Estado social de derecho establecido en la Constitución.

El derecho a la vida no tiene relevancia jurídico-constitucional si no lleva aparejados los elementos conceptuales que conforman este principio, en el cual la noción de libertad es inescindible.

Por lo anterior, la proyección del principio de la dignidad frente a la penalización del aborto será efectuado inescindiblemente con la noción de la libertad, instituida igualmente en nuestro ordenamiento como principio y derecho fundamental, mediante normas cuyos contenidos guardan una íntima relación con aquel principio, en tanto constituyen su más cabal expresión. Se trata aquí de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, de culto y de pensamiento.

Por esta razón, la evaluación de la inconventionalidad de la penalización de aborto en México denota la relación entre el principio de dignidad humana y el cumplimiento del fin preventivo del poder sancionador del Estado.

#### 4.1 Ratio decidendi

El punto de partida del análisis de la inconventionalidad de la penalización del aborto en México es la afirmación relativa a que la vida del *nasciturus*<sup>37</sup> es un bien constitucionalmente protegido y que por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y, por lo tanto, reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Expondremos los fundamentos legales a nivel constitucional y de fuente internacional en materia de derechos humanos que forman parte de bloque de constitucionalidad, de los cuales se advierte el grado de protección a la vida en sus diferentes estadios.

Tomaremos en consideración las recomendaciones realizadas por los organismos internacionales en relación con el tema de la penalización del aborto, como un llamado de atención para que sean revisadas las políticas o

<sup>37</sup> Enciclopedia Jurídica, “El concebido pero no nacido”. [Consulta: 22 de enero, 2015]. Disponible en: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/nasciturus/nasciturus.htm>

actuaciones estatales que ponen en riesgo o vulneran derechos fundamentales.<sup>38</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege cualquier tipo de vida, sin distinción. Existen instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen el derecho a la vida del ser humano fundados en la dignidad humana, que le reconocen un plus de protección por

<sup>38</sup> Dentro de las cuales destacan las siguientes: Recomendaciones del Comité de vigilancia del Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales. En la que el Comité ha pedido a los Estados que incluyan la educación en salud sexual y reproductiva en los programas de estudios de las escuelas para que los adolescentes puedan contribuir a protegerse del VIH/sida y otras infecciones transmisibles sexualmente, reducir las tasas de embarazo adolescente y de aborto, y tener libre acceso a servicios de atención a la salud reproductiva. Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf)

Recomendación General No. 24 sobre mujer y salud, de la Comisión encargada de la vigilancia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. En la cual el Comité que monitorea la CEDAW estableció que la criminación de prácticas médicas que sólo requieren las mujeres, como el aborto, constituye una violación del derecho a la igualdad. Al momento de rendir este concepto, se encontraba, para sanción del presidente de la república, el protocolo facultativo al CEDAW que recoge en algo esta recomendación. Véase Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: <http://www.who.int/hhr/activities/Q%26AfinalversionSpanish.pdf>

Recomendaciones del Comité de monitoreo de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial. En ella, el comité ha señalado que son consecuencia de la múltiple discriminación contra la mujer, el embarazo resultante de violación motivada por prejuicio racial, la esterilización forzada y la incapacidad de las mujeres para tener acceso a servicios de atención a la salud reproductiva por razón de la raza, etnia u origen nacional. Estas situaciones constituyen violaciones del tratado cuando se ocasionan por acción u omisión de los Estados parte. Véase “Aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en las altas cortes nacionales”. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: [http://www.fuac.edu.co/recursos\\_web/documentos/derecho/revista\\_criterio/articulosgarantista1/4observatoriogenero.pdf](http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista1/4observatoriogenero.pdf)

Recomendaciones del Comité de monitoreo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes. El Comité contra la Tortura considera que la violencia contra las mujeres, especialmente la violación y otras formas de violencia sexual, son actos de tortura basados en el género. La CCT codifica el compromiso actual de erradicar y garantizar la protección de todas las personas contra las formas de tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes, incluida la violencia de género. Véase Molina Bentacur, Carlos Mario, *El derecho al aborto en Colombia: El concepto jurídico de vida humana*. [Consulta: 20 de enero, 2015]. Disponible en: [https://books.google.com.mx/books?id=NGhsrqKC3jQC&pg=PA48&lpg=PA48&dq=Recomendaciones+del+Comit%C3%A9+de+monitoreo+de+la+Convenci%C3%B3n+contra+la+Tortura+y+otros+Tratos+o+Castigos+Cruels,+Inhumanos+o+Degradantes&source=bl&ots=isJx4wK4Qf&sig=L\\_R1SZsPkzPnod oYkCXmzPqY5qg&hl=en&sa=X&ci=AtbgVP63AsqvggTvkIDYDg&ved=0CCQQ6AEwAQ#v=onepage&q=Recomendaciones%20del%20Comit%C3%A9%20de%20monitoreo%20de%20la%20Convenci%C3%B3n%20contra%20la%20Tortura%20y%20otros%20Tratos%20o%20Castigos%20Cruels%20Inhumanos%20o%20Degradantes&f=false](https://books.google.com.mx/books?id=NGhsrqKC3jQC&pg=PA48&lpg=PA48&dq=Recomendaciones+del+Comit%C3%A9+de+monitoreo+de+la+Convenci%C3%B3n+contra+la+Tortura+y+otros+Tratos+o+Castigos+Cruels,+Inhumanos+o+Degradantes&source=bl&ots=isJx4wK4Qf&sig=L_R1SZsPkzPnod oYkCXmzPqY5qg&hl=en&sa=X&ci=AtbgVP63AsqvggTvkIDYDg&ved=0CCQQ6AEwAQ#v=onepage&q=Recomendaciones%20del%20Comit%C3%A9%20de%20monitoreo%20de%20la%20Convenci%C3%B3n%20contra%20la%20Tortura%20y%20otros%20Tratos%20o%20Castigos%20Cruels%20Inhumanos%20o%20Degradantes&f=false)

ser el derecho que hace posible el ejercicio de todos los demás derechos.<sup>39</sup> En general, con excepción de la Convención Americana, que expresa como ámbito de protección de la vida humana desde su concepción, ninguno de los instrumentos internacionales se han detenido a explicitar el momento en que comienza ésta. Por su parte, en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño se omitió delimitar la niñez desde la concepción hasta los 18 años, pero se dejó un principio de protección para el niño por nacer.<sup>40</sup>

En aquellas legislaciones que permiten la interrupción voluntaria del embarazo está, implícita o explícita, la idea de una protección que aumenta progresivamente del momento de la concepción al del nacimiento. Por su parte, los instrumentos internacionales prohíben el homicidio, y toman medidas con relación a la aplicación de la pena de muerte.

Es así que el concepto de la vida humana ha evolucionado en la jurisprudencia, la doctrina y la legislación nacional e internacional. Pasó de protegerse como fenómeno puramente biológico a convertirse en la exigencia de condiciones que garanticen la dignidad de la vida humana. Esta dignidad está asociada a su vez con la realización de otros derechos fundamentales que le dan sentido a la vida biológica.

Por esta razón, se ha relativizado el concepto de vida biológica como un valor absoluto, intocable. Actualmente, el concepto de dignidad humana prevalece en la ponderación porque involucra la complejidad de la persona, en quien lo biológico constituye sólo un aspecto. En este proceso, la protección jurídica de la vida se ha humanizado: en ella prima la valoración de fenómenos sociales, psicológicos y políticos asociados con los fines de la organización social sobre la valoración metafísica, las cuales se respetan y protegen como

<sup>39</sup> Así, tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 3 refiere que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Véase “Dignidad Humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 18.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su precepto 6, señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. *Ibidem*.

En el mismo orden, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 1, señala el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. *Idem.*, p. 19.

Por último, la Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, en su artículo 4, destaca que toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. *Ibidem*. Complementariamente, otros instrumentos que hacen referencia a este derecho son la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el preámbulo refiere que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Artículo 6. 1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco de la vida. 2. Los Estados parte garantizan en la máxima medida posible la supervivencia del niño. *Idem.*, p. 20.

El Convenio de Ginebra de 1949, en su artículo 3, refiere que respecto a los actores ajenos a un conflicto armado se prohíben: a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. *Idem.*, p. 22.

<sup>40</sup> Documentos de la Comisión de derechos Humanos E/ CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48. Citada en Naciones Unidas. “Derecho Internacional de los derechos Humanos”, Bogotá, abril 2004, p. 99.

parte del ámbito íntimo de las personas, pero que no pueden definir las políticas públicas por representar sólo visiones particulares de la existencia.

De ahí que el bloque de constitucionalidad constituya también un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal. Esto es así pues la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de conformidad con las cuales, no garantizar el aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>41</sup> consagrado en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, se afirma que, de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos,<sup>42</sup> el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>43</sup> y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados parte deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagradas tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención para la Eliminación de las formas de Discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por tanto, las opiniones y recomendaciones formuladas por los diversos comités internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, cuya interpretación sistemática nos conduce a concluir que las disposiciones legales que penalizan el aborto son inconstitucionales.

En efecto, de conformidad con el artículo 1 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y, por tanto, se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

El legislador puede elegir entre las medidas a su alcance las que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia

<sup>41</sup> Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs Perú, Comunicación No. 1153/2003. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/15/241.pdf>

<sup>42</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982, citado en Sentencia T-585/10. [Consulta: 20 de febrero, 2015]. Disponible en: [http://www.apoyame.org.co/sites/default/files/documentos/sentencia\\_t-585-10.pdf](http://www.apoyame.org.co/sites/default/files/documentos/sentencia_t-585-10.pdf)

<sup>43</sup> Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General núm. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, párr. 7., citado en Sentencia T-585/10, *op. cit.*



constitucional. En el ejercicio de tal potestad de configuración, puede adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátase de un valor, principio o derecho fundamental.

No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales. En este sentido, el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego. No puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados; tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues, debido a su carácter de *última ratio* en un Estado social de derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana —fundamentos axiológicos de este modelo estatal— debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso. Es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, afecta de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrede los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

En el caso del aborto, se trata de una decisión en extremo compleja. Este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional. Por lo tanto, definir cuál debe prevalecer y en qué medida supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza. Dado que las políticas públicas cambian, el legislador puede modificar sus decisiones al respecto, y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.

Por una parte, están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión



en acápites anteriores; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y los tribunales constitucionales.

En el caso concreto, el poder legislativo decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico por proteger. Sin embargo, llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales, hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad humana privaría totalmente de contenido estos derechos. En esa medida, resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

Resulta relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto a las disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP,<sup>44</sup> el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer,<sup>45</sup> y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales,<sup>46</sup> en el sentido de que estas disposiciones obligan al Estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud.

En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante, sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones psíquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

Cabe recordar, además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales. En lo que respecta a las personas naturales,

<sup>44</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982, citado en Sentencia T-585/10, *op. cit.*

<sup>45</sup> Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer, citado en Sentencia T-585/10, *op. cit.*

<sup>46</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General núm. 14, citado en Sentencia T-585/10, *op. cit.*

cabe advertir que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada. Por tanto, no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto; tampoco, puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres. En caso de que un médico alegue la objeción de conciencia, debe remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, se concluye que es convencional la despenalización del aborto en México. De lo contrario, la protección a la vida en gestación representa una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada, a su dignidad, libertad y libre desarrollo de su personalidad como elementos esenciales del derecho de autodeterminación reproductiva.

### *4.3 Interpretación evolutiva de la Convención Americana*

La interpretación constitucional que se realiza del sistema jurídico normativo nacional está orientada a fortalecer la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de derecho, pues las normas constitucionales son la base del ordenamiento jurídico.

De una determinada interpretación de la Constitución, pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido, precisamente, a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales. Esto puede originar, asimismo, la inconstitucionalidad de otras normas conectadas con tales leyes. En este ejercicio, se emplea la interpretación evolutiva como aquella en la cual, al existir cláusulas abiertas, dan al operador jurídico un margen de discrecionalidad legítima para optar entre varias interpretaciones posibles de una determinada norma.

De igual forma, es factible recurrir a valores o fuentes no explícitas en el texto constitucional, como valoraciones sociales, culturales, políticas. Se trata de una jurisprudencia de valores, de una interpretación axiológica receptiva, de una interpretación progresista.<sup>47</sup>

En este aspecto, destaca la interpretación evolutiva de las disposiciones de la Convención Americana. Es un ejercicio constante que hace la Corte, al considerar la referida convención como un instrumento vivo que debe adecuarse a la realidad de “los tiempos y las condiciones de vida actuales”.

<sup>47</sup> Cfr. Carpio, Edgar, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2004, pp. 144-155.

En este caso, la Corte consideró que la fecundación *in vitro* no existía en el momento de redactarse la Convención Americana.<sup>48</sup>

Con este método, la Corte Interamericana revisó los diversos tratados y las decisiones de organismos internacionales, y concluyó que de ninguno de estos instrumentos internacionales se desprendía que el embrión fuera equiparado con un ser humano, o que tuviera derecho a la vida.<sup>49</sup>

De ahí el compromiso del Estado mexicano de armonizar el orden jurídico interno a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Manifestó que reiteraba los argumentos expresados en la sesión anterior. Sin embargo, argumentó que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema Universal de Derechos Humanos en ningún momento han declarado que el Estado se encuentre obligado a proteger sin excepción la vida desde el momento de la concepción o que deba prohibir y penalizar la interrupción voluntaria del embarazo.

Por esta razón, se estima que en aras de hacer efectivo el control de convencionalidad difuso por parte del Estado mexicano, éste debe realizar una interpretación evolutiva del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer, lo cual implicaría reformar la normatividad interna: la Ley General de Salud, a los Códigos Penal Federal, Civil Federal, así como las legislaciones sustantivas civiles de los estados (en específico, en aquellos supuestos legislativos que los restrinjan obedeciendo principios dogmáticos como el derecho a la vida desde la concepción y que pretendan su protección bajo el sistema penal).

<sup>48</sup> Cfr. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *op. cit.*

<sup>49</sup> Adicionalmente, la Corte revisó la legislación de diversos países, en la cual sólo se prohíbe la clonación humana o su uso dirigido “a una reducción embrionaria y la comercialización del material biológico”; o bien, se establecen límites de embriones a ser transferidos al útero de la mujer por razones de salud, o regulaciones en relación con la críoconservación. Cfr. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *op. cit.*, párr. 257.

Lo anterior obedece a lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre la igualdad entre hombre y mujer; se introducen no sólo otros derechos como el de la vida privada, sino también el derecho a la intimidad de las mujeres. En ese aspecto, consideró que cuando el Estado impone a los médicos y a otros funcionarios de salud, la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, se vulnera su derecho a la intimidad. Además, las sitúa en un estado de riesgo, pues, ante el temor de ser denunciadas, se practican la interrupción del embarazo en lugares inseguros, lo cual produce una afectación y desigualdad en las relaciones de género, pues no se les reconoce su autonomía y control de su sexualidad. Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [Consulta: 20 de mayo, 2015]. Disponible en: <http://www.bcnbib.gov.ar/tratados/5pactointernacionaldederec.pdf>

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos detalló que en la primera de estas interpretaciones se determinó que el derecho a la vida desde el momento de su concepción no debía entenderse en términos absolutos, ya que esta definición era incompatible con las leyes que regían el aborto en la mayoría de los Estados americanos y tal reconocimiento habría implicado la derogación de los artículos de los Códigos Penales que excluían la sanción penal por el delito de aborto. De ahí que, para conciliar los distintos puntos de vista, fuera necesario tomar en cuenta la redacción del propio artículo, pues agregaba la expresión en lo general. Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

## 5. CONCLUSIONES

De las distintas disposiciones internacionales de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación. Por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

Por lo tanto, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos y, como tales, ahora forman parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Además de su consagración, su protección y garantía parten de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad; por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

No obstante, el bloque de constitucionalidad proporciona al Estado de derecho mexicano un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto, el cual no es ilimitado. Aun en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales: en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales; en segundo, le está ordenado proteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.