

EL DERECHO AL ABORTO EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA. CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA INFLUENCIA NORTEAMERICANA EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO*

Aniceto MASFERRER**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La invención de los “derechos-deseo”: “derechos” sin deberes y “obligaciones” sin sanciones (siglo XX)*. III. *La recepción de los “derechos sexuales y reproductivos” en México*. IV. *Reflexión final: ¿derecho al aborto?*

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos tienen, como toda institución jurídica, su historia. Es más, sólo la historia puede explicar el surgimiento y evolución de los dere-

* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto “Las influencias extranjeras en la codificación penal española: su concreto alcance en la parte especial de los códigos decimonónicos” (ref. DER2016-78388-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y merced a una estancia, como investigador visitante, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM). Quiero agradecer al doctor José Luis Soberanes Fernández tanto la invitación como sus muestras de hospitalidad a lo largo de mi estancia en el mencionado Instituto. A él y al doctor Juan Alfredo Obarrio les agradezco la lectura del manuscrito y sus valiosos comentarios. Asimismo, les doy las gracias a los maestros Manuel Andreu Gálvez y Gustavo Garduño Domínguez por su invitación a participar en el presente volumen monográfico con motivo de la celebración del centenario de la Constitución mexicana (1917-2017).

** Doctor en derecho por la Universidad de Girona; investigador acreditado como catedrático, desde octubre de 2012, en la Universitat de València; catedrático de historia del derecho y derecho comparado en la Universidad de Valencia; presidente de la European Society for Comparative Legal History; presidente del Grupo de Estudios Sociales e Interdisciplinarios (GESI); vicepresidente de la Fundación Universitat; director del Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Jurídicos; académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y miembro del Instituto de Historia de la Intolerancia, adscrito a esta Academia.

chos, su positivización, así como su concreto significado, sentido y alcance en el marco de unas coordenadas más o menos precisas de tiempo y espacio.

Afirmar que el reconocimiento de los derechos humanos es el resultado de un proceso histórico no significa sostener que su origen y fundamento sean históricos. Defender lo contrario supondría erigir a la historia en una fuente legitimadora del derecho y de los derechos, como si la historia constituyera la fuente de moralidad sobre la que fundar la paz y la justicia sociales. La experiencia muestra más bien lo contrario. No todo episodio histórico constituye un modelo de moralidad que pueda servir como referente de conducta humana universalizable que promueva sociedades justas y pacíficas.

En *De legibus*, Cicerón ya afirmó que resulta absurdo considerar justas todas las leyes e instituciones de los pueblos.¹ De hecho, la historia de los derechos humanos muestra esta realidad. El reconocimiento de determinados derechos ha sido, en muchas ocasiones, la respuesta a situaciones sociales moralmente insostenibles. Insostenible era el trato que algunos colonos propiciaron a los indígenas en América (siglo XVI); insostenibles fueron los atropellos a la libertad religiosa y sus consiguientes guerras de religión (siglos XVI y XVII); insostenible era el poder omnímodo de las monarquías absolutas (siglo XIX); insostenibles eran las condiciones de la mayoría de los trabajadores, así como el trato indigno a las mujeres, a los niños y a las personas sin trabajo, enfermas o discapacitadas (siglos XIX y XX); insostenibles fueron las teorías filosófico-políticas que propiciaron —o incluso justificaron— las dos guerras mundiales (siglo XX); insostenible es el dualismo global existente en la actualidad, en donde algunos viven en la más completa opulencia a costa de muchos otros que carecen de lo indispensable para vivir con un mínimo de dignidad (agua potable, comestibles, vivienda, educación, comunicación, etcétera), mientras el resto contempla —con cierta complicidad e impotencia al mismo tiempo— la riqueza de unos y la indigencia de tantos otros; insostenible es que una parte del mundo lleve una vida consumista y hedonista, justificando el atropello a los derechos de los indefensos, de los seres más vulnerables,² de aquellos que no pueden valerse por sí mismos, o de aquellos que cuando vengan ya no podrán disfrutar del mundo y del medio ambiente del que nosotros gozamos en la actualidad.

El paso de unos “derechos naturales” (siglos XV-XVIII) a unos “derechos fundamentales” (siglo XIX) y a unos “derechos humanos” (siglo XX)

¹ *De legibus* 1, 42.

² Masferrer, Aniceto y García-Sánchez, Emilio (eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Dordrecht-Heidelberg-Londres-Nueva York, Springer, 2016.

muestra la evolución que los derechos han experimentado a lo largo de varios siglos. La descripción de esa evolución con base en el recurso didáctico de las “generaciones” también refleja el papel del devenir histórico en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. En cualquier caso, resulta innegable que, desde mediados del siglo XX, los derechos humanos se han ido incrementando y ampliando de un modo particularmente rápido y progresivo. De hecho, ya no resulta claro el contenido de las últimas generaciones de derechos, y por ello se ha recurrido a la categoría de “derechos de nueva generación”.³

La inflación de los derechos humanos es un rasgo característico de la presente época —también denominada “tiempo de los derechos”—,⁴ y que amenaza, según el parecer de algunos autores, con su banalización y desnaturalización.⁵ Desde los sesenta del siglo XX, los derechos humanos han venido aumentando progresivamente, y no siempre en la correcta dirección. Es cierto que “[e]l catálogo de derechos de la tercera generación... está todavía abierto”,⁶ y es comprensible que así sea dentro de un mundo en constante transformación. Sin embargo, conviene tener presente los peligros que podría entrañar una permanente creación de derechos. Por una parte, se corre el riesgo cierto de desnaturalizar los derechos humanos, dejando de constituir un límite al poder político. Por otra parte, otro peligro cierto es el impacto que algunos “nuevos derechos” —a los que denomino “derechos-

³ Masferrer, Aniceto, “Derechos de nueva generación”, en Aguilera Portales, R. E. y Enríquez Sánchez, J. M. (dirs.), *Derechos humanos y educación*, 2017 (en prensa).

⁴ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.

⁵ En España, véanse Masferrer, Aniceto, “Derechos de nueva generación”, *op. cit.*; Otero Parga, Milagros María, “La inflación de los derechos: un problema de eficacia”, en Martínez Morán, Narciso *et al.* (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales. Estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, 2013, vol. I, pp. 123-140. En contra de este parecer, véanse Zezza, Michele, “El problema de la inflación de los derechos y las incongruencias de las teorías minimalistas”, *Universitas*, núm. 23, 2016, disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2929/1646>; Martínez de Pisón, José María, *Los derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Zaragoza, Egido, 1997, pp. 157, 178 y ss. En el ámbito anglosajón e italiano, véanse Wellman, C., *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder, Westview Press, 1999; Allegretti, U., *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002, pp. 121-197; Douzinas, C., *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart, 2000; Gearty, C., *Can Human Rights Survive?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Falk, R., “L’eclisse dei diritti umani”, en Bimbi, L. (ed.), *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003, pp. 72-86; Falk, R., *The Great Terror War*, Gloucestershire, Arris Books, 2003, pp. 147-172; Preterossi, G., *L’Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004; Zolo, D., “Fondamentalismo umanitario”, en Ignatieff, M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (versión italiana), Milán, Feltrinelli, 2003.

⁶ Martínez de Pisón, José María, *op. cit.*, p. 187.

deseo”—podrían tener en el ejercicio de los derechos fundamentales básicos, que fueron objeto de conquista en las generaciones precedentes.

El presente estudio se ocupa de una pequeña parte de los “nuevos derechos”, en particular de la introducción de un supuesto derecho al aborto en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN). Para ello, se ha consultado una parte importante de la literatura existente y se ha llevado a cabo una lectura y análisis críticos del proyecto de sentencia del 16 de junio de 2016. Aunque esa propuesta fuera rechazada unos días después —el 29 de junio— por el Pleno de la Corte, su contenido refleja, en buena medida, el común sentir de la actual SCJN.

II. LA INVENCION DE LOS “DERECHOS-DESEO”: “DERECHOS” SIN DEBERES Y “OBLIGACIONES” SIN SANCIONES (SIGLO XX)

La consideración del carácter prepolítico de los derechos fundamentales —en los siglos XVIII y XIX— constituía un auténtico límite al poder político, cuya función principal consistía en reconocer y proteger una realidad que le antecede. Además, el carácter inherente —o intrínseco— de tales derechos a todo ser humano —por provenir de la misma naturaleza humana— confería a la razón —y no tanto la voluntad— un protagonismo particular en su proceso de discernimiento o (re)conocimiento, condiciones necesarias para su consagración y protección jurídico-constitucional.

Las corrientes filosóficas a partir del siglo XVII (con René Descartes), así como las distintas escuelas de los siglos XVIII y XIX (en particular el empirismo escocés, con David Hume; el utilitarismo inglés, con Jeremy Bentham y John Stuart Mill; el idealismo alemán, con Georg Hegel e Immanuel Kant; el positivismo inglés, con Augusto Comte y John Austin, y el existencialismo/fenomenología, con Friedrich Nietzsche) y del siglo XX (en particular Karl Marx, Sigmund Freud y Jean-Paul Sartre), trajeron consigo un nuevo modo de observar o concebir la realidad. La doctrina de estos autores, que abandonaron la base ontológica —o metafísica— sobre la que se había apoyado hasta entonces la reflexión filosófica, desembocó en el actual pensamiento posmodernista.

Esta evolución del pensamiento filosófico afectó, lógicamente, al ámbito jurídico. Las concepciones racionalistas —o intelectualistas— y voluntaristas del derecho confluyeron a lo largo de los siglos XVII y XVIII; de hecho, ambas concepciones convergieron en los orígenes del constituciona-

lismo moderno.⁷ Sin embargo, en el siglo XIX, las corrientes utilitaristas y iuspositivistas se impusieron frente a la iusnaturalista, desembocando en el predominio de la concepción voluntarista del derecho. Como es sabido, la concepción racionalista del derecho suponía entender al derecho como una expresión de la razón, a diferencia de la voluntarista, que consideraba al derecho como una expresión de la voluntad.

La historia muestra cómo, con el paso del tiempo, la concepción voluntarista del derecho se impuso a la racionalista. De hecho, el positivismo jurídico, las tesis filosófico-políticas de Karl Schmidt y el nacionalsocialismo alemán (que provocó la Segunda Guerra Mundial) constituyen concretas manifestaciones de la identificación entre derecho y ley, concibiendo ésta como mera “expresión de la voluntad popular” (Rousseau) o mero “mandato del Estado” (John Austin). Si el derecho es mero procedimiento,⁸ formalidad o continente, carente de exigencia material o sustantiva alguna, y los individuos carecen de una dignidad o derechos de naturaleza prepolítica —previos al poder político—, el Estado, dejando de ser “garante” de una realidad previa a su misma existencia, se convierte en “fundante”, en “creador” de la dignidad humana y de sus derechos.

A mi juicio, el triunfo de la concepción voluntarista del derecho explica la fragilidad —y el consiguiente fracaso— de los derechos fundamentales como límite al poder político en el constitucionalismo moderno, a pesar de que los propios textos constitucionales consagraran el carácter prepolítico de los derechos —con las expresiones “natural”, “inherente” o “intrínseco”—. Además, merced a esa concepción voluntarista, el Estado pasó de la salvaguarda de unos derechos fundamentales que constituían auténticos límites al poder político, a gozar de plena autonomía en su positivización; esto es, al regular el contenido y alcance de tales derechos.

El pensamiento posmodernista no afectó tan sólo a la concepción —voluntarista— del derecho y de los derechos, concediendo al Estado plena autonomía en su regulación. Sus efectos también se hicieron notar en la esfera ética o moral de los individuos de la sociedad, transformando su mentali-

⁷ Al respecto, véanse Masferrer, Aniceto, “La antinomia «derechos fundamentales-soberanía nacional» en los orígenes del constitucionalismo moderno”, *Glossae. European Journal of Legal History*, núm. 10, 2013, pp. 277 y ss.; Masferrer, Aniceto y Taitslin, Anna, “The Ill-Fated Union: Constitutional Entrenchment of Rights and the Will Theory from Rousseau to Waldron”, en Hickey, James E. y Silkenat, James R. (eds.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Dordrecht-Heidelberg-Londres-Nueva York, Springer, 2014, pp. 105-128.

⁸ Sobre la “procedimentalización” del derecho como falsa alternativa, véase Ollero, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, pp. 347 y 348.

dad. En efecto, si los derechos fundamentales (o humanos) no eran prepolíticos, habida cuenta de que carecían de anclaje alguno en la naturaleza humana y en su dignidad, tampoco cabía hablar de una conducta moral que correspondiera a la “excelencia y dignidad de la naturaleza humana”, como defendió Cicerón,⁹ al que siguieron un buen número de pensadores de los siglos XVI, XVII y XVIII.¹⁰

III. LA RECEPCIÓN DE LOS “DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS” EN MÉXICO

El camino recorrido por Estados Unidos desde la década de los sesenta, y que va de la legalización del aborto a la aceptación de un nuevo modelo de dignidad y sexualidad humanas, pasando por la admisión de nuevas formas de matrimonio —incluyendo el homosexual—, así como por la protección de un supuesto derecho de privacidad que impide —bajo la amenaza de sanción— la emisión de juicios de valor sobre la conducta sexual ajena, forma parte de la tradición cultural occidental de los últimos cincuenta años.¹¹ Es evidente que lo que acontece en América del Norte afecta al resto del continente americano y a Europa.

Además, las conferencias internacionales celebradas desde la misma década, en particular las de la ONU de El Cairo (1994) y Beijing (1995), ejercieron un notable influjo en los ordenamientos nacionales, tanto europeos como americanos.

⁹ En efecto, Cicerón, en *Sobre los deberes* (trad. J. de Guillén Cabañero, Madrid, Tecnos, 1999, p. 55), recoge de un modo explícito esa expresión, al sostener la conveniencia de que la propia conducta estuviera acorde con “la excelencia y la dignidad de la naturaleza humana”.

¹⁰ Al respecto, véanse Masferrer, Aniceto, “Taking Human Dignity more Humanely: A Historical Contribution to the Ethical Foundations of the Constitutional Democracy”, en Masferrer, Aniceto y García-Sánchez, Emilio (eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Dordrecht-Heidelberg-Londres-Nueva York, Springer, 2016, pp. 230-244; Masferrer, Aniceto, “«Dignidad de la naturaleza humana». Los precedentes históricos de la noción jurídica de dignidad humana (siglos XVII-XVIII): un modelo para el presente y el futuro”, *Pasado, presente y futuro del constitucionalismo mexicano: la Constitución de 1917*, t. VI: *Tendencias constitucionales para el siglo XXI*, Porrúa-Universidad Anáhuac-Escuela Libre de Derecho, 2017, vol. II (en prensa); Masferrer, Aniceto, “La dignidad humana en el constitucionalismo moderno. Análisis retrospectivo de su evolución: del actual México a la Nueva España”, *1916 rumbo a la Constitución de 1917*, UNAM, 2017 (en prensa).

¹¹ A este respecto, véase el estudio de Masferrer, Aniceto, “Libertad sexual y derecho a la privacidad en la tradición norteamericana (1965-2015)”, *Estudios en homenaje al profesor Jesús Ballesteros*, Tirant lo Blanch, 2017 (en prensa).

Abordar aquí la cuestión en toda Europa y en América excedería los límites del presente estudio. En cualquier caso, el influjo norteamericano —tanto directo como indirecto (a través de la ONU)— en Europa y América es patente. Veamos a continuación la influencia de la corriente anglosajona en el ámbito americano y, más en concreto, en México.

1. *La recepción de una nueva concepción de la libertad sexual*

La nueva concepción de libertad sexual, amparada por una noción de dignidad humana entendida como autonomía —o capacidad de autodeterminarse—, así como por los derechos al libre desarrollo (autónomo) de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, y a la salud, se ha introducido —con mayor o menor alcance— en América Latina, también bajo el influjo de las reformas norteamericanas y europeas. Ello ha permitido la recepción, en los distintos ordenamientos latinoamericanos, de unos “derechos sexuales y reproductivos” que hunden sus raíces en los documentos de las conferencias internacionales de El Cairo (1994) y Beijing (1995).

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994) fue la primera en acuñar las expresiones “salud reproductiva” y “derechos reproductivos”.¹² De hecho, el capítulo VII del mismo Programa llevaba el título de “Derechos reproductivos y salud reproductiva”.¹³ En el mismo Preámbulo ya se anuncia “el nuevo concepto amplio de la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual”.¹⁴ Este nuevo concepto fue desarrollado en el capítulo VII, que empezó con una definición de “salud reproductiva”.¹⁵ También la IV Con-

¹² ONU, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13, disponible en: <http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>.

¹³ Véase el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, p. 3, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement>.

¹⁴ *Ibidem*, p. 7.

¹⁵ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, capítulo VII, artículo 7.2: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles

ferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, septiembre de 1995) recogió de nuevo estos derechos (de “salud sexual y reproductiva”) y su terminología.¹⁶

La recepción de esta nueva concepción de la libertad sexual, así como los derechos que la salvaguardan, raras veces se ha llevado a cabo —pese a la relevancia de la materia afectada— mediante una reforma del texto constitucional; en efecto, han sido otras dos vías por las que se ha realizado dicha recepción: 1) la jurisprudencia del tribunal encargado de interpretar la Constitución, ya sea el tribunal constitucional —en el caso español— o la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en el caso mexicano—, y la reforma legal ordinaria, bien modificando los artículos de un código —civil o penal—, bien promulgando nuevas leyes reguladoras de aquellos ámbitos o derechos que han sido —o se quiere que sean— objeto de “interpretación evolutiva” por los tribunales constitucionales. Así ha ocurrido en la mayoría de los países, y México constituye un buen ejemplo de ello en el contexto latinoamericano.

No se pretende aquí realizar un análisis exhaustivo de la recepción de los “derechos sexuales y reproductivos” en México y su impacto en todo el ordenamiento mexicano. Nuestro objeto, sin duda menos ambicioso, consiste en mostrar uno de los efectos más relevantes de la recepción de esta nueva concepción de la libertad sexual: la consideración del aborto como un derecho constitucional. Nos centraremos, pues, en el ámbito penal y, en particular, en la despenalización del aborto.

2. *De la despenalización del aborto a un supuesto derecho al aborto*

La nueva concepción de la libertad sexual trajo consigo la modificación del bien jurídico protegido, situándose “el núcleo del desvalor de la

y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

¹⁶ ONU, Aprobación de la Declaración de Pekín y de la Plataforma de Acción, CW, A/CONF.177/20. *Declaración de Pekín. Plataforma para la Acción. IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de la Organización de Naciones Unidas, Pekín, China, septiembre de 1995*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer, 1995. Véase también el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing, 4-15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1, Naciones Unidas, 1996, disponible en: <http://www.un.org/women-watch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.

conducta prohibida” en “la vulneración de la decisión autónoma de la víctima”.¹⁷

Aunque a finales del siglo XVIII Jeremy Bentham ya advertía que carecía de sentido castigar la conducta homosexual —pese a la “repugnancia” que ésta pudiera producir— (*Offences Against One’s Self*, 1785),¹⁸ y a principios del siglo XIX Napoleón sustrajo del ámbito penal —no del administrativo— el castigo de las conductas sexuales consentidas, fue a mediados del siglo pasado cuando, en consonancia con la tendencia a la búsqueda del placer sexual, se alzaron voces críticas contra la penalización de las conductas sexuales consentidas (“*Victimless crimes*”).¹⁹

Esta corriente trajo consigo el gradual proceso de despenalización de conductas sexuales consentidas que habían venido siendo castigadas, por entender que constituían un atentado al matrimonio como institución básica de la sociedad (adulterio, bigamia, concubinato, etcétera), o a un orden social basado en la naturaleza —u orden natural— (sodomía, bestialidad, etcétera).²⁰ La mayoría de estas conductas fueron objeto de despenalización en la segunda mitad del siglo pasado, sin generar una excesiva controversia o debate público. No cabe decir lo mismo con respecto al aborto, si bien en algunos países el alcance de determinadas reformas de despenalización del aborto produjo menor malestar social. En este sentido, parece que a la sociedad le ha resultado menos difícil aceptar la despenalización del aborto en supuestos como el de violación o el de grave riesgo para la vida de la mujer, que en otros en los que la ley permite, dentro de un plazo de varias semanas

¹⁷ Asua Batarrita, Adela, “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria-Gasteiz, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 48; véanse las notas al pie 195 y ss., y sus correspondientes textos principales.

¹⁸ “Introducción” a Bentham, Jeremy, *De los delitos contra uno mismo*, Madrid, 2002, p. 19: “...estos crímenes parecen haber sido perseguidos en la Europa de las Luces con más saña y dedicación que nunca”; en la p. 40, Bentham afirma que tal conducta manifiesta un “gusto pervertido”, una “infección del gusto”, un “acto odioso en grado sumo y repugnante”, un “gusto depravado”. Y resulta elocuente que este catálogo de expresiones tienen un carácter más estético (“náusea”, “repugnancia”) que teológico (*peccadis nefandus*, “acto contra natura”), ético (“inmoralidad”) o terapéutico (“enfermedad”, “anomalía”).

¹⁹ Al respecto, véanse las notas al pie 195 y ss., y sus correspondientes textos principales.

²⁰ Las concretas conductas objeto de penalización fueron variables en el tiempo y en el espacio. Así, por ejemplo, los países y territorios de tradición calvinista tendieron a perseguir y castigar más las conductas sexuales inmorales o ilícitas que los territorios de tradición católica. Esto explicaría por qué en Estados Unidos la legislación penal respecto a esta materia fue más estricta que en otros países, como refleja el informe Kinsey (Kinsey, A. C. *et al.*, *Conducta sexual del hombre*, Buenos Aires, Ediciones Siglo XX, 1967, pp. 274-277, al tratar de las “restricciones sociales y legales” de la conducta sexual).

—y meses—, tomar la libre decisión de interrumpir el embarazo o terminar con la vida en proceso de gestación.

A. *La acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, del 28 de agosto de 2008*

Éste ha sido el caso de varios países de Latinoamérica, en particular el de México.²¹ En efecto, en abril de 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal —actualmente, Ciudad de México— modificó varios artículos de su Código Penal relativos al aborto, reformándolos “de manera radical”.²² En concreto:

el artículo 144 establece que “aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”, lo cual quiere decir que si la interrupción del embarazo se lleva a cabo, con el consentimiento de la mujer embarazada, antes de que concluya la décima segunda semana de gestación, no se integra el delito de aborto.²³

²¹ Véase el estudio de Islas de González Mariscal, Olga, “El aborto en México y Latinoamérica”, en Valdés, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos: introducción al derecho demográfico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2638/10.pdf>. Sobre la regulación del aborto en los distintos códigos penales, véanse las pp. 133 y ss.: Código Penal de 1871 (pp. 133 y 134); Código Penal de 1929 (p. 134); Código Penal de 1931 (pp. 134 y 135); Código Penal Federal (p. 135), y la reforma de 2000 en el Distrito Federal (pp. 135-138). Sobre la regulación del Código Penal del Distrito Federal (2002), véanse las pp. 140 y 141; sobre la regulación del aborto en el derecho penal de diversos países de América Latina, véanse las pp. 155-162. También véase Islas de González Mariscal, Olga, “Evolución del aborto en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LXI, núm. 123, septiembre-diciembre de 2008, pp. 1313-1341, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4020/5131>.

²² “El 24 de abril de 2007 la reforma fue aprobada y el 26 de abril de 2007 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el tan debatido «Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal». Mediante dicho decreto se modificaron, *de manera radical*, los artículos 144, 145, 146 y 147, referidos al aborto” (Islas de González Mariscal, Olga, “El aborto en México y Latinoamérica”, *op. cit.*, p. 152 [cursivas nuestras]). Sobre la reforma de 2007 al Código Penal para el Distrito Federal, véanse las pp. 151 y ss.; con respecto a su regulación, véanse las pp. 151-154, y en cuanto al recurso de inconstitucionalidad, véanse las pp. 154 y 155. Cf: Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco, “Análisis interpretativo de la defensa jurídica realizada por la Asamblea Legislativa en torno a la despenalización del aborto”, *Ars Iuris. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, núm. 38, julio-diciembre de 2007, disponible en: http://vazquezgomez.blogspot.com.es/2008_12_01_archive.html.

²³ Islas de González Mariscal, Olga, “El aborto en México y Latinoamérica”, *op. cit.*, p. 152. Véase también el estudio de Carpizo, Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las

La Procuraduría General de la República (PGR) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos interpusieron un recurso de inconstitucionalidad,²⁴ resuelto el 28 de agosto de 2008, que confirmó la validez constitucional de la mencionada reforma del Código Penal del Distrito Federal.²⁵

Un sector de la doctrina calificó ese día como “un hito en la historia de los *derechos reproductivos* de la mujer en México”,²⁶ habida cuenta de que se había otorgado “a las mujeres hasta por tres meses el derecho a decidir sobre la continuidad de su embarazo”.²⁷ Estudios sociológicos muestran cómo un buen número de mujeres que habían pasado por un aborto no comparían ese parecer.²⁸

Aunque la Constitución mexicana consagraba el derecho a la salud,²⁹ y el Distrito Federal ya contaba —desde 1987— con una Ley de Salud, en la que se recogía la promoción de la “salud sexual y reproductiva” (artículo 14.II),³⁰ por primera vez se establecía un nexo jurídico —de origen juris-

doce semanas”, en Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 1-79, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf>; sobre la reforma aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sobre la interrupción del embarazo, véanse las pp. 15-30.

²⁴ Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

²⁵ Véase el Engrose de la sentencia definitiva de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, del 28 de agosto de 2008. Ministro ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Disponible en: www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/07001460.019.doc (fecha de consulta: 30 de enero de 2017).

²⁶ Ávila García, Virginia, “Los derechos reproductivos en América Latina y la historia paradójica de un triunfo feminista en México”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 20, núm. 44, enero-junio de 2015, p. 150. Sobre la resolución del recurso de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (mexicana), del 28 de agosto de 2008, interpuesto al Distrito Federal por despenalizar el aborto en las primeras doce semanas, véanse las pp. 150-158.

²⁷ *Ibidem*, p. 151.

²⁸ En concreto, una encuesta a 47 mujeres que abortaron muestra cómo el 42.6% sostenían que el aborto no debería despenalizarse, mientras que el 38.3% pensaba que sí. Al respecto, véase Ramírez Valverde, Benito y Suárez Vallejo, Pía F., “Opinión de mujeres con interrupción voluntaria de embarazo sobre la legalización del aborto. Cuestionario aplicado a la ciudad de Puebla, México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LXI, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 907-928, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3939/4984> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2017).

²⁹ Artículo 4o. de la Constitución mexicana, 1917: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.

³⁰ Ley de Salud para el Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de enero de 1987, disponible en: <http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/03/Ley-Salud-DF.pdf>.

prudencial— entre la “salud reproductiva” o “derechos reproductivos” y la facultad de la mujer a interrumpir libremente el embarazo, sin necesidad de alegar motivo adicional alguno. La nueva terminología recogida por los documentos de las conferencias de El Cairo y de Beijing contribuyó, sin duda, a justificar o proporcionar cobertura jurídica a la práctica abortista, pese a que la postura recogida en estos textos con respecto al aborto pudiera parecer un tanto ambigua.

La categoría “salud sexual y reproductiva” o “derechos sexuales y reproductivos” llevaba consigo tanto el derecho al goce y placer sexual sin restricciones —o coacciones— de ningún tipo como el derecho a decidir sobre si tener o no un hijo y, en su caso, disponer de los servicios necesarios para interrumpir el embarazo o para dar a luz al hijo, porque lo importante es la decisión autónoma de la mujer, cuya negación atentaría contra tales “derechos sexuales y reproductivos”, el libre desarrollo de la personalidad, así como el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Aunque teóricamente no se reconozca explícitamente un “derecho al aborto”, sí existe un “derecho a interrumpir el embarazo” —lo cual es lo mismo— como consecuencia del ejercicio de otros derechos que garantizan a la mujer decidir libremente, dentro de un plazo —que suele ser de doce semanas—, no seguir con el embarazo.

Si junto al derecho a la vida, que viene a proteger el “interés” de la vida humana en gestación, encontramos otros derechos (sexuales y reproductivos, intimidad personal y familiar, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación), que protegen los “intereses” de la mujer, resulta comprensible la necesidad de recurrir a un ejercicio de ponderación.³¹ Partir del carácter absoluto de alguno de los derechos equivaldría a negar tal ponderación en el caso concreto, en detrimento de los intereses de una de las partes. Esto es lo que sucede, según recoge un voto particular del mencionado engrose de la sentencia definitiva de la acción de inconstitucional-

³¹ Engrose de la sentencia definitiva de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pp. 17 y 18: “La *ponderación* es un instrumento de la razón que usamos para tratar de determinar qué valor o principio pesa más que otros en tales circunstancias. Ponderar implica realizar ajustes a nuestros valores y principios, delimitarlos y restringirlos cuando entran en relación con otros. Implica ser sensibles a las consecuencias que se producen por la aplicación o inaplicación de uno u otro principio (o derecho) en conflicto. La ponderación no puede hacerse sino a la luz de tomar en cuenta las circunstancias específicas de un caso concreto y de justificar racionalmente —o al menos *razonablemente*— estos ajustes. A través de estas operaciones tratamos de que nuestro sistema de valores y principios morales se vaya construyendo de una manera más coherente y consistente, pero asumiendo que esta labor es permanente y que difícilmente llegaremos a tener un sistema terminado que ya no necesite de más ajustes” (las cursivas no son mías).

dad, con “algunas morales religiosas o absolutistas (fundamentalistas), [que] postulan un valor o un principio como supremo y lo aplican en los juicios sin tomar en consideración las consecuencias que producen”.³² Además, se añade:

Pero esta concepción es inaceptable en un país plural, donde el ciudadano es libre de tener distintas creencias morales, religiosas y políticas. Nadie puede imponer una visión religiosa, ningún dogma religioso puede servir en tanto tal en una discusión pública, ni menos en una discusión judicial. Los valores, principios y derechos que se postulen han de entrar a una especie de juego donde unos y otros entran en relación y/o en conflicto.³³

Según este parecer, se requiere de una “ética laica” que resulta incompatible con “partir de un dogma que postule un valor o un derecho como el más importante o valioso”.³⁴ La idea de que la religión pretende “imponer” una visión que es incompatible con un Estado laico y plural ha sido objeto de notable discusión en México, en particular —aunque no de modo exclusivo— con respecto al aborto.

Nadie niega que el aborto sea una cuestión ética o moral.³⁵ El problema radica en qué tipo de ética debe guiar su regulación en una sociedad plural laica —o no confesional—, y en qué medida resulta inaceptable una determinada moral frente a otra, y en particular la católica —mayoritaria en México—,³⁶ cuya doctrina parte de un principio que no parece conceder

³² Engrose de la sentencia definitiva de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, voto particular de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, p. 18.

³³ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

³⁴ *Ibidem*, p. 19.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 44, 15 de julio de 2002, pp. 3-12; Herrera Ibáñez, Alejandro, “El problema ético del aborto”, *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001; Lamas, Marta, “Aborto, derecho y religión en el siglo XXI”, *Debate Feminista*, México, vol. 14, núm. 27, abril de 2003, en el que se recoge el estudio de Aguilar García, Ernesto, *El carácter laico del Estado mexicano. Un análisis histórico jurídico (la laicidad como condicionante de la calidad democrática en México)*, Universidad Juárez del Estado de Durango, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Red de Investigadores de la Calidad de la Democracia en México; Ortíz Millán, Gustavo, *La moralidad del aborto*, México, Siglo XXI Editores, 2009.

³⁶ A este respecto, véanse, por ejemplo, los siguientes estudios de Margarita Valdés: “Aborto y anticoncepción en México: las actitudes y los argumentos de la Iglesia católica”, en Platts, Mark (comp.), *Dilemas éticos*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2000; “El problema del aborto: tres enfoques”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Bioética y derecho. Fun-*

espacio alguno para la ponderación.³⁷ Según el parecer de algunos autores, la Iglesia constituye un obstáculo para el ejercicio de los “derechos sexuales y reproductivos”.³⁸ Según el parecer de otros —sean o no contrarios al aborto—, los argumentos religiosos deberían mantenerse al margen de este debate, que debería ceñirse al derecho constitucional.³⁹

Comparto el parecer de quienes sostienen que en una sociedad plural es preferible no emplear argumentos de índole religiosa; pero pienso que tampoco puede —ni debe— prohibirse su uso, y menos excluir del debate a quienes opten por emplearlos.⁴⁰ Tampoco tendría sentido excluir del

damentos y problemas actuales, México, Fondo de Cultura Económica-ITAM, 1999; *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001 (aquí es compiladora).

³⁷ Para una panorámica acerca de la doctrina católica sobre el aborto y su posicionamiento en México, véase el estudio de Reynoso Cervantes, Luis, “El aborto y la Iglesia católica”, en Barbosa Kubly, Agustín *et al.* (eds.), *El aborto, un enfoque multidisciplinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Biomédicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, pp. 81-118.

³⁸ Véase, por ejemplo, Salazar Ugarte, Pedro, “Estado laico y derechos sexuales y reproductivos”, México, GIRE, 2008: “Cuando parece que las aguas se calmaron y que las religiones, sus iglesias y los grupos cercanos a ellas han decidido replegar su influencia sobre el Estado o que los gobernantes han aceptado dejar de mezclar el quehacer político con sus creencias religiosas, siempre surge un ministro de culto o un grupo conservador que quiere que las leyes del país se ajusten a los mandatos de su Iglesia”. Véase también el estudio de Suárez Ávila, Alberto Abad, *Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

³⁹ Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco, “El aborto... Una cuestión constitucional. Ni más, ni menos. Una respuesta jurídico-constitucional a la despenalización del aborto”, *Ars Iuris. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, núm. 37, 2007, pp. 358 y ss.; Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco, “Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización en México”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, pp. 369-401, disponible en: <https://es.scribd.com/document/318056436/LOS-PRINCIPIOS-DE-INTERPRETACION-EN-MATERIA-DE-DERECHOS-FUNDAMENTALES-UN-EJEMPLO-DE-SU-APLICACION-A-PARTIR-DE-LA-DESPENALIZACION-DEL-ABORTO-EN-MEXICO>: “...consideramos que en este debate no debe atenderse a argumentos morales y religiosos —utilizados por un sinnúmero de asociaciones religiosas y civiles que están en contra de la reforma—, sino que consideramos que en este debate debe atenderse con el rigor que el mismo requiere, lo que al respecto nos pueda decir la ciencia jurídica, en concreto el Derecho constitucional...” (*ibidem*, p. 370). Este autor concluye su estudio afirmando que “...es incuestionable que las reformas que han despenalizado el aborto durante las primeras doce semanas de gestación son contrarias a los valores y principios de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (*ibidem*, p. 400).

⁴⁰ No comparto en absoluto el parecer de quienes defienden que la laicidad del Estado debería implicar la prohibición de esgrimir argumentos religiosos, con el razonamiento de que esto supondría pretender “imponer” las propias creencias y patrones de conducta al resto de la sociedad. Pienso que no hay que confundir o identificar la manifestación de las

debate público a quienes, sin recurrir a argumentos religiosos, proponen reconsiderar el estatus de la vida en gestación,⁴¹ ponen de manifiesto algunas implicaciones —justicia y legitimidad del derecho— estrechamente relacionadas con la regulación del aborto,⁴² o analizan las distintas nociones de vida humana.⁴³

Si el aborto es una cuestión compleja, su enfoque debe ser interdisciplinar,⁴⁴ sin reducir su análisis al ámbito de la ciencia jurídica, y mucho menos tan sólo al constitucional. Es preciso analizar el tema desde diversas perspectivas y disciplinas: derecho, filosofía, antropología, historia, sociología, etcétera. Ese examen interdisciplinar, además de reflejar la complejidad del objeto

propias ideas, signo de un sano ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión, con imponer esas ideas a los demás. Si así fuera, ¿a quién correspondería dilucidar qué ideas tienen un carácter impositivo, y qué otras no lo tienen? Algunos parecen calificar como “impuestas” todas aquellas ideas que no comparten, en particular si tienen alguna relación con la religión o la Iglesia católica. Puedo no compartir determinadas afirmaciones de creyentes o de representantes de la jerarquía eclesiástica, pero tildar de “imposición” esas afirmaciones refleja una actitud poco respetuosa y tolerante, bien alejada de las disposiciones de escucha y diálogo, que son tan importantes en una cultura democrática.

⁴¹ Madrid Ramírez, Raúl, “Consideraciones sobre la personalidad del embrión”, *La bioética. Un reto del tercer milenio*, México, Escuela Libre de Derecho-Universidad Anáhuac-Universidad Iberoamericana-Universidad La Salle-Universidad Panamericana-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 110: “Reconocer al pequeño y desvalido embrión la cualidad de persona es, en definitiva, como dice Sgreccia, salvarnos a nosotros mismos, ciudadanos ya de este mundo, del peligro que nos acecharía en todos aquellos momentos en que somos menos inteligentes, menos autoconscientes, menos capaces de una vida de relación”. Véase también Barbosa Kubli, Agustín, “El aborto en México”, *Gaceta Digital*, núm. 2, 8 de enero de 1979, p. 9: “...la tremenda realidad que implica la interrupción de una vida inocente en proceso de gestación; la destrucción de un ser indefenso que ya *es* desde el momento de la concepción”.

⁴² Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 23: “...el derecho, si pretende mantener su legitimidad y no ser absorbido o neutralizado por economistas, políticos o científicos, debe ser una fuente permanente de invocación y de reclamo por la justicia y lo justo, no para proponer soluciones inviables sino para defender incansable, inexcusable y eficazmente aquello que resulta indispensable dado que aceptar lo contrario significa sacrificar el sentido legitimador del derecho”.

⁴³ Carrancá y Rivas, Raúl, “Raíz jurídica del aborto”, en Barbosa Kubli, Agustín *et al.* (eds.), *El aborto, un enfoque multidisciplinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Biomédicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 27: “La cultura prevaleciente es la que suele definir el concepto de vida. De ahí, en consecuencia, resultan dos cosas: hay una *vida natural* (biológica) y hay un *concepto de vida* que es el resultado de una determinada cultura. Ningún jurista, a mi juicio, podrá negar el hecho de que el *bien jurídico vida* que tutela el derecho penal emerge del concepto de vida forjado por una cultura”.

⁴⁴ Al respecto, véase Barbosa Kubli, Agustín *et al.* (eds.), *El aborto, un enfoque multidisciplinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Biomédicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.

de estudio, contribuiría a impedir —o, por lo menos, dificultar— planteamientos simplistas o enfoques reduccionistas, como el de quien sostiene que la cuestión del aborto se reduce al “respeto a la libre determinación de la mujer”, o de que “el hijo... debe ser producto del deseo de tenerlo”.⁴⁵ Si es así, no parece quedar demasiado margen para la ponderación.

Es necesario ampliar la perspectiva, analizando tanto el pasado⁴⁶ como los datos que puedan proporcionar rigurosos estudios de campo sobre aspectos que guardan estrecha relación con el aborto.⁴⁷

En cualquier caso, desde que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana estableció —como se vio— la conexión entre la “salud sexual y reproductiva” y el aborto en 2007, esta relación no ha hecho más que estrecharse,⁴⁸ como si lo uno llevara necesariamente consigo lo otro.⁴⁹ En esta línea, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que “especialistas” sobre “derechos sexuales y reproductivos” informen a los legisladores.⁵⁰ A la consideración de la práctica abortista como una exigencia de los “derechos

⁴⁵ Barreda Solórzano, Luis de la, “El aborto en el Código Penal del Distrito Federal”, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Código Penal para el Distrito Federal a diez años de vigencia*, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, p. 150, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/13.pdf>: “...lo más destacable de la regulación del aborto... es el respeto a la libre determinación de la mujer ante un dilema en el que la opción que elija afectará decisivamente a su vida y, en su caso, la de su hijo, que debe ser producto del deseo de tenerlo y el amor”.

⁴⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario, “Perspectiva de ayer y hoy sobre el aborto”, en Adame Goddard, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistema Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1590/6.pdf>.

⁴⁷ Salas, Guadalupe, “Estimaciones sobre la incidencia, la mortalidad y la morbilidad del aborto en México”, en Valdés, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos: introducción al derecho demográfico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 99-129, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2638/9.pdf>.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, el estudio de Lerner, Susana y Szasz, Ivonne, “Necesidades y derechos en salud reproductiva. Elementos para considerar en una legislación actualizada”, en Valdés, Luz María (coord.), *Hacia una Ley General de Población*, México, UNAM, 2013, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3538/4.pdf>; Lerner, Susana y Szasz, Ivonne (coords.), *Salud reproductiva y condiciones de vida en México*, México, El Colegio de México, 2008.

⁴⁹ Esta cuestión también debería ser objeto de una particular reflexión, tanto o más que otros; véase, por ejemplo, Brena Sesma, Ingrid, *El derecho y la salud, temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, el estudio de Cuevas, Daptnhe, “Derechos sexuales y reproductivos en México. Posición de legisladoras y legisladores mexicanos”, en Micher Camarena, Martha Lucía (coord.), *Población, desarrollo y salud sexual y reproductiva*, México, Cámara de Diputados, 2004, pp. 159-174, disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3483>, en el que se pone de manifiesto la falta de información por parte de “especia-

sexuales y reproductivos” han contribuido notablemente una parte de la doctrina y, sobre todo, la propia jurisprudencia de la SCJN.⁵¹

Según la doctrina del alto tribunal mexicano, la despenalización del aborto o su regulación de plazos, dentro de los cuales se puede interrumpir libremente el embarazo, forma parte de un “derecho a la salud sexual y reproductiva”, garantizando, además, los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al de igualdad y no discriminación. Pese a reconocer que el aborto es un drama no deseado por nadie, los ministros juzgan preferible proporcionar un plazo en el que el embarazo pueda interrumpirse sin que recaiga sanción penal alguna. Ellos comparten, probablemente, el parecer de quien sostiene, un tanto eufemísticamente, que “no es igual ser partidario del aborto voluntario que serlo de su despenalización”.⁵²

B. *El Proyecto de amparo en revisión 1388/2015*

El texto de la SCJN que mejor refleja el parecer de buena parte de sus ministros con respecto a la relación entre el “derecho a la salud sexual y reproductiva” y el aborto es el Proyecto de amparo en revisión 1388/2015, que, elaborado y presentado por el ministro Zaldívar Lelo de Larrea el 16 de junio de 2016,⁵³ fue discutido y, finalmente, rechazado en la sesión del

listas”, así como el interés entre los legisladores sobre las cuestiones relativas a los derechos sexuales y reproductivos.

⁵¹ Véase, por ejemplo, el estudio de Ávalos Capín, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, t. II, pp. 2266-2289, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/38.pdf>.

⁵² Barreda Solórzano, *op. cit.*, p. 145. Esta afirmación resulta incoherente e insostenible, sin embargo, cuando se pretende hacer compatible con la aprobación de programas que presentan y difunden en la sociedad —y en particular entre adolescentes— una visión reduccionista de la sexualidad, presentándola como mera fuente de placer, y reduciendo la educación a una mera explicación de cómo tener “sexo seguro” e inculcando, en su caso, que gozan de plena libertad para decidir abortar si el embarazo ha sido no deseado, o si dejan de desearlo en el transcurso de los siguientes tres meses. Al respecto, véase el estudio de Brenes Berho, Víctor, “Derechos sexuales de las y los jóvenes en el marco de los derechos humanos en México”, en Mícher Camarena, Martha Lucía (coord.), *Población, desarrollo y salud sexual y reproductiva*, México, Cámara de Diputados, 2004, pp. 29-55, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3483/4.pdf>; sobre las etapas evolutivas de la “construcción de los sexuales y reproductivos de los y las jóvenes”, véanse las pp. 32-38.

⁵³ Amparo en revisión 1388/2015, Ciudad de México, Presentación del Proyecto en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 16 de junio de 2016, dis-

29 del mismo mes.⁵⁴ Aunque el proyecto fue rechazado, sus líneas argumentativas resultan particularmente elocuentes y reflejan hasta qué punto el aborto era visto como una exigencia para el efectivo ejercicio de varios derechos fundamentales, así como el origen extranjero del andamiaje fundamental del discurso que da primacía a la autonomía de la mujer frente a la protección del *nasciturus*. El caso, bien conocido, fue resumido en el mismo proyecto.⁵⁵

a. Contenido e influencias extranjeras

La parte demandante —o la quejosa— planteó, pues, una demanda de amparo de constitucionalidad respecto a los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal

...en tanto dichos preceptos le impiden tomar la decisión de abortar libremente, incluso cuando el embarazo represente un riesgo para su salud. Ade-

ponible en: http://207.249.17.176/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2016).

⁵⁴ Asunto 8. Amparo en revisión 1388/2015, Ciudad de México, acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al 29 de junio de 2016, pp. 3-46, disponible en: http://207.249.17.176/Primera_Sala/VersionesTaquigraficas/29062016%20PS.pdf (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2016).

⁵⁵ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, pp. 92 y 93: “El 24 de septiembre de 2013, se informó a M. que estaba embarazada. A su vez, los doctores que la atendieron le hicieron saber que su embarazo era considerado de alto riesgo pues contaba con una edad avanzada, meses antes se había sometido a una cirugía de *bypass* gástrico, y presentaba un problema de sobrepeso. Incluso, obra en el expediente que uno de los médicos le recomendó que se practicara un aborto de forma inmediata, para no poner en riesgo su salud. El 30 de octubre del mismo año, la quejosa se enteró que el producto del embarazo, de sexo masculino, presentaba síndrome de Klinefelter. Éste causaría que el producto no pudiera desarrollar sus genitales en la pubertad, pero no impediría que fuera una persona autosuficiente. Por lo anterior, y tomando en cuenta el riesgo a su salud, la quejosa solicitó personalmente a los médicos del hospital que interrumpieran su embarazo en dos ocasiones. Ante la negativa, el 6 de noviembre de 2013 la quejosa solicitó por escrito nuevamente la interrupción de su embarazo. Días después, la quejosa recibió respuesta de las autoridades del hospital. En ésta, se negaba su petición en razón de que el producto de su embarazo podría ser autosuficiente pese a padecer el síndrome de Klinefelter, por lo que M. acudió a una institución privada para interrumpir su embarazo. Ante tales hechos, M. promovió juicio de amparo argumentando que los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal violan sus derechos a la salud, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, pues le impiden tomar la decisión de abortar libremente, incluso en el caso en que el embarazo representa un riesgo para su salud. Además, la quejosa impugnó el acto consistente en la negativa de practicarle un aborto, a pesar de que existían indicios de que su embarazo era de alto riesgo, debido a su edad y su situación de salud”.

más, la quejosa impugnó la actuación del *Centro Médico 20 de Noviembre* —perteneciente al ISSSTE [*Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado*]—, por no permitirle acceder a la interrupción de su embarazo, no obstante fue así medicamente recomendado. A su juicio, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, salud y no discriminación protegen el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo.⁵⁶

La Primera Sala de la SCJN debía resolver dos puntos: *i*) si la quejosa tenía derecho a interrumpir el embarazo en los supuestos criminalizados en los mencionados artículos, y *ii*) si la institución de salud pública debía haberle prestado el servicio a fin de que la quejosa pudiera ejercitar su derecho.

El proyecto analiza, por una parte, la “protección jurídica del concebido”, al que no cabe considerar “como una persona en el sentido jurídico, susceptible de ser titular de derechos humanos. No obstante ello, el no nacido sí encuentra protección constitucional, como un valor intrínsecamente relevante”.⁵⁷ Tras consignar que “existe una diferencia esencial desde el punto de vista jurídico entre el producto de la concepción y la persona que ha nacido viva y viable”, y que “de los tratados internacionales de derechos humanos, sus trabajos preparatorios y sus observaciones interpretativas, se advierte claramente que los sujetos de protección de dichos instrumentos son las personas nacidas”,⁵⁸ se añade “que el no nacido no es un objeto carente de relevancia constitucional”.⁵⁹

Al ocuparse de la “protección jurídica del concebido”, el proyecto apenas recurrió a fuentes extranjeras, salvo a una monografía de un jurista norteamericano al consignar el “valor intrínseco” del no nacido, merecedor de “interés fundamental en preservación y desarrollo”.⁶⁰

Por otra parte, el proyecto desarrolla los “derechos de la mujer”. Junto a la protección del concebido está la “decisión de una mujer” de interrumpir el embarazo, que también “encuentra protección en distintos derechos fundamentales. El *problema constitucional* radica en determinar en qué momento, o bajo qué circunstancias debe ceder un interés frente a otro”.⁶¹

Planteado el “problema constitucional”, su resolución proviene de la ponderación entre la “protección del concebido”, que “no deriva de que se

⁵⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁰ *Idem*, citando —en la nota 56— el estudio de Dworkin, Ronald, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Nueva York, Vintage Books, 1994.

⁶¹ *Ibidem*, p. 46.

vulneren los derechos o intereses del no nacido”⁶² —porque el *nasciturus* “no es persona en el sentido jurídico”—,⁶³ y los “derechos fundamentales” que protegen la libre decisión de la mujer de interrumpir su embarazo. ¿Cuáles son tales derechos fundamentales? Son tres: a) el libre desarrollo de la personalidad;⁶⁴ b) el derecho a la salud sexual y reproductiva,⁶⁵ y c) el derecho a la igualdad y no discriminación.⁶⁶

a) El proyecto señala que “la decisión de abortar se encuentra protegido *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, con el que se “protege un ámbito de autonomía de las mujeres que incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se encuentra comprendida la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral”.⁶⁷ Más adelante, el proyecto consigna la estrecha relación entre la dignidad de la mujer —que exige poder disponer libremente de su cuerpo, así como construir su identidad y destino autónomamente— y el libre desarrollo de su personalidad:

En definitiva, la dignidad de la mujer —que subyace al derecho al libre desarrollo de la personalidad—, se funda en la convicción de que ella puede disponer libremente de su cuerpo, así como de que puede construir su identidad y destino autónomamente, libre de imposiciones o transgresiones a este principio tan elemental.

En esta línea, la doctrina ha señalado que lo que está en juego en la controversia sobre el aborto es, precisamente, *la individualidad de las mujeres y su identidad*. Esta es la razón por la que, en este caso la libertad se juzga tan personal, tan íntima, tan fundamental, y por la que merece ser protegida... *el hecho de forzar a una mujer a soportar un embarazo no deseado es imponerle por la fuerza una identidad: la identidad de mujer embarazada y de madre*. Innegablemente, es la integridad corporal de las mujeres, en el sentido físico tanto como en el emocional, lo que se pone en juego a través de la penalización del aborto.⁶⁸

Definitivamente, penalizar el aborto, impidiendo que la mujer pueda decidir libremente, implicaría atentar contra su dignidad, pues se le impondría una “identidad” que no es fruto de su libre elección.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 46-53.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 53-59.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 60-65.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 52 (las cursivas son mías).

Al ocuparse del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el redactor del proyecto parte de otros modelos del derecho comparado, y reconoce que “es muy discutido qué derecho comprende o protege el derecho de las mujeres a abortar. En otras latitudes se entiende que tal decisión está protegida por el derecho a la dignidad, o bien por el derecho a la autonomía o la privacidad”. A continuación, el redactor del proyecto se refiere al modelo norteamericano, y cita expresamente “la famosa sentencia de *Roe v. Wade*...”, que es objeto de reiteradas citas a lo largo del texto, junto a la jurisprudencia española y sudafricana.⁶⁹ Por otra parte, al afirmar que “es la integridad corporal de las mujeres, en el sentido físico tanto como en el emocional, lo que se pone en juego a través de la penalización del aborto”, se apoya en otra obra de cuño anglosajón, que defiende la relación entre la privacidad, por una parte, y la autonomía, la identidad (de la mujer) y el aborto, por otra.⁷⁰ El redactor del proyecto es perfectamente consciente de que la noción de “libre desarrollo de la personalidad” del constitucionalismo mexicano tiene su equivalente en la categoría “privacidad” de la tradición constitucional norteamericana,⁷¹ a la que recurre frecuentemente.

b) La libre decisión de la mujer de interrumpir el embarazo también encuentra amparo constitucional en el “derecho a la salud sexual y reproductiva”, que deriva del artículo 4o. de la Constitución mexicana. Según consigna el proyecto, limitar a la mujer el ejercicio de su decisión afecta a ese derecho, pues influye

considerablemente en las condiciones en las que se practica un aborto. Efectivamente, por un lado, el aborto es una intervención médica que sin lugar a dudas afecta la integridad física y mental de la mujer, y por otro, las prohibiciones al aborto pueden orillar a las mujeres a que se practiquen abortos clandestinos arriesgando su salud y hasta su vida.⁷²

⁶⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 52, citando —en la nota 81— el estudio de Cohen, Jean L. y Bernal, Gloria Elena, “Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto”, *Debate Feminista*, vol. 19, abril de 1999, pp. 9-53.

⁷¹ Al respecto, véase el estudio de Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2009, en particular pp. 15-17 (“The right to be let alone”) y 54-58 (“sex”). Por su parte, Sharon Smith, en su *Women and Socialism* (Haymarket Books, 2005), señala que la asociación estadounidense NARAL (National Abortion Rights Action League) mandó en 1989 un memorándum a sus afiliadas, sugiriendo que en los debates públicos, en vez de emplear el argumento del derecho al propio cuerpo, defendieran su derecho a la privacidad.

⁷² Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 57.

A ello habría que añadir que “las consecuencias derivadas de las prohibiciones al aborto, tales como muertes evitables, la imposibilidad de volverse a embarazar, o daños psicológicos permanentes, constituyen afectaciones *prima facie* al derecho a la salud en este aspecto”.⁷³

La fuente extranjera a la que recurre el proyecto, al justificar la primacía del “derecho a la salud sexual y reproductiva”, es el Informe de la Conferencia de El Cairo (1994), y lo suscribe con los siguientes términos:

...en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se afirmó que la salud sexual incluye el derecho a una vida sexual satisfactoria y segura, así (p. 54) como a la libertad de decidir cuándo reproducirse y con qué frecuencia. Se sostuvo asimismo que la salud sexual requiere un enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de gozar de experiencias sexuales agradables y seguras, exentas de coacción, discriminación y violencia.⁷⁴

c) El derecho a la igualdad y no discriminación también permite a la mujer decidir libremente interrumpir el embarazo. El motivo se encuentra en la existencia de “una relación de causalidad entre los estereotipos de género y la discriminación que padecen las mujeres y niñas en relación con su disfrute del derecho a la sexualidad”.⁷⁵ En otras palabras, resulta discriminatorio que el hombre pueda “disfrutar del derecho a la sexualidad” sin consecuencia penal alguna, mientras que la mujer tenga que asumir una responsabilidad al ejercitar el mismo derecho.

Además, existe una estrecha relación entre esta discriminación y el ejercicio de los dos derechos fundamentales ya mencionados:

Este panorama de discriminación y de violencia impacta indudablemente en el ejercicio de los derechos a la salud y libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Por un lado, esta situación le impide alcanzar el mayor grado de bienestar sexual y reproductivo y, por otro, no le permite decidir sobre su propia sexualidad y proyecto de vida libre de presiones. En efecto, si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser establecidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. Derivado de esta preconcepción se imponen barreras o límites para que las mujeres ejerzan su sexualidad.⁷⁶

⁷³ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 54 y 55, citando —en la nota 86— el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13, párrafo 7.2.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 60.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 61.

Impedir esta discriminación constituye una obligación del Estado, que debe “velar por que el ejercicio de los derechos de la mujer a decidir sobre su propio plan de vida y a ejercer su salud sexual y reproductiva, se realice sin prejuicios y estigmatizaciones”,⁷⁷ que hunden sus raíces en “la construcción social del rol que la mujer debe cumplir”.⁷⁸

Tras analizar tanto la “protección jurídica del concebido” como los “derechos de la mujer”,⁷⁹ el proyecto lleva a cabo un ejercicio de ponderación, que no pretende “determinar la moralidad del aborto —pues ésta es una cuestión que corresponde al fuero interno de cada persona—, sino... resolver si es constitucional que el Estado penalice a la mujer por asumir esta grave y difícil decisión”.⁸⁰

Al rechazarse ya de entrada “soluciones totalizadoras que desplacen de manera absoluta un interés frente a otro”,⁸¹ el proyecto dice optar por un término medio, aunque la estructura y contenido de la ponderación parece decantarse hacia los intereses de la mujer, al agrupar “los supuestos más relevantes y comunes en los que una mujer se ve orillada a decidir practicarse un aborto”.⁸² Estos supuestos son los siguientes: *i*) cuando el embarazo se haya concebido en contra de su voluntad (“embarazo no consentido”); *ii*) cuando la madre se encuentra en riesgo de salud (“aborto

⁷⁷ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 65: “Así, esta Primera Sala advierte que las barreras que enfrentan las mujeres para abortar, afectan *prima facie* el derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que generan que las mujeres ejerzan sus derechos dependiendo de concepciones sociales, con base en las cuales deben satisfacer un rol de género y cumplir con el destino de ser madres. Cabe aclarar que la afectación al derecho a la igualdad de género no emana únicamente de la condición biológica de la mujer; es decir del hecho de que sólo las mujeres se pueden embarazar; la afectación deriva de la construcción social del rol que la mujer debe cumplir. En efecto, las barreras legales al aborto parten en alguna medida, del estigma de que la mujer tiene que ser madre, independientemente de las razones que ésta pudiera tener para interrumpir su embarazo. Este juicio impide que las mujeres puedan ejercer su sexualidad y decidir su plan de vida como sujetos autónomos”.

⁷⁹ El proyecto dedica muchas más páginas al análisis de los “derechos de la mujer” (pp. 46-65) que a la “protección jurídica del no nacido” (pp. 39-46), lo que de algún modo muestra el resultado final de la ponderación que se lleva a cabo en las pp. 65 y 66.

⁸⁰ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, pp. 65 y 66.

⁸¹ *Ibidem*, p. 66: “Al respecto, esta Primera Sala considera que no pueden darse soluciones totalizadoras que desplacen de manera absoluta un interés frente a otro. Es por tanto posible afirmar que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional, porque anula de manera absoluta los derechos de las mujeres. Al tiempo, es posible sostener que, en cierto momento, la protección que merece el no nato (*sic*) prevalece frente a la libertad de la mujer. Así, es imprescindible identificar en qué supuestos cede un interés frente a otro”.

⁸² *Ibidem*, p. 67.

terapéutico”); *iii*) cuando el feto no sea viable (“inviabilidad del feto”), y *iv*) cuando existan razones distintas a las enunciadas, pero que pertenezcan exclusivamente al fuero interno de la mujer embarazada (“periodo cercano a la concepción”). Mediante la ponderación de estos casos “debe determinarse si está justificado que se le imponga a la mujer el llevar a buen término el embarazo”.⁸³

i) Respecto al “embarazo no consentido”,⁸⁴ el proyecto señala que “la mujer embarazada tiene el derecho de decidir si quiere abortar cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial no consentida”, porque “debe prevalecer el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, el cual protege su dignidad y autonomía, frente al valor que tiene el concebido”.⁸⁵ No permitir a la mujer interrumpir ese embarazo no deseado implicaría dos “intromisiones injustificadas”: 1) la de quien le dejó embarazada contra su voluntad, y 2) la de tener que seguir con el embarazo contra su voluntad. El Estado —señala el texto— no puede exigir a la mujer que lleve a término ese embarazo no deseado; lo contrario supondría “convalida[r] y agrava[r] la humillación que ésta ha sufrido, pues la obliga a asumir un rol y destino que es resultado de la violación a sus derechos. Ello implica reducir a la mujer a un mero instrumento reproductivo, cuyos derechos e intereses no tienen relevancia frente a la vida en gestación”.⁸⁶ Una imposición de este tipo resultaría “manifiestamente irrazonable”, porque, además de privar “de sentido alguno el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, constituiría “una vulneración absoluta de la dignidad y autonomía de la mujer”.⁸⁷

Al desarrollar este supuesto del “embarazo no consentido”, el proyecto recurre de nuevo a la jurisprudencia extranjera —a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a otra del Comité de Derechos Humanos— y a un documento de la ONU.

En relación con el caso *P and S. v. Polonia*,⁸⁸ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el proyecto señala lo siguiente:

Por ejemplo, en *P y S v. Polonia*, una adolescente que había sido víctima de violación se topó con muchas dificultades para obtener un aborto, particular-

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 67-72.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 71.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 72.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Puede verse en: <https://strasbourgobservers.com/2012/11/05/p-and-s-v-poland-adolescence-vulnerability-and-reproductive-autonomy/>.

mente debido a un marco legal poco claro, así como al retraso injustificado del personal médico. En el caso, además, el personal médico le dio información confusa y contradictoria a la adolescente, y ésta nunca recibió asesoramiento médico adecuado y objetivo. Como resultado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el Estado violó el derecho a la vida privada de la chica, en tanto se obstaculizó su posibilidad de acceder a un aborto tras haber sido víctima de una violación.⁸⁹

Del caso *LMR. v. Argentina*, del Comité de Derechos Humanos, el proyecto afirma:

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se pronunció sobre un caso en el que una mujer fue obligada a continuar con su embarazo, aun cuando éste fue producto de una violación. Al emitir una determinación, el Comité estableció que dicha situación provoca un sufrimiento físico y mental significativo para la mujer, y que en esa medida constituye tanto un trato inhumano y degradante, como una injerencia arbitraria en su vida privada.⁹⁰

La tercera fuente extranjera a la que recurre el proyecto proviene de la ONU, de 2011, aunque su contenido procede de las conferencias de El Cairo (1994) y Beijing (1995): “...el Secretario General de las Naciones Unidas publicó una nota sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En ella, sugirió la despenalización del aborto y derogar leyes conexas”.⁹¹

ii) Con respecto al “aborto terapéutico”,⁹² el proyecto señala que también “el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho a la salud, impide exigirle a la mujer un sacrificio heroico a costa de la salud”.⁹³ En consecuencia,

esta Primera Sala considera que derivado de los derechos a la salud, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, las mujeres deben poder decidir si quieren interrumpir su embarazo cuando este pone en riesgo su salud y/o vida.

⁸⁹ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 67, citando —en la nota 115— el caso *P. and S. v. Polonia* (núm. 57375/08, del 30 de octubre de 2012).

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 69 y 70, citando —en la nota 116— el caso *LMR. v. Argentina*, Comité de Derechos Humanos (UN Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007).

⁹¹ *Ibidem*, p. 70, citando —en la nota 117— un documento de la ONU, bajo el título “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, 66o. período de sesiones, 2011, a/66/254, recomendación h, p. 23.

⁹² *Ibidem*, pp. 73-77.

⁹³ *Ibidem*, p. 73.

El interés social del producto en gestación no puede prevalecer a costa de las afectaciones a la integridad física o mental de la mujer.⁹⁴

Asimismo, al tratar de este supuesto, el redactor del Proyecto recurrió a numerosas fuentes extranjeras, entre ellas a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Supremo norteamericano y de la Corte Constitucional colombiana. “Diversos comités y tribunales constitucionales e internacionales también han resuelto que resulta inexigible el llevar a buen término un embarazo a costa de la salud de la mujer gestante”,⁹⁵ consigna el texto.

La primera del Tribunal Europeo fue respecto al *caso A., B. and C. v. Ireland*,⁹⁶ que el proyecto resume como sigue:

En *A., B. y C. v. Irlanda*, tres mujeres que no pudieron obtener un aborto legal en Irlanda y por ende tuvieron que viajar a Inglaterra para practicárselo, argumentaron que dicho proceso fue humillante, estigmatizante y riesgoso para su salud. Una de ellas, estando en remisión de una rara forma de cáncer e ignorando que estaba embarazada, se sujetó a revisiones médicas contraindicadas en casos de embarazo. Así, consideró que su embarazo podía provocar un retorno del cáncer y creía que ello podría poner en peligro su vida. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que, respecto de la mujer con cáncer, Irlanda había omitido cumplir con su deber de implementar el derecho constitucional a un aborto legal, violando el artículo 8 de la Convención. Asimismo, el Tribunal apuntó que la incertidumbre en torno al proceso para establecer si el embarazo de una mujer constituía un riesgo para su vida, y la amenaza de sanciones penales en caso de error, provocaban un “efecto disuasivo” significativo sobre los doctores y sobre la mujer involucrada”.⁹⁷

Otro asunto del mismo Tribunal, recogido en el proyecto, es el *caso Tysiac v. Polonia*, resuelto en 2007:⁹⁸

De igual manera, en *Tysiac v. Polonia*, a una mujer se le negó la posibilidad de practicarse un aborto terapéutico, después de que fuera informada que su miopía severa podía empeorar si llevaba a término su embarazo. Con pos-

⁹⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 73.

⁹⁶ Puede verse en: <https://strasbourghobservers.com/2010/12/17/a-b-and-c-v-ireland-abortion-and-the-margin-of-appreciation/>.

⁹⁷ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 73.

⁹⁸ *Tysiac v. Poland* (Application no. 5410/03), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79812>.

terioridad al nacimiento del menor; sufrió una hemorragia en la retina y fue registrada como severamente discapacitada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que a la actora se le había negado el acceso a un mecanismo efectivo para determinar si estaba en condiciones de obtener un aborto terapéutico legal, configurándose una violación a su derecho a la vida privada.⁹⁹

La tercera referencia jurisprudencial empleada en apoyo del “aborto terapéutico” proviene de un asunto del Tribunal Supremo norteamericano. Nos referimos al *caso Doe v. Bolton*,¹⁰⁰ que declaró inconstitucional la ley que castigaba el aborto en el estado de Georgia:

Asimismo, al resolver *Doe v. Bolton* la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció que una mujer puede obtener un aborto legal siempre que ello sea necesario para proteger su salud. En este contexto, la Corte Suprema reconoció “el derecho de la mujer a recibir atención médica de acuerdo con el mejor juicio de un médico autorizado”.¹⁰¹

Respecto a este supuesto, también se menciona a la Corte Constitucional colombiana, que declaró en una resolución de 2009 que “resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada [de la mujer] por la protección de la vida en formación [concebido no nacido]”.¹⁰² Además, al relacionar la salud con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, otra resolución del mismo tribunal colombiano menciona que ambos derechos “constituyen un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional”.¹⁰³

⁹⁹ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, pp. 73 y 74.

¹⁰⁰ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supreme-court/text/410/179>.

¹⁰¹ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, pp. 73 y 74.

¹⁰² *Ibidem*, p. 76, citando —en la nota 137— a la Corte Constitucional de Colombia, T-389-09, resolución del 28 de mayo de 2009, p. 33, y añade: “En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 77, citando —en la nota 139— la Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia.

Junto a estas fuentes jurisprudenciales, el proyecto hace acopio exhaustivo de otros textos extranjeros que avalan la conveniencia de despenalizar el supuesto de “aborto terapéutico”.¹⁰⁴ En concreto, se cita a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,¹⁰⁵ el CEDAW,¹⁰⁶ la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa,¹⁰⁷ el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Belém do Pará,¹⁰⁸ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁰⁹ el Comité de los Derechos del Niño¹¹⁰ y el Comité de Derechos Humanos.¹¹¹

Más adelante, al afirmar que “la salud comprende no sólo la ausencia de afectaciones físicas, sino la protección al mayor alcance de bienestar mental”, se cita el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Observación General 14 del Comité del PIDESC y los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 74 y 75, notas 128-134.

¹⁰⁵ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comentario General núm. 2 al artículo 14.1 (a), (b), (c) y (f) y al artículo 14.2 (a) y (c) del Protocolo para la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, párrs. 20 y 37.

¹⁰⁶ CEDAW, *Statement of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on Sexual and Reproductive Health and Rights: Beyond ICPD review*, 57th session, 10-28 de febrero de 2014, p. 2; CEDAW, Concluding Observations: Colombia, United Nations, 5 de febrero de 1999; CEDAW, Concluding Comments: Nicaragua, United Nations, 2 de febrero de 2007; CEDAW, Concluding Comments: Brazil, United Nations, 10 de agosto de 2007; CEDAW, General Recommendation no. 24: Women and Health (Article 12), United Nations; CEDAW, Concluding Comments: Dominican Republic, 18 de agosto de 2004.

¹⁰⁷ PACE, *Access to Safe and Legal Abortion in Europe*, Doc. 11537, 16 de abril de 2008, párr. 2.

¹⁰⁸ Mesecvi, Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención Belém do Pará, 2012, p. 98, recomendación 10; Mesecvi, Declaración sobre la Violencia contra las Niñas, Mujeres, y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, ME-SECVI/CEVI/DEC.4/14, 19 de septiembre de 2014, pp. 17 y 18.

¹⁰⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations: Nepal, United Nations, 24 de septiembre de 2001; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations: Costa Rica, United Nations, 22 de abril de 2008; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations: Malta, United Nations, 4 de diciembre de 2004; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations: Monaco, United Nations, 13 de junio de 2006.

¹¹⁰ Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations: Chile, United Nations, 23 de abril de 2007.

¹¹¹ HRC, General Comment no. 28: Equality of Rights between Men and Women (Article 3), United Nations, 20 de marzo de 2000; HRC, Concluding Observations: Ecuador, United Nations, 18 de agosto de 1998; HRC, Concluding Observations: Guatemala, United Nations, 27 de agosto de 2001; HRC, Concluding Observations: Poland, United Nations, 2 de diciembre de 2004; HRC, Concluding Observations: Madagascar, United Nations, 11 de mayo de 2007; HRC, Concluding Observations: Chile, United Nations, 18 de mayo de 2007; HRC, Concluding Observations: Colombia, United Nations, 26 de mayo de 2004.

mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental.¹¹² Todas estas referencias normativas internacionales consagran que “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud incluye necesariamente la salud mental”. En consecuencia, “tampoco puede imponerse a la mujer un embarazo cuando éste podría afectar su salud mental de manera relevante”.¹¹³

iii) Con la “inviabilidad del feto” se llega a la misma conclusión:¹¹⁴ “...esta Primera Sala considera que se encuentra constitucionalmente exigido el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo cuando debido a una complicación médica, sea muy probable que el feto no sobreviva el embarazo”.¹¹⁵

Igualmente, en este supuesto el proyecto se apoya en modelos extranjeros, máxime cuando “[d]istintos tribunales y comités han considerado que en el supuesto de que el feto sea inviable, las mujeres tienen derecho a interrumpir su embarazo”.¹¹⁶

Al defender este supuesto, el proyecto se apoya en tres resoluciones: la del Comité de Derechos Humanos, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de la Corte Constitucional colombiana. La primera es con respecto al *caso K. L. v. Perú*,¹¹⁷ relativo a una adolescente de diecisiete años que quedó embarazada y cuyo feto padecía de una anomalía congénita denominada “anencefalia”. Al negarle el tribunal nacional el aborto, la chica tuvo que seguir con el embarazo y alimentarlo con leche materna unos pocos días hasta su fallecimiento. Así resume el proyecto la resolución del órgano jurisdiccional de la ONU: “Al resolver, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó que negarle el acceso a un aborto legal constituyó una violación de sus derechos fundamentales, incluyendo su derecho a no sufrir de un trato cruel, humano y degradante”.¹¹⁸

El caso europeo, mencionado en apoyo a la tesis del supuesto de aborto por “inviabilidad del feto”, es el *R. R v. Polonia*, resuelto por el Tribunal Eu-

¹¹² Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 76, citando —en la nota 138— la Resolución 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹¹³ *Ibidem*, p. 76.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 77-80.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 80.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 77.

¹¹⁷ *K. L. v. Perú*, CCPR/C/85/D/1153/2003, Communication no. 1153/2003, disponible en: <https://www.es.cr-net.org/caselaw/2016/kl-v-peru-ccprc85d11532003-communication-no-11532003>.

¹¹⁸ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 78.

ropeo de Derechos Humanos.¹¹⁹ Tras describir el caso,¹²⁰ el proyecto resume la resolución del tribunal con los siguientes términos:

Ante tal escenario, el Tribunal Europeo encontró una violación al artículo 3 del Convenio Europeo (prohibición de trato inhumano y degradante) toda vez que la actora, quien se encontraba en una posición muy vulnerable, había sido humillada y tratada de forma inadecuada, en la medida en la que se le habían negado las pruebas genéticas a tiempo, en un procedimiento marcado por la procrastinación, la confusión y la falta de información apropiada. Además, el Tribunal encontró una violación al artículo 8 del Convenio (derecho al respeto por la vida privada y familiar), porque las leyes polacas no incluían mecanismos efectivos para permitir a la demandante acceder a servicios de diagnóstico y consecuentemente tomar una decisión informada. Adicionalmente, el Tribunal estableció que los Estados estaban obligados a organizar los servicios de salud de una forma que asegurara el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia a los profesionales de salud, sin que el ejercicio de esta prerrogativa impidiera a los pacientes obtener acceso a servicios médicos.¹²¹

El tercer caso proviene del ámbito latinoamericano. Se refiere a la resolución del 28 de mayo de 2009 por parte de la Corte Constitucional colombiana.¹²² El proyecto trae a colación esta resolución al tratar de “la profunda afectación a los derechos de la mujer que supone forzarla a continuar con la gestación por motivos ajenos a su voluntad”, siendo “desproporcionado exigirle que continúe con un embarazo que muy probablemente no llegará a buen término”. De lo contrario —añade, citando la doctrina del tribunal colombiano—, “la mujer [tendría que] soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”.¹²³

¹¹⁹ *R. R. v. Poland* (Application no. 27617/04), disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["885774"\],"itemid":\["001-104911"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":["885774"],"itemid":["001-104911"]}).

¹²⁰ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 78: “...a una mujer embarazada, —quien se pensaba que cargaba un feto con una anomalía genética severa—, se le negó deliberadamente el acceso a tiempo a pruebas genéticas necesarias. Consecuentemente, cuando la mujer tuvo conocimiento del padecimiento del feto, era demasiado tarde para tomar una decisión informada sobre si continuar con su embarazo o solicitar un aborto legal. La mujer argumentó que dar a luz y criar a una niña severamente enferma (con síndrome de Turner) la dañaba a ella y a sus otros dos hijos. Además, su marido la dejó después del nacimiento de su tercera hija”.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 78 y 79.

¹²² Corte Constitucional de Colombia, T-389-09, Resolución del 28 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-389-09.htm>.

¹²³ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 80, citando —en la nota 144— la mencionada resolución del tribunal colombiano (véase la referencia completa en la nota anterior).

Por si estas referencias resultaran insuficientes, el proyecto consigna la existencia de “diversos organismos internacionales [que] han indicado que cuando el feto es inviable, la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo comporta una violación de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, llegando a constituir un trato cruel, inhumano y degradante”.¹²⁴ ¿A qué instituciones se refiere? A las citadas en otros supuestos, es decir, a la Comisión Africana,¹²⁵ al Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará¹²⁶ y al CEDAW.¹²⁷

iv) El cuarto supuesto es, a mi juicio, el más relevante, porque, no mediando causa alguna, se otorga “relevancia constitucional” a la libre decisión de la mujer de interrumpir su embarazo dentro de un plazo.¹²⁸ Según el parecer del redactor del proyecto, los derechos constitucionales que otorgan esa facultad a la mujer son, de nuevo, el de libre desarrollo de la personalidad y, más en particular, el de privacidad:

La evaluación de las razones que la llevan a decidir interrumpir su embarazo corresponde sólo al fuero interno de la mujer.

Tal intimidad no puede ser invadida o juzgada por el Estado, pues significaría que la autoridad puede evaluar los deseos, sentimientos o motivaciones de las personas. Ahora bien, esta esfera más íntima de la persona con base en la cual decide vivir y proyectar su vida encuentra protección, al menos *prima facie*, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹²⁹

¿Cómo hacer compatibles la primacía del libre desarrollo de la personalidad de la mujer y la protección jurídica del concebido, que, pese a no tener el estatus jurídico de persona, “sí tiene un valor intrínseco independiente del peso que le asigne la mujer embarazada o la sociedad”?¹³⁰ La respuesta a

¹²⁴ *Ibidem*, p. 79.

¹²⁵ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comentario General núm. 2 al artículo 14.1 (a), (b), (c) y (f) y al artículo 14.2 (a) y (c) del Protocolo para la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, párrs. 20 y 37.

¹²⁶ Mesecvi, Declaración sobre la Violencia contra las Niñas, Mujeres, y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19 de septiembre de 2014, pp. 17 y 18.

¹²⁷ CEDAW, *Statement of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on Sexual and Reproductive Health and Rights: Beyond ICPD review*, 57th session, 10-28 de febrero de 2014, p. 2.

¹²⁸ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, pp. 80-84.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 81.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 80.

esta compleja cuestión pasa por la aprobación de una premisa fundamental (y dogmática, porque resulta difícil —si no es que imposible— de demostrar): “Este valor [del concebido no nacido] aumenta progresivamente, a medida que el producto de la concepción se va acercando al nacimiento, pues su potencial humanidad se va convirtiendo en realidad mientras avanza el embarazo”.¹³¹

Tanto es así —añade el proyecto— que, “[en] este periodo, el Estado no debe intervenir, incluso prevenir abortos que considere inmorales, porque la pregunta de cuándo un aborto es justificable es, en última instancia, una decisión que debe tomar la mujer embarazada”.¹³²

Así las cosas, el proyecto señala que la SCJN estima —siguiendo el parecer de otros modelos extranjeros— la conveniencia de conceder un plazo a la mujer, en el que “sólo a ella le corresponda ponderar las razones de su decisión”. De lo contrario, cualquier norma o acto que impidiera a la mujer interrumpir el embarazo a lo largo de este periodo “vulnera[ría] su derecho a ejercer su libre desarrollo de la personalidad ya que privilegia los intereses del Estado frente a su autonomía y dignidad”. Además, el proyecto añade:

Una norma así, antepone rotundamente el deseo del legislador en que el concebido llegue a buen término, sin considerar ni mínimamente los derechos de la mujer. No pondera todo lo que está en juego en el fuero interno de la mujer, ni equilibra los valores y derechos que intervienen en esta compleja situación. En esta medida, criminalizar el aborto en cualquier supuesto y en todo momento, supone la absoluta prevalencia de la vida del no nacido con el sacrificio absoluto de los derechos humanos de la mujer embarazada. En definitiva, tal situación resulta inconstitucional.¹³³

La idea de un determinado plazo, en el que el producto de la concepción se va acercando al nacimiento —o “su potencial humanidad se va convirtiendo en realidad”—, y en el cual “el Estado no debe intervenir, incluso [para] prevenir abortos que considere inmorales”, porque “la pregunta de cuándo un aborto es justificable es, en última instancia, una decisión que debe tomar la mujer embarazada”, tiene un marcado origen anglosajón. Se refiere a la noción de privacidad, creada y desarrollada por la jurisprudencia norteamericana. En efecto, el redactor del proyecto no lo esconde, pues es en este momento —entre otros— cuando, al mencionar la jurisprudencia de diversos países, señala, en primer lugar, la conocida sentencia norteamer-

¹³¹ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

¹³² *Ibidem*, pp. 82 y 83.

¹³³ *Ibidem*, p. 84.

ricana: “En esta lógica, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció en *Roe v. Wade* que la Constitución protege plenamente el derecho fundamental de la mujer a decidir en libertad si interrumpe su embarazo durante las primeras semanas de la gestación”.¹³⁴

Junto a la mencionada sentencia norteamericana, el redactor del proyecto recurre a resoluciones de otros países, si bien éstas también pudieron recibir el influjo de la jurisprudencia norteamericana. En esta línea, el proyecto cita el caso *R. v. Morgentaler*, resuelto por el Tribunal Supremo canadiense,¹³⁵ por haber determinado que “la penalización del aborto es inconstitucional por constituir una interferencia estatal injustificada en la integridad corporal y mental de la mujer”. A su vez, el proyecto añade: “Así, en su voto concurrente a dicha decisión la Jueza Wilson expresó que «en las etapas tempranas [del embarazo] la autonomía de la mujer es absoluta; su decisión... de no continuar embarazada debe ser conclusiva. El Estado no tendría ningún interés en investigar sus razones». En la misma línea, y también en su voto concurrente al caso *R. v. Morgentaler*, el juez y presidente de la Corte Suprema de Canadá estableció que “forzar a una mujer con la amenaza de una sanción criminal a cargar con un feto hasta el final a menos que reúna ciertos requisitos que no se relacionen con sus propias prioridades y aspiraciones es una profunda interferencia en el cuerpo de la mujer y por tanto una violación de [sus derechos]”.¹³⁶

Además, el redactor del proyecto recogió varios textos normativos extranjeros en esta misma dirección, esto es, estableciendo “un periodo cercano a la concepción”, en el que “la mujer ejerza libremente la autonomía y acceda a un aborto legal por su propia voluntad”. De igual forma, dicho redactor establece: “Este es el caso de Uruguay,¹³⁷ Sudáfrica,¹³⁸ India,¹³⁹ España¹⁴⁰ o de diversas entidades federales de Australia”.¹⁴¹

¹³⁴ *Ibidem*, p. 83, citando —en la nota 146— la sentencia *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹³⁵ *R. v. Morgentaler* (1988), 1 S.C.R. 30, disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/288/index.do>.

¹³⁶ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 83.

¹³⁷ Ley Federal de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

¹³⁸ Choice on Termination of Pregnancy Act, 1996, no. 92.

¹³⁹ Medical Termination of Pregnancy Act, 1971.

¹⁴⁰ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁴¹ Victoria (Abortion Law Reform Act, 2008, no. 58, 4); Territorio Capital de Australia (Medical Practitioners Maternal Health Amendment Act, 2002, Act no. 26); Tasmania (Reproductive Health Access to Termination Act, 2013).

Una vez analizados los cuatro supuestos en los que la mujer podría decidir interrumpir el embarazo, si esa fuera su voluntad, el proyecto declara inconstitucionales aquellas normas o actos que lo impidieran. Igualmente, esa inconstitucionalidad obliga al Estado, sobre el que recae el deber de proteger el derecho a la interrupción del embarazo. En efecto, si la mujer tiene derecho a interrumpir su embarazo, el Estado no sólo “debe abstenerse de intervenir en ellos de manera prohibitiva” (“deber negativo”), sino que además debe “garantizar que esta prerrogativa se ejerza de forma accesible, segura, expedita y sin discriminación” (“deberes positivos”).¹⁴²

¿Cuáles son las condiciones que el Estado debe garantizar a la mujer para que “pueda tomar decisiones sobre su plan de vida en relación con su salud reproductiva, libres de prejuicios y estigmatizaciones”?¹⁴³ El proyecto establece las siguientes seis condiciones:

- 1) “En primer lugar, se debe proporcionar a la mujer la posibilidad de interrumpir su embarazo en las instituciones de salud pública...”.¹⁴⁴
- 2) “En relación con lo anterior, el Estado debe garantizar el derecho a la mujer a un aborto seguro”.¹⁴⁵
- 3) “En tercer lugar, se encuentra la obligación del Estado de proporcionar a la mujer la información suficiente para tomar decisiones sobre su vida reproductiva, respetando su derecho a la confidencialidad”.¹⁴⁶
- 4) “Adicionalmente, la interrupción del embarazo debe proporcionarse sin discriminación y con perspectiva de género”.¹⁴⁷
- 5) “Asimismo, la interrupción del embarazo de ser sensible al factor tiempo”.¹⁴⁸
- 6) “Por último, es fundamental que el Estado organice el servicio de salud pública de modo que se permita a los profesionales médicos ejercer la objeción de conciencia, y con ello negarse a prestar el servicio”.¹⁴⁹

¹⁴² Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 84.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 86: “...los derechos humanos de la mujer exigen que el Estado implemente medidas específicas con objeto de que pueda tomar decisiones sobre su plan de vida en relación con su salud reproductiva, libres de prejuicios y estigmatizaciones. Asimismo, las acciones que tome el Estado deben garantizar que la mujer tome una decisión informada, y que pueda hacerla efectiva en condiciones seguras y adecuadas”.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 88.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 89.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 91.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

El redactor del proyecto también recurre en este punto a la doctrina jurisprudencial internacional y extranjera. En efecto, la doctrina de una autonomía de la mujer que le permita tomar “decisiones sobre su plan de vida en relación con su salud reproductiva, libres de prejuicios y estigmatizaciones” ha sido defendida —según señala el proyecto— por numerosas cortes constitucionales,¹⁵⁰ tribunales internacionales,¹⁵¹ comités de derechos humanos¹⁵² y organismos de cooperación internacional.¹⁵³

El proyecto concluye, en consecuencia, declarando inconstitucionales las normas y el acto reclamado.¹⁵⁴ Como se dijo, el proyecto fue objeto de discusión y rechazado el 29 de junio de 2016.¹⁵⁵ Sin embargo, su rechazo no se debió a la discrepancia con respecto a los argumentos que defienden la existencia de un derecho de la mujer a interrumpir el embarazo; esto es, un derecho al aborto, sino porque —a juicio de la mayoría de los ministros del SCJN— debían cambiarse los “criterios de procedencia”.

Mientras el proyecto —redactado por Zaldívar Lelo de Larrea— otorgaba el amparo y declaraba discriminatorios e inconstitucionales los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal, por considerar que criminalizaban a las mujeres al negarles el derecho a interrumpir su embarazo cuando su salud corría peligro, no procedía analizar el caso ni dar la razón a la mujer —según el parecer de la mayoría de los ministros—, ya que habiéndose realizado el aborto en un servicio privado, el mencionado Código no quedaba ya afectado en absoluto. Además, la negativa del hospital a llevar a cabo la interrupción del embarazo se había basado en que el producto en gestación era viable para la vida, y no en que un precepto del Código federal recogiera el delito de aborto. Por ello, a causa de que el proyecto de sentencia debió haberse enfocado con otros criterios para ser admitido a análisis, la Corte decidió rechazarlo y turnarlo a otro ministro para su replanteamiento y futuro análisis.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 86, mencionando —en la nota 161— a la Suprema Corte de Estados Unidos, al Tribunal Federal alemán, a la Corte Constitucional de Colombia y al Tribunal Constitucional español.

¹⁵¹ *Idem*, mencionando —en la nota 162— el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵² *Idem*, refiriéndose —en la nota 163— a la “jurisprudencia” y a las observaciones del Comité de Derechos Humanos, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, del Comité de los Derechos Sociales y Culturales, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará.

¹⁵³ *Idem*, remitiéndose —en la nota 164— a las ya citadas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 92-108.

¹⁵⁵ Véase, al respecto, la nota 56.

b. La hegemonía del influjo norteamericano

El caso sigue, pues, abierto; pero aquí no nos interesa tanto su resultado final como el hecho de que el analizado proyecto no se rechazó por su fondo, sino por la forma en que se planteó. Ello significa que se aprueba, en buena medida, la defensa de los diversos derechos que amparan a la mujer en el ejercicio de un nuevo derecho: el derecho a interrumpir el embarazo; es decir, el derecho al aborto. También nos interesa destacar cómo el andamiaje fundamental del discurso y la mayoría de los argumentos esgrimidos para justificar el ejercicio de este “nuevo derecho” resultan ajenos a la propia tradición jurídica mexicana, teniendo su origen en el extranjero, tanto en documentos de conferencias internacionales —en particular El Cairo (1994) y Beijing (1995)— como en la doctrina —de marcado cuño norteamericano— y en la jurisprudencia —de origen diverso, pero con un marcado protagonismo anglosajón—.

Sería un error sostener que estas ideas han surgido de la propia tradición jurídica mexicana. Los textos jurisprudenciales muestran a las claras la procedencia de su doctrina. Como se ha podido observar al analizar el proyecto de sentencia de junio de 2016, es reseñable la influencia de los conceptos y terminología de los documentos de las conferencias internacionales de la ONU de El Cairo (1994) y Beijing (1995), así como la jurisprudencia extranjera —de Estados Unidos, Canadá, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Colombia, España, etcétera—, en particular de la norteamericana.

Cabría entender que las menciones expresas al derecho comparado e internacional son un recurso que busca reforzar las tesis del ministro que las redactó, o de los ministros que suscriben esta concepción de la libertad sexual o del derecho a la salud sexual y reproductiva, y en parte es así, pero sólo en parte. Resulta sorprendente constatar los paralelismos entre el discurso de la jurisprudencia norteamericana —desde los sesenta hasta la actualidad— y de la mexicana, entre el andamiaje conceptual y terminológico anglosajón —recogido en las conferencias internacionales de la ONU (El Cairo y Beijing)— y el mexicano. A mi juicio, el recurso al modelo norteamericano no es de mero apoyo, sino que contiene las claves de una doctrina jurisprudencial mexicana que, reflejando escasamente su propia tradición, ha optado por acoger un modelo extranjero, tal y como sucedió, en buena medida, con la redacción de su texto constitucional.

Es cierto que esta interpretación no es tan sólo aplicable a México, y que el influjo anglosajón se ha hecho notar en la mayoría de los países occidentales. En este sentido, es elocuente que la opinión pública de muchos países en torno a la libertad sexual sea idéntica o muy similar. Esto no es

casualidad ni es fruto de una convergencia natural —o espontánea— de las distintas tradiciones jurídicas. Las conferencias internacionales de El Cairo (1994) y Beijing (1995) contribuyeron notablemente a esa uniformización de la cultura —también jurídica— en torno a la libertad sexual; pero no cabe olvidar que sus Informes recogieron el legado de una larga tradición de origen norteamericano.¹⁵⁶

El proyecto analizado pone de relieve el influjo anglosajón en la doctrina jurisprudencial mexicana. Además de las continuas referencias al Tribunal Supremo norteamericano a lo largo del discurso argumental —ya referidas—, el peso de esa jurisprudencia resulta patente desde las primeras páginas del texto. En efecto, al consignar que “el caso del aborto plantea una de las problemáticas más complejas que puede enfrentar un tribunal constitucional”,¹⁵⁷ y que “en sede judicial no se trata [de] enjuiciar la moralidad del aborto, sino de determinar si es constitucional castigar con pena de prisión a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias”,¹⁵⁸ el proyecto presenta la compleja cuestión con los siguientes términos:

En efecto, la cuestión que ahora se analiza se aparta del falso debate entre quienes están a favor y en contra de la vida. Nadie propone el aborto como un método más de planificación. Por tanto, el juicio que aquí se hace parte de considerar que la interrupción del embarazo es una situación trágica para cualquier mujer. Así, la pregunta constitucional que debe resolverse es si la mujer puede abortar y en qué supuestos.

Para determinar esta cuestión es necesario ponderar diversos derechos y principios, en distintos momentos y circunstancias. De un lado se ubican los intereses y derechos de la mujer, y del otro, la protección jurídica que merece el producto en gestación. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido distintas respuestas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales. No obstante, se observa que no se han dado soluciones totalizadoras, sino que se ha procurado un balance entre los valores en cuestión.¹⁵⁹

¹⁵⁶ A este respecto, véase el revelador estudio de Wheeler, Leigh Ann, *How Sex Became a Civil Liberty*, Oxford University Press, 2013, en el que la autora reconstruye la contribución de la American Civil Liberties Union (ACLU), desde principios del siglo XX hasta los noventa, a una concepción individualista y reduccionista de la sexualidad.

¹⁵⁷ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 34.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵⁹ *Idem*.

Ya desde el planteamiento de la cuestión, al aludir a las “distintas res-
puestas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los
tribunales constitucionales”, el proyecto se refiere, en primer lugar, a la
jurisprudencia norteamericana:

A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió en *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973) que la Constitución protege plenamente el derecho fundamental de la mujer a decidir libremente si interrumpe su embarazo. En cambio, la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-355/06), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (RR. v. Polonia o Tysiac v. Polonia, y A., B. y C. v. Irlanda) o el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (L.C. v. Perú), han entendido que la libertad de abortar de la mujer está protegida en supuestos específicos, como el caso de violación, cuando el feto sea inviable o cuando el embarazo ponga en riesgo la salud de la madre. En otro sentido, cortes constitucionales como el Tribunal Federal Alemán (Sentencia 39, 1 de 1975) o el Tribunal constitucional español (Sentencia 53-1985), han estimado que la mujer tiene el deber genérico de llevar a buen término el embarazo, salvo que se demuestre que el mismo constituye una carga extraordinaria e irrazonable para ella.¹⁶⁰

Aunque el redactor recoja la jurisprudencia de distintos países, el proyecto menciona, en primer lugar, la doctrina norteamericana, lo cual no es sólo por una razón de orden meramente temporal o cronológico, sino porque es la única que —según el redactor del proyecto— declara que “la Constitución protege plenamente el derecho fundamental de la mujer a decidir libremente si interrumpe su embarazo”, coincidente con la opción final del proyecto de sentencia. Las otras doctrinas jurisprudenciales no le sirven o no le resultan suficientemente persuasivas; en cambio, la del Tribunal Supremo norteamericano, sí. Por esta razón, el redactor del proyecto no muestra reparo alguno en recurrir a ella como a ninguna otra:

En Estados Unidos, en la famosa sentencia de *Roe v. Wade*, la Suprema Corte determinó que el derecho a la privacidad comprende el derecho de las mujeres a decidir si quieren o no terminar su embarazo [*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), pp. 485 y 486]. En efecto, a partir del desarrollo jurisprudencial del derecho a la privacidad, la Suprema Corte fue protegiendo determinadas actividades de la intrusión gubernamental [Jed Rubinfeld, *The Right to Privacy*, 102, Harvard L.R. 744 (1989)]. En este sentido, la Corte resolvió en *Griswold v. Connecticut* [381 U.S. 479 (1965)], *Loving v. Virginia* [388 U.S. 1 (1967)], *Bowers v. Hardwick* [478 U.S. 186 (1986)], que el derecho a la privaci-

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 35, nota 46.

dad comprende la protección de la intimidad de las relaciones sexuales y sus consecuencias reproductivas. En *Roe*, la Corte determinó que no hay nada más íntimo y privado que determinar si se quiere o no llevar a buen término un embarazo.¹⁶¹

El recurso a la jurisprudencia norteamericana es prioritario o preferente, pero no exclusivo, como se ha podido constatar. Este modo de proceder se manifiesta también en este caso, en el que, tras una descripción relativamente exhaustiva de la doctrina jurisprudencial norteamericana sobre el alcance del derecho a la privacidad —que comprende “la protección de la intimidad de las relaciones sexuales y sus consecuencias reproductivas”—, recurre también a la española y a la sudafricana:

A partir del derecho a la autonomía y privacidad también fue abordado el tema del aborto en países como España [Sentencia 53-1985 del Tribunal Constitucional Español] y Sudáfrica [Christian Lawyers' Association v National Minister of Health and Others, Case No. 7728/2000, 2004 (10) BCLR 1086 (T)]. De esta manera, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español determinó que uno de los intereses en juego que implica la cuestión del aborto es el valor jurídico fundamental que constituye “la dignidad de la persona”.¹⁶²

Lo mismo cabe decir de la mencionada resolución del 28 de agosto de 2008, en la que se declaró la constitucionalidad de la mencionada reforma del aborto por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en abril de 2007,¹⁶³ donde se recoge la doctrina jurisprudencial de varios países, incluso para contrastar un caso cuyo objeto era distinto:

A modo de contraste, podemos encontrar varios ejemplos en el derecho comparado: el caso de *Roe* contra *Wade*, de la Suprema Corte de los Estados Unidos [410 U.S. 113 (1973)]; la sentencia C-355-06 del Tribunal Constitucional colombiano, la sentencia del caso *Regina* contra *Morgentaler*, de la Corte Suprema de Canadá [1 S.C.R. 30, 1998], así como la sentencia STC 53/1985 del Tribunal Constitucional de España.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 47, notas 63-67.

¹⁶² *Ibidem*, notas 68 y 69.

¹⁶³ Véanse las notas 24 y ss., así como sus correspondientes textos principales.

¹⁶⁴ Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pp. 176 y 177: “En todos estos casos, los distintos tribunales o cortes constitucionales enfrentaban impugnaciones y analizaron preceptos que penalizaban conductas constitutivas del delito de aborto y no, como en el caso que ahora nos ocupa, con procedimientos que tuvieran como resultado la descriminalización de una conducta previamente considerada punible”. Con relación a la

c. Algunas claves para su análisis crítico

Como ha podido constatare, la SCJN mexicana recurre notablemente a la doctrina jurisprudencial extranjera e internacional, en particular a la norteamericana. De hecho, cabe afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano constituye la savia fundamental que permea y configura aquellos derechos relacionados con la nueva concepción de la sexualidad y su disfrute (derechos a la salud sexual y reproductiva, a la privacidad o autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, y a la igualdad y no discriminación), proporcionando el andamiaje doctrinal —o argumentario— para justificar o legitimar la primacía de los derechos de la mujer frente a la protección del concebido.

Para ello, la SCJN mexicana recurre a la jurisprudencia extranjera de un modo tan exhaustivo como selectivo, citando sólo aquellos precedentes que mejor casan con una concepción más individualista de la sexualidad. Como la jurisprudencia norteamericana está en la vanguardia de esa nueva concepción, la SCJN tiende a recurrir más asiduamente a estos precedentes; además, con respecto a la jurisprudencia norteamericana, tan sólo cita la parte que más le conviene. No cabe extrañarse que la SCJN nada recoja de otros casos (por ejemplo, *Conestoga Wood Specialties v. Burwell*¹⁶⁵ y *Burwell v. Hobby Lobby Stores*,¹⁶⁶ 30 de junio de 2014). Lo mismo hace cuando recurre a la doctrina jurisprudencial de otros tribunales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos); en ocasiones, realiza una lectura reduccionista o poco neutral del contenido de algunas sentencias.¹⁶⁷ En definitiva, los precedentes jurisprudenciales son objeto de una minuciosa y calculada selección que, a la postre, supone la recepción de la doctrina anglosajona de corte más liberal —o libertaria— e individualista.

importancia de la sentencia sobre el aborto de la Corte Constitucional de Colombia, del 10 de mayo de 2006, así como los razonamientos empleados para despenalizar los tres supuestos de aborto contemplados en la reforma de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en abril de 2007, véase el estudio de Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

¹⁶⁵ *Conestoga Wood Specialties v. Burwell*. Al respecto, véanse <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/conestoga-wood-specialties-corp-v-sebelius/>; <http://www.adfmedia.org/News/PRDetail/8451>.

¹⁶⁶ *Burwell v. Hobby Lobby Stores*. El texto de la sentencia puede verse en: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf.

¹⁶⁷ Es el caso, por ejemplo, del caso *A., B. and C. v. Ireland* (Application no. 25579/05, 2010). Al respecto, véase Masferrer, Aniceto, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el «derecho» al aborto”, *Las Provincias*, 9 de enero de 2011, disponible en: <http://www.lasprovincias.es/v/20110109/opinion/tribunal-europeo-derechos-humanos-20110109.html>.

La primacía de una concepción individualista resulta patente a lo largo del proyecto de sentencia que se acaba de examinar. Mientras que la expresión “voluntad” o “autonomía” (individual de la mujer) es recurrente,¹⁶⁸ el “interés social” del concebido tan sólo se menciona una vez —para afirmar que “no puede prevalecer a costa de las afectaciones a la integridad física o mental de la mujer”—.¹⁶⁹ Por supuesto, la dignidad se refiere exclusivamente a la mujer embarazada,¹⁷⁰ en ningún caso al *nasciturus*. La razón estriba en que únicamente la mujer —a diferencia del *nasciturus*— goza de autonomía. De ahí que tan sólo la mujer tenga dignidad, y que las expresiones “dignidad” y “autonomía” generalmente suelen aparecer juntas en el texto del proyecto como realidades sinónimas o estrechamente unidas.¹⁷¹

Quizá sea esa falta de autonomía —y, por tanto, también de dignidad— del concebido lo que haya llevado al legislador penal mexicano,¹⁷² así como a la SCJN, a emplear la expresión ‘producto’ para denominar al *nasciturus* —o concebido no nacido—,¹⁷³ pese a su carácter ambiguo.¹⁷⁴ El término “producto” resulta más apropiado para referirse a una mercancía —u obje-

¹⁶⁸ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, pp. 66, 67, 71, 72, 80 y 83 (voluntad), y pp. 28, 46, 47, 48, 50, 52, 63, 68, 71, 72, 81, 83, 84, 90, 97 y 103 (autonomía).

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 77: “El interés social del producto en gestación no puede prevalecer a costa de las afectaciones a la integridad física o mental de la mujer”.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 12, 17, 22, 26, 28, 33, 35, 47, 48, 50, 52, 67, 68, 71, 72, 80, 81, 82, 84, 97, 103 y 107.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 28, 35, 47, 50, 52, 67, 68, 71, 72, 80, 81, 84, 97 y 103.

¹⁷² El Código Penal Federal, al tratar del aborto, emplea la expresión “producto” y no “persona” (artículos 330-334, Código Penal del Distrito Federal).

¹⁷³ En efecto, el proyecto de sentencia no se refiere al concebido como *nasciturus* en ninguna ocasión, sino como “producto”: pp. 2, 3, 4, 5 y 9 (“el producto”); 20 (“producto del embarazo”); 22 (“el producto de la concepción”); 31 (“padecimiento del producto”); 35 (“producto en gestación”); 36 (“el producto de la concepción”, “el valor del producto de la concepción”); 37 (“el producto de la concepción”, “producto en gestación”); 39 (“diferencia esencial desde el punto de vista jurídico entre el producto de la concepción y la persona que ha nacido viva y viable”); 41, 43 y 65 (“el producto de la concepción”); 66 y 67 (“el producto en gestación”); 76 (“el producto de la concepción”); 77 (“el producto en gestación”); 79 (“la necesidad de permitir que las mujeres interrumpen su embarazo cuando el producto de éste es inviable”, “incapacidad severa del producto”, “inviabilidad del producto de la concepción”); 81 (“producto de la concepción”); 82 (“producto de la concepción”); 93 (“el producto del embarazo”, “el producto”, “el producto de su embarazo”); 94 y 97 (“producto de la concepción”); 101 y 104 (“la viabilidad del producto”), y 106 (“la noticia del padecimiento del producto”).

¹⁷⁴ La expresión “producto” puede resultar un tanto ambigua, especialmente al emplearse como forma verbal, no como sustantivo. Por ejemplo, “una mujer fue obligada a continuar con su embarazo, aun cuando éste fue producto de una violación” (p. 69); “el embarazo es producto de una violación”; “cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial no consentida” (p. 71).

to fabricado— que a un ser vivo, e incluso menos a un ser humano, y es que el texto del proyecto no parece concebir al concebido como lo uno —ser vivo— ni como lo otro —ser humano—. A mi juicio, emplear las expresiones mero “producto” —o “producto de la concepción”— para referirse al *nasciturus* —o concebido— implica ocultar de algún modo su condición de ser vivo y humano.

Aunque el texto dice apartarse “del falso debate entre quienes están a favor y en contra de la vida”,¹⁷⁵ lo cierto es que emplea la expresión “vida” fundamentalmente para referirse a la mujer, no al *nasciturus*, salvo en casos muy excepcionales.¹⁷⁶ Esa opción es la consecuencia de dar por buena la tesis de que “no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”,¹⁷⁷ y de que “el concebido no tiene el estatus jurídico de persona por lo que no tiene derecho a la vida”.¹⁷⁸ También a este respecto el proyecto busca asidero en la jurisprudencia norteamericana:

De la misma manera, la Corte Suprema de Estados Unidos, señaló en *Roe v. Wade* que no es necesario resolver el arduo problema de cuando comienza la vida, en virtud de que si los médicos, teólogos y filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta.¹⁷⁹

El proyecto muestra una postura de aparente neutralidad frente al conflicto entre la autonomía de la voluntad de la mujer embarazada y la frágil posición del concebido. Esta aparente neutralidad se refleja en la insistencia sobre la existencia de dos aspectos —ciertamente relevantes—, cuyas valoraciones no corresponden al tribunal. El primero es la moralidad del aborto: “...se advierte que en sede judicial no se trata enjuiciar la moralidad del aborto, sino de determinar si es constitucional castigar con pena de prisión a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias”.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 35.

¹⁷⁶ Al contraponer la “vida humana” y la “dignidad de la mujer” (p. 34), y al referirse a la “vida en gestación” (p. 71), a “la vida del ser” (p. 80), a “la vida del no nacido” (p. 84), a “la vida del producto o de la madre” (p. 96) y a “la vida del concebido” (p. 104).

¹⁷⁷ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 38.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 81.

¹⁷⁹ *Idem*, recogiendo —en la nota 49— la referencia del caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 38.

“Se reitera que en este dilema no se trata de determinar la moralidad del aborto —pues esta es una cuestión que corresponde al fuero interno de cada persona—, sino de resolver si es constitucional que el Estado penalice a la mujer por asumir esta grave y difícil decisión”.¹⁸¹

Por una parte, se dice que a la SCJN no le corresponde enjuiciar sobre la moralidad del aborto, pero no porque no exista una moral, sino porque ésta “corresponde al fuero interno de cada persona”. Por otra parte, el Proyecto realiza una opción moral al conceder un plazo —de doce semanas— en el que la mujer puede decidir libremente la interrupción de su embarazo. Además, esta opción moral es radical, pues a lo largo de ese periodo nadie debe interferir de ningún modo en la decisión de la mujer, e incluso el Estado no puede actuar para “prevenir abortos que considere inmorales”.¹⁸² Es más, al señalarse que “la interrupción del embarazo debe proporcionarse sin discriminación y con perspectiva de género, esto es, libre de prejuicios y estigmatizaciones”, tal exigencia lleva consigo que “[e]n el curso del proceso no puede estar presente la idea de que el aborto es «incorrecto» o «inmoral»”.¹⁸³ Esa exigencia tan radical es reflejo de una opción moral también radical, de origen anglosajón, y adoptada por la SCJN: “En este periodo, el Estado no debe intervenir, incluso prevenir abortos que considere inmorales, porque *la pregunta de cuándo un aborto es justificable es, en última instancia, una decisión que debe tomar la mujer embarazada*”.¹⁸⁴

En absoluto se puede calificar de neutral, pues, la postura moral de este proyecto de la SCJN.

El segundo aspecto de aparente neutralidad que el proyecto pretende dar es el relativo al inicio de la vida. Como es lógico, ambos puntos tienen una estrecha relación: la concesión de un plazo en el que la mujer puede interrumpir libremente —sin causa alguna— su embarazo sería impensable si los tribunales no suspendieran el juicio con respecto al momento en el que la vida humana tiene su inicio. De ahí deviene la insistencia en que “no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”,¹⁸⁵ aunque sí toma partido al consignar que “no existe una definición consensuada sobre el ini-

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁸² *Ibidem*, p. 82.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 90, y añade: “Los actores que intervengan deben esforzarse por comprender la situación compleja y difícil que atraviesa la mujer” (pp. 90 y 91).

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 82 y 83, recogiendo —en la nota 145— el origen norteamericano de la tesis adoptada (Dworkin, Ronald, *Life's Dominion, An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Nueva York, Vintage Books, 1994, p. 33).

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 38, citando —en la nota 50— un caso de la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C-355/06).

cio de la vida”.¹⁸⁶ Precisamente, porque no hay una “definición consensuada” (¿desde cuándo las tesis científicas deben ser sometidas a un consenso?), y no le corresponde al tribunal tomar una decisión a este respecto, cabe llevar a cabo una ponderación de los intereses en conflicto.

El problema es que establecer —como fruto de esa ponderación— un plazo perfectamente preciso en el que la mujer pueda interrumpir el embarazo, sin mediar otra causa que su libérrima decisión, pone al descubierto una clara toma de postura con respecto al posible momento de inicio de la vida humana o, lo que es peor, en qué momento el derecho decide dar relevancia constitucional al concebido, con independencia del momento en que esa vida humana haya podido tener su inicio. Esta postura no sólo no es neutral, sino que contradice el mismo texto del proyecto, pues considera al concebido como “un valor intrínseco independiente del peso que le asigne la mujer embarazada o la sociedad”.¹⁸⁷

Además, la opción de establecer un plazo tiene dos consecuencias de notable relevancia. En primer lugar, esta medida supondría caer en el peligro —prevenido en el mismo proyecto— de dar “soluciones totalizadoras que desplacen de manera absoluta un interés frente a otro”. Dicho en otras palabras, establecer un determinado periodo —ante la supuesta falta de una tesis científica unánime (o “definición consensuada”) sobre el inicio de la vida— en el que la vida del concebido queda completamente sometida a la libérrima decisión de la mujer constituye —empleando la terminología del proyecto— una “solución totalizadora” inadmisibles, precisamente porque no existe —si fuera el caso— una “definición consensuada” con respecto al momento inicial de la vida humana, y su valor intrínseco impide su sometimiento absoluto a la libre decisión de otra persona.

En segundo lugar, el establecimiento de un plazo en el que la mujer pueda interrumpir su embarazo, sin más motivos que su libérrima decisión, supone el reconocimiento práctico —e incluso teórico— de un “derecho al aborto”, trocando la despenalización de algunos supuestos en la concesión de un derecho cuyo contenido consiste en terminar con una vida humana en su proceso de gestación. De hecho, la concesión de este plazo no sólo dejaría sin apenas relevancia práctica los demás supuestos causales, sino que también anularía por completo la reprobación ética que conlleva la comisión de toda condena por la comisión de un delito, y supondría presentar

¹⁸⁶ *Idem*, recogiendo —en la nota 48— un caso de la Corte IDH: *caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 185.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 81, o como “un valor intrínseco muy relevante” (p. 65).

como positivo —e incluso como una supuesta conquista— una situación tan dramática, traumática e indeseable como es cualquier aborto. Constitucionarizar un “derecho al aborto” sería una monstruosidad jurídica que resulta, a mi juicio, inadmisibles, tal y como reconocieron, incluso, los informes de las conferencias de El Cairo (1994) y Beijing (1995).

IV. REFLEXIÓN FINAL: ¿DERECHO AL ABORTO?

El establecimiento de un plazo de libre decisión de la mujer resulta, por tanto, inconstitucional, porque en ese caso “la protección que merece el no nato prevalece frente a la libertad de la mujer”.¹⁸⁸ De lo contrario, la protección jurídica del concebido resultaría tan frágil como su propia vida, y al derecho le corresponde la protección de toda vida humana, empezando por la de los más vulnerables.

¿Significa esto que, cuando no se den los concretos supuestos de despenalización legal del aborto, el derecho debe obligar a las mujeres —bajo la amenaza de una condena penal— a ser madres? En absoluto; ni el Estado ni el derecho jamás deberían obligar a una mujer a ser madre. Lo que sí puede —y debe exigirle— es el sacrificio de llevar adelante el embarazo no deseado, estableciéndose las medidas y los recursos necesarios —de carácter económico, administrativo y jurídico— para que el *nasciturus*, desde el mismo día de su nacimiento, fuera recibido por una pareja que, quizá queriendo ser padres, no pudiera tener hijos biológicos. En España, por ejemplo, hay una media de 100,000 abortos anuales: el nacimiento de estos concebidos podría cubrir en quince días la actual demanda de adopciones en ese país.¹⁸⁹ Exigir este sacrificio a una mujer, cuando otras están dispuestas a hacerlo por intereses meramente económicos (maternidad subrogada), es una cuestión de justicia elemental. No hacerlo supondría otorgar una protección

¹⁸⁸ Discrepo, por tanto, del proyecto, al señalar que sólo tras un “cierto tiempo” “la protección del no nato (*sic*) prevalezca frente a la libertad de la mujer”. Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 66: “...esta Primera Sala considera que no pueden darse soluciones totalizadoras que desplacen de manera absoluta un interés frente a otro. Es por tanto posible afirmar que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional, porque anula de manera absoluta los derechos de las mujeres. Al tiempo, es posible sostener que, en cierto momento, la protección que merece el no nato (*sic*) prevalece frente a la libertad de la mujer. Así, es imprescindible identificar en qué supuestos cede un interés frente a otro”.

¹⁸⁹ Véase, a este respecto, la entrevista a Mónica López Barahona, en el diario *ABC*, 5 de diciembre de 2016, disponible en: http://www.abc.es/noticias/abci-maternidad-no-derecho-toda-costa-201612021009_noticia.html.

desmesurada a la autonomía de la voluntad, hasta el punto de permitir que los intereses económicos tuvieran primacía sobre el valor intrínseco de una vida humana en gestación.

El aborto debe ser penalizado, ya que el derecho no puede trivializar la interrupción del embarazo, reduciéndolo a una mera intervención quirúrgica encaminada a proteger la salud de la madre. No tendría sentido que el valor del concebido dependiera —aunque fuera por un determinado periodo— de la exclusiva voluntad de la mujer, tratándolo como si fuera un quiste en el supuesto de que la mujer quisiera interrumpir su embarazo, o proporcionándole todo tipo de cuidados si la mujer deseara tenerlo. La penalización del aborto plantea, sin embargo, dos cuestiones de una relevancia indiscutible, que aquí tan sólo me permito enunciar: 1) ¿quién debe ser penado?, y 2) ¿con qué castigo?

El proyecto examinado “advierde que en sede judicial no se trata enjuiciar la moralidad del aborto, sino de determinar si es constitucional castigar con pena de prisión a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias”.¹⁹⁰ Creo que ese planteamiento es erróneo. De hecho, como se ha visto, el proyecto hace una opción moral radical, pese a pretender poner de manifiesto una postura neutral. El legislador, en general, y el penal, en particular, deben tener en cuenta la moralidad sólo cuando la conducta produce un daño o lesiona algún bien jurídico protegido. De lo contrario, no debe concederse valor alguno al supuesto carácter moral o inmoral de un acto.¹⁹¹

A la pregunta sobre si se debería “castigar con pena de prisión a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias”, mi respuesta es rotundamente negativa. A mi juicio, ninguna mujer que interrumpe su embarazo debería ser castigada con la pena de prisión. La interrupción del embarazo —en los concretos supuestos no despenalizados— debería ser objeto de una condena penal, porque, de lo contrario, la ausencia de reprobación —propia de la sanción penal— implicaría su tácita aprobación;¹⁹² sin embargo, la mujer no debería ser castigada con una pena privativa de libertad.

¹⁹⁰ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 35.

¹⁹¹ Al respecto, véase Masferrer, Aniceto, “The Need for a Secularized Criminal Law: Past, Present and Future. A Proposal to Unravel a Complex Issue in the Western Society”, *Trending Topics of Law and Justice: Legal English Workshops 2015/16*, Tirant lo Blanch, 2017 (en prensa).

¹⁹² Sobre la reprobación ética de las sanciones penales, véase el estudio de Maihold, H., *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Na-*

En realidad, la cuestión de la naturaleza o contenido del castigo tiene una estrecha relación con el principio de responsabilidad penal, según el cual la condena debe recaer sobre quien ha cometido el delito. Resulta una simplificación sostener que la autoría del delito de aborto corresponde exclusivamente a la mujer. En efecto, aunque a ella corresponda tomar la decisión final —o definitiva— sobre la interrupción o no de su embarazo, cada embarazo —muchas veces, quizá no deseado desde un principio— no es fruto de una decisión voluntaria —o autónoma— y exclusiva —o unilateral— de la mujer, sino que existe una corresponsabilidad. En este sentido, comparto el parecer del proyecto cuando se invoca la igualdad y no discriminación como un derecho que protege a la mujer. ¿Qué sentido tiene que el varón pueda disfrutar del sexo sin responsabilidad alguna en caso de embarazo, mientras que la mujer debe asumir —por su constitución fisiológica— la consecuencia (el concebido) de un acto llevado a cabo entre dos personas?

Si las leyes reconocen un derecho al disfrute de la sexualidad —como hacen, en buena medida, las leyes reguladoras de la “salud sexual y reproductiva”—, cabría preguntarse si la igualdad podría consistir aquí en que la mujer pueda gozar de ese derecho como el hombre, sin limitación ni temor alguno a sus posibles consecuencias, concediéndole para ello de un plazo en el que pueda decidir libremente interrumpir su embarazo. Entiendo ese razonamiento, pero no lo comparto en absoluto, porque su lógica es irresponsable y supone un desprecio al valor intrínseco del concebido.

Si ningún embarazo —no deseado— es consecuencia de un acto unilateral, no tiene sentido castigar —y menos con pena de prisión— a la mujer, a quien le corresponde —por su constitución biológica— llevar en su seno el fruto de una relación sexual (concebido). La solución no debe consistir en dejar completamente desvalido al concebido —concediendo un supuesto “derecho” a la mujer para que lo ejercite dentro de un plazo— ni en imponer determinados castigos a la mujer como si ella fuera la única responsable —cuando no es así—. Si todo embarazo no deseado es un drama que tiene como responsables a la mujer, a su pareja, a su entorno familiar más próximo, al personal sanitario y, más remotamente, el conjunto de la sociedad y al Estado —con algunas de sus leyes y políticas sociales—, carecería de sentido resolverlo condenando a la mujer, y menos con una pena de prisión.

Por tanto, el planteamiento de la cuestión del proyecto analizado resulta, a mi juicio, una falaz simplificación, al señalar que “en sede judicial no se

turrechtslehre, Köln, Böhlau, 2005; en el contexto alemán, sobre el origen y significado de la expresión *Strafe*, que surge en el siglo XIV, véase Achter, V., *Geburt der Strafe*, Frankfurt/M., Klostermann, 1951.

trata de enjuiciar la moralidad del aborto, sino de determinar si es constitucional castigar con pena de prisión a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias”.¹⁹³ En efecto, la cuestión es mucho más compleja. Que a un tribunal no le corresponda emitir juicios de moralidad sobre conductas que no produzcan daño alguno a nadie ni lesionen ningún bien jurídico protegido, es bien sabido. Que existan distintos modos de penalizar un aborto ilegal, sin que eso implique condenar —y menos a una pena de prisión— a la mujer que hubiera interrumpido su embarazo, también es bien conocido.

Así las cosas, ¿qué pretende el proyecto con un planteamiento tan simplista y superficial, que parece apelar más a los sentimientos que a la razón? A mi juicio, el proyecto no busca “determinar si es constitucional castigar con pena de prisión a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias”, sino defender la existencia de un derecho subjetivo de la mujer a interrumpir libremente su embarazo dentro de un plazo, dejando completamente desprotegido al concebido en sus primeros tres meses de gestación, aunque esto implique negarle su “valor intrínsecamente relevante”¹⁹⁴ o su “valor intrínseco independiente del peso que le asigne la mujer embarazada o la sociedad”.¹⁹⁵ El proyecto analizado no pretende, pues, justificar la despenalización de algunos supuestos de aborto, sino convertir el aborto en un derecho, otorgándole reconocimiento y protección constitucionales; en definitiva, persigue la creación de un “nuevo derecho”, a costa de dejar al concebido completamente desprotegido en sus primeros meses de gestación.¹⁹⁶

Erigir en derecho la decisión de una persona —o de varias— a terminar con una vida humana en gestación, cuando existen otras alternativas que no pasan por condenar a la mujer —o a la pareja— ni mucho menos en obligarle a ser madre si no lo desea, constituye un error moral, una monstruosidad jurídica y un signo claro de deshumanización del derecho.

¹⁹³ Amparo en revisión 1388/2015, presentación del proyecto, Primera Sala de la SCJN, 16 de junio de 2016, p. 35; véanse las notas 159 y ss., así como sus correspondientes textos principales.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 39.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 81, o como “un valor intrínseco muy relevante” (p. 65).

¹⁹⁶ Amparándose en la supuesta inexistencia de unanimidad científica sobre el inicio de la vida humana, el proyecto hace una opción radical, concediendo a la mujer el derecho a interrumpir esa vida humana en proceso de gestación durante las doce primeras semanas como exigencias constitucionales que protegen los intereses de la mujer (dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la salud sexual y reproductiva, igualdad y no discriminación), y obviando que —durante ese periodo— el derecho no sólo deja desprotegido al *nasciturus*, sino que también “aprueba” —en vez de “reprobar” de algún modo— la decisión de terminar con esa vida en gestación.