

Dinámicas argumentativas de la judicialización por gestión. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación: la protección a la vida desde la concepción

Lourdes Enríquez Rosas ⁶³

Arturo Sotelo Gutiérrez ⁶⁴

Introducción

En los últimos años la presidencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ha hecho importantes esfuerzos en su encomienda de promover, respetar, y proteger los derechos humanos de mujeres, niñas y adolescentes, principalmente en el área del derecho a la salud y, en específico, la salud sexual y reproductiva.

En agosto de 2016 se decretó la aprobación de la reforma al párrafo segundo del artículo 4 de la Constitución Política de Veracruz: “El Estado garantizará el Derecho a la vida del ser humano, desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, como valor primordial que sustenta el ejercicio de los demás derechos; salvo las excepciones previstas en las leyes”.

Esta iniciativa retomó la ola de reformas constitucionales de “protección a la vida desde el momento de la concepción” que se realizaron en los estados de la República, entre los últimos meses de 2008 y 2009, principalmente.

Con la reforma de Veracruz diversas organizaciones feministas y del movimiento amplio de mujeres se organizaron para solicitar a la CNDH que este organismo autónomo pudiera presentar un litigio de acción de inconstitucionalidad (AI) contra dicha reforma.

Las organizaciones vislumbraron que la presidencia de la CNDH, a cargo de Luis Raúl González Pérez, sería sensible para interponer la demanda de AI contra la reforma en Veracruz, debido, entre otras cosas, a la visión de defensa de derechos humanos, particularmente de las mujeres, y por la firme intención de garantizar, mediante el litigio, la eliminación de los

obstáculos que impiden la adecuada justiciabilidad de los derechos reproductivos. Los colectivos de mujeres organizadas percibían la oportunidad de que la CNDH se diferenciara de otro momento en que su titular (José Luis Soberanes), interpusiera AI contra la legislación que despenalizó el aborto hasta la doceava semana de gestación en el entonces Distrito Federal y en atención a un claro conocimiento de las formas complejas en que el activismo conservador se readecua y responde a los avances feministas en leyes y políticas públicas en materia de salud reproductiva.

Fue así como durante el mes de septiembre de 2016 la CNDH convocó a diversas organizaciones de la sociedad civil para reunirse con el director del área jurídica y de litigios, Rubén Francisco Pérez Sánchez, la titular de la Cuarta Visitaduría, Eréndira Cruz Villegas, y su equipo de trabajo, así como con integrantes del Programa de Asuntos de la Mujer y de Igualdad entre Mujeres y Hombres (PAMIMH). Entre las organizaciones que se articularon para trabajar y proporcionar argumentos que favorecieran la elaboración de la AI figuran Consorcio para el Diálogo Parlamentario y la Equidad, Ciudad Feminista, Red de Mujeres en Plural y diversos grupos integrantes de la Campaña Nacional por el Derecho a Decidir, instancia que se creó en noviembre de 2008 a manera de resistencia colectiva frente a los graves retrocesos legislativos.

Como resultado de los debates abiertos con la sociedad civil organizada, el área jurídica de la CNDH trabajó en un nuevo abordaje argumentativo para replantear la *litis*, proponiendo un tránsito de la argumentación judicial que mira el aborto desde la penalización categórica de la práctica como un mandato, hacia una dimensión institucional de los derechos que requiere de análisis primigenios de balance o ponderación constitucional y exámenes de proporcionalidad normativa (Bergallo *et al.*, 2018) en el entendido de que la reforma constitucional que se iba de impugnar tenía la clara intención de impedir la ampliación de causales legales de aborto en el estado de Veracruz, blindando su código penal de una despenalización por voluntad de las mujeres, como la de la Ciudad de México.

El panorama de litigio constitucional en materia de aborto en nuestro país demuestra que las batallas constitucionales entre los grupos a favor y en contra de su despenalización están lejos de verse zanjadas y constituyen un

vaivén continuo de argumentos jurídicos que influyen en los imaginarios sociales.

Dado que existe en la CNDH una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas en el marco de los derechos humanos de las mujeres, el activismo de género convocado enmarcó sus reclamos por el reconocimiento de la libertad y la autonomía reproductiva en narrativas que las técnicas argumentativas recogieron y tradujeron a un lenguaje legal.

Como se analizará de forma detallada más adelante, en las reforma constitucional impugnada se argumentó la utilidad del principio de no regresividad en el contexto de desmantelamiento e incertidumbre jurídica respecto de las causales legales para la interrupción del embarazo y ampliación del acceso a servicios de salud sexual y reproductiva. Desmantelamiento que resulta en violaciones considerables del derecho a la salud.

Sí bien se ha reforzado constitucionalmente la laicidad del Estado, el discurso jurídico (secular), sus instituciones y sus prácticas continúan imbricadas en la moral religiosa, sobre todo en las maneras de regular (y por ende, legitimar) la familia, el parentesco y la reproducción. Se expuso ante la CNDH que el activismo conservador potencia el uso del derecho como instrumento represivo en defensa de esquemas morales y estereotipos de género y prueba de ello fue la deliberación parlamentaria que llevó a la aprobación de la reforma constitucional impugnada.

En las reuniones de preparación del litigio, las organizaciones ciudadanas y los colectivos de activistas enriquecieron el debate sobre autonomía e igualdad con la introducción del concepto de dignidad como límite y posibilidad de lo que el Estado puede hacer en relación con el aborto. Sus líneas discursivas apuntaban a llenar de contenido el concepto de ciudadanía plena mediante la interdependencia de los derechos en una visión integral de los mismos.

También colocaron en el centro del debate los principios de legalidad y no regresividad, fundamentales en el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derecho y a *contrario sensu*, la vida en gestación como un bien jurídico a tutelar y no como un derecho, argumentando que el tipo penal no es la protección prenatal, sino el control coactivo de un tipo de sexualidad anormal que es contraria al mandato de maternidad, uno de los elementos tradicionales de la categoría mujer. Esto pone de manifiesto que el bien

jurídico que se ha de tutelar no implica que deba tener obligatoriamente una expresión penal o un marco punitivo para su protección.

Es importante hacer notar que la sociedad civil organizada se ha reapropiado del discurso del derecho a la vida para defender los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva, argumentando que el derecho a la vida significa vida con dignidad y esta última se entiende como la exigencia de que las personas disfruten de un núcleo mínimo de bienes y servicios relacionados con los derechos sociales y económicos.

En los documentos que forman parte de los antecedentes de la demanda ante el tribunal constitucional se argumenta que la concreción de un régimen legal que permita la autonomía y libertad reproductiva de las mujeres está en distintos planos anudada a una matriz jurídica que debe emanciparse de la influencia de determinadas cosmovisiones religiosas, ya que éstas encabezan un activismo conservador que pretende no sólo evitar la legalización del aborto, sino incluso profundizar su criminalización, como lo demuestran los efectos de las reformas constitucionales (que protegen la vida desde el momento de la concepción/fecundación) en los planes de vida y en los cuerpos de las mujeres, en la persecución estatal, en los procesos judiciales y/o encarcelamiento efectivo de las mujeres que abortan.

La explicación del por qué la CNDH comenzó a interponer juicios constitucionales contra las reformas a las constituciones locales que dicen proteger la vida a partir del caso de Veracruz, repitiendo con Sinaloa y Nuevo León, y no con las 17 reformas a las constituciones locales anteriores es la *judicialización por gestión*. En la propia demanda de la AI 85/2016 la CNDH refiere a que la sociedad en general y, específicamente, algunos grupos ciudadanos hicieron llegar solicitudes para que la Comisión valorara la interposición de la AI. En el documento se lee:

No resulta sorpresivo que la sociedad manifieste su inquietud ante expresiones normativas de ese tipo, y es misión de este Organismo Constitucional Autónomo dar cabida a esas inquietudes en este medio abstracto de control de constitucionalidad [...] No se omite mencionar que, ante esta Comisión Nacional, acudieron diversos actores de la sociedad para presentar diversas solicitudes de interposición de acción de inconstitucionalidad las cuales se hacen llegar a esa Suprema Corte de Justicia de la Nación para su conocimiento (CNDH, 2016: 8, 63).

La noción jurídica de gestión perteneciente a la tradición de derecho civil en lo referente a la gestión de negocios en donde la persona que se asume

como gestor tiene el encargo de desempeñarse “con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios”.⁶⁵ Esa misma figura aplicada al derecho procesal se denomina “gestor judicial” y refiere a aquel que representa en un juicio a quien no puede presentarse en él.⁶⁶

En derecho público internacional la figura de la debida diligencia fue utilizada en razón de una disputa entre Estados Unidos y Reino Unido en el siglo XIX. El punto es que esa figura se ha readaptado por el lenguaje de los derechos humanos, específicamente nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y ha estipulado los deberes de los estados en la defensa y protección de los derechos humanos, con la fórmula de la *diligentia quam is suis*, que implica ser diligente como si se estuvieran cuidando las cosas propias, lo suyo a partir de todos los recursos con los que cuenta (Ortega *et al.*, 2013: 37).

Es por esas razones que se advierte adecuado caracterizar esta forma de canalización de las demandas de las organizaciones sociales y de activistas, que no pueden presentarse directamente ante la SCJN,⁶⁷ a través de la CNDH, cuya *judicialización por gestión* es reflejo de una política abierta, participativa y diligente de defender los derechos humanos de las mujeres.

Los ejercicios de judicialización del aborto reclamando la protección constitucional que ha hecho la CNDH a petición ciudadana implicarán la decisión del máximo tribunal respecto de una disputa cultural que tiene que ver con la libertad reproductiva de las mujeres.

Vías con las que cuenta la ciudadanía activa para reclamar sus derechos ante el tribunal constitucional, en el caso que nos ocupa, se trata del derecho de acceso a la salud sexual y reproductiva.

Por lo tanto, el objetivo de este artículo es analizar las dinámicas argumentativas que se dan en el contexto de la interposición de demandas de AI en relación con las reformas a las constituciones locales de Veracruz, Sinaloa y Nuevo León. El archivo de investigación se construyó a partir de las demandas de la CNDH en los tres casos, la AI del grupo de los y las diputadas del estado de Sinaloa y la promovida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León. Por último, también dentro del análisis se contemplan un par de escritos de *amicus curiae* ingresados en la AI de

Veracruz y de Nuevo León. Por último, se estudiaron los juicios sobre aborto resueltos por la SCJN en las últimas dos décadas.

Los hallazgos más importantes son que, a pesar de tratarse de tres modificaciones a constituciones locales, no son idénticas y que fueron impugnadas de forma progresiva en la argumentación de la CNDH, la complementariedad argumentativa de las otras dos demandas de AI, así como la relevancia en las aportaciones ciudadanas a los juicios. Por último, un panorama ambivalente entre razones y efectos de las sentencias de la SCJN que dejan incierto hacia dónde y cómo se resolverán los juicios de constitucionalidad pendientes.

Análisis

Encuadre de las reformas

En el estudio denominado *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*, del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE, 2016a), se propone una clasificación de las reformas en las constituciones locales a partir de su referencia a las excepciones en la ley penal y sobre si se refieren a la personalidad jurídica. A esa tipología se agregan dos rubros para su análisis: la jerarquización y el uso del término “muerte natural”.⁶⁸

Cuadro 1. Tipología de las reformas impugnadas

	Protec- ción de “la vida desde la concep- ción”	Protección de “la vida hasta la muerte natural”	Jerarquización expresa de la protección de “la vida desde la concepción”	Alusión a excepcio- nes de la ley	Alusión a personali- dad jurídica
Veracruz	√	√	√	√	
Sinaloa	√				
Nuevo León	√	√		√	√

Fuente: elaboración propia con base en las constituciones políticas de Veracruz, Sinaloa y Nuevo León.

A partir de conocer cómo se ubican entre sí las reformas impugnadas, es posible analizar el rigor o grado de atención de las AI promovidas por la

CNDH en cuanto a la especificidad de los textos de casa reforma. Así, la reforma que menos puntos en común reúne es la reforma de Sinaloa, que sólo tiene el punto en común de la leyenda de “protección a la vida desde la concepción” y es la única que no deja lugar a excepciones a esa protección de manera expresa, como sí lo hacen las otras dos reformas. La reforma correspondiente a Veracruz, además de adentrarse en los alcances de la muerte digna, sí hace una jerarquización expresa del derecho a la vida al denominarlo como “valor primordial” en relación con cualquier otro derecho. Por último, la reforma de Nuevo León retoma el término de “muerte natural” y contiene la construcción de la ficción jurídica de tener por nacido al producto de la concepción para “todos los efectos legales” y, al no quedar definidos esos efectos, al menos podría extenderse a la materia penal, civil, poblacional, tecnologías de reproducción asistida, atención a la salud, libre tránsito, entre otros.

Cuadro 2. Acciones de inconstitucionalidad de la CNDH contra las reformas de las constituciones locales que dicen defender la vida desde la concepción

	Norma impugnada	Derechos fundamentales que se estiman violados	Conceptos de invalidez
AI 85/2016 Veracruz	"Artículo 4 [...] El Estado garantizará el Derecho a la vida del ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte natural como valor primordial que sustenta el ejercicio de los demás derechos; salvo las excepciones previstas en las leyes." ¹	- Dignidad de la persona. - Vida privada. - Integridad personal. - Sexuales y reproductivos.	PRIMERO. El segundo párrafo del artículo 4 de la Constitución Política del estado de Veracruz de Ignacio de la Llave es contrario a los artículos 1º, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser una definición y restricción de derechos humanos, para lo cual carece de competencia el poder revisor de la Constitución local.
AI 85/2016 Veracruz		- Libre desarrollo de la personalidad y plan de vida. - Protección de la salud. - Decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos.	SEGUNDO. El artículo 4 de la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, al señalar que se protegerá el derecho a la vida desde el momento de la concepción de manera absoluta, atenta contra los derechos de las mujeres, a la dignidad humana en su vertiente de elegir libremente su plan de vida, a la vida privada y libre desarrollo de la personalidad, así como a la restricción en el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, y a decidir el libre espaciamiento y número de hijos.
AI 107/2018 Sinaloa	"Art. 4º Bis A [...] I. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte, respetando en todo momento la dignidad de las personas." ²	- Dignidad de la persona. - Vida privada. - Integridad personal. - Sexuales y reproductivos. - Libre desarrollo de la personalidad y plan de vida.	PRIMERO. La porción normativa "desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente" del artículo 4 Bis A, fracción I de la Constitución Política del Estado de Sinaloa transgrede los derechos de seguridad jurídica, y a los principios de legalidad y Supremacía Constitucional.

¹ Reforma a la Constitución Política del Estado de Veracruz de la Llave publicada el 22 de septiembre de 2016.

² Reforma a la Constitución Política de Sinaloa publicada el 22 de septiembre de 2016.

	Norma impugnada	Derechos fundamentales que se estiman violados	Conceptos de invalidez
AI 107/2018 Sinaloa		- Protección de la salud. - Derecho de seguridad jurídica. - Decidir sobre el número y espaciamiento de hijas y/o hijos. - Igualdad y a la no discriminación. - Principio de legalidad.	SEGUNDO. La porción normativa impugnada, al señalar que se protegerá el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, de manera absoluta, atenta contra los derechos de las mujeres, a la dignidad humana en su vertiente de elegir libremente su plan de vida, a la vida privada y libre desarrollo de la personalidad, así como a la restricción en el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, y a decidir el libre espaciamiento y número de hijas e hijos.
AI 41/2019 Nuevo León	“Artículo 1° [...] El Estado reconoce, protege y tutela el derecho a la vida que todo ser humano tiene. Desde el momento de la concepción entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, sin perjuicio de las excluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal para el Estado de Nuevo León.” ³	- Seguridad jurídica. - Integridad personal. - Libre desarrollo de la personalidad. - Vida privada. - Dignidad humana. - A la familia. - Decidir el número de espaciamiento de los hijos.	PRIMERO. La porción normativa impugnada del párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, al proteger la vida desde el momento de la concepción vulnera el derecho de seguridad jurídica, así como los principios de legalidad y supremacía constitucional, toda vez que la legislatura de la entidad no se encuentra habilitada constitucionalmente para alterar el contenido esencial de un derecho humano, pues ello corresponde al Poder Reformador de la Constitución General.
AI 41/2019 Nuevo León		- A la vida. - A la igualdad. - Libertades reproductivas. - Principio de legalidad. - Principio de supremacía constitucional. - Obligación de promover, respetar y proteger los derechos humanos.	SEGUNDO. La porción normativa combatida, al proteger de manera absoluta el derecho a la vida a partir del momento de la concepción, colisiona con el ejercicio de otros derechos humanos, como el de libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada, a la dignidad humana en su vertiente de elegir libremente su plan de vida, a la familia, de decidir el número de espaciamiento de los hijos, libertades reproductivas, entre otros inherentes esencialmente a las mujeres.

Fuente: elaboración propia con base en información de la CNDH.

³ Reforma a la Constitución Política de Nuevo León publicada el 9 de abril de 2019.

Progresividad de la argumentación de la CNDH

Si tomamos en cuenta la información de los cuadros 1 y 2, es posible afirmar que la Comisión en sus AI ha venido implementando una estrategia de litigio con dinámica de progresividad. Si bien la suma de puntos controvertibles en las reformas estatales ha sido intermitente, los contenidos y argumentos de la Comisión han venido de menos a más, así lo acredita, al

menos de manera enunciativa, el apartado de derechos fundamentales que se estiman violados.

AI 85/2016 (Veracruz)

En el caso la CNDH utilizó el argumento de falta de competencia del Congreso local a partir de un precedente de la AI 75/2015, resuelta por Pleno de la SCJN el 14 de junio de 2016, sobre una impugnación a una reforma en Jalisco sobre control de convencionalidad. En el engrose de sentencia de ese caso la Corte limitó de manera importante la competencia de los congresos locales en materia de derechos humanos. El fragmento es el siguiente:

Consecuentemente, no corresponde a Legislaturas de los Estados reglamentarlo, matizarlo o de cualquier forma referirse a él [contenido de la Constitución Federal sobre derechos humanos], no solamente porque carecen de competencia para ello, sino porque, de permitirse esa regulación podría generar un esquema diferenciado y múltiple en cada una de las entidades federativas, lo que lejos de coadyuvar a la generación de criterios uniformes y homogéneos en materia de la protección de derechos humanos en el Estado mexicano, se traduciría en el detrimento de tales derechos en perjuicio de las personas (scjn, AI 75/2015: 27).

Este precedente se advirtió como un argumento seguro que auguraba una sentencia favorable a la CNDH. A pesar de ser un argumento de contenido estratégico, que se ciñó a esa decisión de la SCJN, tenía el costo de buscar una resolución de carácter minimalista.

Sobre el comportamiento estratégico en materia judicial, se encuentran las dos vertientes, una que versa sobre la estrategia de litigantes y la otra sobre la estrategia de las cortes, en donde el cálculo de reproches de los otros poderes, de la sociedad o por el prestigio que alguna decisión pueda aportar, los jueces constitucionales podrían comportarse así, más allá de ocupar criterios legalistas o conforme a valores (Helmke y Ríos, 2010). El incorporar este tipo de argumentos con este énfasis advierte la idea de que la CNDH se comportó estratégicamente, pensando ganar este juicio bajo un esquema de falta de competencia con base en el criterio de la AI 75/2015.

El autor estadounidense Cass R. Sunstein (1999) utiliza el término de “minimalismo judicial” para denotar aquellas dinámicas en la impartición de justicia, preponderantemente constitucional o de altas cortes, en donde los desacuerdos son la materia común, es necesario aprovechar los espacios por mínimos que sean de acuerdos. Las cortes suelen tener acuerdos de

carácter temporal sobre situaciones que no entran al fondo de las cuestiones, que son los mínimos acuerdos indispensables para lograr salidas caso por caso.

El minimalismo judicial no es una expresión normativa sobre cómo deben actuar las cortes ante escenarios de pocos acuerdos, sino una explicación de por qué ciertos juicios generan criterios que no son utilizables en otros casos similares. Por lo general, las resoluciones minimalistas se construyen a partir de normas de procedimiento y competencia en las que el margen de interpretación se estima reducido.

Es pertinente recordar que fue justo el argumento competencial sobre legislar en materia penal incluido el aborto (en aquel caso afirmando que sí había competencia local) en las AI 146/2007y 147/2007 que provocó que las legislaturas locales realizaran las 20 reformas a sus constituciones (Sotelo, 2016).

La propia CNDH, en su demanda de AI, refirió que era necesario un estudio de fondo y que se provocara un análisis material de parte de la SCJN y al mismo tiempo sostuvo, en primer lugar, un argumento minimalista de falta de competencia para legislar del Congreso de Veracruz.

Más allá del primer concepto de impugnación dedicado al argumento estratégico minimalista, en su segundo concepto la CNDH expone todo el catálogo de derechos que se estiman violentados a las mujeres con la reforma impugnada, así como un test de proporcionalidad que será analizado más adelante. Así, la dignidad humana, la elección del plan de vida, la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad, la salud sexual y reproductiva y la libre decisión sobre cuántos y cuándo tener hijos se perfilan desde esta argumentación como una serie de *derechos sexuales* que ameritan ser resguardados garantías específicas y así atender al principio de igualdad (González y Sotelo, 2017).

Es oportuno destacar el uso del derecho comparado en esta AI que se replica en las siguientes dos AI. En específico, el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica resulta ser el ejemplo emblemático para dejar por sentado que el término “concepción”, utilizado en la legislación de los países de la Organización de Estados Americanos, debe ser interpretado siempre con un criterio científico y no como un principio metafísico. Además, por supuesto, se destaca la argumentación contra el principio de protección absoluta de la

vida y su contraparte sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2012).

La sentencia de la CIDH sobre la protección gradual de la vida prenatal y el cambio constitucional de la reforma de 2011 que incluyó la interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales, aunado al principio *pro personae*, trajeron nuevas oportunidades para la defensa y garantía de los derechos reproductivos de las mujeres mexicanas y abonaron a los argumentos a favor de la autonomía, la igualdad y la libertad reproductiva.

La citada sentencia determinó que la protección a la vida no es un derecho absoluto, sino que atiende a una protección gradual según el avance del embarazo y debe armonizarse con los derechos humanos de las mujeres, ya que es imposible proteger la vida en gestación sin proteger los derechos de las mujeres embarazadas.

También la CIDH consideró que los estados tienen obligaciones positivas para proteger la vida, una vez que la existencia se ha materializado, que el producto de la gestación ha nacido.

AI 107/2018 (Sinaloa)

A partir de esta AI es posible advertir un cambio de estrategia de la CNDH, que involucra la reformulación de su concepto de invalidez minimalista y se presenta bajo un principio de vulneración de derechos sustantivos de las mujeres. El argumento de falta de competencia de los congresos locales para reformar de esa forma su constitución se presenta ahora no sólo como una extralimitación de facultades, sino incluso como “una transgresión al derecho de seguridad jurídica y al principio de legalidad, reconocidos en nuestra Norma Suprema, específicamente en los artículos 14 y 16, los cuales garantizan que las autoridades no afecten de manera arbitraria la esfera jurídica de los gobernados” (CNDH, 2018: 18).

Este cambio de enfoque no es menor, en razón de que la CNDH no sólo solicita la verificación de competencias del Congreso local, sino que también involucra los derechos de las personas afectadas con la reforma. Este avance en la argumentación se debió a la alteración del *stare decisis* de la SCJN que se dio entre la presentación de la primera y la segunda AI. Es el caso del criterio expresado en la resolución de las AI 15/2017 y sus

acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017 en contra de porciones de la Constitución de la Ciudad de México. En ese caso se sobrescribió el criterio de que las legislaturas locales no podían reglamentar, matizar o de cualquier forma referirse a los derechos humanos y en su lugar se creó un esquema más complejo de la libertad configurativa y sus limitaciones de parte de las entidades federativas del país. Los límites son los siguientes:

- No deben afectar su núcleo o contenido esencial.
- No pueden alterar el parámetro de regularidad constitucional.
- No pueden invadir competencias federales.
- No se debe vulnerar el ejercicio de otros derechos.

El concepto de invalidez antes sólo competencial sobre una prohibición absoluta de las entidades federativas progresó a que su libertad configurativa en relación con los derechos humanos tiene todos esos límites sustantivos. Así lo resolvió la SCJN y así lo asimiló y utilizó la CNDH en esta AI de Sinaloa.

La progresividad de la argumentación en esta AI 107/2018 avanzó un espacio grande al incorporar a la perspectiva de género en su demanda. Su ausencia en el caso de Veracruz no obedece a razón de tiempos dado que tanto el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género estaba publicado desde el año 2013 y la jurisprudencia “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género” se publicó en el mes de abril de 2016, antes de la presentación de la AI de Veracruz.

La importancia de fundamentar esta nueva AI en relación a la perspectiva de género es un potencializador argumentativo. A partir de los propios criterios que la SCJN ha emitido⁶⁹ en la materia y el reconocimiento de su fuerza y obligatoriedad, todas aquellas obligaciones del Estado mexicano han sido traducidas a las formas que debe adoptar la justicia cuando se encuentra ante casos que involucren situaciones de vulneración derecho de las mujeres por el hecho de serlo.

La perspectiva de género da coherencia a los contenidos del documento, citar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer, así como el caso de *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, únicamente adquieren aplicabilidad a partir de situar bajo el método de juzgar con perspectiva de

género el caso de las mujeres de Sinaloa que están siendo afectadas en sus derechos.

Otro espacio relevante de argumentación en el caso de Sinaloa es la incorporación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Los puntos de esta Agenda destacados por la CNDH son:

5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas, específicamente con la meta 5.6. Asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen, así como con las metas 5.1. Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo, 5.2. Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos públicos y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación, 5.c. Aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles; y 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles, en específico con la meta 16.b, la establece Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible (CNDH, 2018: 43).

La Agenda 2030, que contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, siendo uno de ellos lograr la igualdad sustantiva de género, señala el empoderamiento económico de las mujeres como indicador de un proceso en el que ocurre la expansión de la habilidad de las mujeres para tomar decisiones estratégicas en sus vidas en ámbitos donde antes estaba restringida. Se trata, así, del poder para lograr metas y desenlaces, e implica un cambio en varias vías paralelas. Una de ellas es la modificación del contexto, otra el acceso a recursos y una tercera se refiere a la transformación subjetiva para el ejercicio de derechos.

Una de las dimensiones del empoderamiento económico es la autonomía reproductiva, que se refiere a la habilidad ejercida para el control y toma de decisiones sobre el uso de métodos anticonceptivos, el embarazo, la crianza y el aborto seguro. Para trabajar en el proceso de empoderamiento y, por lo tanto, en el ejercicio de la autonomía reproductiva se necesitan dos cuestiones fundamentales: una es que existan fuentes de empoderamiento como educación integral en sexualidad, disponibilidad de métodos anticonceptivos, servicios de salud, etcétera, o bien, que se trabaje en desaparecer las barreras que impiden el acceso a dichas fuentes y que exista

agencia o acción individual y/o colectiva para el aprovechamiento de las mismas.

Sobre las fuentes que son la primera condición, sin ir muy lejos, sabemos que a pesar de ser las mujeres las más beneficiadas con la disminución en la carencia de servicios de salud (medido con afiliación), las principales causas de muerte siguen siendo prevenibles, entre ellas la violencia y causas relacionadas con la reproducción. Además, el embarazo en niñas y adolescentes es un problema no resuelto y está relacionado, entre otras cosas, con los distintos tipos de violencia que experimentan las mujeres a lo largo de toda la vida. Todo eso sin mencionar siquiera los Objetivos de Desarrollo Sostenible a los que México se comprometió para la Agenda 2030 sobre disminución de la mortalidad materna.

Aunque la segunda condición o agencia realmente no se puede medir, sabemos que cada vez más adolescentes utilizan métodos anticonceptivos en su primera relación sexual; que una tercera parte de quienes han interrumpido el embarazo en la Ciudad de México viajaron desde distintos estados para acceder a este derecho; que se han formado redes de mujeres para acompañarse a interrumpir el embarazo y que seguimos demandando aborto seguro y maternidad elegida en la movilización política.

En suma, la autonomía reproductiva es una dimensión del empoderamiento que para ejercerse necesita fuentes y agencia. Históricamente, en México las mujeres han mostrado agencia para el ejercicio de sus derechos, pero el acceso a las fuentes es altamente restringido u obstaculizado a lo largo de toda su vida. Por lo tanto, el ejercicio de la autonomía reproductiva como parte del proceso de empoderamiento de las mujeres en nuestro país ha sido limitado y obstaculizado (Enríquez, 2017).

Para decir que las mujeres están empoderadas en una sociedad no es suficiente medir la existencia de las fuentes porque eso no garantiza su utilización. Del mismo modo, la participación comunitaria y la movilización social no bastan para aprovechar una fuente de empoderamiento que no existe. Al final, no importa cómo lo llamemos o si lo abordamos desde enfoques teóricos menos liberales, el verdadero problema es el mismo: el Estado es responsable de garantizar el mayor

acceso posible de las mujeres a una vida digna, saludable y libre de violencia. En ese tenor, el Estado mexicano incumple sus obligaciones.

El ejercicio de la autonomía reproductiva será posible sólo cuando se hayan procurado las condiciones para que ninguna mujer muera por causas maternas, todas tengan relaciones sexuales consensuadas y la maternidad sea libremente elegida.

Para la CNDH alcanzar los objetivos de esta Agenda es cumplir con un compromiso internacional al que México se obligó a partir de la Cumbre de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, en Nueva York, en septiembre de 2015. Este tipo de argumentos abre la puerta a discutir de manera seria ya no sólo las obligaciones constitucionales y convencionales, sino también las antes identificadas como *derecho programático*. Por un lado, centra la atención del derecho de las mujeres en relación al aborto como un derecho social, lo cual es importante recalcar en todo espacio. Sin embargo, al identificarse como un derecho programático se le puede encasillar en estos derechos que son directrices de acción que corresponden en todo caso a las políticas públicas, ámbito distinto del de la administración de justicia constitucional. Los llamados derechos programáticos se entendían como los espacios de las promesas o de los futuros esperanzadores pero no judicializables. ¿Cuál es el punto de llevar ante la SCJN una agenda de los llamados derechos programáticos?

A decir de Rodrigo Gutiérrez, estos derechos programáticos deben ser entendidos en su nuevo contexto, sobre todo ante la reforma constitucional sobre derechos humanos del 2011. El argumento central es que “el concepto de derechos humanos del artículo 1º incluyen tanto a los civiles y políticos, como a los económicos, sociales, culturales y ambientales [DESCA], todos gozando del mismo estatus y por tanto todos ellos igualmente exigibles ante tribunales” (Gutiérrez, 2016: 153). Si el paradigma actual sobre derechos humanos no distingue entre generaciones de derechos, si por el contrario sus principios son de indivisibilidad, interdependencia y progresividad y todas las autoridades, incluidas las judiciales, tienen la obligación de garantizarlos, ¿por qué perder la oportunidad de recordar que, además, los derechos de las mujeres en relación con el aborto son de carácter social y

que los espacios de las obligaciones internacionales del Estado mexicano pueden ser exigibles ante la justicia?

AI 41/2019 (Nuevo León)

Más allá de replicar los argumentos que se fueron acumulando en las AI de Veracruz y Sinaloa (sustantividad por sobre competencia, perspectiva de género, DESCAs), en lo correspondiente al juicio por la reforma a la Constitución de Nuevo León es posible hablar de la consolidación en esta demanda de una línea argumentativa. Se trata de las recomendaciones y en general documentos emitidos por los Consejos y Comités creados por tratados internacionales.

En este punto surge un nuevo cuestionamiento sobre cómo entender que la CNDH respalde sus acciones de inconstitucionalidad en los documentos emitidos por consejos y comités. Una posible respuesta se construye a partir de la noción de parámetro de regularidad constitucional en sentido ampliado. Al respecto, la SCJN ha sentado precedentes sobre lo que implica la reforma constitucional de 2011 y la ampliación del catálogo de los derechos humanos, ahora no sólo los establecidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales de los que México es parte. Sobre esa misma línea, se reconoció la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH contra México, tanto en resolutivos como en contenidos (SCJN, Varios: 912/2010). Y por último, la vinculatoriedad de todas las sentencias de la Corte IDH, aun cuando México no fuera parte del litigio siempre que fueran más favorables a las personas y que no contravinieran las restricciones constitucionales explícitas (SCJN, CT: 293/2011).

El argumento se traduce en que no sólo resultan vinculantes para México las convenciones y tratados firmados y ratificados, sino también aquello que tengan que decir sus intérpretes oficiales. La Corte IDH es la entidad encargada de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos y

todas las convenciones que tengan por materia los derechos humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos.

Cuadro 3. Argumentación con base en Consejos y Comités

Organismo	Documento
Consejo Económico y Social, ONU	Observación General número 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW)	Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, 26 de julio de 2017. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 7 de agosto de 2012 (Caso México)
Comité de Derechos Humanos, ONU	Observación General número 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000. Comunicación No. 1153/2003 del 22 de noviembre de 2005
Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Para (MESECVI)	Primer Informe Hemisférico
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Observación General Número 14,

Fuente: elaboración propia con base en la demanda de CINDH (2019).

En el caso de los consejos y comités, resulta que de sus protocolos facultativos u otros instrumentos similares de donde obtienen su competencia se les dota de facultades para interpretar las convenciones internacionales correspondientes, pero se aclara que sus decisiones no son vinculantes. En este punto cabe distinguir entre recomendación y argumentación. Las recomendaciones emitidas por estos organismos no son ejecutables de primera instancia por ninguna vía de reproche jurídico, no obstante, los razonamientos, argumentos e interpretaciones son especializadas y tienen competencia para hacerlas. De ahí que la forma en la que traducen los preceptos convencionales a obligaciones de los estados en particular resulte merecedora de un estatus más allá de meramente orientador. Si un juez en México quiere aplicar una convención

internacional debe atender a lo que los comités o consejos han dicho sobre el tema respectivo y será una labor argumentativa del juez nacional el adherirse o despegarse de los referentes creados por los órganos *ad hoc*.

Desde esta perspectiva, el rescate y utilización de por parte de la CNDH de la gran gama de documentos emitidos por consejos y comités resulta valioso al ser referentes obligados al interpretar los tratados internacionales y coloca la carga de la argumentación a la SCJN si es que decide diferenciar

su criterio en los tres juicios contra las reformas que dicen proteger la vida desde la concepción.

Acciones de inconstitucionalidad promovidas por otras entidades

Con la finalidad de tener el panorama completo es importante mencionar que en los casos de Sinaloa y Nuevo León otras entidades distintas a la

CNDH interpusieron demandas de AI:

Diputados y diputadas integrantes del Congreso del estado de Sinaloa (AI 106/2018)	Derechos fundamentales que se estiman violados	- Dignidad de la persona humana. - Derecho a la integridad personal. - Derechos sexuales y reproductivos. - Derecho al libre desarrollo de la personalidad y plan de vida. - Derecho de protección de la salud. - Derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos. - Derecho a la vida privada. - Derecho a la igualdad.
Diputados y diputadas integrantes del Congreso del estado de Sinaloa (AI 106/2018)	Conceptos de invalidez	PRIMERO. [La reforma] es inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto a los artículos 39, 40, 41, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. SEGUNDO. [La reforma] contradice los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al violentar derechos fundamentales referidos. Sin numeración. ¿Separación o confusión entre derecho y moral? Sin numeración. La cuestión moral. El significado de persona y el papel performativo de la autodeterminación de la maternidad
Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Nuevo León (AI 42/2019)	Derechos fundamentales que se estiman violados	- Dignidad de las personas. - Derecho a la vida privada. - Derechos de autonomía y autodeterminación. - Derecho al libre desarrollo de la personalidad y plan de vida. - Derecho a la igualdad y a la no discriminación. - Derecho a la seguridad y certeza jurídicas. - Principio de legalidad. - Debido proceso sustantivo. - Derecho a la integridad personal. - Derecho de protección de la salud. - Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. - Derecho de las mujeres a decidir sobre el número y espaciamiento de hijas y/o hijos.
Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Nuevo León (AI 42/2019)	Conceptos de invalidez	PRIMERO. La Norma Impugnada violenta al principio de supremacía constitucional. SEGUNDO. La Norma Impugnada indebidamente crea una nueva categoría de sujetos jurídicos que no se encuentra prevista en la Constitución Federal. TERCERO. La Norma Impugnada violenta el principio de federalismo. CUARTO. La Norma Impugnada vulnera los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídicas. QUINTO. La Norma Impugnada no persigue un fin constitucionalmente válido y no resulta idónea, necesaria, ni proporcional.

Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Nuevo León (AI 42/2019)	Conceptos de invalidez	SEXTO. La Norma Impugnada contraviene el deber de las autoridades del Estado mexicano, consistente en adoptar medidas progresivas para el logro de la plena efectividad de los derechos humanos de las mujeres. SÉPTIMO. La Norma Impugnada contradice los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad previstos en el segundo párrafo del artículo 1 de la Constitución Federal. OCTAVO. La Norma Impugnada –indebidamente– le concede un carácter absoluto al derecho a la vida. NOVENO. La Norma Impugnada viola el principio de dignidad de las mujeres. DÉCIMO. La Norma Impugnada violenta el derecho a la vida privada de las mujeres. DECIMOPRIMERO. La Norma Impugnada contraviene la garantía del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. DECIMOSEGUNDO. La Norma Impugnada contraviene el derecho de las mujeres a acceder al más alto nivel posible de salud. DECIMOTERCERO. La Norma Impugnada atenta contra el derecho de las mujeres a la libertad, en sentido amplio, incidiendo en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos y en su derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de su descendencia. DECIMOCUARTO. La Norma Impugnada contraviene el deber del Estado de incorporar la perspectiva de género en las normas al imponer una carga desproporcional a las mujeres, vinculada con su condición biológica. DECIMOQUINTO. La Norma Impugnada impone a los neoloneses una forma de pensar concreta y específica, violentando los principios de pluralidad y diversidad. DECIMOSEXTO. La Norma Impugnada transgrede el derecho humano a una muerte digna.
---	------------------------	---

Fuente: elaboración propia a partir de las demandas de AI 106/2018 y 42/2019.

La demanda presentada por diputados y diputadas integrantes del Congreso del estado de Sinaloa engloba tres tipos de argumentación: formal, sustancial y filosófica. La primera hace uso de los argumentos de falta de competencia del Congreso de Sinaloa, bajo el principio de que es la Federación la que tiene en todo caso competencia en la materia. En segundo lugar, se hace alusión a todos los derechos y libertades de decisión de las mujeres de Sinaloa que se ven afectados, disminuidos o cancelados a partir del texto de la reforma impugnada. Hasta ese punto comparte en buena medida el tipo de argumentación utilizado también por la CNDH, no obstante, los apartados que no se encuentran dentro de un concepto de

invalidez relativos a las relaciones entre derecho y moral, sobre la impertinencia de atribuir características y consecuencias jurídicas a temáticas eminentemente morales resulta novedosa desde cualquier punto de vista.

Su acertada inclusión en la dinámica de argumentación puede llevar a sostener que el derecho trata con valoraciones más que con hechos reales, por lo que la norma jurídica debe aplicarse dentro de un pluralismo ético, sin formulas universales y en la singularidad de cada caso. También aporta elementos para plantear la laicidad del Estado en la defensa de la libertad reproductiva, la autonomía y el derecho a la igualdad diferenciada.

El papel performativo del derecho a una maternidad libremente elegida hace referencia al cambio social y cultural que se busca con la sola enunciación del derecho. Invita a pensar y nombrar la función simbólica e instrumental de la fuerza realizativa de la Ley y además, visibiliza que el tipo penal de aborto no es la protección prenatal, sino el control coactivo de un tipo de sexualidad libre que es contraria al mandato de maternidad. Esto pone de manifiesto que el bien jurídico a tutelar no implica que deba tener obligatoriamente una expresión penal o un marco punitivo para su protección.

Los nuevos estándares interpretativos derivados de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y las recomendaciones de organismos internacionales, crean nuevos sentidos que tienen efectos en la integridad física y psíquica, así como en el proyecto de vida de las mujeres, niñas y adolescentes.

La performatividad debe ser eficaz pues tiende a generar una cultura jurídica nueva y concebir al derecho como potente herramienta de transformación socio-cultural y protección de grupos desaventajados, excluidos, oprimidos, disminuidos y diferentes (Enríquez, 2013).

Por otro lado, la demanda de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León presenta un esquema desagregado, abordando cada derecho fundamental como un concepto de invalidez de manera individual, lo que le permite mayor claridad. Su argumentación se puede describir como formales, individuales y colectivos. El primer bloque de conceptos de invalidez, argumenta acerca de la falta de competencia del Congreso y sus repercusiones que afectan la seguridad jurídica de las pobladoras del Estado. El segundo bloque menciona las libertades y derechos de las

mujeres, en su mente y su cuerpo, y termina con el abordaje de los derechos desde un espectro social y de salud pública y de una sociedad libre de violencia y discriminación estructural. Mención adicional merece el apartado sobre la llamada “muerte natural”, que asume que la reforma de Nuevo León afecta el derecho a la muerte digna operada a través de la eutanasia, argumento que no se había encontrado en ninguna otra demanda de AI analizada.

Test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad es una herramienta de argumentación jurídica en casos de derechos humanos, de uso cada vez más recurrente. La frecuencia de su uso y el desplazamiento de otras formas de razonamiento han provocado reacciones adversas en sectores académicos y judiciales. En el cuadro 5 se presenta un concentrado del ejercicio del test presentado en las tres AI promovidas por la CNDH y para su contraste se presenta conjuntamente con los puntos esenciales del test que la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León también planteó en su demanda de AI. Como último elemento del cuadro se muestra el ejercicio del test presentado por un ciudadano en calidad de *amicus curiae* en la AI promovida por la CNDH.

Las diferencias entre los tres ejercicios son notables. A continuación, se presentan algunas claves para entenderlas.

El test presentado por la CNDH es el mismo en las tres AI. La implicación es que, no obstante que, los textos de las reformas son distintos, la argumentación es idéntica en los tres casos. Como ya quedó apuntado (cuadro 2), el texto de la reforma en Nuevo León es más complejo y contiene muchos más elementos discutibles desde la perspectiva de derechos humanos, por ejemplo, la alusión a la personalidad jurídica del producto de la concepción. La falta de estudio en lo particular de la reforma de Nuevo León hace que en el test de la CNDH los rubros de fin constitucional e idoneidad de la medida sí sean avalados y sólo se niegue la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido.

En contraste, el estudio de la Comisión Estatal de Derechos Humanos detecta con precisión lo específico en la reforma impugnada y argumenta que ninguno de los elementos del test es tomado como válido (fin

constitucional, idoneidad de la medida, necesidad de la medida y proporcionalidad en estricto sentido). Aunque el resultado del test de proporcionalidad es el de negar la constitucionalidad de la reforma, la argumentación de la Comisión Estatal es más robusta. Es en este punto donde se encuentra uno de los espacios argumentativos más importantes del caso, cuando se precisan cuáles son las afectaciones a los diversos derechos de las mujeres provocadas por la reforma impugnada. El impacto desproporcional en esos otros derechos nulifica cualquier intento de validación de la reforma que dice proteger la vida desde la concepción. Queda esta parte también apoyada bajo el catálogo de protecciones menos restrictivas, que son viables y que pueden convivir con los derechos de las mujeres.

Cuadro 5. Test de proporcionalidad

	Fin cons- titucional perseguido	Medida idónea	Medida necesaria	Proporcio- nalidad en estricto sentido
CNDH en la AI contra reforma en Nuevo León	Protección de la vida en general	El establecimiento de una disposición que le reconoce protección jurídica al embrión, se salvaguarden los bienes	La medida legislativa no resulta necesaria, pues al establecer una protección de forma absoluta al derecho a la vida, afecta de	No es proporcional pues la afectación a otros derechos fundamentales resulta de un grado mayor que la realización del fin que se persigue.
		jurídicos que se pretenden proteger.	forma desproporcional a derechos fundamentales. ¹	
Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Nuevo León	No es constitucional dar el trato de sujeto jurídico al producto de la concepción	La reforma tiene efecto negativo respecto de otros fines o principios constitucionales, como la dignidad y otros derechos fundamentales de las mujeres	No resulta necesaria porque existen medidas menos gravosas y restrictivas. ²	Se impide el ejercicio de sus derechos fundamentales a costa del derecho a la vida del producto de la concepción, además de que implica una carga indebida en perjuicio de las mujeres
Amicus curiae presentado en la AI contra la reforma constitucional de Nuevo León	Proteger el derecho a la vida desde la concepción conforme al bloque de constitucionalidad	Asegura que no se expida norma legal alguna que atente contra la vida humana en desarrollo, o bien que se prive arbitrariamente de la vida al ser en la etapa de la concepción	No limita los derechos de salud reproductiva ya que se promueve el uso de anticonceptivos y existen las causales de excluyentes de responsabilidad penales	Entre el derecho a la libertad y la vida. La libertad se ejerce antes (métodos anticonceptivos). La libertad debe ceder ante la vida si no se ejerció antes de la concepción

Fuente: elaboración propia a partir de información de la CNDH, la CDHNL y el *amicus* NL.

¹ Los derechos fundamentales que se ven afectados son al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada, a la dignidad humana en su vertiente de elegir libremente su plan de vida, a la familia, de decidir el número de esparcimiento de los hijos, así como las libertades sexuales y reproductivas.

² Las medidas enumeradas en la AI de la Comisión Estatal son: "a) Proporcionar información adecuada, científica y actual a la mujer embarazada para persuadirla de no interrumpir el proceso de gestación b) Darle un periodo de tiempo entre la solicitud para interrumpir el embarazo y el procedimiento quirúrgico correspondiente. c) La promoción y aplicación de políticas públicas integrales de atención a la salud sexual y reproductiva. d) La educación y capacitación sobre la salud sexual y reproductiva. e) La enseñanza de los derechos reproductivos, la maternidad y paternidad responsables."

En el ejercicio del test de proporcionalidad en el escrito de *amicus curiae* se advierten diversas falencias: El fin constitucional o convencionalmente perseguido deja de lado la reserva de México ante la Convención Americana respecto de la protección de la vida "en general", así como ignora todo lo que la Corte IDH ha dicho sobre la gradualidad de la protección de la vida. Sobre la idoneidad de la medida, el test

sobredimensiona los posibles efectos de la reforma asumiendo dos efectos: uno como candado normativo y otro de recta actuación de las autoridades en todos los ámbitos. En el espacio de la necesidad de la medida, argumenta que el derecho a la libertad está antes y puede ser ejercido siempre que no exista un embarazo (mediante métodos anticonceptivos) pero que llegado el caso ese derecho deja espacio, debe renunciar ante la protección a la vida de manera absoluta, cancelando toda posibilidad de otros derechos como interrumpir un embarazo para salvar la vida y la salud de las mujeres por riesgos u otros casos como malformación del producto o violación.

Ideas finales

Dentro de un mismo sistema normativo conviven varios espacios de operación de los derechos. Por un lado, las 20 legislaturas locales que han aprobado reformas a sus constituciones que dicen proteger la vida desde la concepción, pero que cancelan y limitan los derechos de las mujeres y, por el otro, sólo dos que han despenalizado el aborto parcialmente: Ciudad de México y Oaxaca. El caso de Oaxaca es ambivalente ya que también comparte la reforma para proteger la vida desde la concepción del año 2009 y la de despenalización parcial de 2019.

Ese mismo sistema normativo contiene un acceso limitado a la justicia cuando se trata de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, excluyendo a las personas en general y, específicamente, a las mujeres, en este caso para impugnar las reformas que dicen proteger la vida desde la concepción. A la par, instituciones como la CNDH abren sus puertas a las activistas y se convencen de la pertinencia y necesidad de la interposición de las demandas de AI en el caso de Veracruz y, más adelante, con Sinaloa y Nuevo León. La justicia constitucional abstracta y de efectos generales empieza a ser un punto de incidencia ciudadana bajo el esquema de *judicialización por gestión*, sin demeritar el uso de otras figuras de incidencia, como los *amicus curiae*.

El derecho en México aporta elementos para la cancelación y reconocimiento de derechos, y las legislaciones locales diferenciadas lo acreditan. El derecho en México cierra las puertas de la justicia a las mujeres directamente pero indirectamente abre nuevas rutas de reclamo de los derechos. El papel de la SCJN en estos temas, además de proteger los

derechos de las mujeres, tiene la posibilidad de determinar qué espacios para la negación de derechos les quedan a las legislaturas de las entidades federativas y qué espacio va a resultar del acceso a la justicia de las mujeres y las personas en general quedará determinado para el futuro.

Las dinámicas de argumentación, propiamente dichas, aportan datos interesantes para siguientes discusiones. La progresividad en la argumentación de la CNDH a lo largo de tres demandas demuestra un aprendizaje invaluable. Pasar del abordaje estratégico de razones formalistas sobre la competencia devino en una sustancialidad de los argumentos. Es oportuno señalar la utilización a profundidad del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la perspectiva de género y los documentos generados por los comités internacionales del sistema de Naciones Unidas y de la OEA, insumos que hace una década eran impensables para ser el soporte de demandas de AI.

El papel que desempeñan las otras AI de las y los diputados del Congreso de Sinaloa, así como de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, no es de carácter residual, sino sustancial y necesario para construir un bloque de argumentación completo en contra de las reformas impugnadas. La forma de presentación de argumentos tan novedosos para estos espacios como los de carácter filosófico dan constancia de ello.

Independientemente de qué postura adopten los ciudadanos u organizaciones civiles o académicas respecto de los juicios en los que ingresan escritos de *amicus curiae*, son valiosos en sí mismos. La incidencia de los *amicus curiae* es de doble naturaleza. Por un lado, la incidencia argumentativa en el sentido de aportar ideas, razonamientos o datos que de otra forma la SCJN carecería de ellos. Y por el otro lado, la presencia de los *amicus curiae* en los juicios constitucionales dan constancia de que la ciudadanía está atenta de los razonamientos que se ocupen para resolver los casos.

El nivel de compromiso con el que la SCJN decida estos juicios de AI puede marcar un antes y un después en la forma de entender la justicia constitucional en nuestro país. De resultar favorable la resolución a la protección y garantía de los derechos de las mujeres se podría hablar de un paso decisivo de la consolidación progresiva de los criterios judiciales sobre derechos humanos en general. Si el resultado de los juicios es adverso a los derechos de las mujeres, ya sea por una decisión formalista o no, esto de

ninguna manera implica una continuidad en lo que ha venido sucediendo en las últimas dos décadas. La decisión en ese sentido marcará un antes y un después en las estrategias de las activistas y entidades públicas afines a la protección de los derechos de las mujeres, la utilización de la vía legislativa como en el caso de Oaxaca, por ejemplo, a nivel federal.

Referencias bibliográficas

- BERGALLO, P. *et al.* (coords.). (2018) *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI (Col. Derecho y Política).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH] (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (consultado el 21 de octubre de 2019)
- DÍAZ DE LEÓN, F. *et al.* (s.f.). *Violencia sexual y embarazo infantil en México: un problema de salud pública y de derechos humanos*. México: IPAS México.
- ENRÍQUEZ, L. (2013). “Eficacia performativa de las estrategias de resistencia jurídica para defender los derechos de las mujeres”, en L. Raphael y M. T. Priego (coords.), *Arte, justicia y género*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Editorial Fontamara, pp. 125-149.
- _____. (2017). “Derechos reproductivos y violencia feminicida contra las mujeres mexicanas”, en P. Galeana (coord.), *Por la descriminalización de las mujeres en México*. México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, pp. 139-150.
- GONZÁLEZ BARREDA, P. y Sotelo, A. (2017). “Oportunidades y ausencias en el sistema penal acusatorio desde la perspectiva de género”, en Procuraduría General de la República, *El derecho penal y la procuración de justicia desde la perspectiva de género*. México: PGR (Serie Género y Procuración de Justicia, 1), pp. 53-112.
- GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (GIRE) (2016a). *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*. México: GIRE. Recuperado de <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/dh_mujeres_vidaprenatal.pdf> (consultado el 21 de octubre de 2016).
- _____. (2016b). *Violencia sin interrupción*. México: GIRE. Recuperado de informe2016.gire.org.mx/violencia-sin-interrupcion/ (consultado el 21 de octubre de 2016).
- GUTIÉRREZ RIVAS, R. (2016). *De los derechos sociales como derechos programáticos, a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos humanos*. México:

- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Recuperado de archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4093/8.pdf (consultado el 21 de octubre de 2016).
- HELMKE, G. y Ríos Figueroa, J. (coords.) (2010). *Tribunales constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- ORTEGA Soriano, R. A. *et al.* (2013). *Deberes específicos de prevención, investigación y sanción*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en México.
- SOTELO GUTIÉRREZ, A. (2016). *Audiencias públicas ciudadanas. Acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.
- SUNSTEIN, C. R. (1999). *One Case at the Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

Documentos

- ANÓNIMO (por protección de datos personales) (2019), *Amicus curiae* presentado en la Acción de Inconstitucionalidad 42/2019.
- COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN NUEVO LEÓN (2019). Demanda de Acción de Inconstitucionalidad 42/2019.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS [CNDH] (2016). Demanda de Acción de Inconstitucionalidad 85/2016.
- _____. (2018). Demanda de Acción de Inconstitucionalidad 107/2018.
- _____. (2019). Demanda de Acción de Inconstitucionalidad 41/2019.
- DIPUTADOS Y DIPUTADAS INTEGRANTES DEL CONGRESO DEL ESTADO DE SINALOA (2018). Demanda de acción de inconstitucionalidad 106/2018.
- LABORATORIO NACIONAL DIVERSIDADES (2016). *Amicus curiae* presentado en la Acción de Inconstitucionalidad 85/2016.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN [SCJN]. Acciones de inconstitucionalidad (AI) 10/2000, 146/2007, 147/2007, 11/2009, 62/2009, 75/2015.
- _____. Controversias constitucionales (CC) 54/2009, 62/2009, 89/2009 y 104/2009.
- _____. Amparos directos en revisión (ADR) 601/2017 y 1170/2017.
- _____. Varios 912/2010.
- _____. Contradicción de tesis (CT) 293/2011.
- México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperados de www.scjn.gob.mx/ (consultados el 21 de octubre de 2019).
- _____. (2019). Sesión Pública número 73 (Pleno), 5 de agosto de 2019. Recuperado de www.scjn.gob.mx/ (consultado el 21 de octubre de 2019).

Marco jurídico

CÓDIGO CIVIL FEDERAL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
CONSTITUCIONES LOCALES de los estados de Nuevo León, Sinaloa, y Veracruz.
(en www.diputados.gob.mx consultadas el 21 de octubre de 2019).