

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

VELIS PRAVIDEET PRO

Revista

Enero 2023

51

Penal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 51

Sumario

Obituario:

- Mireille Delmas Marty y las Ciencias penales de nuestro tiempo, por *Luis Arroyo Zapatero* 5

Doctrina:

- Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro, por *Andrés Francisco Álvarez Medialdea* 9
- Ucrania y la doble moral de Occidente, por *Kai Ambos* 33
- El condenado imputable afectado por un trastorno mental grave, por *Viviana Caruso Fontán* 49
- La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos, por *Giorgio Dario Maria Cerina* 72
- Entre la siembra y el regado de la semilla terrorista: una aproximación a la influencia de la propaganda terrorista en internet, por *Débora de Souza de Almeida* 113
- La imposición y mantenimiento de condiciones ilegales y otras formas delictivas en las relaciones laborales como herramienta de protección de colectivos vulnerables por el Derecho penal, por *Javier García Amez* 129
- ¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas «afines»? los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora), por *José León Alapont* 145
- La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial, por *Sandra López de Zubiría Díaz* 165
- Frentes abiertos en la protección de los derechos de los presos, por *Francisco Javier Matia Portilla* 177
- La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma, por *Alessandro Melchionda* 191
- La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual, por *Miguel Ángel Morales Hernández* 207
- Reflexiones sobre el delito de aborto en México y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 231
- El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista, por *Ana I. Pérez Machío* 242

- Sistemas penales comparados:** Sumisión química (Chemical submission) 263

Bibliografía:

- Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). “Cuestiones penales a debate”. Barcelona, J.M. Bosch Editor (Colección “Penalcrim”), 2021, 495 págs., por *Cristian Morlans Prados* 321
- VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Miguel Abel Souto, José Manuel Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 980 páginas, por *Yago González Quinzán* 325
- “Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas”, de José León Alapont (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 202 págs.), por *Lucas G. Menéndez Conca* 328

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Belez. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Europea de Madrid), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christoph Hollmann (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Ana María Guzmán (Uruguay)
Marco Edgardo Florio (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Reflexiones sobre el delito de aborto en México y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Alberto Enrique Nava Garcés

Revista Penal, n.º 51 - Enero 2023

Ficha técnica

Autor: Alberto Enrique Nava Garcés

Adscripción institucional: Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt); Profesor por Oposición de Derecho Penal en la Universidad Nacional Autónoma de México; Profesor del master *Legaltech* de la Universidad de Salamanca, España. Abogado especialista en materia penal, amparo y nuevas tecnologías; Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE); Miembro de la Federación Iberoamericana de Academias de Derecho e Informática (FIADI), de la Sociedad Mexicana de Criminología y de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho.

Title: Reflections on the crime of abortion in Mexico and the resolution of the Supreme Court of Justice of the Nation.

Sumario: I. Introducción II. Los comunicados de prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación II.1. Comunicados de la SCJN respecto al aborto III. Aborto IV. Sobre lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación V. Sobre el derecho a la vida en las constituciones estatales VI. Creencia errónea, creencia diferente y creencia discrepante VII. A modo de conclusión VIII. Bibliografía.

Summary: I. Introduction II. The press releases of the Supreme Court of Justice of the Nation II.1. Communications of the SCJN regarding abortion III. Abortion IV. About what was resolved by the Supreme Court of Justice of the Nation V. About the right to life in state constitutions VI. Wrong belief, different belief and dissenting belief VII. By way of conclusion VIII. Bibliography.

Resumen: El presente artículo solo pretende establecer algunas líneas sobre la decisión de la Suprema Corte de Justicia en torno al delito de aborto (2021). Por supuesto, no existe la mínima intención de considerar que el tema está zanjado.

Palabras clave: Aborto, delito, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Objeción de Conciencia, Derecho a la vida.

Abstract: This article only intends to establish some lines on the decision of the Supreme Court of Justice regarding the crime of abortion (2021). Of course, there is not the slightest intention to consider that the issue is settled.

Key words: Abortion, crime, Supreme Court of Justice of the Nation, Conscientious Objection, Right to life.

Observaciones: Al recuerdo de aquella conferencia de 14 de diciembre de 1989 al lado de mi padre, el Dr. Alberto Nava Pérez Gallardo y de mi tío, Carlos Octavio Garcés Casas donde abordamos el tema del aborto desde los aspectos médico, jurídico y sociológico.

Rec.: 10-11-2022 **Fav.:** 28-11-2022

“Todos los que hablan sobre el aborto, ya han nacido.” Ronald Reagan

"Todos los que hablan sobre el aborto, ya han nacido."

Ronald Reagan

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de las resoluciones dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el mes de septiembre de 2021, se despertaron muchas inquietudes, debates aplazados; se renovó la polarización en torno a un tema tan delicado como lo es el aborto, su consideración como delito y los tantos temas de salud que hay alrededor.

II. LOS COMUNICADOS DE PRENSA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Tomamos como punto de partida los comunicados de la Suprema Corte no por que carezcan de ese ca-

rácter vinculante que tienen sus sentencias, sino porque de manera resumida abordan los tres aspectos que fueron materia de estudio y los cuales, necesariamente deberían ser armónicos con el sistema jurídico que nos ocupa, sin embargo, quedaron visos de que esto no es, como suele ocurrir, un tema acabado.

El primer comunicado hace alusión a la despenalización del delito de aborto; el segundo comunicado se refiere a la forma en que la Suprema Corte observa la cuestión de la protección de la vida según lo establecen las constituciones locales y, por último, se aborda lo relativo a la objeción de conciencia.

1. Comunicados de la SCJN respecto al aborto

Sobre la despenalización del delito de aborto:

No. 271/2021

Ciudad de México, 7 de septiembre de 2021.

SUPREMA CORTE DECLARA INCONSTITUCIONAL LA CRIMINALIZACIÓN TOTAL DEL ABORTO

El día de hoy, la Suprema Corte resolvió por unanimidad de diez votos que es inconstitucional criminalizar el aborto de manera absoluta, y se pronunció por primera vez a favor de garantizar el derecho de las mujeres y personas gestantes a decidir, sin enfrentar consecuencias penales.

Así, la Corte declaró la invalidez del artículo 196 del Código Penal de Coahuila que establecía una pena de prisión a la mujer que voluntariamente practicara su aborto o a quien la hiciera abortar con el consentimiento de aquella, pues vulnera el derecho de la mujer y de las personas gestantes a decidir.

La Suprema Corte entendió que el producto de la gestación merece una protección que incrementa en el tiempo, a medida que avanza el embarazo. Sin embargo, precisó que esa protección no puede desconocer los derechos de las mujeres y personas gestantes a la libertad reproductiva. Por lo tanto, estableció el Pleno, criminalizar de manera absoluta la interrupción del embarazo es inconstitucional.

Por otra parte, la Corte extendió su decisión al artículo 198, en una porción que impedía que la mujer fuera asistida por personal sanitario en un aborto voluntario. Asimismo, extendió la invalidez a porciones del artículo 199 que criminalizaban el aborto y limitaban a 12 semanas la posibilidad de abortar en caso de violación, inseminación o implantación artificial.

Al haberse alcanzado una mayoría que supera los ocho votos, las razones de la Corte obligan a todas y todos los jueces de México; tanto federales como locales. A partir de ahora, al resolver casos futuros, deberán considerar que son inconstitucionales las normas penales de las entidades federativas que criminalicen el aborto de manera absoluta, como lo son los tipos penales que no contemplan la posibilidad de interrumpir el embarazo en un periodo cercano a la implantación, o las normas que sólo prevean la posibilidad de abortar como excusas absolutorias. pues en esos supuestos la conducta se cataloga como un delito, aunque no se imponga una sanción.

Por último, la Corte invalidó el artículo 224, fracción II, del Código Penal local, al establecer una pena menor para el delito de violación entre cónyuges, concubinos(as) y parejas civiles, que la pena para la violación en general, por ser discriminatoria, especialmente contra las mujeres.

Al finalizar la sesión, el Ministro Presidente destacó que se trata de una decisión histórica en la lucha por los derechos y libertades de las mujeres, particularmente de las más vulnerables. Con este criterio unánime, la Suprema Corte confirma una vez más que su único compromiso es con la Constitución y con los derechos humanos que ésta protege.

Acción de inconstitucionalidad 148/2017, promovida por la Procuraduría General de la República en contra de los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Coahuila, demandando la invalidez de los artículos 195, 196 y 224, fracción II del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, contenidos en el Decreto 990, publicado en el Periódico Oficial local el 27 de octubre de 2017.

Sobre la protección a la vida contenido en las consituciones estatales:

No. 273/2021

Ciudad de México, 09 de Septiembre de 2021.

SCJN INVALIDA DISPOSICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE SINALOA QUE TUTELABA EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN Y LIMITABA EL DERECHO DE LAS MUJERES A LA AUTONOMIA REPRODUCTIVA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en sesión del Tribunal Pleno, invalidó la porción normativa del artículo 4º Bis A, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Sinaloa que establecía la 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”.

El Pleno consideró que las entidades federativas carecen de competencia para definir el origen de la vida humana, el concepto de “persona” y la titularidad de los derechos humanos, pues ello corresponde en exclusiva a la Constitución General.

Además, la Corte consideró que la pretensión de otorgar el estatus de persona al embrión o feto y, a partir de ello, adoptar medidas restrictivas del derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres y las personas gestantes, resultaba inconstitucional.

Para la Corte, no es admisible establecer que el embrión y el feto merecen la misma protección jurídica que las personas nacidas. Ello, pues de acuerdo con el precedente establecido en la acción de inconstitucionalidad 148/2017, resuelta en la sesión anterior, si bien el producto de la gestación merece una protección que se incrementa con el tiempo a medida que avanza el embarazo, esa protección no puede desconocer los derechos de las mujeres y personas gestantes a la libertad reproductiva y, en particular, su derecho a interrumpir el embarazo en determinados supuestos.

Por ello, sostuvo que los principales esfuerzos del Estado para proteger la vida en gestación —como bien constitucionalmente valioso— deberán encaminarse a proteger efectivamente los derechos de las mujeres y de las personas gestantes, por ejemplo, ocupándose en la

continuidad de los embarazos deseados; asegurando atención prenatal a todas las personas bajo su jurisdicción, proveyendo partos saludables y abatiendo la mortalidad materna, entre otros aspectos.

Acciones de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018, promovidas por diputados integrantes del Congreso de Sinaloa y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, demandando la invalidez del artículo 4 Bis A, fracción I, de la Constitución Política del mencionado Estado, reformada mediante Decreto 861, publicada en el Periódico Oficial de esa entidad de 26 de octubre de 2018.

Sobre la objeción de conciencia:

No. 276/2021

Ciudad de México, 20 de septiembre de 2021

LA SCJN INVALIDA PRECEPTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD QUE PREVEÍA LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL PERSONAL MÉDICO Y DE ENFERMERÍA SIN ESTABLECER LAS SALVAGUARDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en sesión del Tribunal Pleno, invalidó el artículo 10 Bis de la Ley General de Salud que establecía de forma amplia la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud, limitándolo únicamente cuando se pusiera en riesgo la vida del paciente o se tratara de una urgencia médica.

El Pleno determinó que la ley no establecía los lineamientos y límites necesarios para que la objeción de conciencia pueda ser ejercida sin poner en riesgo los derechos humanos de otras personas, en especial el derecho a la salud.

Es de recordarse que, en la sesión pasada, el Pleno estableció los parámetros de constitucionalidad de la objeción de conciencia, conforme a los cuales, su ejercicio no debe violar derechos humanos de otras personas, debe estar sujeta a estándares y aplica tanto a instituciones públicas como privadas.

La discusión de este asunto continuará durante la próxima sesión del Pleno de la SCJN para fijar los efectos correspondientes.

Acción de inconstitucionalidad 54/2018, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, demandando la invalidez de los artículos 10 Bis, Segundo y Tercero Transitorios de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 11 de mayo de 2018.

Sobre dichos comunicados, que encierran la médula de los temas, anticipo que comparto el contenido de la primera resolución, el delito de aborto no cumple con los fines generales ni especiales, pues no inhibe la comisión por parte de otras personas, ni atiende adecuadamente la no repetición o reincidencia, habida cuenta el drama mismo que implica cesar el embarazo.

Por cuanto hace a esa supuesta interpretación de que la protección de la vida es materia de la Constitución General de la República y no de las constituciones estatales, tengo mis reservas si tomamos en consideración que la Constitución General pone los mínimos derechos y no habría límite si éstos pudieran ser ampliados en una visión de progresividad y no regresión. La vida es ante todo el bien fundamental. Por otro lado, que la Corte sea quien determina el origen de la vida y la posibilidad de ser sujeto de derechos me deja más dudas que certezas.

Y ya lo había adelantado el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: que el hecho de despenalizar el aborto no traería como consecuencia la apertura de los servicios de salud si antes no derribaban la objeción de conciencia INSTITUCIONAL, lo que resuelve, en principio la tercera resolución bajo una óptica activista de la Suprema Corte.

III. ABORTO

El aborto es uno de los temas inacabados en México (y en muchas partes del orbe). Esta conducta puede ser observada desde puntos diametralmente opuestos: religiosos, sociológicos, económicos y para lo cual no hay una respuesta unánime. No hay respuestas ni fáciles, y reiteramos, ni unánimes para atender un problema y, sancionarlo no atiende ni a una prevención general ni a una especial.

Ante políticas de salud infructuosas, ante las fallas de prevención de esta conducta que implica un drama sin solución, el Derecho Penal no puede constituirse como la política criminológica que, además, en la revisión de las legislaciones donde se contempla, la norma es ineficaz para los fines perseguidos.

No es que se renuncie a la protección de bienes jurídicos valiosos, sino es comprender que la respuesta penal no resuelve el problema de origen, en tanto que si pudiera contribuir a complicar más el drama penal para los que lo padecen.

Desde el año 2013, con la entrada en vigor de la Ley General de Víctimas, se eliminaron del marco legal los requisitos para víctimas de delitos y de violaciones a los derechos humanos para acceder al aborto legal. En 2014 se reformó el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y, en 2016, se modificó la NOM 046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres (NOM 046) en armonización con la Ley General de Víctimas, de tal manera que hoy —en teoría—, en todo el país, una mujer o niña mayor de 12 años que haya sufrido una agresión sexual y resulte embarazada, tiene el derecho de acudir a cualquier centro de salud público para interrumpir un embarazo, sin necesidad de presentar una denuncia por violación, ni de autorización por parte de autoridad alguna (Ministerio Público o juez) o consentimiento de padre, madre o tutor/a.

En ese tenor, el aborto no se despenaliza ni desaparece de esta normatividad, pero una vez revisados los aspectos con los que se ha regulado, se ha buscado corregir el concepto y tender únicamente a sancionar las figuras de aborto procurado o consentido después de la semana doce de gestación y sufrido o forzado en cualquier momento del embarazo

No escapa de la respuesta legislativa, el hecho que existen legislaciones constitucionales que protegen la vida desde su concepción, sin otorgar excepciones, lo cual en su momento abrirá el debate respectivo. Recordemos que se trata de una propuesta sin afán ideológico que reconoce los alcances del Derecho Penal y su ineficacia al colocarlo como sustituto de programas preventivos y no como *última ratio*.

La resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia se suma a otras decisiones recientes dadas en Argentina o Colombia¹. Pero dichas resoluciones, que

1 “Colombia rechaza limitar el derecho al aborto” La Corte Constitucional confirma la norma vigente, que contempla tres supuestos, y exhorta al Congreso a regular la interrupción del embarazo. Colombia ha despejado, al menos por el momento, los temores a que el derecho al aborto se viera cercenado por una reforma regresiva. La Corte Constitucional rechazó este miércoles poner límites a la interrupción voluntaria del embarazo, como planteaba la ponencia de una magistrada que proponía añadir un plazo máximo de dos trimestres a la ley vigente. El alto tribunal ratificó las normas que ya existen y que obedecen a tres supuestos: peligro para la salud de la mujer, grave malformación del feto y violación o incesto. El fallo, que se impuso con seis votos contra tres, supone una victoria de las voces que reclaman la eliminación de obstáculos y una legislación más avanzada.

Abortar en Colombia fue ilegal hasta 2006 y, desde entonces, se puede acceder a ese derecho si un médico determina que se dan las condiciones y lo autoriza. El año pasado se practicó 10.517 veces, lo que representa un aumento significativo respecto a 2016, cuando se realizó en 6.500 ocasiones. Sin embargo, no solo hay mujeres que aún no conocen el procedimiento para solicitarlo, sino que a menudo se convierte en un laberinto. “Hoy día existen todavía todo tipo de barreras y de trabas para que las mujeres soliciten el acceso al servicio de la interrupción voluntaria del embarazo”, denunció la Corte. “Esa situación implica un evidente incumplimiento de los compromisos que asumió el Estado colombiano”.

podrían tener un antecedente en el caso *Roe vs Wade* no siempre caminan de manera unísona².

En la discusión siempre rondará el bien jurídico valioso y los derechos de la mujer a acceder a un aborto sin peligro de perder la vida, asistido por el Estado contra lo que representa el hecho mismo.

IV. SOBRE LO RESUELTO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 148/2017)

El tema del aborto ha pasado varias veces por las últimas instancias jurídicas del país³. De ello dan constancia libros que hacen referencia a la Ley Robles (cuando se permitió realizar el aborto dentro de las doce semanas sin que se considerara delito) y hasta se ha discutido

si la propia palabra de aborto no resulta estigmatizante. Por supuesto, todo este tema, lleno de aristas y puntos de vista no permiten un consenso. Entre los argumentos de la resolución en cita, su ponente incluye cuestiones que no terminan de zanjar su postura:

En torno de estas precisiones, véase: Villoro, Luis, *¿Debe penalizarse el aborto?*, en Valdés, Margarita, Controversias sobre el aborto, México, UNAM-FCE, 2001, p. 243. Destacadamente: "...penalizar el aborto implica conceder al Estado el privilegio exclusivo de decidir sobre un asunto moral y atentar contra los derechos de las mujeres para imponerles su criterio. Despenalizar el aborto no implica justificarlo moralmente, menos aún fomentarlo. Implica solo respetar la autonomía de cada individuo para decidir sobre su vida, respetar tanto a quien juzga que el aborto es un crimen como a quien juzga lo contrario..."

El Pleno del tribunal abordó este debate porque una de sus miembros, la magistrada Cristina Pardo, intentó fijar un nuevo protocolo que hubiera prohibido el aborto, bajo cualquier circunstancia, a partir de la semana 24. Sus argumentos se apoyaban en el caso de una mujer que tuvo que acudir al juez para poder interrumpir el embarazo en avanzado estado de gestación. Su posición solo tuvo el apoyo de una tercera parte de la sala. Pero la decisión es relevante porque enfrentaba dos visiones de los derechos reproductivos y finalmente ganó el planteamiento más garantista.

En cualquier caso, la Corte Constitucional no cerró la puerta a que el poder legislativo intervenga en la legislación. De hecho, exhortó al Congreso, con una composición muy fragmentada después de las últimas elecciones, para que regule la interrupción voluntaria del embarazo, "incluido, si es el caso, el tema de plazos y el aborto libre". Se trata de una petición que el tribunal formuló también en materia de eutanasia, aunque el Parlamento todavía no ha recogido el guante. Véase: Francesco Manetto, Periódico: El País Sección: Sociedad Fecha: Viernes 19 de Octubre 18 en https://elpais.com/sociedad/2018/10/18/actualidad/1539839058_015711.html

2 Echar la vista atrás sobre aquel histórico caso arroja luz sobre su porvenir en el Supremo. Si todas esas vidas quedaron para siempre partidas por la mitad por aquella decisión judicial es porque el aborto sigue siendo, seguramente por encima de la raza, el asunto que más divide a una nación de raíces puritanas y fieramente polarizada. Por eso, la más alta instancia judicial del país ha aceptado ahora revisar el proceso *Dobbs contra la Jackson Women's Health Organization*, la única clínica que practica abortos en Misisipi, donde los requisitos cada vez más difíciles de cumplir han ido disuadiendo al resto. En instancias inferiores, dos jueces distintos dieron la razón a la clínica y consideraron inconstitucional una ley estatal de 2018, promulgada por un gobernador republicano, que fijaba en 15 semanas el límite para abortar. *Dobbs* es Thomas Dobbs, el funcionario de Sanidad de Misisipi que recurrió esa decisión al Supremo en junio del año pasado. Como *Roe*, su nombre puede quedar asociado para siempre a la historia judicial de Estados Unidos.

La magistrada Ruth Bader Ginsburg, icono feminista, argumentó antes de ser elegida en 1993 para el Supremo que el pecado original de *Roe contra Wade* es que se basó en el derecho a la privacidad, y no en el de igualdad, de la que ella fue una fabulosa defensora. La muerte de Bader Ginsburg dejó en septiembre de 2020 vacante su plaza. Trump pisó entonces el acelerador para nominar antes de perder en noviembre las elecciones a Amy Coney Barrett, que inclinó la balanza del tribunal hacia una supermayoría conservadora inédita desde los años treinta. Tras escuchar el miércoles los primeros argumentos sobre el caso, parece claro que esa mayoría se siente cómoda con la idea de las 15 semanas, lo que acabaría con medio siglo de precedentes. También, que algunos están dispuestos a ir más lejos: creen que el momento de tumbar por completo *Roe contra Wade* ha llegado. Eso dejaría a los Estados libertad para decidir sobre los derechos reproductivos de 166 millones de mujeres. (véase: "La vida secreta de Jane Roe: la historia real tras el caso que legalizó el aborto en EE UU y que el Supremo revisa ahora" Iker Seisdedos, El País, 5 dic 2021 16:44).

3 Tesis aborto. Bien jurídico. TAJ; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Noviembre de 1991; Pág. 141

ABORTO. BIENES JURIDICAMENTE PROTEGIDOS POR LA NORMA QUE LO PREVE COMO DELITO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

De acuerdo con el artículo 339 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, **aborto** es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho dispositivo legal y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos por la norma, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del **padre** a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito no importa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

No consideramos que el tema se pueda restringir a un aspecto meramente moral, ni a un aspecto sobre la vida de una persona, por eso llama la atención que al tratar de sumar los aspectos bioéticos y científicos sobre el inicio de la vida, su protección y la discusión sobre el aspecto de la formación de las terminaciones nerviosas me resultan tan fuera de lugar en una discusión jurídica, porque pareciera que se trata de consolar para evitar la culpa y no otra cosa. Que la Corte decida en qué momento inicia la vida algún día podrá sonar irreal, pero así han estado plagadas las discusiones. No ha faltado quien diga que “al huevo de la tortuga se le protege legalmente y al producto de la concepción humana, no”. En esas discusiones se ha navegado sin una postura contundente hasta ahora, que por fin la Corte decidió no castigar la práctica del aborto, la cesación del embarazo, la interrupción del producto de la concepción, o como se guste llamar. Jorge Carpizo ya lo señalaba:

Los argumentos para apoyar dicha interrupción del embarazo constituyen un bloque en el cual aquéllos se entrelazan entre sí. No obstante, son de diversa naturaleza, y por razones de claridad y para su más fácil comprensión, he decidido dividirlos de acuerdo con la materia principal en argumentos de carácter: 1) bioético y científico, 2) de derecho comparado, 3) constitucionales del orden jurídico mexicano, 4) de derecho internacional de los derechos humanos, 5) del sistema democrático, y 6) de índole social⁴.

La Suprema Corte de Justicia arriba al siguiente argumento:

Con base en dichos elementos, este Alto Tribunal es concluyente en afirmar que el proceso de gestación constituye un valor constitucionalmente relevante vinculado a la expectativa del nacimiento de un ser humano a partir de la existencia de un feto o embrión, categoría que implica su reconocimiento como un bien que ineludiblemente amerita la protección de los poderes públicos del Estado por lo que es en sí mismo, por su relevancia intrínseca. Además, el periodo prenatal también amerita la tutela correspondiente asociada a la protección conjunta que corresponde a las mujeres que, en su ejercicio del derecho a elegir, optan por el camino de la maternidad como plan y proyecto de vida.

El aumento progresivo del proceso de gestación como bien constitucional, es un factor determinante en esta apreciación y en la ineludible conclusión de que al nacer los le asisten medidas de protección de orden público, las cuales

se intensifican de conformidad con el propio avance del embarazo.

El acrecentamiento a lo largo del tiempo de la valía de este bien constitucional, está asociado a que el paso de las semanas de gestación significan el desarrollo de las características que pueden incluirse en cualquier debate sobre aquello que define a un ser humano, el cual es un proceso que ocurre gradualmente y sin ningún tipo de pausa; además, ese rasgo fundamental debe ser visto en simultáneo con el aumento en la posibilidad de que sobreviva fuera del seno materno de manera independiente. Estos rasgos de corte biológico se traducen jurídicamente en que el ámbito de protección se extiende de la misma manera: progresivamente, de forma que la ausencia de titularidad de derechos no constituye obstáculo para conferirle, en esa misma lógica, un ámbito de protección que se despliegue de manera correlativa.

Digámoslo así de simple: de ninguna manera su argumento biológico para determinar el inicio de la vida humana para determinar el inicio de la protección constitucional es suficiente. No solo es relativo sino una forma de convencer que el producto de la concepción no tiene vida propia y por tanto no es susceptible de pasar por encima de los derechos de la mujer a decidir sobre la continuación del embarazo⁵.

Lo cierto es que si la discusión se hubiese centrado en el tipo penal, los alcances que tiene y si realmente enviar a la cárcel a una mujer tiene algún sentido después del drama vivido, lo cierto es que sus argumentos tendrían mayor valor para realizar la despenalización como ocurre líneas adelante para justificar el aborto durante las primeras semanas de la gestación:

Sin embargo, el considerar que la norma persigue una finalidad asociada a la tutela de un bien cuya protección es de interés público, no se traduce en que por esa razón deba reconocerse su validez dentro del sistema jurídico mexicano, pues corresponde revisar si en su formulación el legislador logró el objetivo de armonizar los extremos involucrados a través de la instrumentación de una medida de una cualidad tal que sea respetuosa del derecho fundamental a decidir y brinde cobertura al bien constitucional.

En ese sentido, aun teniendo origen en una finalidad legítima, este Tribunal Pleno advierte que la vía punitiva diseñada por la legislatura estatal no concilia el derecho de la mujer a decidir con la finalidad constitucional, sino que lo anula de manera total a través de un mecanismo —el más

4 Carpizo Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las doce semanas”, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf> consultado el 6 de enero de 2022, 19:46 hs.

5 Carpizo concluye: “Las más diversas legislaciones, e incluso la mayoría de las religiones, admiten que cuando existe muerte cerebral, es factible desconectarle a la persona los aparatos que la sostienen en estado vegetativo, en virtud de que ha fallecido. Lo anterior resulta especialmente importante para los trasplantes de órganos.

Dicha situación, en sentido contrario, coincide con la de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas. En ambos casos no puede afirmarse que exista vida humana.” *Op. cit.* ...“La interrupción...” consultado el 6 de enero de 2022, 19:57 hs.

agresivo disponible— que no logra los fines pretendidos (inhibir la práctica de abortos) y, correlativamente, produce efectos nocivos como: puesta en riesgo de la vida e integridad de la mujer, criminalización de la pobreza, y descarta otras opciones de tutela de carácter menos lesivo que parten del trabajo conjunto con la mujer embarazada y que reconocen el ámbito privado en que desenvuelve el vínculo único que existe entre ella y el producto de la concepción.

Es en esa lógica en que el accionante acierta en sus conceptos de invalidez al señalar que la descripción típica del aborto autoprocuroado o consentido que señala que se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o a la persona que la hiciera abortar con el consentimiento de aquella es lesiva de los derechos reproductivos de las mujeres, por no incluir una formulación que permita interrumpir el embarazo en la primera etapa de gestación.

La problemática concreta de la porción normativa radica en la vinculación del vocablo voluntariamente (dolo) con el entendimiento del concepto aborto contenida en el artículo 195, que señala que la muerte del producto de la concepción acontezca en cualquier momento del embarazo. La técnica legislativa empleada por el Congreso del Estado de Coahuila en la formulación de los supuestos típicos asociados al aborto revela que el vicio se encuentra en la norma que define el caso del aborto autoprocuroado o consentido, pues resulta omnicompreensiva de la manera en que la mujer puede manifestar su voluntad de interrumpir su embarazo.

En otras palabras, la invalidez del tipo penal radica en incluir en su formulación abstracta todos los supuestos temporales en que puede acontecer la interrupción del embarazo con origen en una decisión voluntaria de la mujer; comprendiendo con tal regulación tanto la interrupción temprana como aquella que podría acontecer en cualquier otro momento del proceso de gestación. El artículo 196 re-

sulta entonces de una naturaleza absoluta, al no brindar ningún margen para el ejercicio del derecho humano a elegir la vida reproductiva que, con los matices destacados en esta sentencia, asiste a las mujeres en el supuesto de concebir.

El criterio adoptado es correcto por razones que solo pueden atender al tipo penal y no al hecho que se pretende juzgar. Se habla de los supuestos derechos en colisión ¿pero realmente los hubo? Considero que el tipo penal, por sus propios defectos normativos, así como su nula eficacia en la práctica tenían que dejarlo solo para sancionar el aborto causado por terceros y sin consentimiento de la mujer (contrario a la postura del presidente de la Corte que quería desaparecer todo lo relativo al aborto y que el que fuese causado por terceros se considerara, erróneamente como parte del delito de lesiones).

V. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA EN LAS CONSTITUCIONES ESTATALES

Según lo hemos aprendido (y reforzado desde la gran reforma sobre la materia en 2011) el principio de progresividad de los Derechos Humanos radica en que para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de ciertos derechos se requiera la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible, sin que pueda haber regresión de la protección alcanzada⁶.

Sobre esto, considero que si a la Constitución General se le ha pasado hacer la declaratoria necesaria de la protección a la vida, que lo hagan otras constituciones solo amplía esa esfera de los gobernados, por lo que este punto, con las salvedades manifestadas se las dejo a los especialistas tanto de Derechos Humanos como a los constitucionalistas, pues el criterio adoptado por

6 Registro digital: 2015305

Instancia: Primera Sala

Décima Época

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, página 189

Tipo: Jurisprudencia

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.

El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. **En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos;** y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia

la Corte me parece restrictivo, sin fundamento válido alguno. Y me pregunto si las legislaturas estatales no ocurrirán ante instancias internacionales para defender sus respectivos textos fundamentales.

En síntesis, decir que la protección de la vida solo puede estar consignada en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y no en las de las entidades se me hace un exceso de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VI. CREENCIA ERRÓNEA, CREENCIA DIFERENTE Y CREENCIA DISCREPANTE

El tema del aborto llevó a la Suprema Corte de Justicia a adelantarse a lo que podría ocurrir para negar el acceso de las mujeres a un aborto seguro, bajo la protección del Estado y con el uso de las instalaciones sanitarias correspondientes, es decir previó la “objeción de conciencia institucional” y la atajó con una tercera resolución, con el fin de salvaguardar el derecho a la salud de la mujer.

Crear es no saber, creer de manera distinta, no siempre implica estar en el error, creer de manera discrepante significa que la persona no es ajena a la normatividad (respecto al tema que nos ocupa) sino que considera que dicha normatividad no le resulta aplicable o bien, está en contra de la misma. Entonces ¿hasta qué punto es válido no coincidir o estar en contra con un sistema jurídico vigente?, esta pregunta puede tener más respuestas que puntas una estrella. Descartamos de estos aspectos, a los sistemas jurídicos derivados de las dic-

taduras, tiranías, gobiernos totalitarios, *etcétera*, pues de dichos sistemas, por su origen impositivo, se deriva una connatural rebeldía. Nuestra pregunta se acota al sistema jurídico proveniente de un gobierno democrático. Independientemente de la postura que se tenga al respecto, debemos coincidir que una creencia discrepante no implica necesariamente un error, por lo que pudiera ser excluida de nuestro trabajo, de no ser porque el error es una apreciación falsa de la realidad y en el particular, la creencia discrepante aprecia como falsa la postura de una ley en particular. El derecho como instrumento de la sociedad y aceptado por la misma debe ser aplicado de manera uniforme, de tal modo que, aquella persona que va en contra de ese derecho generalmente aceptado no sólo contraviene a la norma, sino a la sociedad de la que ha derivado y en la que pretende coexistir. Esta situación nos permite arribar al hecho que una persona debe aceptar el derecho de la sociedad a la que pertenece (en los términos en que este derecho deriva de una gobierno democrático) y si está en contra de alguna norma debe buscar su reforma o anulación por los medios que un gobierno democrático prevé y no a través de la contravención de dicha norma. Blanco Lozano lo define como un tratamiento por convicción:

Cabe hablar de *delito por convicción*, o más ampliamente, de *delincuente por convicción*, cuando el sujeto activo comete la infracción penal con pleno conocimiento de su antijuricidad, pero convencido de la *utilidad social* de la misma⁷.

con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar).

Amparo en revisión 750/2015. María Ángeles Cárdenas Alvarado. 20 de abril de 2016. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña.

Amparo en revisión 1374/2015. Miguel Ángel Castillo Archundia y otra. 18 de mayo de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente y Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade.

Amparo en revisión 1356/2015. Ulises Alejandro Espinoza. 6 de julio de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

Amparo en revisión 100/2016. María Isabel Cornelio Cintora y otros. 10 de agosto de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Amparo en revisión 306/2016. Tonatihu Cruz Magallón. 8 de marzo de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

Tesis de jurisprudencia 85/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de octubre de dos mil diecisiete.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de octubre de 2017 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de octubre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

7 Así, BG Düsseldorf, en *NJW*, 1985, p. 1971. Citado por Blanco Lozano, *Carlos, Tratado de Derecho Penal Español, Tomo I, El sistema de la parte general, Vol. 2, La estructura del delito*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 384.

Un ejemplo de ello sería, verbigracia, el sujeto que atraca un banco con la finalidad de repartir el botín entre los pobres, sin guardarse nada del dinero robado para él mismo.

En estos casos, desde luego, el error de prohibición no es aplicable, ya que el sujeto tiene pleno conocimiento de que el robo es un acto antijurídico, que quebranta una norma penal establecida conforme a la Constitución⁸.

El único expediente al que, en supuestos parecidos, podría tal vez acudir, sería el de un estado de necesidad, pero entonces el sujeto no actúa ya por mera *convicción* de contravenir un Ordenamiento jurídico y social que él estima injusto, sino para salvaguardar un mal mayor que el que se sacrifica, siempre y cuando se cumplan estrictamente los requisitos propios del estado de necesidad en cuanto causa de justificación, ya que entonces la propia *ilicitud* del hecho se anula, con lo que en puridad, no estamos ante un error, sino ante la comisión de un hecho que, aunque típico, deviene jurídico^{9/10}.

En cambio para Maurach¹¹, el error de prohibición puede presentarse en tres formas distintas. En primer lugar, como desconocimiento del general mandato normativo ('abstracto' error de prohibición o error sobre la existencia de la norma): el autor no sabe que actuar como indiferente para el Derecho. El error de prohibición se manifiesta, en segundo lugar, como error sobre el ceder de la norma: el autor conoce la existencia de la prohibición, pero cree erróneamente que un derecho prevalente legitima su actuar ('concreto' error de prohibición, error sobre una causa de justificación). Por último, el error de prohibición se presenta como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma: el autor que conoce la existencia de esta y no invoca ningún especial derecho a actuar, cree que la observancia de la norma no le es exigible (error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad). Los efectos jurídicos de estas tres formas del error de prohibición son los mismos.

Hace poco tiempo hubo un caso en Londres en el que una persona de religión musulmana tuvo un conflicto legal con el sistema al que pertenece, basada en sus creencias religiosas.

La maestra musulmana Aishah Azmi, de 24 años, estaba decidida a no quitarse el velo islámico frente a sus alumnos como le requerían las autoridades británicas. Consideraba que esa demanda era un abuso a sus derechos individuales y religiosos.

Pero su negativa le costó caro: no sólo fue suspendida de su empleo como asistente en la modesta escuela primaria Headfield Church of England School de Thornhill Lees, en el condado de West Yorkshire (norte de Inglaterra), sino que además se convirtió en el centro de un agitado debate en Gran Bretaña sobre el derecho de las mujeres musulmanas a llevar en público el velo islámico o *jihab*, que —a excepción del los ojos— cubre enteramente el rostro.

Azmi —ciudadana inglesa de origen paquistaní, quien empezó a trabajar en esa escuela hace sólo cuatro meses— se negó al pedido del director de la escuela, George Smith, de levantarse el velo frente al alumnado, en su mayoría de descendencia musulmana porque, argumentó, bajo su religión islámica ningún hombre, excepto su marido, tiene derecho a ver su rostro.

Las autoridades de la escuela se lo habían solicitado después de que un grupo de alumnos se quejó. Los jóvenes dijeron que no entendían bien las palabras de la maestra en clase, al no poder ver sus labios moverse. De todos modos, nada iba a hacerla cambiar de opinión.

8 En tales términos, BGH 2, p. 208. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 384.

9 Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 384.

10 Román Quiroz señala: "Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. En él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p. ejemplo porque el órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental. Se ha de juzgar este caso como un error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los ejemplos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico. Otra cosa sucede cuando el sujeto considera válida una ley conforme a los parámetros del ordenamiento jurídico, pero no la estima vinculante para sí por razones políticas, ideológicas, religiosas o de conciencia. Las razones de esa índole no modifican en nada la conciencia del carácter prohibido de la propia acción, que es lo único decisivo." *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Porrúa, México, 2000, p. 209.

11 Maurach, Reinhart, Zipf, Gössel, *Derecho Penal, Parte General, tomo I* (traducción de la 7ª, Ed. Alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone), Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 149 - 150.

Azmi nació en la capital galesa de Cardiff, pero reside desde 2000 en la población de Dewsbury, la misma ciudad donde vivió Mohammad Sidique Khan, uno de los cuatro atacantes suicidas del atentado del 7 julio del 2005. Khan —quien detonó una bomba en el vagón de la línea de metro Edgware Road, en el que murieron siete personas—, trabajaba como maestro de primaria en la escuela Hillside Primary School, de Dewsbury. [...] Sin embargo, la joven contó haber vivido en carne propia la estigmatización a la que fueron sometidos los musulmanes en esa región, siendo ella misma víctima de abusos verbales y discriminatorios por parte de vecinos y miembros de la comunidad inglesa blanca. Por esa razón dice que decidió ponerse firme y no dar el brazo a torcer cuando se le pidió que retirara de su rostro el polémico velo islámico.

Su negativa coincidió con un pedido del líder de la Cámara de los Comunes y excanciller, Jack Straw, para que las mujeres musulmanas dejaran de vestir dicha prenda. Straw lo calificó como un ‘símbolo de diferencia y separación entre las distintas comunidades’. Ello provocó un agitado debate y discusión sobre el tema de la integración, la segregación étnica y el derecho a expresar los credos y cultos religiosos en el país. Un día después de su suspensión, ocurrido el pasado 14 de octubre, la joven musulmana decidió llevar su caso al Tribunal Laboral de West Yorkshire [...]

El gobierno británico tomó rápidamente cartas en el asunto, al considerar el tema de carácter nacional. El ministro para Relaciones Raciales, Phil Woolas, no sólo criticó la decisión de la maestra musulmana, sino que pidió su despido inmediato. Para el funcionario laborista, Azmi ‘no puede enseñar con el velo cubriéndole el rostro’, ya que los alumnos ‘tienen derecho a una educación amplia y abierta’. [...] Hay límites en la democracia liberal. Hay fronteras en una democracia moderna y esta es una de ellas. Es una línea que no podemos cruzar’, declaró. [...] Para Nick Whittingham, del bufete de abogados Kirklees Law Centre y abogado defensor de la maestra, es totalmente incorrecto afirmar que Azmi no puede hacer correctamente su trabajo por vestir el velo islámico. Destaco que la profesora ‘es una excelente profesional y no puede ser juzgada por su vestimenta’. [...] De acuerdo con el sondeo de *The Guardian*, sólo 22% dijo que los musulmanes británicos hacen todo lo que pueden para integrarse en la sociedad, mientras que 57% dijo que ese sector de la comunidad ‘tiene la responsabilidad’ de amalgamarse al resto de la población. [...] Sin embargo, Blair salió a la palestra y decidió apoyar de lleno a Straw. ‘Aunque es cierto que el tema del velo islámico es de índole personal, es perfectamente normal que podamos discutir estos problemas en el contexto de tirar abajo barreras entre comunidades’, declaró el jefe del gobierno británico¹².

Todo cuanto incide en el tema religioso provoca el debate de una sociedad multicultural, nadie puede negar el derecho a otro a creer, por ello resulta un problema hartamente difícil que el Derecho no alcanza a resolver de manera uniforme o satisfactoria. Las posturas se polarizan entre quienes, como el Jefe de Gobierno británico señalan que al Derecho general se le debe obediencia, sobre las creencias particulares; mientras que por el otro lado, no se puede desprender a un sujeto de las creencias con las que ha crecido y que son más que una idea religiosa, importante *per sé*, un fundamento de su cultura.

El Derecho penal como producto cultural posee para su legitimación un fundamento cultural, una aprobación generalizada en la que la norma en concreto sintetiza un deseo general de la sociedad a que está destinada para salvaguardar o sancionar aquellas conductas que tal sociedad rechaza. Sobre este particular se basa el principio que todos los integrantes de la sociedad se adhieren para garantizar el orden. Y, en tal virtud, ese Derecho debe aspirar a tratar de manera equitativa a sus

destinatarios, reconociendo la diversidad que forma a la sociedad¹³. No es óbice señalar que los fundamentos del Derecho Penal son generalmente aceptados, salvo algunas cuestiones, virtud por la cual la gravedad de estos está en función de lo que los generadores de la norma esperan de la misma.

La creencia discrepante no es error sino convicción y en tal sentido, nuestro Derecho penal todavía no vislumbra un trato distinto en caso de actualizarse un hecho de este carácter. El que actúa con convicción no ignora. A partir de este momento comienza otro problema, pero no el del error.

Sobre el particular, los tribunales españoles han señalado:

En materia de delito *por convicción*, entiende el alto Tribunal revisor que ‘no integra error de prohibición creer que las normas y pautas de comportamiento comúnmente aceptadas por la sociedad pueden ser sustituidas por las *convicciones* imperantes en el grupo del que el autor forma parte.’¹⁴

12 Leonardo Boix, Londres, 23 de octubre (apro). *Gran Bretaña: El velo islámico*, en revista Proceso.

13 El 19 de octubre de 2006, los Tribunales ingleses le dieron la razón a la profesora musulmana.

14 STS de 21 de mayo de 1992. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

De la creencia discrepante surge la figura de la *objección de conciencia* que no es sino la aplicación de la creencia discrepante a la omisión de un deber. Por supuesto que dicha conducta causa gran interés en el Derecho Penal, pero por lo pronto basta con señalar que aquella persona que invoca esta figura, de origen moral, no podrá hacerlo válidamente si se ha beneficiado de aquella institución a la que se niega a servir. Como ejemplo podemos citar a aquellas personas que se integran al servicio de las armas con el único objetivo de tener un nivel de vida cómodo y que, llegado el caso de tener que ir a la guerra se niegan por cuestiones de supuesta *objección de conciencia*, pues realmente se trata de una objeción de conveniencia. Con ejemplos así, resulta menos complicado distinguir cuando hay valores morales en juego, pero, prevalece la discusión sobre hasta qué punto se puede admitir esta excepción a la conducta esperada.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es acertada respecto a la despenalización del delito de aborto.

Consideramos un exceso haberse pronunciado, como lo hizo, respecto de la protección a la vida establecido en las constituciones de los estados.

Efectivamente, la objeción de conciencia, válida en el sector médico no debe ser una circunstancia paralizante para los servicios de salud que brinda el Estado.

Este debate seguirá siendo materia de polémica y, de ninguna manera puede considerarse que siempre vaya una misma dirección ni la política criminal ni las posturas que discuten este tema.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 10ª ed., Porrúa, (colección “Sepan Cuantos...” núm. 70) México, 1982.

BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Español*, Tomo I, *El sistema de la parte general*, Vol. 2, *La estructura del delito*, Bosch, Barcelona, 2005.

DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª reimpression, Cárdenas Editor, México, 2001, 444 pp.

FLETCHER, George P., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Tirant lo blanch, (trad. Francisco Muñoz Conde) (col. B Teoría), Valencia, España, 1997, pp. 307.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Delito e injusto*. México. 1950, 203 pp.

– *Derecho Penal I y II Apuntes de Cátedra*, Facultad de Derecho, UNAM, 1989.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Editorial Comares, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, España, 1993, 913 pp.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, tomo I, 6ª ed., Porrúa, México, 2000.

MAURACH, Reinhart, Zipf, Gössel, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I (traducción de la 7ª, Ed. Alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone), Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, 687 pp.

NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *Análisis de los delitos informáticos*, Porrúa, México, 2005, pp. 145.

ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Porrúa, México, 2000, 321 pp.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible*, Thomson — Civitas, (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Navarra, 2005, pp.479.

SCHÜNEMANN, Bernd, *et al, Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Barcelona, 2000, pp. 207.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com