

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ENEP-ACATLAN

CONSIDERACIONES JURIDICAS Y POLITICO-  
CRIMINALES EN TORNO A LA INCRIMINACION-  
DEL ABORTO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

SAULO CARDENAS PLANCARTE

ACATLAN-MEXICO

1 9 8 2

M-0036570



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

PARA MIS PADRES:

GAMALIEL CARDENAS GOMEZ Y  
SEÑORINA PLANCARTE ORTEGA,  
EL RECONOCIMIENTO EXPRESO  
DE MI GRATITUD Y CARÍO.

A MI HIJA

NOHEMI CARDENAS DIAZ,  
POR DAR SENTIDO A MI VIDA.

AL LICENCIADO TEOFILO BERDEJA AIVAR,  
ESTUDIOSO INFATIGABLE E INTELECTUAL  
PURO.

A LA MEMORIA DEL DISTINGUIDO

MAESTRO: LIC. RODOLFO GUGGISBERG

PARRA.

A MIS MAESTROS:

GONZALO BALLESTEROS TENA

FERNANDO ELIAS CALLES

JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA

LUIS ORTIZ HIDALGO

JOSE FRANCISCO PEREIRA ZAPATA

A IRMA RODRIGUEZ FRANCO,  
POR SU INCOMPARABLE AMISTAD  
Y TALENTOSA COMPAÑIA.

A MIS CONDISCIPULOS

JOSE LUIS CHAVEZ GARCIA Y  
NOHEMI GAYTAN FLORES,  
POR SU FORTALEZA EN LA  
ADVERSIDAD.

I N D I C E

	PAG.
<u>INTRODUCCION</u>	1
<u>ANTECEDENTES HISTORICOS</u>	5
1.1.- EDAD ANTIGUA	6
1.2.- EDAD MEDIA	8
1.3.- EDAD MODERNA	14
<u>ANALISIS DOGMATICO DEL ABORTO</u>	17
2.1.- LA DOGMATICA PENAL	18
2.2.- LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ABOR- TO Y SU ASPECTO NEGATIVO	21
2.2.A.- ELEMENTOS DE LA CONDUCTA	22
2.3.- LA TIPICIDAD EN EL ABORTO Y SU AS- PECTO NEGATIVO	26
2.3.A.- ELEMENTOS DEL TIPO	26
2.3.B.- PRESUPUESTOS DEL TIPO	27
2.3.C.- BIEN JURIDICO Y OBJETO MA- TERIAL	28
2.3.D.- CLASIFICACION DEL ABORTO EN ORDEN AL TIPO	31
2.4.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL ABORTO Y SU ASPECTO NEGATIVO	32
2.4.A.- CAUSAS DE JUSTIFICACION	34
2.5.- ABORTOS NO PUNIBLES	34
2.5.A.- EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ABORTO	34
2.5.B.- EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO ES PRODUCTO DE UNA VIOLACION	36
2.5.C.- ABORTO CAUSADO SOLO POR IM- PRUDENCIA DE LA MUJER	39

	PAG.
2.6.- LA IMPUTABILIDAD Y EL ASPECTO NEGATIVO DE ESTA	40
2.7.- LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	41
<u>MODERNAS CONCEPCIONES SOBRE EL DERECHO AL ABORTO</u>	54
3.1.- EL EMBRION: ¿PERSONA O FICCION JURIDICA?	55
3.1.A.- ANALISIS DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL HOMBRE	58
3.2.- LA MATERNIDAD ES UN DERECHO QUE PUEDE SER REHUSADO POR LA MADRE	64
1.- CONSIDERACIONES HISTORICAS SOBRE EL MITO DE LA MATERNIDAD	64
2.- CONSIDERACIONES VARIAS SOBRE LA MATERNIDAD Y LOS HIJOS NO DESEADOS	70
3.- LA LIBRE MATERNIDAD Y EL ARTICULO 40. CONSTITUCIONAL	76
3.3.- EXCESIVA MISERIA CAUSA PRINCIPAL DEL ABORTO	79
3.4.- EL ABORTO COMO AUXILIAR EN EL PROBLEMA DEMOGRAFICO	87
<u>CONSIDERACIONES VARIAS EN TORNO AL ABORTO</u>	99
4.1.- LA MORAL: UN TERRENO VEDADO AL LEGISLADOR	100
4.2.- EL ABORTO CLANDESTINO REPRESENTA UN ATENTADO CONTRA LA SALUD DE LA MUJER	109
4.3.- ABORTO GRATUITO EN CLINICAS Y SANATORIOS OFICIALES	121
<u>CONCLUSIONES</u>	127

# INTRODUCCION

Es árdua la tarea que nos hemos impuesto al emprender el estudio de un problema social tan largo tiempo discutido por los estudiosos del Derecho, la religión, las ciencias médicas y la Filosofía. Sin embargo, aún cuando se han hecho -- grandes y exhaustivos estudios sobre el aborto, cabe manifestar la heterogeneidad de las ideas y de las concepciones filosóficas que inspiran tales investigaciones.

Podemos en términos generales señalar tres corrientes -- de pensamiento respecto del ilícito penal llamado aborto; la primera, que apoya decididamente la tipificación penal de la conducta abortiva, aún en aquellos supuestos en que la vida de la madre corre el inminente peligro de perderse, tan sólo, por apegarse a una moral implantada en los albores de la humanidad; la segunda tendencia ideológica de ideas eminentemente revolucionarias, se manifiesta en el sentido de que el aborto procurado o tolerado cualesquiera que fuesen las causas de dicho embarazo indiscutiblemente deberá ser amparado por el insoslayable derecho de la mujer a determinar el número de sus maternidades y a evitar aquellas que la simple -- casualidad le impone; la tercera escuela, de pensamiento indudablemente ecléctico se manifiesta en términos de tan nebulosa incongruencia como la primera, llegando a sostener una doctrina que a base de no pocos esfuerzos y subterfugios remilgadamente tímidos legitiman el aborto en los casos en que se pone en pugna la vida de la madre con la del concebido, -- en los cometidos por imprudencia y en los casos de repugnan-

tes actos de violación.

Nosotros consideramos que las modernas concepciones en torno al aborto, no deben circunscribirse a la sola defensa de la libre maternidad, sino que además, deben preocuparse porque la interrupción del embarazo se efectúe en clínicas especializadas que cuenten con personal competente y con el instrumental médico-quirúrgico más moderno, proporcionando de esta forma el máximo de seguridad para la salud de la paciente; además de que su realización se efectúe en forma gratuita como prestación médico-social de la mujer mexicana y que se determine de una vez y para siempre la igualdad del hombre y de la mujer no sólo en el aspecto político-social, sino también en el ámbito de la moral sexual.

La preocupación por el aborto prende de un modo alarmante entre las gentes, se extiende y pasa de nación en nación - cual si se tratara de una epidemia, lo que no es de extrañarse si consideramos los modernos y rapidísimos medios de comunicación que caracterizan a nuestro siglo. Para corroborar lo antes expuesto bastará con observar los grandes titulares de las prensas nacionales y extranjeras; amén de la gran cantidad de libros que en pro, o en contra del aborto se han escrito. Esto nos da idea del dramático choque de concepciones tan opuestas que en torno a esta enfermedad social se presenta, pues mientras unos no dejan de considerar a la interrupción del embarazo como un crimen de primer orden, otros lo consideran como una simple y sencilla intervención médico-quirúrgica, sin otras consecuencias que las de seguir manteniendo

do el bajo nivel de vida que el reducido salario mínimo nacional permite para el sostenimiento de una familia; si es -- que por fortuna lo gana y tiene la dicha de contar con un empleo. El abismo que se abre entre estos antagónicos puntos de vista es cada día mayor: y "sólo están de acuerdo en que no pueden ponerse de acuerdo", lo cual implica una confusión mayor entre el común de las gentes.

La libertad de abortar va extendiéndose cada día más entre las diferentes naciones de la comunidad internacional, -- prueba de ello es que en algunos países ya se ha logrado ganar la partida, si es que nos es permitido llamar así a un -- derecho femenino largo tiempo reprimido. En nuestro suelo, -- aún cerramos los ojos y tapamos nuestros oídos ante la lacerante angustia de la pareja que carece de medios para sacar -- adelante a un hijo más; o al indescriptible sufrimiento de la joven soltera que es embarazada; lo mismo que a los peligros de la escalofriante explosión demográfica a la que es urgente controlar, pues cada minuto implica el nacimiento de un mexicano más, nacido casi siempre con problemas de desnutrición -- que se prolongan desde su más tierna infancia hasta casi el -- final de sus días. Sin embargo, las legislaciones contemporáneas prefieren castigar el aborto con una pena y continuar -- ignorando las grandes tragedias que aquejan a la mitad del -- género humano: la mujer, en pro de seguir dando vigencia a -- una ficción jurídica en detrimento de los ya nacidos.

ANTECEDENTES HISTORICOS

CAPITULO I

## I.I.- EDAD ANTIGUA

Múltiples y polifacéticas circunstancias históricas, -- políticas, económicas y sociales entre otras, han demostrado que los tiempos pueden dar origen a un mismo problema en diferentes pueblos con grados de cultura distintos en extremo, y aún separados entre sí por grandes y lejanos paralelos geográficos. Sin embargo, respecto del aborto, es escasa la información que pueden brindarnos este hecho si sólo lo contemplamos desde la epidermis de la historia y de las instituciones jurídicas. Precisaríamos de un estudio total y exhaustivo que humanamente sería imposible lograr dadas las diversas y singulares características que rodean a cada sociedad en particular, pues el intento nos llevaría al insoslayable estudio de la genética social y al análisis de cada hecho y -- circunstancia casual dando por resultado un complejo mosaico de factores circunstanciales de muy diversa y variada peculiaridad. No obstante, se hace preciso aludir a la forma en que fue contemplado el aborto en la antigüedad por diversos pueblos, al través de sus leyes, de sus manuales religiosos, o bien, desde el punto de vista de los grandes pensadores de la época.

En los libros Vedas, "el aborto se consideraba como un gran pecado comparable al asesinato del marido o de un Brahma man sabio, según el Vaishtha. En libros posteriores continúa considerándose como pecado, pero ya no tan grave, y las leyes del manú lo enjuician como una simple ofensa de la mujer

hacia el marido".<sup>1</sup>

Entre los romanos, "...el niño no tenía otro valor que el que le concedía la familia en primer lugar, y luego la ciudad y el Estado. El padre tenía un derecho absoluto sobre la persona del recién nacido, teniendo la obligación de dar muerte al niño que naciera deforme".<sup>2</sup>

En Grecia, Aristóteles y Platón también emitieron sus opiniones al respecto. El primero sugería: "...que el aborto se practicase antes de que el feto tuviera vida y sensibilidad".<sup>3</sup> En cuanto a Platón, si bien no habla del aborto, su falta de falso respeto hacia la vida de los hijos de personas fuera de la edad que entendía como eugénica, hace suponer que no lo rechazara: "Cuando las mujeres y los varones hayan pasado de la edad de procrear, habrá que dejarles que cohabiten libremente con quien quieran, excepto un hombre con su hija o su madre, nietos o ascendientes de su madre con el hijo, o su padre, o sus ascendientes... Pero los hijos nacidos de estas relaciones libres serán eliminados antes de nacer por los propios padres, o exterminados por el Estado después de nacidos".<sup>4</sup>

En cuanto a pensamientos en contrario a la práctica abortiva, tenemos el del ilustre Lucio Anneo Séneca que en su obra "Consolación a la madre Elvia" da una idea panorámica de lo extendida que dicha práctica era en la época que le tocó vivir.<sup>5</sup> No es que se preocupara del aborto que no le parecía un crimen, ya que no consideraban al embrión humano-

como un ser humano vivo, puesto que según observación del -- doctor Enrique Montañez del Olmo, "...sólo les interesaba -- preparar socialmente el terreno para la expansión del cris-- tianismo, y éste que por su adscripción a la tradición bíbli-- ca habría de proclamar que la vida es obra de Dios y los hi-- jos abundantes su bendición".<sup>6</sup>

Por lo que respecta a Hipócrates, "...Tertuliano habla-- de una aguja de bronce que era utilizada por él y por Ascle-- piades y otros para provocar el aborto, conocida con el nom-- bre de Embriosphacto".<sup>7</sup>

Extraña paradoja representa la anterior cita; toda vez-- que de ser cierto lo aserверado por Tertuliano tendremos que reconocer en Hipócrates, al médico consciente de la misión -- de salvar vidas plenas antes que salvar las potenciales vi-- das genéticas sin existencia autónoma propia, en detrimento-- de los ya nacidos, como es el caso de la mujer.

## 1.2.- EDAD MEDIA

Epoca de polémicas y encontradas filosofías caracteri-- zan a esta etapa de predominancia religiosa y pensamiento -- esoterista, en que unos pensadores pretenden colocar al em-- brión humano en el pedestal máximo de la preocupación moral, literaria, religiosa, médica y jurídica; mientras que otros, ven en ello, tan sólo el inicio genético de la bipartición-- celularia en los más primitivos estadios de la formación in-- trauterina.

Dentro de los antecedentes históricos que corresponden a esta época, cabe hacer notar que uno de los temas más interesantes en relación con el aborto es el de la determinación en que el feto es animado. No obstante, su estudio excedería los límites de nuestro análisis en cuestión, por lo cual habremos de conformarnos con una visión de conjunto del problema.

Para Aristóteles, "...el feto varón tarda en estar formado 40 días y el femenino 80. Hasta esos días estaría regido por un pneuma que al principio sería vegetativo y después sensitivo, pasados los 40 u 80 días ya lo estaría por un alma espiritual".<sup>8</sup> Es evidente que esta forma de pensar influyó en las leyes canónicas y también en las civiles del medioevo, que trataron con severidad distinta a los autores de un aborto en función del estado formado o informe del feto.

Santo Tomás de Aquino, influido del pensamiento aristotélico manifiesta en su tratado denominado: "El Hombre: Cuerpo y Alma" que "...existen dos posibilidades extremas de concebir la constitución psicofísica del hombre. Por un lado, puede sostenerse que el hombre "verdadero" es el alma que habita el cuerpo, y considera a este último, a lo más como instrumento de aquella o en el peor de los casos, como su prisión o tumba mortal".<sup>9</sup>

Otros teólogos, incluyendo a San Agustín, Santo Tomás y San Jerónimo utilizaron los términos "no formado" y "formado" para describir el estado del feto antes y después de su-

animación.

Por otra parte, si tenemos que reconocer que la Biblia es la fuente e inspiración de la Teología cristiana, tenemos entonces que aceptar que en la polémica de la animación del feto se llegó a absurdos insospechados. Del estudio hecho al libro del Exodo, se deduce que de dicho texto no se puede inducir en forma alguna, bases o argumentos que contengan -- elementos para la tesis de la animación fetal, pues no parece ser esa la finalidad de las Sagradas Escrituras, que sólo contemplan al aborto como un hecho antijurídico regulado por el principio del talión: "Versículo 22. "Si algunos riñeren, e hirieren a mujer embarazada, y ésta abortare, pero sin haber muerte, serán penados conforme a lo que les impusiere el marido de la mujer y juzgaren los jueces. Versículo 23. Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida. Versículo 24. Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie".<sup>10</sup>

Interesante opinión es la manifestada por San Agustín -- en sus comentarios a los versículos que hemos citado, afirmando al respecto, que dichos textos no pueden ser utilizados ni en pro ni en contra de las opiniones habidas en torno al cual sea el momento de la animación del feto, ya que no es esa la finalidad que con él se propone la Sagrada Escritura, considerando que: "...si en el feto informe no se manifiesta la vida por sensibilidad y movimientos y no pueden -- reconocerse miembros ni órganos de los sentidos, tampoco ca-

de darse cuenta de cuáles resultan dañados para aplicar lo -- de vida por vida, diente por diente, etc., por lo que en es- te caso se limita la ley a una pena pecuniaria".<sup>11</sup>

Por aparte consideramos, que el destacado teólogo incu- rríó en error al interpretar los textos citados del libro -- del Exodo, pues su literal interpretación obliga a entender- cuando dice: "hirieren a mujer embarazada", que se refiere -- a la muerte de ésta, y no del producto de su preñez, pues -- cuando fuere éste el caso sería aplicable lo de la sanción -- pecuniaria determinada por el marido y los jueces; no así, -- cuando hubiere muerte de la mujer herida, supuesto en el --- cual los heridores tendrían que pagar: vida por vida y dien- te por diente. No obstante, debemos reconocer el mérito del- santo varón, pues su destacada autoridad teológica influyó -- en los legisladores, tanto civiles como eclesiásticos con -- respecto al aborto y esa influencia ha sido debida princi- --- palmente a haberse atribuido al santo, una opinión favorable a la "animación mediata".

En otro orden de ideas, prudente es aclarar que el pro- blema de la determinación del momento en que el feto es ani- mado no pudo definirse, ni se podrá llegar a tal momento, -- porque ello rebasa los límites de la Fisiología Médica para- encuadrarse en el campo de la Metafísica, ciencia que escapa a toda posibilidad de demostración científica. Sin embargo, -- las diferentes legislaciones continuaron sancionando la in--

terrupción del embarazo por motivos que aún se discuten hoy en día.

La influencia del cristianismo, fue decisiva en muchos aspectos para las legislaciones de muy diversos pueblos, sin embargo, respecto del aborto no se puede decir que haya logrado disminuir su práctica, aunque socialmente lo convirtió en algo inaceptable.

Actualmente el reverendo padre Riquet, escribió en el *Le Figaro*: "En el pasado los doctores y los padres de las iglesias cristianas, de San Agustín a Santo Tomás de Aquino, no tenían una postura definida sobre la pregunta de en qué momento de su evolución progresiva el embrión se convierte en ser humano. Por dicha razón de acuerdo con las observaciones y reflexiones de los filósofos medievales, pensaban que se hacía menester un cierto grado de organización en el producto de la concepción. De ahí, que situaran la aparición del alma alrededor del día sesenta después de la concepción".<sup>12</sup>

Sincera declaración la del reverendo padre Riquet. Sin embargo, cabe hacer notar que si las tesis sustentadas por los teólogos no hubieran trascendido al ámbito del Derecho Penal, éstas sólo tendrían relevancia para los historiadores excéntricos, no así para la ciencia jurídica. Sin embargo, los anales del derecho nos muestran la trascendente influencia que la religión ha tenido en el espíritu de las leyes que rigieron durante la Edad Media, y que como resabio de

pasadas épocas subsisten en países como España que se ha quedado a la zaga de los modernos avances legislativos. En el Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional del 17 de mayo de 1958, del pueblo español, literalmente se establece: "...la nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspire su legislación".<sup>13</sup>

De lo anterior, cabe deducir la gran importancia que para el pleno conocimiento de la evolución del derecho represivo tiene el estudio de los Cánones, Concilios, Bulas y demás ordenamientos que de una u otra forma contemplan la acción abortiva y la penalidad que para ésta se imponía. Así por ejemplo, "...en los Cánones de San Basilio que sientan las bases de la legislación de la Iglesia del Este, condenan sin atenuación, a la mujer que se procure un aborto y prevén la misma pena que la establecida en el Concilio de Ancyra; diez años de condena".<sup>14</sup>

Visto el panorama represivo que imperó en el medioevo, cabe preguntar: "¿qué será de las ciencias teológicas y jurídicas que durante siglos construyeron un delito cuando sancione el aborto en el plano internacional?, y "qué de los argumentos filosóficos, religiosos, morales, sociales que justificaban y en qué descansaban, todas esas leyes desapa-

recidas?. ¡Tantas preguntas surgen en torno a este problema- que casi es imposible responderlas! Pero de una cosa sí es- tamos ciertos, -afirma Gabriela Leret- "Que los hombres han- construido las leyes sobre una plataforma de creencias reli- giosas y sociológicas. Al no poder desvincular unas de otras lo injusto ha prevalecido".<sup>15</sup>

### 1.3.- EDAD MODERNA

En la Edad Moderna, los teólogos siguen en su mayoría - fieles a la tradicional opinión de los primitivos moralis- - tas. Sin embargo, el aristotelismo empieza a brillar cada - vez menos dando pie a sutilezas. En esta época, aún cuando - se considera al aborto como pecado grave se admite su prác- - tica en el de feto inanimado en casos especialísimos practi- camente imposibles (librar a la madre de un inminente peli- - gro de muerte).

Por otra parte, debemos hacer notar que estas polémicas no fueron exclusividad de los teólogos; como es de suponer- - se, también los médicos emitieron sus opiniones. Tomás ---- Fienus, entendía que "el sémén coagula en tres días la san- - gre menstrual y que éste es el comienzo de una nueva vida, - - fija en esos tres días la unión del alma con el embrión, ya- que la presencia del alma es necesaria para la organización- del cuerpo".<sup>16</sup>

Cangiamilia, clérigo siciliano, en su tratado de "embrio

logía Sagrada" se manifiesta demasiado prudente al emitir -- su opinión respecto de la animación del feto, considerando-- que es un "conocimiento reservado a Dios".

Creemos innecesario continuar enumerando y enunciando -- la gran pléyade de personajes que de una u otra forma con--- tribuyeron a aligerar las concepciones tan extremas con que se solía contemplar al aborto, ya que esta pugna de pensa--- mientos aunados a los cada día mayores conocimientos de la -- Fisiología Humana y a los innegables avances científicos de la Biología, que descubre la importancia del óvulo y del espermatozoide en la formación de la vida de un nuevo ser, --- traen sólo aparejados la disminución de la pena. En reali--- dad ningún moralista había hecho con esas distinciones otra cosa que aligerar la gravedad de la culpa en el caso de feto no animado, pero sin dejar de considerarlo como pecado.

## BIBLIOGRAFIA

### I

- 1.- Enrique Montañez del Olmo. Polémica y Realidad del Aborto. Pág. 13. Ed. Mensajero. España. 1975.
- 2.- Guillermo F. Margadant, Derecho Romano. Pág. 49, Tabla - IV. Ed. Esfinge. México, 1975.
- 3.- Montañez del Olmo. Opus cit., Pág. 14.
- 4.- Asunción Villatoro y Magda Oranich. El Aborto. Pág. 10.- Ed. La Gaya Ciencia. Barcelona 1977.
- 5.- Lucio Anneo Séneca. Obras Completas. Consolación a la -- Madre Helvia. Pág. 129. Ed. Aguilar, S. A. Madrid. 1966.
- 6.- Montañés del Olmo. Opus cit., Pág. 17.
- 7.- Ibid., Pág. 15 y 16.
- 8.- Ibid., Pág. 23.
- 9.- F. C. Copleston. El Bensamiento de Santo Tomás. Pág. 171. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1969.
- 10.-La Santa Biblia. Libro de Exodo, capítulo 21, versículos 22 al 25.
- 11.-Montañez del Olmo. Opus cit., Pág. 26.
- 12.-María Gabriela Leret de Matheus. Aborto, prejuicios y -- ley. Pág. 188. Ed. B. Costa-Amic. México 1977.
- 13.-Gerardo Landrove Díaz. Política Criminal del Aborto. --- Pág. 143. E. Bosch. Barcelona. 1976.
- 14.-Gabriela Leret. Opus cit., Pág. 193.
- 15.-Ibid., Pág. 184.
- 16.-Montañez del Olmo. Opus cit., Pág. 32.
- 17.-Ibid., Pág. 34.

ANALISIS DOGMATICO DEL ABORTO

CAPITULO II

## 2.1.- LA DOGMÁTICA PENAL

Pretender realizar el análisis del delito que nos ocupa es sin duda la tarea más árdua de nuestro estudio, ya que ello equivale a hacer, valga la tautología, el estudio de las normas jurídicas dadas dogmáticamente como verdades ciertas e indiscutibles en relación con el problema de la aborción. No obstante, consideramos necesario conocer genéricamente lo que la doctrina ha entendido como dogmática penal, para de ahí partir hacia el estudio específico del delito de aborto.

Al respecto, Grispini manifiesta: que la dogmática penal o ciencia del derecho penal en sentido estricto: "Es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman el seno del ordenamiento jurídico positivo, - el Derecho Penal".<sup>1</sup>

Por su parte, Celestino Porte Petit considera que "la dogmática jurídica penal, es la disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico penales para extraer su voluntad con base en la interpretación, construcción y sistematización".<sup>2</sup>

No creemos necesario insistir con citas doctrinales sobre el estudio del concepto genérico de la Dogmática Penal, pues las anteriores opiniones nos expresan con nítida precisión el objeto de estudio de tal ciencia, sin que haya nece-

sidad de entenderla gramaticalmente.

Conocida la finalidad genérica de la Dogmática Penal, surge como inminente necesidad la aplicación especial de tal ciencia cuyo método de estudio es relevantemente el jurídico, a la norma penal que determina el delito y la sanción correspondiente al ilícito denominado aborto.

Delito. ¿Qué es delito?. El Código Penal de 1871 establecía que: "delito era la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".<sup>3</sup> No obstante, queremos hacer notar desde ahora el error de tal definición en el sentido de que delito no es todo lo que infringe la ley, ya que existen infracciones a la ley que no pueden ser catalogadas en el estricto sentido del concepto como delitos. "El delito no es la infracción de la ley penal, sino de los principios que informan esa ley, pues ley penal es la que define y castiga los actos u omisiones punibles y no es esa ley la que infringe o viola el delincuente, sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella. En rigor, la ley penal sólo puede ser violada por los tribunales encargados de aplicarla; violación que están destinadas a reparar los recursos de casación".<sup>4</sup>

Pero volvamos a replantear la pregunta, ¿qué es delito? Al respecto se ha hecho notorio que la doctrina no ha sido uniforme, ya que ésta varía en relación al criterio o ciencia desde la cual pretende analizársele. No obstante,

expondremos algunas definiciones que al respecto se han elaborado: etimológicamente la palabra delito, "deriva del verbo "delinquere" que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".<sup>5</sup>

Por su parte los clásicos elaboraron varias definiciones del delito. Francisco Carrara, principal exponente de esta escuela, lo define como: "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".<sup>6</sup>

Como era de esperarse también los positivistas elaboraron definiciones que pretendían demostrar que "...el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos".<sup>7</sup>

Jiménez de Asúa, con indiscutible criterio cualitativo-elabora otra definición que los juristas estudiosos del derecho clasifican como jurídico substancial y que textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".<sup>8</sup>

Interesante es hacer notar que en la brillante definición de Jiménez de Asúa, se incluyen siete elementos constitutivos del delito. No obstante, el distinguido penalista -

Fernando Castellanos Tena, al hacer el análisis de la definición anterior y exponiendo las razones que le asisten, rechaza con argumentación lógica los elementos: Imputabilidad, Punibilidad, y las condiciones objetivas de penalidad; afirmando que en la Fisiología de cualquier delito concurren como únicos elementos esenciales: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.<sup>9</sup>

Es pues en orden a los elementos señalados por Fernando Castellanos Tena como esenciales, en base a los cuales haremos el estudio dogmático del delito de aborto.

## 2.2.- LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ABORTO Y SU ASPECTO-NEGATIVO.

La conducta como primer elemento del delito de aborto se hace consistir en una manifestación de voluntad, ya en sentido positivo o negativo. Es pues, de esta manera que en el aborto se puede encontrar la más de las veces una conducta activa (acción), pero también es susceptible de encontrarse una inacción (omisión) que produce igual mutación en el mundo de los sentidos (resultado) que si se hubiera provocado al través de una actividad física.

Porte Petit confirma nuestro punto de vista al expresar: "La estructura de este delito permite las dos formas de conducta: acción u omisión, pudiéndose realizar el aborto por un movimiento corporal o por una inactividad, dando lugar, -

en este último caso, al delito de aborto de comisión por --- omisión".<sup>10</sup>

Por su parte Ranieri explica que: "La conducta del ejecutor consiste en los actos, o en el empleo de medios idó--- neos para procurar ilegítimamente el aborto, o también en -- omitir hacer cuanto se debería para evitar el aborto".<sup>11</sup>

2.2.A.- ELEMENTOS DE LA CONDUCTA.- El aborto en cuanto- delito de acción o actividad, manifiesta tres elementos --- inherentes a tal conducta positiva:

a).- Una manifestación de voluntad (un querer hacer); - es decir, un desear la muerte del producto de la concepción- llevando a cabo un comportamiento corporal voluntario; v.g., administración de píocimas abortivas, raspado de la matriz, --- succión del feto, etc. A este respecto, queremos hacer pa--- tente el vínculo indisoluble entre el elemento psicológico:- pensar, querer, desear, etc., y su manifestación al mundo de los sentidos al través de una conducta positiva.

Hay autores como Soler que piensan que: "este querer -- interno del agente no debe ser referido al evento o resulta- do externo, pues el estudio de esta relación, no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad".<sup>12</sup> Sin- embargo, otros autores entre ellos Porte Petit estiman la -- inexistencia de la acción sin la concurrencia de la volun--- tad: no hay acción sin voluntad o querer..." "La actividad- en sí, no constituye la acción, pues le falta el elemento: -

voluntad. Y ésta, igualmente no interesa al derecho penal, - puesto que el pensamiento no delinque. Se necesita del elemento psíquico y del elemento material para la configuración de la acción, forma positiva de la conducta".<sup>13</sup>

b).- Resultado.- Este elemento de la acción viene a constituirse en el efecto producido por la causa, o como dicen algunos penalistas: el resultado es la mutación que la acción realiza en el mundo exterior y la cual es perceptible al través de los sentidos. Referidas estas consideraciones al aborto, diremos, que la acción será la maniobra abortiva, en tanto que el resultado, vendría a ser la muerte del producto de la concepción.

c).- Relación de causalidad.- Este elemento es fundamental y sugiere lógica congruencia al reunir las partes en un todo: la relación entre la muerte del producto de la concepción (resultado) con la maniobra abortiva (acción).

Por otra parte, hemos indicado que el aborto es susceptible de realizarse al través de una conducta negativa (omisión) en su variante o modalidad conocida como omisión impropia, o comunmente llamada conducta de comisión por omisión.

Los tratadistas han clasificado a los delitos de omisión en dos grupos: delitos de simple omisión y delitos de comisión por omisión (delitos de impropia omisión).

Los delitos de simple omisión, "consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada con independencia

del resultado que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma", <sup>14</sup> v.gr., "...al que: requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes" (artículo 400, fracción III, C. P.).

Los delitos de comisión por omisión (impropios delitos de omisión), "son aquellos en los que el agente decide positivamente no actuar para producir con su inacción el resultado". <sup>15</sup>

Vistas las razones que anteceden, cabe concluir por lógica fuerza que el delito de aborto no es susceptible de realizarse al través de una simple omisión, en función de la naturaleza misma del ilícito que requiere de una mutación en el mundo exterior, (muerte del producto de la concepción) y que ésta además le pueda ser reprochada a alguna persona. De esta suerte, el agente podrá ser moralmente culpable, pero penalmente jamás.

Las anteriores consideraciones respecto de la omisión simple, no son referibles a la omisión impropia, toda vez que esta variante de la omisión, si es susceptible de ser idónea para lograr el resultado (muerte del feto), cuando se dejan de realizar las conductas necesarias para evitar el aborto.

La anterior afirmación, no requiere de grandes subterfugios lógicos o doctrinales para su demostración o asimila-

ción cognoscitiva, pues basta poder probar que de haber realizado la "conducta esperada", el resultado no se habría efectuado. Luego entonces, en el aborto de comisión por omisión debe encontrarse el nexo causal entre la omisión del agente y la muerte del feto, sin que se confunda este género de abortos con los cometidos por mera imprudencia.

Por otra parte, refiriéndonos al aspecto negativo de la conducta, habremos de insistir en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará. Al respecto, Castellanos Tena afirma: "si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación, positiva o negativa la base indispensable del delito como de todo problema-jurídico".<sup>16</sup>

Porte Petit expresa su opinión al respecto en los siguientes términos: "si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquélla, abarca la ausencia de acción u omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias".<sup>17</sup>

Al respecto Bettioli, citado por Pavón Vasconcelos afirma: "la acción consiste ante todo en un movimiento corporal, pero no todo movimiento corporal es acción".<sup>18</sup>

Pavón Vasconcelos afirma que: "la moderna dogmática del

delito ha precisado, como indiscutibles casos de ausencia de conducta: a la fuerza irresistible (vis absoluta), y fuerza-mayor (vis maior)".<sup>19</sup>

Al respecto, nosotros consideramos que para efectos de nuestro estudio en cuestión, nos basta con conocer que faltando la voluntad en el agente, aún cuando se provoque un aborto, éste no puede ser punible, por haberse realizado sin dolo, ni culpa del agente, antes bien, como acertadamente afirma Pacheco, citado por Castellanos Tena, "quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento".<sup>20</sup>

### 2.3.- LA TIPICIDAD EN EL ABORTO Y SU ASPECTO NEGATIVO.-

Interesante es aclarar en este punto, que la historia del tipo ha ido íntimamente ligada a la de la tipicidad; no obstante, para los fines de nuestro estudio nos limitaremos a conocer única y exclusivamente los conceptos de éstos, pues lo contrario rebasaría los límites de nuestra investigación.

En el primer caso, "el tipo" se hace consistir en la descripción de la conducta o hecho por la norma, y en el segundo de los casos "la tipicidad" consiste en la conformidad o adecuación de la conducta al tipo.

2.3.A. ELEMENTOS DEL TIPO.- Es pues, en este punto, que se hace preciso analizar los elementos configurativos descritos en el ilícito previsto en el artículo 329 del Có-

ódigo Penal:

"Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

En este orden de ideas, cabe expresar "lo taxativo" de la definición legal que con un sólo verbo -matar- determina la esencia y núcleo del tipo".<sup>21</sup> Sin embargo, no es el único elemento que encontramos en la definición, ya que aunque no se exprese, cabe deducir un segundo elemento, y éste es tan importante en la configuración del delito, que sin él, aún cuando hubiese muerte del feto no podría configurarse el ilícito; me refiero al "elemento subjetivo o moral: culpabilidad, intencionalidad, o imprudencia del sujeto activo".<sup>22</sup>

2.3.B.- PRESUPUESTOS DEL TIPO.- Francisco González de la Vega, en este punto hace notar que si bien la muerte del producto de la concepción es la única constitutiva material del delito de aborto, ello implica necesariamente tres supuestos:

- 1o.- Embarazo o preñez de la mujer,
- 2o.- Maniobra abortiva, y;
- 3o.- Elemento moral del delito: intencionalidad o imprudencias criminales.<sup>23</sup>

1.- Respecto a este supuesto, la lógica nos obliga a tenerlo presente como supuesto indispensable del delito de aborto; pues realizado éste por error en mujer no preñada nos colocaría en el supuesto de haber pretendido un delito -

imposible. Sin perjuicio claro está, de que pudiera confi-  
gurarse la tentativa o la comisión de otros ilícitos.

2.- Por lo que concierne al segundo presupuesto en la -  
comisión del delito de aborto, cabe aclarar que por maniobra  
abortiva debemos entender en el amplio significado médico --  
legal de la frase: "a la mecánica de realización del delito,  
que puede consistir en la extracción violenta y prematura --  
del producto, su expulsión provocada o su destrucción en el-  
seno de la madre".<sup>24</sup>

3.- Este último presupuesto revela gran importancia pa-  
ra los encargados de aplicar las leyes, pues ello les permi-  
te distinguir un aborto intencional o doloso, de otros no --  
intencionales o imprudentes.

2.3.C.- BIEN JURIDICO Y OBJETO MATERIAL.- Al respecto,-  
existen diferentes consideraciones que de una u otra forma -  
pretenden justificar como dijera alguien alguna vez "la ra--  
zón de la sin razón" en la pena impuesta a la mujer que vo--  
luntariamente o auxiliada por terceros, decide interrumpir -  
el desarrollo fetal de su embarazo.

Mariano Jiménez Huerta, expresa con singular elocuencia:  
"La vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y-  
jerarquía que es tutelada no sólo en su autónoma existencia-  
sino también en su fisiológica gestación".<sup>25</sup>

Gustavo Radbruch, niega que la vida del embrión humano-constituya un bien jurídico individual, afirma que es un --- bien jurídico de la comunidad, en el que la vida del feto no representa un interés ético y familiar como se ha querido -- sino un interés demográfico.<sup>26</sup>

Ante este panorama evidentemente confuso que nos ofrece la doctrina, que por un lado nos dice que el bien tutelado - por el derecho represivo es "la vida en genética gestación"; y por el otro, contraponiéndose a ésta, la que afirma que el bien tutelado es "el interés demográfico de la comunidad", - no nos queda más que admirar el gran esfuerzo hecho por es-- tos escritores en su lucha por encontrar una razón que jus-- tifique la sin razón de la pena.

No obstante, lo anterior, gran parte de los doctrinarios del Derecho Penal aceptan que el bien jurídicamente tutelado es "la vida del producto de la concepción".

Analizando las palabras de Jiménez Huerta y colocándonos en el supuesto de aceptar que la sociedad protege la vida -- genética del embrión humano, necesariamente habremos de reconocer que esa protección es completamente formal y que dista mucho de ser real, toda vez que la madre no recibe ayuda alguna por parte del Estado o de la sociedad para que su hijo- se desarrolle en condiciones de dignificante eugenesia den-- tro de su vientre. Por lo que respecta a la tesis de Radbruch, tampoco podemos aceptar tal postura en el sentido de que la-

vida embrionaria es protegida por cuanto representa un "interés demográfico de la colectividad", ya que ello implicaría que el día que ese interés se perdiera habría concluido el delito, como quizá haya ocurrido entre los países que decidieron derogarlo. Por cuanto al interés demográfico, cabe expresar lo relativo de tal afirmación en países como Japón, la India, China, etc., afectados por un alto índice de explosión demográfica.

Por aparte consideramos que las tesis sustentadas por Jiménez Huerta y Gustavo Radbruch entre otros, adolecen de estrecho dogmatismo jurídico, convirtiendo sus reflexiones en minoritarios deleites para iniciados, engendrando estériles lucubraciones marginadas de la realidad social de lo que el ordenamiento jurídico debe ser reflejo. En este mismo sentido se expresa Roxin al afirmar: "uno de los más graves defectos de la dogmática tradicional ha sido el abandono del planteamiento riguroso de los problemas políticos criminales, alejando así de la especulación jurídico-penal lo social y lo político".<sup>27</sup> Abundando al respecto, F. Van Hoorebeke y F. Dumon manifiestan, que en la represión del aborto subyacen los más delicados problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica, ya que, en definitiva se penetra en la vida y en las más íntimas convicciones de los hombres.<sup>28</sup>

Es pues, en función de las ideas que anteceden, que no podemos aceptar los anteriores conceptos de "bien jurídico tutelado" en torno del aborto. Nosotros consideramos que el-

bien jurídicamente tutelado es la vida del producto de la --  
concepción por cuanto responde al objeto de una política po-  
blacional vigente, en un país históricamente determinado.

2.3.D.- CLASIFICACION DEL ABORTO EN ORDEN AL TIPO.- Este  
delito, en orden al tipo, es:

1o.- Delito fundamental o básico.- "Es aquél que no de-  
riva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente indepen-  
diente de cualquier otro tipo".<sup>29</sup> Jiménez Huerta lo define-  
como aquél "en que cualquier lesión del bien jurídico basta-  
por si solo para integrar un delito".<sup>30</sup>

2o.- Delito autónomo e independiente.- "Es el que tiene  
vida, existencia autónoma e independiente".<sup>31</sup>

3o.- Delito formulación libre.- "Son aquéllos para los-  
cuales la ley se limita a enunciar un comportamiento genérico  
susceptible de comprender en su noción infinitas variedades,  
prefiriendo en substancia poner de relieve ciertos resulta-  
dos y la relación de causalidad, ésto es, una actividad cual-  
quiera productora del resultado mismo".<sup>32</sup>

El dogma "NULLUM CRIMEN SINE TIPO", constituye el aspec-  
to negativo del tipo. Jiménez de Asúa, explica "la ausencia-  
de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la --  
persecución contra el autor de una conducta no descrita en -  
la ley, incluso aunque sea antijurídica".<sup>33</sup>

Porte Petit expresa al respecto: "el dogma nullum cri-  
men sine tipo", constituye la más elevada garantía del Dere--

cho Penal Liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal".<sup>34</sup>

De lo anterior debemos concluir, que en el ilícito que nos ocupa, no podría presentarse el supuesto negativo del -- tipo, toda vez que este delito (aborto), se contempla en variada casuística dentro de nuestra legislación penal.

#### 2.4.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL ABORTO Y SU ASPECTO NE-- GATIVO.

El aborto es una conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa; se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.

La antijuridicidad es sin lugar a dudas uno de los elementos más importantes para la integración de los delitos en general. Es la razón y esencia del delito en sí. No obstante, este elemento tendría su natural valor si fuera de validez -- universal, lo cual en relación con el aborto no puede sostenerse; pues lo antijurídico de ayer no siempre corresponde a lo ilícito de hoy; ni lo antijurídico en la sociedad A, ne-- cesariamente lo sería en la comunidad B. Luego entonces, -- ¿es el aborto una conducta antijurídica en sí misma, o anti-- jurídica por determinación de la Ley?.

Hans Kelsen, distinguido jurista expresa con elocuencia dialéctica: "Lo determinante para el concepto de lo antiju-- rídico, no es la circunstancia de que un hecho sea contrario a los deseos de la autoridad que establece la norma; sino --

única y exclusivamente el ser la condición para la reacción específica del derecho, para el acto coactivo".<sup>35</sup>

De esta suerte el aborto, es delito porque se encuentra sancionado como tal en los códigos. Afirmar lo contrario -- implicaría aceptar que los países que lo han legalizado han legitimado un delito (Japón, Rusia, Inglaterra, etc.). Aceptar esto último implicaría tambalear las bases del sistema de derecho represivo, por lo cual y en aras de un análisis dogmático positivista, nos vemos obligados a aceptar con -- avasalladora fuerza de los hechos que el aborto es un acto calificado como delito por la norma sin que intrínsecamente constituya antijuricidad alguna.

Pero, ¿por qué es el aborto lícito en algunos países e ilícito en otros? Al respecto Kelsen expresa: "La pregunta sobre si cierta conducta del hombre es antijurídica, no puede ser contestada por un mero análisis de tal conducta; -- únicamente puede responderse sobre la base de un determinado ordenamiento legal. Una misma conducta puede ser antijurídica de acuerdo con el derecho de la comunidad A y no ser lo de acuerdo con el de la comunidad B".<sup>36</sup> En este sentido, cabe deducir que el único criterio a seguir es el que se -- desprende del derecho positivo vigente, pues sólo que el -- mismo sancione el acto, éste sería ilícito; pero si no lo sanciona por inmoral que nos parezca, por injusto, por monstruoso, por inconveniente, por antisocial ese hecho no será ilícito.

2.4.A.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.- Las causas de justificación "son aquellas condiciones que tienen el poder de - excluir la antijuricidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de - ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a - saber: la antijuricidad. En tales condiciones la acción - realizada, a pesar de su apariencia resulta conforme a de-- recho".<sup>37</sup>

Para Porte Petit, las causas de justificación, "son -- conductas o hechos realizados, no contra el derecho sino -- conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de - la Ley Penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico, pú- blico o privado".<sup>38</sup>

#### 2.5.- ABORTOS NO PUNIBLES.

2.5.A.- El Estado de Necesidad en el Aborto.- Mucho se ha discutido en la doctrina, la problemática exención de la pena en este específico caso de aborto (aborto terapéutico), en que la vida de la madre se encuentra amenazada por el -- desarrollo genético de su preñez

Art. 334.- No se aplicará san- ción: cuando de no provocarse- el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a jui- cio del médico que la asista, - oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere

posible y no sea peligrosa  
la demora. (Código Penal).

Para que proceda el estado de necesidad (aborto terapéutico) debe determinarse el peligro de muerte por el médico que asista a la embarazada, oyendo el dictamen de otro médico cuando fuere posible.

Jiménez Huerta, con notable conocimiento de la teoría del delito expresa: "Para todo aquél que tenga un concepto claro y preciso del estado de necesidad, es obvio que el contenido de este artículo es innecesario desde el punto de vista teórico y práctico".<sup>39</sup> Al respecto Pavón Vasconcelos opina que: "...tal conflicto aparente de leyes se resuelve por el principio de especialidad a favor del artículo 334, debiendo quedar bien claro que si no existiera tal precepto, de todas maneras actuaría la causa de justificación contenida en la fracción IV del artículo 15, por estado de necesidad".<sup>40</sup>

En otro orden de ideas, consideramos refiriéndonos al aborto terapéutico, que la limitación del precepto es demasiado conservadora, toda vez que éste se circunscribe al exclusivo supuesto de "salvar la vida de la mujer embarazada" pasando por alto e ignorando que "la salud de la mujer", en el amplio alcance del concepto, es digno de protección social por parte de nuestras Instituciones Jurídicas. Al respecto Gabriela Leret manifiesta, la necesidad de legislar

un aborto terapéutico; pero, no en el sentido tradicional -- con que le conocemos, sino "en base a los actuales conoci-- mientos científicos que incluyen en lugar relevante: la ge-- nética y la psiquiatría";<sup>41</sup>

2.5.B.- El aborto cuando el embarazo es producto de -- una violación.- Verdaderamente controvertida es la polémica en torno a la excención penal establecida en el artículo -- 333.

No es fácil, -afirma Jiménez Huerta- "fijar la verda-- dera naturaleza jurídica de la excención de la pena".<sup>42</sup> El mismo autor, después de exponer las razones que le asisten-- concluye por rechazar que se trate de una causa de inculpa-- bilidad, asentando que "El aborto perpetrado sobre la mujer embarazada a consecuencia de una violación, cuando se efec-- túa dentro de los cauces naturales que se derivan de la rec-- ta interpretación del orden jurídico; implica el ejercicio-- de un derecho".<sup>43</sup>

Verdaderamente incomprensible resulta para nosotros, - el sofisma de tan destacado jurista. Ejercer un derecho, -- implica ser titular del mismo, como sucede con la "cosa" en el delito de robo, fraude y abuso de confianza, entre otros delitos. No, lo que aquí sucede, es una situación en extre-- mo diferente; pues, muy distinto es que a uno le pertenez-- ca la titularidad de un derecho con todas las consecuencias inherentes a tal estado jurídico; y otra muy distinta que -

por declaración de la ley, se le permita a la mujer realizar una conducta ilícita en forma específicamente excepcional, -- que como tal, rompe la regla de nuestra conservadora reglamentación normativa.

La redacción del artículo 333 en cuestión, excluye cualquier posibilidad de entender la naturaleza de la excención de la pena como un derecho, sino antes bien, como "gracia o perdón judicial".

Art. 333.- No es punible el aborto... cuando el embarazo sea resultado de una violación. (Código Penal).

Como puede apreciarse, en la redacción sólo hay una declaración "de no punibilidad", lo cual nos pone de manifiesto que de haberla omitido el legislador, en ningún momento -- podría sostenerse (aún con todo lo que intrínsecamente pudiera tener de infamante en su contenido) que la mujer pudiera en el "libre ejercicio de un derecho" desprenderse del repugnante embarazo.

Jiménez de Asúa, notable jurista español sostiene una tesis distinta, el cual con la nítida pluma que le caracteriza, argumenta que en este supuesto nos encontramos frente a una causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra -- conducta. "En verdad, el problema debe plantearse de otro -- modo, pues ni el aborto o el infanticidio perpetrado por --

las mujeres violadas deben ser encuadrados en el estado de -  
necesidad; son casos sentimentales que se refieren a la no -  
exigibilidad de otra conducta; es decir, a la esfera de la -  
culpabilidad".<sup>44</sup> Porte Petit se adhiere a la anterior tesis.<sup>45</sup>

Ante singular punto de vista, es indiscutible que no --  
podemos ignorar el infortunado esfuerzo de dichos juristas--  
en su afán de determinar la naturaleza jurídica de la exen--  
ción penal.

Por principio, aún cuando más adelante haremos un estu-  
dio especial de la culpabilidad y de su aspecto negativo, la  
inculpabilidad, oportuno es saber lo que por este concepto -  
entiende la doctrina.

Lo cierto, afirma Castellanos Tena, con seguridad teó--  
rica es que: "la inculpabilidad opera al hallarse ausentes -  
los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y-  
voluntad".<sup>46</sup> Por su parte, Fernández Doblado escribe: "el --  
problema de la inculpabilidad, representa el examen último -  
del aspecto negativo del delito. Así solamente puede obrar -  
en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabi-  
lidad, cuando previamente no medió en lo externo una justi--  
ficación, ni en lo interno una de inimputabilidad".<sup>47</sup>

Castellanos Tena, con indiscutible lógica pragmática --  
expone al respecto: "para que un sujeto sea culpable, preci-  
sa en su conducta la intervención del conocimiento y de la -  
voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a -

esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos debe ser considerada, como causa de inculpabilidad".<sup>48</sup> Al referirse a la "no exigibilidad de otra conducta" se expresa con marcada seguridad afirmando que: "aun no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, ... en estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo)".<sup>49</sup>

De lo anterior concluimos, que no podemos aceptar la tesis de la no exigibilidad de otra conducta (inculpabilidad) por encontrarse al menos uno de los elementos en la abortante: el elemento intelectual o el elemento volitivo.

En definitiva, ¿cuál es el fundamento doctrinario de la no punición del aborto en el supuesto de la violación? La respuesta la ofrece Antonio de P. Moreno al manifestar que el aborto aludido origina una excusa absolutoria.<sup>50</sup> Lo que equivale a admitir, comenta Porte Petit "que existe un hecho típico, imputable al autor, antijurídico y culpable, pero no punible, por motivos de política criminal".<sup>51</sup>

2.5.C.- Aborto causado sólo por imprudencia de la mujer.- Es incuestionable, que esta causa especial de impuni-

dad, como acertadamente expresa González de la Vega, "es derogatoria de las reglas generales aplicables en los delitos por imprudencia..."<sup>52</sup>

Al respecto, independientemente de las razones que se han elaborado para justificar la exención de la pena, como aquello de que "ella es la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad". Nosotros consideramos, al igual que en el aborto cuando el embarazo es resultado de violación, que en este caso se trata de una excusa absolutoria; y que el resultado típico y antijurídico no es punible por meras razones de política criminal, dando pie a que casi la totalidad de abortos de que tenemos noticias oficialmente, se declaren ocasionados imprudentemente.

2.6.- LA IMPUTABILIDAD Y EL ASPECTO NEGATIVO DE ESTA.- La culpabilidad en cuanto elemento esencial para la configuración del delito, tiene como presupuesto a la imputabilidad; entendiéndola a ésta como el "conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollos mentales en el autor en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo".<sup>53</sup>

Comunmente se afirma, que la "imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental".<sup>54</sup>

Lo anterior es fácilmente comprensible, por lo ilógico que resultaría reprocharle una conducta antijurídica a un --

niño o a un alienado. Interpretando a contrario sensu, los conceptos o nociones que sobre la imputabilidad hemos citado, tendremos que reconocer a la inimputabilidad como, "todas aquellas causas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad".<sup>55</sup>

#### 2.7.- LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Jiménez de Asúa la define como: "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".<sup>56</sup> Por Petit la entiende como: "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".<sup>57</sup> Por su parte Maurach, externa el criterio de que la culpabilidad: "Es reproche al actor por haber éste abusado de su imputabilidad, en relación a un hecho punible determinado".<sup>58</sup>

Entre nosotros Castellanos Tena define a la culpabilidad como: "...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".<sup>59</sup> Ignacio Villalobos, la define como: "...el desprecio del sujeto por el orden jurídico y de los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".<sup>60</sup>

Han privado dos teorías respecto de la culpabilidad: la

teoría psicológica, "cuya meta, la esencia de la culpabilidad descansa en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, - que hace posible la aplicación de las consecuencias penales".<sup>61</sup> Por su parte Roberto Muñoz Ramón sostiene, entre otras cosas, que para los psicólogos la culpabilidad se agota sólo en el hecho psicológico.<sup>62</sup>

La teoría normativista, sostiene que "el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden jurídico una conducta diversa a la realizada".<sup>63</sup>

La concepción psicológica de la culpa es hoy en día la única que puede situarla en su auténtica dimensión. "Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional y otro intelectual. - El primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad".<sup>64</sup>

Dos modalidades puede presentar la culpabilidad en cuanto elemento esencial del delito: el dolo o intención voluntaria de causar un resultado típico, y la culpa en el cual se obra con negligencia, impericia, falta de reflexión o de-

cuidado que causa igual daño que un delito intencional.

Es pues, en orden a la naturaleza misma del aborto que requiere de la producción de un resultado típico para su configuración delictiva; que la culpabilidad, en cuanto elemento constitutivo del delito, puede presentarse en cualquiera de sus modalidades: dolosa o culposa.

El aborto de comisión dolosa es el de más común realización, y es el único punible conforme a nuestras leyes respecto de la mujer, toda vez que el provocado "sólo por imprudencia de la mujer embarazada" se encuentra amparado por una eximente de responsabilidad penal (excusa absolutoria) que formalmente proscribire su punición.

El dolo, en cuanto elemento psicológico del agente se origina como acertadamente afirma Ranieri, "por el acuerdo de voluntades, entre ejecutor y mujer encinta sobre el hecho criminoso, que se presenta en el ejecutor como la voluntad de ocasionar el aborto de una mujer encinta, y en la mujer como voluntad de prestarse a la práctica abortiva o de tolerarla".<sup>65</sup>

De lo anteriormente expuesto deducimos, que el dolo de la mujer consiste en la libre prestación del consentimiento o de la voluntaria omisión de impedir el hecho. En el tercer ejecutor, el dolo se manifiesta en la voluntad consciente y libre de ocasionar el aborto en una mujer embarazada -- tolerante.

La culpa, en cuanto modalidad del elemento culpabilidad, sugiere incuestionable problemática sobre la punibilidad del ilícito. La doctrina se divide en dos grupos:

1a.- La que sostiene la sanción por el aborto culposo sin excepción alguna.

2a.- La segunda, que sostiene que no debe punirse respecto de la mujer, pero sí con relación a terceros.

En la opinión de Porte Petit, es inaceptable la primera postura doctrinaria por excesivamente formalista; por -- cuanto a la segunda, tampoco la considera acertada por no sancionar aquellas conductas culposas con representación, -- es decir, aquella en que la mujer previó el resultado y tuvo la esperanza de que no se realizaría. En su concepto, -- debe recaer sobre ella la sanción.<sup>66</sup>

Por otra parte, la expresión, "causado sólo por imprudencia de la mujer" da pie a sutilezas, como la de punir el aborto cuando concurra la imprudencia de la mujer con la de terceros, lo cual es desde luego, contrario al espíritu de la ley que dio origen a dicha excusa absolutoria. Así ---- pues, en función de la redacción de la primera parte del -- artículo 333 del C.P., sólo los terceros pueden ser sujetos activos del delito de aborto imprudencial.

Con el nombre de inculpabilidad, se denomina al aspecto negativo de la culpabilidad.

Son dos las causas de exclusión de la culpabilidad que una parte de los doctrinarios han aceptado.

a).- El error, y

b).- La no exigibilidad de otra conducta.

El error, entendido como la falsa noción que se tiene de la realidad, implica una aptitud psíquica del sujeto frente al mundo cognoscitivo.

El error a su vez se divide, entre muchas otras categorías, en error de hecho y error de derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca aberratio ictus, aberratio in personae y aberratio delicti.

Para efectos de nuestro estudio, sólo analizaremos el error de hecho, toda vez que, el de derecho no tiene trascendencia, en virtud de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha.

Error esencial de hecho.- En el error esencial "el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo",<sup>67</sup>

Al respecto, no podemos aceptar que esta forma de error esencial constituya una causa de inculpabilidad; por-

que aún, en el supuesto de que la embarazada creyera conforme a derecho interrumpir su embarazo; éste sería completamente antijurídico si no se encuentra amparada su conducta por una excusa absolutoria (excluyente de responsabilidad).

El error accidental.- Es accidental cuando recae sobre circunstancias secundarias del hecho.

a).- Error en la persona.- Tampoco constituye un caso de impunidad (inculpabilidad); ya que en el supuesto de que por error un tercero practicara el aborto en mujer embarazada distinta de la que el agente suponía, esto, lejos de constituir una excluyente de responsabilidad, puede convertirse en una agravante.

b).- Error en el delito.- Se suscita en el supuesto, en que el agente pretendiendo practicar un aborto de los previstos como punibles; por error en la maniobra abortiva se produce la muerte. Aquí tampoco consideramos esta clase de error como excusa absolutoria.

c).- Error en el golpe.- No interesa su análisis a nuestro estudio.

Por otra parte, hemos dejado asentado que los normativistas sostienen que otra de las formas de inculpabilidad es la "no exigibilidad de otra conducta".

Con la frase no exigibilidad de otra conducta afirma -- Castellanos Tena, "se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado obedece a una situación especialísima apremiante, que hace excusable ese comportamiento".<sup>68</sup> Con lo cual, sin lugar a dudas se da a entender, que ésta -- constituye una causa o forma negativa de la culpabilidad.

Al respecto Ignacio Villalobos, con aguda convicción -- psicológica, expresa: "cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de -- nobleza o emotividad, pero no de derecho,... Se trata de infracciones culpables cuyo objeto, por indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la -- perversidad y el espíritu egoísta y antisocial".<sup>69</sup>

Por nuestra parte, al analizar el aborto cuando el em-- barazo es producto de una violación, manifestamos que no --- considerábamos a la "no exigibilidad" como la razón de la -- naturaleza de la exención de la pena, es decir, como una cau-- sa de inculpabilidad; antes bien hicimos notar, que en un es-- tricto análisis dogmático, la causa de la exención se debía-- a una excusa absolutoria en virtud de una específica políti-- ca criminal.

Alguna solución, afirma Villalobos: "se ha de buscar, -- en el terreno de la conveniencia política, al problema que --

en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del derecho".<sup>70</sup>

Como puede observarse, el distinguido tratadista reconoce que en el supuesto de aquellas conductas en que se afirma por algunos, la no exigibilidad de otra conducta, si existe el acto típico antijurídicamente culpable; sólo que, en nuestro concepto, por razones de eminente directriz política no se castigan, creando con ello excepciones a la regla general que pune tales conductas.

## BIBLIOGRAFIA

### II

- 1.- Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamien--  
tos de la Parte General de Derecho Penal. Pág. 30.  
Ed. Porrúa, México, 1978.
- 2.- Ibid. Págs. 31 y 32.
- 3.- Código Penal, artículo 4o. México, 1871.
- 4.- Celestino Porte Petit. Opus citatum. Pág. 244,
- 5.- Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementa--  
les de Derecho Penal. Pág. .25. Ed. Porrúa, México,  
1975.
- 6.- Cfr. Fernando Castellanos Tena. Opus citatum. Págs.  
125 y 126.
- 7.- Ibid. Pág. 129
- 8.- La Ley y el Delito. Pág. 256. Ed. A. Bello. Cara--  
cas, 1975.
- 9.- Cfr. Fernando Castellanos Tena. Opus citatum. Pág.  
130.
- 10.-Celestino Porte Petit. Dogmática sobre los delitos  
contra la vida y la salud personal. Pág. 218. Ed.-  
Porrúa. México, 1978.
- 11.-Manuale Di Diritto Penale, parte speciale, III. --

- Pág. 111. Padova, 1952.
- 12.-Derecho Penal Argentino, I. Pág. 296. Buenos Aires, 1956.
  - 13.-Cfr. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Pág. 303.
  - 14.-Fernando Castellanos Tena. Opus citatum. Pág. 136.
  - 15.-Ibid. Pág. 136.
  - 16.-Ibid. Pág. 162.
  - 17.- Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Pág. 405.
  - 18.-Manual de Derecho Penal Mexicano. Pág. 244. Ed. Porrúa. México, 1978.
  - 19.-Ibid. Pág. 244.
  - 20.-Opus citatum. Pág. 162.
  - 21.-Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, II. Pág. 184. Ed. Porrúa. México, 1979.
  - 22.-Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Pág. 130. Ed. Porrúa. México, 1979.
  - 23.-Cfr. Opus citatum. Pág. 130.
  - 24.-Ibid. Pág. 132.
  - 25.- Opus citatum. Pág. 183.
  - 26.-Cfr. Gabriela Leret de Matheus. Aborto, prejuicios

y Ley. Pág. 214. Ed. B. Costa Amic Editor. México, 1977.

27.- Cfr. Gerardo Landrove Díaz. Política Criminal del aborto. Pág. 11. Ed. Bosch. Barcelona, 1976.

28.- Ibid. Pág. 11.

29.- Porte Petit. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Pág. 448.

30.- Ibid. Pág. 448.

31.- Ibid. Pág. 449.

32.- Ibid. Pág. 452.

33.- Opus citatum. Pág. 263.

34.- Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Pág. 465.

35.- La Teoría Pura del Derecho. Pág. 53. Ed. Nacional. México, 1974.

36.- Teoría General del Estado. Pág. 60 y 61. Ed. Porrúa, México, 1976.

37.- Castellanos Tena. Opus citatum. Pág. 181.

38.- Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Pág. 491.

39.- Cfr. Celestino Porte Petit. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la integridad corporal.- Pág. 229.

- 40.- Cfr. Ibid. Supra. Pág. 229.
- 41.- Opus citatum. Pág. 219.
- 42.- Opus citatum. Págs. 195, 196 y 197.
- 43.- Opus citatum. Pág. 194.
- 44.- Tratado de Derecho Penal, IV. Pág. 403. Buenos --  
Aires, 1953.
- 45.- Dogmática sobre los delitos contra la vida y la --  
salud personal. Pág. 238.
- 46.- Opus citatum. Pág. 253.
- 47.- Cfr. Fernando Castellanos. Opus citatum. Pág. ---  
254.
- 48.- Opus citatum. Pág. 254.
- 49.- Ibid. Pág. 254.
- 50.- Videtur. Dogmática sobre los delitos contra la --  
vida y la salud personal. Pág. 238.
- 51.- Ibid. Pág. 238.
- 52.- Francisco González de la Vega. Derecho Penal Me--  
xicano. Págs. 133 y 134. Ed. Porrúa. México, 1979.
- 53.- Fernando Castellanos Teña. Opus citatum. Pág. 218.
- 54.- Ibid. Pág. 218.
- 55.- Ibid. Pág. 223.
- 56.- Ibid. Pág. 231.

- 57.- Ibid. Pág. 232.
- 58.- Videtur. Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de -  
Derecho Penal Mexicano. Pág. 348. Ed. Porrúa, Méxi-  
co 1978.
- 59.- Opus citatum. Pág. 232.
- 60.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 272. Ed. Porrúa. Mé-  
xico, 1960.
- 61.- Francisco Pavón Vasconcelos. Opus citatum. Pág. -  
349.
- 62.- Cfr. Fernando Castellanos. Opus citatum. Pág. 233.
- 63.- Ibid. Supra. Pág. 234.
- 64.- Ibid. Supra. Pág. 232.
- 65.- Manuale Di Diritto Penale. Parte speciale, III,-  
Pág. 113. Padova, 1952.
- 66.- Vid. Dogmática sobre los delitos contra la vida y  
la salud personal. Págs. 265 y 266.
- 67.- Vid. Castellanos Tena. Opus citatum. Pág. 256.
- 68.- Ibid. Opus citatum. Pág. 263.
- 69.- Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Págs.  
421 y ss. Ed. Porrúa, México, 1960.
- 70.- Ibid. Supra. Pág. 421 y ss.

MODERNAS CONCEPCIONES SOBRE  
EL DERECHO AL ABORTO

CAPITULO III

### 3.1.- EL EMBRION: ¿PERSONA O FICCIÓN JURÍDICA?

Es obvio, que el sólo título de este subtema despertará la repulsa de algún respetable penalista, por considerar de ilógica incongruencia abordar un tema eminentemente civil en una investigación de contenido criminal.

Para nosotros que aceptamos decididamente el carácter secundario y derivado de nuestra disciplina, no creemos incurrir en error de sistemática al analizar las muchas veces discutida tesis de nasciturus como figura paralela del ---- aborto. Sin embargo, creemos necesario determinar la verdadera naturaleza del carácter del Derecho Penal, para de ahí partir hacia el análisis de nuestro planteamiento en cuestión.

Existe viva polémica en torno a la determinación de la caractereología del Derecho Penal. La doctrina se divide - en tres corrientes, a saber:

- 1a.-La que sostiene el carácter constitutivo.
- 2a.-La que sostiene el carácter sancionador.
- 3a.-La que sostiene su carácter autónomo y sanciona--  
dor.

La corriente doctrinaria que sostiene la autonomía susu tenta su fundamentación argumentando, que de no admitirse - el carácter constitutivo de esta disciplina, equivaldría a-

declarar que "ésta impone sanciones a violaciones de preceptos contenidos en otros sectores del ordenamiento, con la consecuencia de que el Derecho Penal sería verdaderamente acéfalo, conjunto legislativo del cual no emanan disposiciones, derecho encojado o cojo que debe pedir muletas -- para poder caminar en su fatigosa marcha".<sup>1</sup>

Por lo que respecta a la segunda corriente, es evidente la argumentación de quienes aceptamos el carácter sancionador del Derecho Penal, por cuanto se descubre en su contenido el carácter represivo del mismo, tutelando conductas o hechos ya regulados en otras ramas del Derecho. Por Petit, al analizar este punto de vista comenta que la norma penal supone para los partidarios de la tesis sancionadora, otra norma de naturaleza no penal produciéndose con ello -- una doble antijuricidad".<sup>2</sup>

Eduardo Novoa, hace notar que el adjetivo de "secundario" atribuido al Derecho Penal, al negarle carácter constitutivo, ha despertado la antagónica opinión de notables penalistas considerando que el carácter sancionador lo coloca en un plano de inferioridad con relación a otras ramas del Derecho. Por ello -dice Novoa- han tratado de demostrar "que el Derecho Penal es tan importante como cualquier derecho constitutivo, arguyendo que él es autónomo en la determinación de los hechos punibles sometidos a sus sanciones,-

o como lo expresan en términos que aún no hemos explicado, - que es soberano en la acuñación de los tipos. El afán nos - parece pueril. Que el Derecho Penal sea sancionatorio y no - constitutivo, no le resta ni categoría científica ni jerar- quía jurídica. Por el contrario, de ahí deriva su trascen- - dencia: ser apoyo indiscutible para el ordenamiento jurídi- - co general y estar ligado más que rama alguna del derecho, - a la eficacia y subsistencia de ese ordenamiento".<sup>3</sup>

Pavón Vasconcelos dice: "que la ley penal surge por la existencia previa de las normas de cultura que la exigen; - en ese sentido el Derecho no es constitutivo sino simplemen- - te sancionador".<sup>4</sup>

La misión del Derecho Penal -afirma Novoa- "Es dar am- paro, con la más enérgica de las reacciones de que es capaz el Derecho, a los bienes jurídicos que tienen mayor jerar- quía y significación social. Estos bienes jurídicos vitales pueden emanar por ejemplo, del Derecho Constitucional (inte- gridad institucional y garantías constitucionales), del De- recho Administrativo (deberes esenciales de los funcionarios públicos), del Derecho Civil (derecho de propiedad), del De- recho Comercial (eficacia del cheque), etc. Cuando se aten- ta contra uno de estos bienes jurídicos, quebrantando la -- norma consagrada respecto de ellos por la pertinente rama - jurídica, en la forma determinada por el precepto penal, se comete un delito, porque el legislador penal estimando el -

alto valor de aquellos bienes ha descrito como delictuosas- esas conductas atentatorias y ha prefijado para ellas una - pena".<sup>5</sup>

La tercera corriente, de filosofía ecléctica pretende conciliar ambos extremos afirmando: "El Derecho Penal es por regla general constitutivo y por excepción sancionador".<sup>6</sup>

Es pues, en atención al criterio sancionador que norma nuestro punto de vista, en virtud del cual haremos el análisis de la doble tutela jurídica del embrión humano.

Importante es aclarar, que nosotros como partidarios - del carácter secundario de nuestra disciplina consideramos- que el Derecho Penal en cuanto ciencia auxiliar de gran número de ramas jurídicas protege bienes ya tutelados en otros ordenamientos, como acertadamente ha descrito Novoa y corroborado Pavón Vasconcelos entre muchos otros juristas.

3.1.A.- ANALISIS DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL HOM-- BRE.- ¿Qué es persona?.- "La palabra persona viene del la-- tín, donde entre otras cosas, significa "máscara". Dicha -- etimología es interesante y demuestra que desde sus orige-- nes el concepto de persona ha sido algo artificial, una crea-- ción de la cultura y no de la naturaleza. No interesan al - derecho las calidades reales, físicas o psíquicas de los su-- jetos del derecho, sino algunas características relevantes- para la relación jurídica del sujeto en cuestión: que sea - de tal nacionalidad, que tenga su domicilio en tal parte, -

que sea mayor de edad, etc.; estos datos forman, juntos, la máscara que este determinado actor lleva en el drama del De recho".<sup>7</sup>

La capacidad. ¿Qué es la capacidad?. "La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la falta de capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad".<sup>8</sup>

Si la capacidad es un atributo de las personas físicas, luego entonces, ¿cuándo se inicia la personalidad?

Art. 22.- "La capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".<sup>9</sup>

¿Cuáles son esos efectos a que hace referencia el artículo transcrito? Es innegable que la única finalidad para lo cual ha sido adoptada en nuestra legislación la citada ficción del nasciturus es con el objeto de proteger posibles derechos patrimoniales del concebido en el supuesto de que sea titular de algún derecho sucesorio, v.gr., derecho a --

heredar, a recibir en legado o en donación; también es la base para determinar su condición de hijo legítimo o natural.<sup>10</sup>

En estricto derecho, ¿cuándo empieza la personalidad del hombre? El artículo 22 del Código Civil establece que con el nacimiento. ¿Es suficiente el nacimiento de un hombre para que se considere iniciada la personalidad? Decididamente, no. El artículo 337 del mismo ordenamiento establece condiciones sin las cuales nunca ni nadie se puede reputar nacido.

Art. 337.- "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".<sup>11</sup>

Establecido el nacimiento como el punto de inicio de la personalidad humana, y entendida ésta como "el recurso mental artificial... creado por el conocimiento jurídico para lograr una exposición más intuible del material a dominarse..."<sup>12</sup> debemos concluir que sólo es hasta este momento en el que el nuevo ser se hace acreedor a una protección jurídica independiente de la que corresponde a la madre, en cuanto sujeto de derecho.

Nicolás Coviello así lo ha entendido: "La personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno; pues éste es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que corresponde a la madre".<sup>13</sup>

Luego entonces, refiriendo estas consideraciones de innegable veracidad jurídica al absurdo sostenido por nuestros tratadistas que establecen como bien jurídicamente tutelado en el delito de aborto, a la genética vida embrionaria, debemos hacer notar, que esta tutela o protección jurídica no se puede entender como independiente de la que corresponde a la madre en cuanto persona física investida de plena personalidad; y mucho menos podemos brindar protección y tutela a "indefinidos destinatarios del derecho" en detrimento de la protección que se debe a la mujer en cuanto persona física digna de autónoma tutela y protección jurídica.

De lo anterior se desprende la inconcebible realidad que equipara la existencia de la mujer con la del cigoto humano al considerar el aborto como un delito contra la vida. Al respecto, cabría preguntarse si el óvulo fertilizado o el embrión son realmente seres humanos, y si es lícito igualar sus derechos con los de la mujer de la cual forma parte.

Jacques Monod, premio Nobel de Fisiología y Medicina--

al respecto expresa: "...es un error simultáneamente antropológico y biológico considerar que un feto de algunas semanas es una persona humana. Pretender tal cosa no pertenece a los dominios de la Sociología, ni de la Antropología, ni de la Biología, sino a la Metafísica pura. Esa confusión -- sirve para hacer creer que un aborto precoz equivale casi a un infanticidio. La persona humana está ligada a las actividades del sistema nervioso central que no se encuentra formado antes del 4o. ó 5o. mes..."<sup>14</sup>

Por su parte Francois Jacob, también Premio Nobel de Fisiología y Medicina, en relación con el aborto se expresa en los siguientes términos: "...el aborto continúa siendo, para muchos, el objeto de un odio que tiene más que ver con una pasión que con una razón...la vida no comienza en ningún momento; continúa desde hace tres millones de años. Un espermatozoide aislado no es menos vivo que un huevo. Entre el huevo y el recién nacido no hay un momento privilegiado, ni etapas decisivas que confieran súbitamente dignidad de persona humana. Hay una evolución, una serie, sin fallas, de reacciones y síntesis, a través de las cuales se modela, poco a poco, el principio del hombre. La persona humana no -- aparece en un momento preciso".<sup>15</sup>

Pero, volviendo a las consideraciones jurídicas, preciso es dejar asentado el argumento de que el nasciturus, no puede ser sujeto de derechos por cuanto carece de la más mi

nima personalidad jurídica, pues ésta se inicia como hemos-dejado asentado, después de veinticuatro horas de nacido un ser humano, o bien, después de haber sido presentado vivo - al Registro Civil; y que si bien es cierto que por declaración expresa de la ley se debe tener por nacido al concebido para los efectos declarados en el Código, esto desde luego no implica que sea cierto, pues la ley no quiere decir, - ni lo dice, que debe considerársele ya como persona; y adn- menos si tenemos en cuenta las condiciones establecidas pa- ra otorgar tal calidad. Por lo que respecta a los efectos - de dicha ficción, ya hemos dejado asentado que se trata de- meros beneficios sucesorios, sin ninguna implicación que -- indique que dichos beneficios o derechos deban colocarse -- sobre una base de sustancia personal del mismo. "En estos - efectos la ley, más que atribuir desde luego derechos al -- concebido, tiende a limitar los de los demás, en atención - al tuturo bien de ese ser que aún no ha nacido".<sup>16</sup>

En definitiva, consideramos necesario recordar que ni- la fisiología, ni la medicina, han podido determinar el mo- mento en que el cigoto adquiere el carácter de persona huma- na; por lo cual consideramos incorrecto tutelar la genética vida intrauterina en aquellos estadios en que su propio de- sarrollo depende de la vida de otro ser. Encontrándose el - feto en la misma situación de dependencia del cuerpo de la- madre que las manos o los ojos de ella. El feto tiene vida,

pero una vida celular, orgánica y no una vida independiente del cuerpo de que es parte. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, el aborto tipificado como delito por --- nuestra legislación positiva, sólo se concibe como ominosa-contradicción al incluir a éste entre los delitos contra la vida e integridad corporal, equiparando esta rudimentaria - vida con la vida de la mujer que tiene que sucumbir en la - clandestinidad, desprotegida por una sociedad que la ha va- luado menos que un cigoto y que le exige parir a ese hijo - lo quiera o no.

3.2.- LA MATERNIDAD ES UN DERECHO QUE PUEDE SER REHU-- SADO POR LA MADRE.

1.- Consideraciones históricas sobre el mito de la ma- ternidad.- Controvertida debe resultar esta postura para -- aquellos distinguidos penalistas que estiman que el aborto- libre o a petición, jamás y en ningún supuesto puede conver- tirse en un derecho libremente ejercitado por sus titula--- res: las mujeres.

En verdad no es ni excéntrica ni inmoral como puede -- creerse a primera vista la concepción de la libre materni-- dad; y decimos que no puede ser inmoral porque lo que en -- definitiva se busca al través del aborto como caso extremo- de control natal, es el de preservar la salud y en ocasio-- nes la vida de las destinatarias de dichas reglas morales-- que sucumben víctimas de la clandestinidad abortiva a que - son orilladas por una sociedad periclitada en sus concepcio\_

nes y principios éticos y de justicia. Una moral y una ley que exijan el cumplimiento de sus principios hasta el límite de hacer peligrar la salud y la vida de sus destinatarios, creemos que encierra una extraña y cruel contradicción.

Interesante en extremo resulta para los fines de nuestro estudio remontarnos aunque sólo sea en forma breve y limitada a los antecedentes de la oprimida historia femenina y de sus movimientos reivindicatorios al través de los cuales se ha buscado el cese de la discriminación femenina en todos los ámbitos de la vida social. Sin embargo, y pese a los avances logrados en dichos movimientos nacionales e internacionales subsiste como impronta imborrable de los prejuicios masculinos el que la mujer en función de su natural constitución fisiológica se aparte de su natural destino: la maternidad, para dedicarse a otras actividades productivas de la vida nacional.

La mujer expresa Gabriela Leret, "...desde que nace, está signada por ese destino inexorable: ser madre. Nada más. Así se ha construido nuestra civilización. La maternidad es la única que, hasta ahora se le ha permitido a la mujer. Se le ha rodeado de excelsitud. Se le ha sublimado. Y, también se le ha sacrificado por ella.

Si nos remontamos a la vida más conocida sobre la tierra y estudiamos detenidamente a la Venus de Willendorf, veremos que la femineidad, treinta mil años antes de nuestra

era se halla representada por unos pechos y un vientre enorme. La figura, como todas las similares talladas en ese tiempo, no tiene cara. ¿Para qué quiere cara si su única función es la reproductiva? Los signos evidentes así lo manifiestan: un vientre y unos senos enormes. Esa es la mujer".<sup>17</sup>

Extraño y paradójico resulta el hecho de que a través de los tiempos las sociedades y las leyes hayan marginado a la mujer de todo tipo de actividades que no fuera exclusivamente el de la maternidad y el de las labores domésticas, -- por considerarla incapaz de realizar otras funciones diferentes a las de su natural fisiología. Ello dio origen, o al -- menos, coadyuvó en el marginado status social del sector femenino. Al respecto el eminente filósofo inglés, John Stuart Mill expresó:

"Si, en efecto, se creyese que los únicos papeles reservados por la naturaleza a la mujer son los de esposa y madre, entonces lo lógico habría sido dar las mayores facilidades -- para el cumplimiento de tales funciones, y permitir a las -- mujeres que ellas pudiesen tomar la iniciativa en las pro--- puestas de matrimonio. Pero la mayor parte de las veces, a -- lo largo de la historia, la realidad ha sido la contraria. -- Originariamente las mujeres eran tomadas por la fuerza o ven-- didas por su padre a su futuro marido."<sup>18</sup>

El mismo Stuart Mill al analizar las muchas veces pre-- tendida interioridad femenina concluye al respecto: "La auto

ridad de los hombres sobre las mujeres al ser establecida -- inicialmente, no fue el resultado de una comparación consciente entre los diferentes modos de constituirse el gobierno de la sociedad. Ese privilegio tampoco fue el resultado de una deliberación, ni menos de ningún principio, ni religioso ni filosófico firmemente establecido. Las más de las veces tuvo como origen el hecho de que la mujer, por causa de poseer -- menor fuerza muscular, se encontró dominada por algún hombre. Ahora bien, las leyes y los sistemas políticos suelen empezar reconociendo las situaciones que encuentran ya preexistentes; y, así, convirtieron lo que era un hecho meramente físico en un derecho subjetivo a favor del varón... En fin de cuentas, la inferioridad de la mujer en cuanto a sus derechos es simplemente el efecto de la ley selvática de la fuerza... Por otra parte, ha sucedido que desde hace tiempo las gentes han perdido la conciencia del origen de esa desigualdad, y la -- han encontrado como formando parte de las convicciones sociales vigentes, las cuales han enmascarado la primaria base de brutalidad de ese prejuicio... En la mayor parte de los países la esclavitud fue abolida; pero, en cambio, no lo ha sido la sujeción de las mujeres a los hombres en muchos aspectos...<sup>19</sup>

Elocuentemente brillante y evidente resultan las consideraciones del eminente filósofo inglés. No obstante, a ello queremos agregar, que también la natural fisiología femenina contribuyó en parte a esas arbitrarias concepciones de infe-

rrioridad respecto de la mujer. De esta suerte, la historia--  
nos muestra cómo entre algunos pueblos y tribus primitivas -  
se han establecido prejuicios y actos de humillante repudio-  
en contra de la mujer por su natural flujo menstrual. Así -  
por ejemplo, entre los hebreos la menstruación dio origen a-  
numerosos ritos de purificación como se desprende de los si-  
guientes versículos bíblicos del Libro de Levítico, capítulo  
15: Versículo 19. "La mujer que padece la incomodidad ordina-  
ria del mes, será inmunda por siete días. 20. Cualquiera que  
la tocara, quedará inmundo hasta la tarde. 21. Aquello sobre  
que durmiere o se sentare en los días de su impureza, queda-  
rá inmundo. 22. Quien tocara su lecho, lavará sus vestidos,-  
y el mismo, después de lavarse en agua, quedará inmundo has-  
ta la tarde. 23. Quien tocara cualquier mueble sobre el cual  
ella se hubiere sentado, lavará sus vestidos, y él mismo, --  
después de lavado con agua, quedará inmundo hasta la tarde.-  
24. Si un hombre se junta con ella en el tiempo de la sangre  
menstrual, quedará inmundo siete días y toda cama en que ---  
durmiere quedará inmunda. 25. La mujer que padece flujo de -  
sangre muchos días, fuera del curso ordinario o aquella que-  
después de pasado el período menstrual prosigue con el flujo,  
mientras le dure esta enfermedad quedará inmunda, como si --  
estuviera en el tiempo de su menstuo. 26. Toda cama en que-  
durmiere, y todo mueble sobre el cual se sentare quedarán --  
inmundos. 27. Cualquiera que tocara estas dos cosas lavará -  
sus vestidos; y él mismo después de haberse lavado en agua,-

quedará inmundo hasta la tarde. 28. Si la sangre para y cesa de fluir, contará siete días después de su purificación. 29. Y al octavo día, ofrecerá por sí al sacerdote dos tortolas o dos pichones a la entrada de la tienda de la reunión. 30. De las cuales el sacerdote sacrificará uno por el pecado y otro en holocausto y hará el rito de la expiación sobre ella delante del señor para purificarle de su inmundicia"<sup>20</sup>

Así pues, en función de la selvática ley de la fuerza y de los prejuicios religiosos, además de la ominosa costumbre de los pueblos, quedó hechada la suerte de las mujeres, y nosotros que por adscripción a la tradición bíblica habríamos de preservar al través de los siglos, dejando al margen de la vida religiosa y pública a la mitad del género humano.

Gabriela Leret, al hacer el comentario de los bíblicos prejuicios antifeministas, anteriormente señalados, expresa al respecto: "Un ser impuro no podría estar en unión constante con Dios, y mucho menos, tocar los objetos sagrados. De ahí que le excluyeran del culto activo. Bastante se le perdonaba la vida dejándola entrar en el templo para que se arrepintiera de su repugnante naturaleza física. Como secuela de ello queda todavía la obligación impuesta a la mujer de cubrir su cabeza antes de penetrar a la iglesia"<sup>21</sup>

De esta suerte, la mujer en cuanto ser inmundo por antonomacia sólo tenía una alternativa en su vida: ser madre, convirtiendo lo que debiera ser una feliz experiencia fisiológica de la mujer en un estigma de sumisión y dependencia.-

La maternidad se convirtió de esta manera en el único vínculo que unía a la mujer con el marido, pues a la estéril se le podía repudiar y abandonar, debiendo ésta, en consecuencia, buscar una sirvienta para ofrecérsela al esposo. A modo de ejemplo citamos los casos de Raquel, que dio su esclava a su esposo Jacob para que éste tuviera hijos al través de ella; y el caso de Sara, que dio por mujer a su esclava Agar para que su esposo Abraham la tomara.<sup>22</sup>

Estas son pues, las tradiciones y costumbres que al través de los siglos van creando el convencimiento social de que la mujer es un ser sometido y dependiente sin otra función en la vida que la de ser madre.

2.- Consideraciones varias sobre la maternidad y los hijos no deseados.- La maternidad, como hemos dejado asentado en páginas anteriores, desempeñó hasta ya entrado el siglo XX la única posibilidad de realización que como ser humano tenía la mujer, ya que a la estéril se le podía repudiar y cambiar por otra que demostrase con abundancia su fertilidad, pues esa era la única característica femenina que era apreciada por las comunidades, ya que como hemos demostrado, a la mujer se le consideró un ser inmundo por naturaleza, que debía de realizar ritos de purificación a lo largo de la mayor parte de sus días, viviendo siempre en dependencia y sujeta a la autoridad patriarcal, alejada por completo de cualquier otra actividad, permaneciendo en inmanente y severa pasividad.

Simone de Beauvoir al analizar la cosmología del universo ha descubierto que desde los tiempos más antiguos se construyó sobre la base del antagonismo de las fuerzas físicas, - en vez de construir sobre la base de la armonía de las leyes universales que se complementan como un todo armónico; "si nos remontamos a las teogonías primitivas que tratan de explicarse el surgimiento, la existencia y la estructura del universo, encontramos dos fuerzas que más que complementarse en una colaboración armónica, se oponen en una lucha en que la conciencia, la voluntad, el espíritu, lo masculino, en fin, subyuga a lo femenino que es pasividad inmanente, que es inercia.

Sol que vivifica y mar que acoge su dádiva; viento que esparce la semilla y tierra que se abre para la germinación; mundo que impone el orden sobre el caos; forma que rescata de su inanimidad a la materia, el conflicto se resuelve indefectiblemente con el triunfo del hombre"<sup>23</sup>

Pasividad inmanente. Inercia. - Hipocresía. ¡Eso es lo que hemos obtenido como respuesta de las mujeres que ni son pasividad, ni son inercia.- Al respecto Rosario Castellanos expresa lo siguiente: "Se ha acusado a las mujeres de hipócritas y la acusación no es infundada. Pero la hipocresía es la respuesta que a sus opresores da el oprimido, que a los fuertes contestan los débiles, que los subordinados devuelven al amo. La hipocresía es la consecuencia de una situación, - es un reflejo condicionado de defensa - como el cambio de co-

lor en el camaleón- cuando los peligros son muchos y las opciones son pocas".<sup>24</sup>

Pero volvamos nuevamente sobre el tema de la maternidad que con tanta excelstitud ha sido tratado durante el paso de los siglos. Efectivamente, las modernas ciencias que estudian y escudriñan el alma del ser humano, han puesto de manifiesto que el niño necesita del calor materno, en la misma proporción que necesitan de la presencia del padre. Sin embargo, - reconocemos que este descubrimiento nos ha llegado demasiado tarde, cuando los patrones de conducta se encuentran basados y estructurados sobre el mito de la maternidad del cual aparece completamente excluída la paternidad.

La sociedad, comenta Gabriela Leret: "ha creado una serie de mecanismos encaminados a acondicionar a la mujer a -- ese inexorable destino. Para ello se ha colocado a la función maternal en un pedestal, sublimándola y pretendiendo ignorar, con ello que la mujer, como hermana gemela del hombre, es su jeto de las mismas características psíquicas que el varón. - De ahí que toda mujer que haya adoptado una actitud diferente a la establecida por el medio social, es decir, haya renegado de su papel de madre, sea considerada un ser anormal"<sup>25</sup>

Rosario Castellanos también emite su opinión al respecto en los siguientes términos: "si la maternidad no fuera más que una eclosión física como entre los animales, sería anatema.- Pero no es ni una eclosión física, porque eso implicaría una euforia sin atenuante que está muy lejos del espíritu que la

sociedad ha inbuído en la perpetuación de la vida"<sup>26</sup>

Con lo anteriormente expuesto, creemos haber puesto de relieve que la maternidad en la forma en que ha sido concebida por las diferentes civilizaciones, ha sido más que un hecho de la naturaleza, más que un mero fenómeno de la fisiología femenina; ha sido un mito, y como tal, intangible e irreal como el concepto mismo, y lo que es peor, la mujer ha aceptado a regañadientes su inexorable destino. Sin embargo, hay una interrogante que no podemos evitar: ¿cuáles son las consecuencias que trae aparejadas la maternidad no deseada - en la madre y en el niño?

Hasta hace sólo algunos años a nadie se le hubiera ocurrido siquiera imaginar que alguna mujer pudiera no querer a sus hijos. No obstante, las modernas ciencias que estudian la profundidad de los pensamientos del ser humano han demostrado clínicamente, numerosísimos casos de repudio de los hijos, y nosotros que sin ser doctos en dichas ciencias creemos vislumbrar casos específicos de repudio, v.gr., en el infanticidio, en el abandono de niños, en el síndrome de niños maltratados, etc.

La doctora Natalie Shainess, psiquiatra y psicoanalista conocida por su labor sobre psicología femenina y autora de numerosos artículos entre los cuales destacan: "La experiencia psicológica del parto"; "Identidad femenina y maternidad"; "Estructura del encuentro materno"; Relaciones madre e hijo"; "Aborto"; "Derecho al aborto"; etc., expresa: "que un

niño no deseado siempre crea y con posterioridad experimenta dificultades, que se expresan durante el embarazo, en el parto y en el período posterior a éste, traduciéndose luego en la particular dinámica o modos de relación entre madre e hijo. Opina además, "que un hijo rechazado, no deseado o no -- aceptado, es invariablemente un hijo odiado... Una mujer que no puede aceptar su embarazo se deprime y queda deprimida. - Esta depresión puede perdurar y adoptar todo tipo de formas. Puede ser una depresión neurótica o convertirse en diversos -- estados psicóticos. La mujer nunca vuelve a ser la misma. No le queda otra alternativa que seguir adelante, aceptando un -- destino inexorable. Y, entonces, aparecen reacciones tanto - psicológicas como fisiológicas respecto al niño"<sup>27</sup>

Por su parte la doctora Judith Bruce, graduada en An-- tropología Biológica en la Universidad de Harvard, expone la tragedia del niño no deseado. Opina: "una mujer nerviosa que no quiere tener un hijo puede causar en el niño una predis-- posición nerviosa desde su nacimiento. Si la mujer no quiere al hijo, cuando éste nace, aquella se convierte, ante los -- ojos de la sociedad, en una madre, pero el niño puede conver -- tirse en un vegetal... Una de cada tres o cuatro familias - pobres tiene un hijo no deseado. Se comprueba que los hijos no deseados están disminuidos social y psicológicamente"<sup>28</sup>

Por su parte, Wilhem Stekel, con un criterio peculiar-- mente extremo y tendencioso, pero no por ello menos verdade--

ro expresa: "¡sostengo que las gentes desdichadas no tienen derecho a tener hijos. Y, sin embargo, ¿qué es lo que vemos en el mundo? Precisamente son las mujeres desgraciadas las que buscan la maternidad para dar sentido a su vida. El hijo tendrá por misión llenar el vacío de su existencia. Esas mujeres desean tener un objeto de amor o de juego, lo cual es perjudicial para el niño e incluso puede serle fatal. En ningún caso debe servir el hijo para llenar una laguna en la existencia de gentes desocupadas a causa de su inutilidad. Los seres decepcionados, fracasados, ven en sus hijos, la revancha de sus esperanzas rotas. (¡Lo que yo no he conseguido lo conseguirá mi hijo!). Ponen en el niño sus ambiciones heridas, quieren sacar de él un máximo de rendimiento. Esos -- egofistas, son insensatos, olvidan que en materia de educación no se puede seguir más que una sola línea: la de proteger al niño contra los peligros de la primera infancia y contra los de la adolescencia, y procurar hacerlo independiente, es decir, capaz de defenderse en la vida".<sup>29</sup>

En definitiva debemos poner de relieve que el famoso -- mito de la maternidad no funciona en nuestros días en la forma en que tradicionalmente se le había entendido, pues este concepto, es tan irreal y artificial como la palabra misma -- creada por la sociedad para lograr el sometimiento de la mujer. A lo anterior debemos agregar que las leyes que imponen la maternidad como obligación inexcusable de la mujer y que por otro lado promulgan leyes en favor de los infantes encie

rran ambas una ascetrada contradicción de principios éticos, toda vez que la ciencia jurídica es incapaz de obligar a una madre a brindar amor a aquel hijo que desde su gestación no fue deseado. La ley en su desmedida política poblacionista - ha olvidado que para el ser humano y sobre todo en la etapa de la niñez es más importante el cariño y comprensión de los padres que la vida misma de esos pobres niños indeseados.

3.- La libre maternidad y el artículo 40. Constitucional. Es obvio que la mujer y el hombre nunca han sido iguales, ni social ni jurídicamente hablando. Explicar las razones históricas, sociales y jurídicas de esta desigualdad implicaría - para nosotros, caer en un exagerado tautologismo, extremo éste, que deseamos evitar. Asimismo, tampoco ahondaremos en -- las milenarias luchas reivindicatorias porque ello excedería en los fines de nuestro estudio.

Sin embargo, preciso es hacer notar que la lucha feminista ha ido ganándole batallas a los acendrados prejuicios masculinos antifeministas. A nivel internacional la lucha -- reivindicatoria pareciera haber llegado a su fin cuando con toda solemnidad el 10 de diciembre de 1948 se pronunció en -- la Declaración Universal de los Derechos Humanos el más preciado y evidente derecho, y en consecuencia la más elemental y anhelada garantía de igualdad, al establecerse en su:

Artículo 1o. "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho".

Es evidente, que en nuestro país las mujeres habían desempeñado importantísimo papel en la lucha por la independencia de nuestro pueblo, no obstante, los prejuicios antifeministas se hicieron sentir hasta ya iniciada la segunda mitad del siglo XX en que se hizo preciso establecer de manera expresa la igualdad política de los sexos. Hoy en día, nuestra actual Constitución Política ha establecido evidentemente -- influida por La Declaración Universal de los Derechos Humanos la igualdad jurídica del hombre y de la mujer.

Art. 4o. "El varón y la mujer son iguales ante la Ley..."

A manera de dato curioso, citamos en contra el comentario del destacado tratadista Ignacio Burgoa que al efecto -- expresa: "La declaración dogmática que contiene el artículo 4o. constitucional en el sentido de que el varón y la mujer "son iguales ante la ley", es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos... pues la igualdad legal absoluta entre ellos no puede jamás existir"<sup>30</sup> Afortunadamente, creemos que los modernos tratadistas empiezan a olvidar los ancestrales prejuicios antifeministas como el del distinguido maestro que acabamos de citar, sin embargo, mientras perduren estas situaciones que tanto dañan a la condición jurídica de la mujer consideramos que en México no podremos hablar de justicia ni de democracia.

Relevante importancia presenta para el objeto de nuestro estudio el párrafo segundo del artículo 4o. constitucional -

que literalmente establece:

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

En este artículo, se expresa de manera elocuente la libertad de la pareja para decidir de manera LIBRE Y RESPONSABLE el número y espaciamiento de los hijos deseados por ésta. No obstante, nuestro nuevo artículo es como suele ocurrir con la mayoría de nuestras normas jurídicas, al parejo un --- instrumento preceptivo y una declaración política; un mandato y un anhelo.

Existen diversos Estados de la República que a raíz de la novedad constitucional han modificado sus leyes locales - estableciendo atenuante para los abortos efectuados por razones de pobreza, y otros también han previsto situaciones - eugenésicas como factores de atenuación de la pena para los abortos provocados por tal motivo. <sup>31</sup>

Por lo demás, como acertadamente afirma Luisa María --- Leal "el artículo 4o. es, como suele ocurrir con nuestras -- leyes, otra pica en flandes del Derecho Social, se habla de la procreación libre, responsable e informada. So pena de -- quedar en el nicho de la vaguedad, resta una grave cuestión instrumental..."<sup>32</sup>

Por aparte nosotros consideramos que además de la regla mentación secundaria de esta garantía, preciso es derogar -- preceptos que pugnen contra tal derecho constitucional, como

sucede con el Código Penal que tipifica al aborto como figura delictiva, contrariando con ello la finalidad y el derecho de la pareja de decidir de manera libre el número y espaciamiento de los hijos que ésta desea tener.

En definitiva, queremos concluir que independientemente de que se reglamente o no tal precepto constitucional, justo es reconocer que el histórico derecho ya ha sido establecido y que sólo resta terminar con algunos prejuicios discriminatorios haciendo presente que la maternidad y la paternidad no son simples hechos biológicos de la naturaleza, sino actos conscientes y libres emanados del acuerdo común de la pareja.

### 3.3.- EXCESIVA MISERIA CAUSA PRINCIPAL DEL ABORTO.

Hasta ahora, hemos venido abordando el tema del aborto--según se nos presenta en su manifestación externa sin que --intrínsecamente hayamos analizado la génesis socio-política--que lo origina; no obstante, en este punto queremos ofrecer--luz sobre una de las principales causas que generan esta enfermedad social que hoy en día cobra visos de tragedia en la mayoría de los países que componen la comunidad internacional, pero sobre todo en aquellos cuyos gobiernos demuestran--viva incapacidad para absorber el inmenso ejército de desempleados con las naturales consecuencias que la falta de trabajo trae aparejada.

No es nuestro objetivo analizar las bondades o equivo--

cós de tal o cual sistema político de gobierno, porque ello implicaría apartarnos del objetivo principal de nuestra investigación; sin embargo, necesario es reconocer que el fenómeno del aborto se presenta con visos de criminal clandestinidad en aquellos países en que los medios de producción de los satisfactores se encuentran en poder de unos cuantos propietarios a quienes sólo les interesa amasar fortunas incalculables al través de la venta de sus productos y de la compra de mano de obra barata, cuyo pago apenas alcanza para -- que el obrero, el empleado o el campesino puedan más o menos cumplir sus más elementales necesidades.

Reconocemos que la miseria no es el único factor que -- influye en la mujer en su decisión de abortar, sin embargo, = sí hemos de áfrontar con valentía y sinceridad el problema - de la génesis abortiva, justo será hacer un reconocimiento - expreso de que motivaciones de tal índole son las subyacen-- tes en la casi totalidad de los supuestos abortivos.

Jiménez Huerta, adoptando una actitud realista opina al respecto: "entre las causas que motivan el aborto háyanse la inseguridad ante la pobreza, el exceso de hijos y la dificultad de atenderlos y educarlos...la necesidad de trabajo que tiene la mujer y el temor de perder el empleo".<sup>33</sup>

Por su parte H. Harmsen, citado por Gerardo Landrove -- opina sobre el particular en los siguientes términos: "el -- aborto no es fundamentalmente un problema de supresión de la concepción ilegítima, sino que representa, muy especialmente,

una penuria de la mujer casada que ya es madre de varios hijos y no conoce otra salida de esta situación".<sup>34</sup>

Hasta aquí los tratadistas abordan el tema de la pobreza como factor subyacente del problema abortivo, sin embargo, no lo analizan con profundidad y mucho menos se atreven a declarar que la miseria es el principal de los factores -- que influyen sobre el problema de la abortión, desviando sus investigaciones hacia superficiales aspectos éticos, filosóficos o religiosos con miras a poder justificar en el ámbito de la ciencia jurídica la razón de la pena para el delito de aborto, desviando de esta forma la atención del verdadero -- origen y génesis de la patología social.

En relación con el particular punto de vista que sostenemos, deseamos agregar que sobre el fenómeno abortivo inciden los más diversos y disímiles intereses económico-políticos por preservar las normas represivas que contemplan a esta figura delictiva.

Martha Harnecker, considera que, "la comprensión última de los procesos históricos debe buscarse en la forma en que los hombres producen los medios materiales".<sup>35</sup> Por su parte Federico Engels, establece que: "...las causas últimas de -- todas las modificaciones sociales y las subversiones políticas no deben buscarse en la cabeza de los hombres, en su --- creciente comprensión de la verdad y de la justicia eterna, -- sino en las transformaciones de los modos de producción y de intercambio; no hay que buscarlas en la filosofía, sino en --

la economía de la época de que se trate".<sup>36</sup>

Es en virtud de tales consideraciones, que reconocemos que el fenómeno abortivo se presenta como consecuencia necesaria del sistema económico (capitalista) que prevalece en nuestro medio, y que el ordenamiento jurídico tan sólo responde a los intereses de la economía de nuestra época.

A primera vista pudiérase decir que nuestra consideración es pueril e infundada, sin embargo, si nos colocamos en el plano del intelectual sincero y honesto, tendremos que reconocer que al inversionista (industrial, comercial, etc.) - poco interesan los conceptos de justicia y bienestar social y que el único y verdadero fin por el cual invierte su capital es con el exclusivo propósito de ver incrementada su ya-excesiva fortuna, y no como se preconiza entre nosotros, para la creación de nuevos empleos, tendientes a terminar con el desempleo y la pobreza. Por otra parte, consideramos que para nadie es desconocido que existen inmensos capitales invertidos en la elaboración de productos alimenticios exclusivos para recién nacidos, lo mismo que infinidad de marcas que elaboran pañales desechables, biberones, chupones, lociones, talcos, aceites, leches en polvo, ropa para bebé, etc.- Luego entonces ¿qué ocurriría de efectuarse una desincriminación del aborto? Obviamente que habría una posible elevación de la cifra abortiva, pero no es que fuera tan excesiva como se pretende hacer creer sino que, conoceríamos la verdadera-

y triste realidad por largos años ignorada y ocultada, con supuesto perjuicio para los industriales y comerciantes que preven una posible disminución en sus inmensas ganancias al disminuir la venta de sus productos. Pero esto no es todo el temor a la desincriminación por parte de los capitalistas, sino que también observan que al disminuir el incremento poblacional disminuirá la posibilidad casi infinita de adquirir mano de obra a un bajísimo costo, afirmación ésta que no necesita demostración, pues se deduce del elemental y simple conocimiento de la Ley de la Oferta y la Demanda; de donde terminamos de concluir el insoslayable interés que el sistema económico capitalista tiene en evitar a toda costa la discriminación abortiva.

En otra parte, también hemos afirmado que el ordenamiento jurídico es la consecuencia y apoyo formal de la economía imperante, lo cual es acorde con lo manifestado por Federico Engels, que al efecto expresa: "...la estructura económica de la sociedad constituye en cada caso el fundamento real a partir del cual hay que explicar en última instancia toda la superestructura de las instituciones jurídicas y políticas, así como los tipos de representación religiosa, filosófica y de otra naturaleza, de cada período histórico".<sup>37</sup>

Por su parte Eduardo Novoa Monreal, manifiesta: "...el conjunto sistemático de reglas jurídicas obligatorias que el Derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para -

que se alcance un determinado orden social. El Derecho, por consiguiente, es puramente instrumental y por sí mismo, no se integra ni comprende los fines o las ideas substanciales que inspiran la ordenación que está encargado de sostener -- bajo amenaza de coacción.

Es la política, como ciencia y práctica del gobierno de la sociedad, que en esto obra auxiliada por la economía y la sociología la que señala las ideas directrices y lineamientos que aspiran a conformarse de una manera dada a la sociedad, el Derecho solamente opera como apoyo formal de esas -- ideas y cumple la función de obtener que los hombres observen una conducta que permita hacerlas realidad.

Debido a lo anterior, al Derecho no le toca decidir sobre el sentido de las normas que la política le pide elaborar con el fin de realizar una cierta concepción de lo que -- debe ser el gobierno, estructura y disposición interna de la sociedad y de sus miembros.

Siendo así, no puede decirse que el Derecho se rija por principios absolutos, como instrumento formal es eminentemente "relativo" y por hallarse al servicio de directivas -- ajenas, su función la sirve obteniendo que esas directivas -- sean efectivamente cumplidas en la vida social. Para ello -- puede utilizar variados mecanismos, que serán correctos en -- cuanto sean aptos para lograr ese obediencia".<sup>38</sup>

Analizando las consideraciones anteriores, debemos hacer notar, que siendo la economía del país de que se trate -- la que predetermina los lineamientos jurídicos tendientes a preservar y constituir los mecanismos legales necesarios para el logro de los fines económicos que la política nacional se haya trazado; ingenuamente pretenderíamos encontrar equidad y justicia por parte de esa pequeña élite social que se ostenta como propietaria del capital, de la tierra y de los medios materiales de producción. Es en este sentido, que la protección legal de la vida intrauterina por parte de los -- titulares de la economía nacional responde con verdadero --- acierto a las necesidades de mano de obra barata que el capitalista requiere para la incrementación de su fortuna. Ahora bien, la preservación de la vida aún en su estado genético - implica para el capitalista necesariamente el incremento de varios millones de potenciales consumidores y de futuros sujetos de la relación laboral, lo cual implica un beneficio - para el productor y un perjuicio inminente para la familia - obrera que ve devaluado su status económico familiar, con -- las naturales consecuencias que esto trae aparejado, entre - ellas la principal que es el empobrecimiento y con ello la - desnutrición, las epidemias, promiscuidad, drogadicción, anal - fabetismo, criminalidad precoz, degeneramiento de la raza y - de las costumbres sociales; entre muchas otras que obviamente contribuyen a incrementar la riqueza de unos cuantos en -

detrimento del consenso general de la población nacional. - Es pues, en este orden de ideas, que la huelga de vientres-coadyuva a la preservación de las condiciones mínimas de --subsistencia de las familias obreras nacionales.

Maurach, al analizar el factor pobreza como determinante principal del conflicto abortivo expresa lo siguiente:-- "La falta de recursos económicos para el mantenimiento de --la prole, es en la realidad vital, factor determinante, de--primera magnitud en actividades de aquella naturaleza".<sup>39</sup>

Por lo que respecta al problema jurídico-político del-aborto, nosotros consideramos que si el Estado es incapaz --para dar solución al problema del desempleo y de la pobreza de sus ciudadanos, resulta incomprensible que elabore leyes en contra de conductas que son efecto de un problema cuya--solución compete a éste y al cual no ha dado solución posi-tiva.

Sobre el particular Tobío, citado por Porte Petit ex--presa lo siguiente: "No se puede obligar a nadie a vivir --azotado por la miseria, en unión de los hijos, por muy res-petable que sea la concepción y su trascendencia socio-bio-lógica".<sup>40</sup>

Por su parte José Agustín Martínez profundo analista --del problema comenta: "Un hijo más vendrá a gravitar sobre--la sociedad familiar. Mientras no sea el Estado el que ha --de subvenir a sus necesidades presentes y futuras, ¿con qué derecho querrá imponerlo al mísero que involuntariamente lo

ha procreado? Ya sabemos que algún moralista de gabinete -- nos dirá: ¿Y por qué lo ha procreado? Si sabía que no podía soportarlo, por qué lo ha traído? Es fácil razonar bajo la luz de una buena lámpara, en una habitación confortable, cuando se ha comido bien y las ideas filantrópicas y altruistas son huéspedes agradables de un cerebro inútil".<sup>41</sup>

3.4.- EL ABORTO COMO AUXILIAR EN EL PROBLEMA DEMOGRAFICO. La explosión demográfica, es en nuestros días motivo de general preocupación para todos los gobiernos de las distintas comunidades internacionales. El exceso de población y -- las naturales limitaciones para obtener los satisfactores -- alimenticios, ha hecho que los modernos sistemas políticos -- de gobierno revaloren sus milenarias directrices poblacionistas sin que hasta el momento se haya podido encontrar la solución a tan grave y trascendente fenómeno biológico que amenaza con extinguir la vida del planeta.

Robert Malthus, destacado economista y sociólogo inglés con indiscutible pluma visionaria dio a luz pública en el -- año de 1798 su célebre obra titulada "Ensayo sobre el Principio de la Población" en la cual pone de manifiesto la gran -- amenaza que se cierne sobre el género humano víctima de la -- natural pasión entre los sexos y de la dificultad para conseguir los alimentos necesarios a la existencia.

No consideramos prudente desglosar punto por punto los postulados fundamentales de aquella doctrina, tan discutible

en algunos extremos como innegables en otros. Pero el hecho que no puede revatirse, es lo que se refiere a su famosa frase: "tanto en el reino animal como vegetal la naturaleza ha esparcido con profusión las semillas de la vida; pero ha sido avara al conceder espacio y alimentos..."<sup>42</sup>. El mismo autor al hacer el análisis de los ciclos de reproducción y crecimientos demográficos hace las consideraciones siguientes:-- "puede afirmarse que la población, cuando no se le ponen --- obstáculos, se duplica cada 25 años, ésto es que aumenta en proporción geométrica.

No será tan fácil, en cambio, determinar la rapidez con que puede esperarse que aumenten los productos de la tierra. Podemos estar seguros de que su aumento en un territorio limitado, tiene que ser de naturaleza totalmente distinta al de la población. La fuerza reproductiva del hombre puede hacer que se duplique cada 25 años, lo mismo una población de 1000 mil habitantes que otra de 1000 millones; pero los alimentos necesarios para sostener este último número no podrán obtenerse con igual facilidad. El hombre se halla por necesidad confinado al espacio de que puede disponer. Cuando se han ido aumentando años tras años los terrenos dedicados al cultivo hasta llegar a ocupar todas las tierras fértiles, el aumento anual de la producción de alimentos tiene que depender del mejoramiento de las tierras ya cultivadas, y es esta una reserva que por la misma naturaleza del suelo, en lugar de aumentar, tiene que ir disminuyendo gradualmente; en cam-

bio, la población podría seguir aumentando con el mismo vigor si se le aumentaran los alimentos necesarios, y el aumento -- durante un período produciría una capacidad aún mayor de aumento para el período siguiente sin ningún límite.

Son impresionantes los efectos que necesariamente habrían de derivarse de las proporciones diferentes en que crecerían la población y la producción de alimentos. Supongamos que la población de nuestra isla es de 11 millones de habitantes y -- que la producción actual basta para sostener bien a ese número de personas. Al cabo de los 25 primeros años la población -- sería de 22 millones de habitantes y, habiéndose doblado la -- producción de alimentos, los medios de subsistencia seguirían bastando para la población. En los 25 años siguientes la po-- blación sería de 44 millones y los medios de subsistencia sólo bastarían para sostener a 33 millones de habitantes. En el siguiente período de 25 años la población sería de 88 millo-- nes y los alimentos sólo bastarían para mantener a la mitad -- de ese número de personas, y al finalizar el primer siglo, la población sería de 176 millones de habitantes y los abasteci-- mientos sólo podrán mantener a 55 millones, lo que dejaría -- ~~sin medios de~~ subsistencia a 121 millones".<sup>43</sup>

Tan singular doctrina socio-económica, fue y sigue sien-- do objeto de innumerables elogios, lo mismo que de acerbas -- críticas. No obstante, hoy en día pareciera ser que han vuel-- to a cobrar vigencia las acendradas polémicas en torno del -- grave problema demográfico. Así por ejemplo, W. Friedman ---

sobre el problema de la explosión demográfica y los dudosos medios de control natal, ha expresado lo siguiente: "Las enfermedades y el hambre en gran escala -fueron hasta época reciente los reguladores brutales de los grandes aumentos de población más aún que las guerras- han sido dominadas en tal grado que, en países como la India, Pakistán, China y la mayor parte de los estados latinoamericanos, acrecienta sus ya excesivas poblaciones un aumento neto de varios millones de nacimientos por año.

En esos países, la generalización del control natal en gran escala, con el estímulo oficial, probablemente se irá convirtiendo cada vez más en asunto de vida o muerte, de supervivencia nacional. Los niveles de vida de las masas, ya muy bajos, es probable que sigan bajando a menos que se encuentre algún sustitutivo a los brutales remedios del hambre y de la enfermedad".<sup>44</sup>

Actualmente, la Oficina de Información Demográfica de Washington en forma ilustrativa ha publicado el oscuro panorama que se cierne sobre el futuro de la humanidad en los próximos años, víctimas de la incoscienza reproductiva de los seres humanos: "pasaron varios cientos de miles de años para que la población mundial llegara a la cifra de 250 millones de habitantes; al comienzo de la era cristiana. Tuvieron que transcurrir 16 siglos más para que su número llegara a 500 millones. Pasaron sólo 200 años más para que se duplicara otra vez, llegando a ser de 1000 millones de habitantes,

y luego solamente 200 años más para que al rededor de 1930 - la población creciera para llegar al nivel de los 2000 millones. De acuerdo con los cálculos hechos por la Organización de las Naciones Unidas, la población actual, que es de cerca de 3000 millones de habitantes, se duplicará otra vez, pero ahora en sólo 40 años".<sup>45</sup>

Jesús Silva Hersog, con criterio raramente optimista, pero no por ello menos objetivo y lógico, ha comentado en -- relación con la información publicada por la Oficina de Información Demográfica de Washington, lo siguiente: "Aceptamos provisionalmente y para nuestro propósito como buenos -- los datos ofrecidos por tal fuente. Si dentro de 40 años el número de habitantes del globo llega a 6000 millones parece razonable que 20 años después llegue a 12000 millones. Pero aún haciendo a un lado estas lucubraciones parece lógico que a la larga, con el correr de los siglos y de los milenios -- llegue un momento en que la tierra no podrá alimentar a todos los seres humanos, y entonces si así sucediese, los hombres del futuro tendrán que concederle toda la razón a Robert Malthus".<sup>46</sup>

Sobre el particular, nosotros consideramos que el problema del exceso de población, el desempleo y la escases de alimentos necesarios para la subsistencia humana no es problemática del futuro como pretende Jesús Silva Hersog, sino -- que ésta es preocupación actual de todos los gobiernos del -

orbe y cuyas consecuencias no son calamidades del futuro de la humanidad, sino del mundo contemporáneo cuya población -- clama y padece las fatales secuelas del hambre, del desem--- pleo y del hacinamiento entre muchas otras. No obstante, no culpamos al distinguido economista por su manera tan sencii-- lla de comprender y analizar el problema demográfico, vícti-- ma inconsciente de su tradicional formación intelectual, ya-- que si nos decidimos a establecer un juicio verdaderamente -- sincero sobre el fenómeno social que aqueja a todos los pue-- blos del orbe, tendremos que aceptar, que éstos tienen su -- origen en la abismal desproporción existente entre el recur-- so alimenticio y la capacidad procreadora, cuya síntesis es-- la frase de Robert Malthus.

Algunos países, con previsora objetividad política del-- problema demográfico han recurrido a la aplicación oficial -- de métodos preventivos de control natal sin soslayar al abor-- to en su desesperada lucha por lograr el equilibrio de la -- población, en aquellos casos en que el elemento humano o el-- método anticoncepcional han fracasado.

El aborto en cuanto medio de control natal, es uno de -- los viejos métodos más conocidos por la humanidad. Ello es -- comprensible en virtud de que antes de que la humanidad cono-- ciera los métodos anticoncepcionales primitivos y dudosos, -- ésta establecía su familiar regulación natal al través del -- más común y bárbaro de los métodos, el aborto, y aún el in--

fanticidio.

En el Japón, según afirma W. Friedman, "donde se legalizó el aborto y la esterilización por razones médicas, económicas y eugenésicas, con el resultado de que en el año de 1954 se registraron bastante más de un millón de abortos, -- siendo la causa principal, la amenaza a la existencia económica del país, resultante del rápido aumento de la población de una isla pequeña, muy densamente poblada y plenamente explotada, que ya no busca conquistas como medio de expansión".<sup>47</sup> En la India, "el gobierno fomenta las clínicas de control de la natalidad, pero hasta ahora con éxito dudoso entre una -- población campesina casi toda analfabeta. Recientemente el -- gobierno de la China Comunista, adicto hasta entonces a la -- filosofía comunista y totalitaria de fomentar el mayor número posible de nacimientos basándose en una mezcla de argumentos militares y de fe marxista en las oportunidades ilimitadas de una sociedad socialista, ha recomendado el uso de -- anticonceptivos a las mujeres recientemente emancipadas de -- aquel país".<sup>48</sup>

En México, hasta fechas recientes el gobierno no había reconocido de manera pública la existencia de un problema -- demográfico desfavorable a las capacidades reales de desarrollo de nuestro país, no obstante, hoy en día, los actuales -- gobernantes han despertado ante la enorme realidad de nuestra tasa de crecimiento calculada en el 3.5% anual que coloca a México como uno de los países de más fuerte explosión demo--

gráfica.

Es obvio, que ante tal conflicto nacional que amenaza - con hacer cada día más difícil la vida de los mexicanos, los actuales gobernantes, siguiendo una conservadora línea, dejada como secuela política por el anterior gobierno, se ampara como acertadamente afirma Fernando Benítez en: "...una inoperante Planeación Familiar, sancionando así...los horrores y las tragedias que provoca la explosión demográfica"<sup>49</sup>.

Sobre el particular, estamos seguros de que podríamos - seguir transcribiendo decenas y decenas de citas bibliográficas que agobiaran con su vacuedad una pretendida argumentación científica sobre el oscuro panorama demográfico que amenaza a México, no obstante, pensamos que superior a cualquier estudio o conocimiento estadístico sobre el particular, está la insoslayable realidad social, conocida por todos los mexicanos que observamos día con día que "...que no nos mata la muerte que en forma de peste asolada a la población mexicana durante el Virreynato y buena parte del siglo XIX, nos mata semejante a un cáncer, la proliferación de la vida"<sup>50</sup>.

En este punto deseamos aclarar, que nosotros por ningún concepto estamos sugiriendo la práctica abortiva como medio de controlar la fertilidad, pues estamos seguros de que no existe mujer alguna que quiera abortar, porque el aborto es para la mujer, una experiencia traumática, aún en el mejor-

de los casos. Por tal razón, nosotros no podríamos sugerir el aborto como medida de control poblacional, pues ello sería - colocarnos en el más peligroso de los extremos que como so-- lución al problema pudiésemos adoptar.

El aborto, afirma Mariclaire entre otras, que: "no va - a solucionar el problema demográfico de México, ni es el re- medio propuesto al problema económico de las familias que no están en posición de mantener dignamente un número excesivo- de hijos. Para alcanzar una solución hace falta, antes que - nada, un programa nacional de educación sexual con informa-- ción completa sobre los distintos métodos de regulación na-- tal y la posibilidad de un fácil acceso a ellos"<sup>51</sup>.

No obstante, las acertadas consideraciones hechas por - Mariclaire Acosta, nosotros creemos que no se puede soslayar el aborto como extrema medida auxiliar de controlar la fer-- tilidad a nivel familiar, y a nivel social como un medio de- procurar el equilibrio de la población, ya que si bien la -- práctica abortiva no es recomendable, no obstante, ésta no - puede descartarse de los sistemas auxiliares en la lucha por lograr el equilibrio entre el recurso alimenticio y la super- abundancia de población.

BIBLIOGRAFIA  
III

- 1.- Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Pág. 25. Ed. Porrúa. México. 1979.
- 2.- Ibid. Pág. 26.
- 3.- Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. Pág. 21. Ed. Porrúa. México, 1978.
- 4.- Ibid. Pág. 22.
- 5.- Vid. Francisco Pavón Vasconcelos. Opus cit. pág. 22.
- 6.- Vid. Celestino Porte Petit. Opus cit. Pág. 26.
- 7.- Guillermo F. Margadant. Derecho Romano. Pág. 115. Ed. -- Esfinge. México, 1975.
- 8.- Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil, I.-- Pág. 158. Ed. Porrúa. México, 1976.
- 9.- Código Civil, Artículo 22.
- 10.-Cfr. Rafael Rojina Villegas. Opus cit. Pág. 159 y 160.
- 11.-Vid. Rafael Rojina. Opus cit. Pág. 161.
- 12.-Hans Kelsen. La Teoría Pura del Derecho. Pág. 83. Ed. - Nacional. México. 1974.
- 13.-Vid. Rafael Rojina Villegas. Opus cit. Págs. 159 y 160.
- 14.- Citado por la Doctora M-aría Gabriela Leret de Maltheus en su libro "Aborto, Prejuicios y Ley". Pág. 190. Ed. B. Costa-Amic. México. 1977.
- 15.-Ibid. Pág. 191.
- 16.-José Maldonado y Fernández del Torco. La Condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español. Pág. 209 a - 211. Madrid. 1946.

- 17.- Vid. Gabriela Leret. Opus cit. Pág. 75.
- 18.- Alma L. Spota; Igualdad Jurídica y Social de los Sexos. Pág. 87. Ed. Porrúa. México, 1967.
- 19.- Ibid. Págs. 79 y 80.
- 20.- Sagrada Biblia, libro de los Levíticos. Cap. 15- versículos del 19 al 30. Ed. Herder. Barcelona, 1974.
- 21.- Vid. opus cit. pág. 76.
- 22.- Vid. Sagrada Biblia, libro de Génesis. Cap. 30, versículo del 1 al 4. Ibid. Capítulo 16, versículos del 1 al 3.
- 23.- Vid. Rosario Castellanos. Mujer que Sabe Latín..., pág. 7 y 8. Ed. Sep Setentas. México, 1973.
- 24.- Ibid. Pág. 25.
- 25.- Opus cit. Pág. 110.
- 26.- Opus cit. Pág. 15.
- 27.- Cfr. Gabriela Leret. Opus cit. Pág. 112 y 113.
- 28.- Ibid. Pág. 114.
- 29.- Ibid. Págs. 117 y 118.
- 30.- Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. Pág. 299.- Ed. Porrúa, México, 1980.
- 31.- Cfr. Códigos Penales de Puebla. Chihuahua, Yucatán y -- Chiapas. Consideran como no punibles el aborto eugenésico y el aborto por causas económicas. Apud. Mariclaire Acosta y Otras. El aborto en México, Pág. 50. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1976.
- 32.- Luisa María Leal y otros. El Problema del Aborto en México. Pág. 163. Ed. Miguel Angel Porrúa, S. A. México, - 1980.
- 33.- Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, II.- - Pág. 199. Ed. Porrúa. México, 1979.

- 34.- Vid. Gerardo Landrove Díaz. Política Criminal del Aborto. Pág. 88. Ed. Bosch. Barcelona, 1976.
- 35.- Martha Harnecker. Los Conceptos Elementales del Materialismo Histórico. Pág. 19. Ed. Siglo Veintiuno. México, - 1973.
- 36.- Federico Engels. Anti-During. Pág. 264. Ed. Grijalbo. - México, 1964.
- 37.- Ibid. Pág. 12.
- 38.- Vid. Ignacio Burgoa. Opus cit. Pág. 26 y 27.
- 39.- Vid. Gerardo Landrove Díaz. Opus cit. Pág. 87 y 88.
- 40.- Vid. Celestino Porte Petit. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Pág. 268. Ed. Porrúa. México, 1978.
- 41.- Ibid. Pág. 268.
- 42.- Vid. Jesús Silva Herzog. Antología del Pensamiento Económico-Social, I. Pág. 368. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1963.
- 43.- Ibid. Págs. 369 y 370.
- 44.- Vid. W. Friedmann. El Derecho en una Sociedad en Transformación. Pág. 244. Ed. Fondo de Cultura Económica. - México, 1966.
- 45.- Vid. Jesús Silva Herzog. Opus cit. Págs. 364 y 365.
- 46.- Ibid. Pág. 365.
- 47.- Vid. W. Friedmann. Opus cit. Pág. 250.
- 48.- Ibid. Pág. 244.
- 49.- Vid. Luisa María Leal. Opus cit. Prólogo.
- 50.- Ibid. Prólogo. Luisa María Leal. Opus cit.
- 51.- Vid. Mariclaire Acosta y Otras. El Aborto en México. - Pág. 9. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1976.

CONSIDERACIONES VARIAS EN  
TORNO AL ABORTO  
CAPITULO IV

4.1.- LA MORAL: UN TERRENO VEDADO AL LEGISLADOR.- Consideramos que para hacer un correcto análisis sobre el particular problema ético-jurídico que nos ocupa, se hace preciso conocer lo que por moral se ha entendido en sus orígenes, -- además de las modernas concepciones construídas a la luz de múltiples reflexiones teóricas sobre ella.

Adolfo Sánchez Vázquez, afirma que la palabra moral --- tiene su origen en el vocablo latino "mos" que quiere decir, costumbre, en el sentido de conjunto de normas o reglas adquiridas por hábito. La moral tiene que ver así, con el comportamiento adquirido, o modo de ser conquistado por el hombre. El mismo autor, ha elaborado una moderna y completa definición que según afirma, pretende tener visos de validez -- para las distintas épocas históricas, lo cual, representa -- para nosotros una ventaja, ya que ello facilita nuestro análisis en cuestión. De esta suerte, el autor antes citado -- define a la moral en los siguientes términos: "la moral es -- un sistema de normas, principios y valores, de acuerdo con -- el cual se regulan las relaciones mutuas entre los individuos, o entre ellos y la comunidad, de tal manera que dichas normas que tienen un carácter histórico y social, se acaten libre y conscientemente por una convicción íntima, y no de un modo -- mecánico, exterior o impersonal"<sup>1</sup>.

Efectivamente la definición que nos ofrece el autor antes señalado, reviste singular congruencia con el significa-

do etimológico de la palabra lo cual, nos pone de manifiesto que la moral nace, no con el hombre, o antes que el hombre como ha sostenido la tradicional moral religiosa, sino que ésta es posterior a ella, y que sólo se conoce cuando aparece la manada, la tribu o la gens, es decir, cuando surgen los primeros agrupamientos sociales. Sobre el particular punto de vista, Adolfo Sánchez, sostiene: "la moral sólo puede surgir...cuando el hombre deja atrás su naturaleza puramente natural e instintiva, y tiene ya una naturaleza social; es decir, cuando ya forma parte de una colectividad"<sup>2</sup>.

Referidas estas consideraciones éticas al fenómeno abortivo, tenemos que reconocer que la moral social no siempre ha sido la misma en todos los pueblos, al través de las diferentes edades históricas. Aceptar lo contrario, sería ubicarnos dentro de los principios de la moral religiosa que sostiene la existencia de postulados morales con vigencia universalmente inamovibles, cuyo fundamento supra humano, es Dios, y no el hombre común y corriente que todos conocemos, el hombre histórico, controvertido cambiante y evolutivo cuyos principios morales los establece y modifica en función de sus presentes necesidades sociales. Así pues, nosotros sostenemos el carácter histórico de la moral, y por ello, "...la ética en cuanto ciencia de la moral, no puede concebirse, como algo dado de una vez y para siempre, sino que tiene que considerarla como un aspecto de la realidad humana que cambia con el tiempo"<sup>3</sup>.

Hasta aquí hemos tratado de poner de relieve, que la moral es la generalizada convicción de que algo es benéfico y útil, aún cuando ello pugne con el orden jurídicamente establecido.

En Roma la práctica abortiva e infanticida eran algo -- tan común que nadie se escandalizaba por ello, es decir, la moral aceptaba y hasta imponía como obligatoria su práctica -- como algo hasta cierto punto benéfico, por cuanto ofrecía la posibilidad de proteger a los pater familias de tener hijos -- que al nacer tuvieran notorias deformidades físicas. Esta -- era la moral imperante, y el orden jurídico era indiferente -- por cuanto no afectaba a los intereses de la colectividad. = Sin embargo, los anhelos expansionistas del emperador Augusto, aunado a la escases de hombres para la guerra, le obliga a dictar la Ley Papia Popea y la Iulia, en las cuales "...Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de -- Roma. Este nacionalista necesitaba auténticos romanos para -- la realización de sus proyectos y le molestaba frecuentemen -- te que sus ciudadanos no quisieran casarse o, que ya casados, no tuvieran hijos. Por eso puso en vigor una política de premios y castigos, fijados en las citadas leyes que fueron muy impopulares".<sup>4</sup> Pensamos que ni siquiera es preciso argumen -- tar la notoria contradicción entre la moral imperante entre -- la ciudadanía romana y el nuevo orden jurídico que proscri -- bía el celibato y como consecuencia el aborto y las prácticas infanticidas, dando por resultado que estas leyes generaran --

como acertadamente afirma Guillermo F. Margadant, un alto -- índice de inmoralidad, entendida ésta como la negación de -- las convicciones íntimas del general sentir romano: "...los- ciudadanos casados y con hijos reciben varios privilegios. - La disolución de matrimonios estériles, aunque basados en ra- zonable grado de amor conyugal, y, por otra parte, matrimo-- nios fingidos, paternidades simuladas, etc., fueron el ine-- ludible fruto de esta legislación inmoral".<sup>5</sup>

Hoy en día, son notorias las incongruentes polémicas en torno a la justificación de la pena en el supuesto de la --- práctica abortiva. Pues mientras unos sostienen con acendra- da influencia ético-religiosa que el bien jurídicamente tute- lado, es la vida en gestación; otros, con puntos de vista -- más sinceros la justifican en razón del interés demográfico- de la colectividad, no obstante, nosotros consideramos que - la pena se establece en función de dar obligatoriedad a polí- ticas poblacionistas, establecidas en un momento dado las -- cuales se modifican cuando las condiciones que le dieron ori- gen han desaparecido como efectivamente ha ocurrido entre -- los diferentes estados que lo han legalizado.

Respecto a la vida desde sus orígenes exige la iglesia- quien ante todo "ha visto siempre en el aborto un crimen abo- minable, porque el respeto absoluto a la vida desde sus co-- mienzos, hace referencia a los misterios de la creación y -- de la redención...<sup>6</sup>. Este moderno sentir de la religión --- cristiana se ha convertido en un novel postulado moral que -

ésta se ha arrogado, aún cuando la historia nos ha demostrado que este principio ético religioso, no corresponde a otras etapas de la historia de la religión, pues como acertadamente expresa Gabriela Leret: "Ese argumento, repetidamente manifestado..., tendría validez si fuera auténtico. Si la iglesia al través de los siglos hubiera cumplido ese postulado de respeto a la vida. Pero lamentable y absurdamente ha protegido la vida de fetos para sacrificar después, física-- y moralmente, la vida de los nacidos mujeres y hombres"<sup>6</sup>.

Es obvio, que no es nuestro propósito analizar los históricos errores de la religión cristiana, pues no tiene trascendencia para la investigación que realizamos, sin embargo, hemos querido poner de relieve, porque ello sí atañe a nuestro análisis, que aún la moral cristiana ha tenido sus históricas variantes y que su otrora moral ha ido depurándose en algunos aspectos aún cuando en otros, continúe con criterios tradicionales. No obstante, hoy en día, en función de las -- convicciones íntimas de los creyentes muchas normas de moralidad religiosa han sido adoptadas por muchos de sus miembros o feligreses que guían y dirigen sus vidas acordes a dichas normas morales. Sin embargo, prudente es destacar que una de las características esenciales de las normas éticas es su -- enunciación imperativa, pero de cumplimiento espontáneo.

Las consideraciones anteriormente expresadas nos ponen de relieve que independientemente de la bondad que una norma

moral pueda traer aparejadas, ellas no pueden tener fuerza coercitiva para imponerse a aquellos que no se identifican con tal forma de pensar, pues la obediencia mecánica de esa norma moral sin la convicción íntima de que debe ser cumplida implica en sí misma un acto de inmoralidad como acertadamente consideró el filósofo Kant que sobre el particular opina que: "cuando una persona ejecuta un acto de acuerdo con el deber, mas no por respeto a éste, su comportamiento no merece calificativo de virtuoso"<sup>8</sup>. El germánico, comenta Eduardo García Maynez "...niega valor moral a los actos efectuados por inclinación, aún cuando éstos sólo engendren efectos benéficos...la correspondencia exterior de un proceder con la regla no determina, por sí misma, la moralidad de aquél. Es simple legalidad, corteza que oculta o disfraza determinadas intenciones..."<sup>9</sup>.

Hechas estas consideraciones sobre la moral, se hace preciso analizar la implicación jurídica en el fenómeno abortivo, toda vez que el Estado en su caduco afán poblacionista ha incurrido en el grave error de elevar una norma de carácter moral a la categoría de imperativo jurídico, lo cual a todas luces desde un punto de vista puramente dogmático no se justifica, ya que hubiera sido más lógico y congruente que se hubieran establecido premios y privilegios como antaño lo hiciera el emperador romano Augusto para lograr un incremento poblacionista que mucha falta nos hacía siglos atrás, y no que incurriera en el error de adoptar un postu--

lado ético religioso en la legislación penal para después -- justificarlo con revistimientos doctrinarios de fuerte contenido religioso que no es compartido ni por muchos tratadistas ni por la generalidad del actual población nacional, que con su violación a tales normas represivas demuestran su muda inconformidad y su desprecio por leyes extrañas a las convicciones íntimas de la mujer que tiene que abortar en la clandestinidad por virtud de una norma legal que le impide externar sus propios principios éticos en torno de la maternidad.

Aclaremos en este lugar que nuestro particular punto de vista no es en modo alguno producto del afán de notoriedad, -- sino que por el contrario, lo hemos establecido como resultado del pleno convencimiento de que el derecho es evolutivo, o retrogrado, según el sistema político de gobierno y cuyas normas se modifican, reforman o derogan en función del interés preponderante en cada sociedad dada, sin que deba entenderse como función estatal o del ordenamiento jurídico hacer juicios de valoración ética sobre el grado de moralidad o -- inmoralidad de la conducta de los hombres ni mucho menos de las leyes. El filósofo Emmanuel Kant sobre el particular punto de vista, ha dicho lo siguiente: "...a diferencia de la moral, la cual reclama ante todo la rectitud de propósitos, -- el derecho limitase a prescribir la ejecución puramente externa de ciertos actos, sin tomar en cuenta el lado subjetivo de la actividad humana"<sup>10</sup>. Singular punto de vista es com

partido por el tratadista Hans Kelsen quien se expresa en --- los siguientes términos: "La ciencia jurídica, no dirige su - atención a las normas jurídicas como hechos de conciencia si- no a las normas jurídicas como substratos de sentido, queri-- dos o representados... Su problema es el de la específica le- galidad, propia de una esfera de sentido".<sup>11</sup>

En este orden de ideas, tenemos que aceptar que la pena- lidad impuesta a la práctica abortiva sólo se justifica como- hemos venido sosteniendo al través de nuestras diferentes ar- gumentaciones, en función del interés que en un momento dado- el Estado pueda tener en incrementar su índice poblacionario, sin que ello implique necesariamente la defensa de principios morales que no son de su competencia, pues lo mismo que a na- die se puede obligar a creer y tener fe en una determinada -- secta religiosa, asimismo, tampoco se puede imponer la obli-- gación de respetar un principio moral que es incompatible --- con el personal e individual sentir de los ciudadanos. El -- derecho, en tanto tal, debe circunscribirse a la sola preser- vación del ordenamiento jurídico en tanto su inobservancia -- atenta contra los intereses generales de la colectividad. --- Pero en el supuesto del aborto, no se puede sostener que --- la colectividad pueda estar interesada en su incremento po--- blacional, por cuanto vemos día con día que es precisamente - la super abundancia humana lo que ha empeorado los niveles -- de vida de la clase mayoritaria. Ante singular contraste, -- no nos queda otra alternativa que la de derogar viejas -----

concepciones idealistas fundadas en el principio bíblico --- "creced y multiplicaos" que hoy se nos presenta como la más-grave y terrible de las amenazas que pugnan con extinguir la vida del planeta ante la imposibilidad natural de poder obtener los satisfactores alimenticios necesarios para la subsistencia.

Por otra parte, deseamos hacer especial incapié en que la consagración legal de la práctica abortiva como acertadamente expresa Gerardo Landrove Díaz: "...no supone una obligación de abortar en la mujer que se encontrare en la situación prevista por la ley. Sería solamente un recurso legal - al que podrían acogerse aquellas mujeres cuyas convicciones-personales e íntimas no repugnase tal solución.

Conviene no olvidar que las leyes de los hombres sólo - pueden buscar soluciones humanas a los problemas de la convivencia y que la desincriminación del aborto operada en aquellos términos no prejuzga ni puede prejuzgar convicciones -- estrictamente morales y religiosas que solamente animan a -- aquellos que realmente la sienten como propias. Otro criterio supondría otorgar al derecho metas que juzgamos inalcanzables por razones que se nos ofrecen obvias"<sup>12</sup>.

En definitiva, deseamos concluir que el principio de -- respeto a la vida humana en estado genético es algo que se -- nos ofrece indiscutible. Sin embargo, las matizaciones que -- sobre ella puedan hacerse es algo sobre lo que deben insidir

"convicciones religiosas personalmente sentidas. Principios - que, por supuesto, debe inspirar nuestra legislación, pero - en la misma, habida cuenta que sus destinatarios son solamente seres humanos, y en ocasiones no católicos..."<sup>13</sup>

Las anteriores consideraciones nos inducen a sostener - el firme criterio de que la moral es un terreno vedado para el legislador por cuanto éste no puede exigir de un ciudadano que vulnere preceptos morales individualmente sentidos, así como tampoco se puede legitimar que obligue, mediante amenaza de sanción penal a los que piensan de manera distinta, es decir, a observar principios morales teológicos que no son compartidos por la generalidad de los ciudadanos. No hay que olvidar, "que el legislador, la religión o el médico no son la conciencia de nadie, y que la mujer que rechaza un embarazo y solicita un aborto por presiones sociales lo realizará donde sea, pero no cesará en su objetivo hasta conseguirlo"<sup>14</sup>. El legislador, la iglesia y el médico que da un consejo intolerantemente irreal acerca del aborto no habrá conseguido disminuir el número de abortos, pero sí que habrá aumentado el sentimiento de miseria humana y el potencial de enfermedad.

4.2.- EL ABORTO CLANDESTINO REPRESENTA UN ATENTADO CONTRA LA SALUD DE LA MUJER.- Múltiples y variadas han sido las clasificaciones que en torno al aborto se han elaborado, sin embargo, no es nuestro propósito analizarlas de manera específica a cada una de ellas, puesto que éstas varían en fun--

ción de la ciencia desde la cual se le pretende analizar, o bien, en razón del criterio personal del tratadista que le estudia. Nosotros, tan sólo haremos un análisis sobre el aborto en función de la genérica clasificación que lo circunscribe en legal e ilegal, según se realice en un país donde sea aceptado por la ley y en condiciones médicas adecuadas, o bien de forma clandestina, sin condiciones médicas y al margen de la ley.

Es comprensible que tampoco en este punto analizaremos esta clasificación en torno de un análisis dogmático jurídico, pues ello nos colocaría en un redundante tautologismo que deseamos evitar porque este estudio lo hemos efectuado en capítulos anteriores y que ofrecemos por reproducidos en obvio de repetición. Aquí tan sólo pretendemos poner de relieve las consecuencias legales que la proscripción del aborto trae aparejadas y cuyas secuelas se traducen en traumas psíquicos y físicos que objetivamente se presentan en la mujer en forma de complejos, sentimientos de culpa, lesiones por maniobras abortivas imperitas y en ocasiones hasta la muerte, además de la amenaza de represión penal.

En nuestro suelo, se ha generalizado la práctica abortiva, y, sin embargo, nuestros ojos se niegan a ver esta realidad social. Cuando menos -afirma Luisa María Leal- "una de cada cinco mexicanas en edad fértil ha tenido un aborto, a pesar de que la moral predominante en las actitudes sociales



y en las leyes, quieran desconocer este hecho. Así, la hipocresía social y los prejuicios religiosos están causando el sufrimiento y la muerte de muchas mujeres y produciendo un traumatismo mayor en todo el cuerpo social que aquel que dicen querer evitar"<sup>15</sup>.

En nuestros días, es verdaderamente alarmante el número de abortos que se realizan en nuestro país de manera clandestina y recurriendo a maneras en extremo primitivas, que implícitamente conllevan una fuerte peligrosidad para la vida de la madre, que además tiene que enfrentarse con las consecuencias legales de un inmoral y periclitado Código Penal, que pretende evadir y dar solución a esta enfermedad social mediante la amenaza de una pena. Actualmente, "se calculan en más de un millón los abortos por año a pesar de los indignos e inútiles intentos por escamotear la cifra"<sup>16</sup> Por su parte, Mario Moya Palencia -citado por Mariclaire Acosta da la cifra de 500 mil abortos anuales.<sup>17</sup> En el I.M.S.S., se calcula que hay 440 mil abortos anuales entre las derechohabientes.<sup>18</sup>

Es obvio que las cifras estimativas en torno al aborto sean inciertas y poco confiables, en virtud de que las estadísticas oficiales no pueden tomar en cuenta los abortos que se realizaron en clínicas particulares, los efectuados por comadronas, curanderas, enfermeras, pasantes de medicina, y menos aún los provocados personalmente por la gestante, ello indudablemente se debe a la misma clandestinidad en que éste se realiza, y en consecuencia las cifras oficiales de que --

tenemos de los casos de atención médica por motivos de prácticas abortivas, sean tan sólo de aquellos que por la mala mecánica de realización tuvieron necesidad de urgente servicio hospitalario.

Dentro de los abortos ilegales que actualmente se realizan en nuestro país, tenemos conocimiento --afirma Agustín -- Barbabosa Kubli<sup>19</sup> que se trata de embarazos no deseados; pudiendo inferir que dentro de las causas principales por las que la mujer acude a esta práctica son:

1).- La discriminación de que va a ser objeto en su trabajo y las consecuencias que esto puede tener en el sostenimiento de su familia;

2).- El temor de llegar a ser madre soltera, tener un hijo fuera del matrimonio;

3).- La incapacidad física y económica para mantener una boca más en el seno de la familia;

4).- El deseo de espaciar más el nacimiento de sus hijos;

5).- El temor a un embarazo complicado de consecuencias fatales;

6).- El miedo de traer al mundo un hijo enfermo al existir antecedentes que indican esa posibilidad;

7).- El rechazo a un hijo que va a venir a estropear el equilibrio actual de la familia;

8).- El sentimiento de odio hacia el padre, etc.

Por otra parte, durante el ciclo de mesas redondas interdisciplinaria sobre el tema "El aborto en México", organizado por la Coordinación de Humanidades, el Instituto de Investigaciones Biomédicas y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Agustín Barbabosa Kubli en su calidad de representante del I.M.S.S., expresó que: "La prohibición legal, social, moral y religiosa del aborto, hace que su práctica se realice por los procedimientos más variados y menos adecuados, los cuales ponen en muchos casos en peligro la vida de la madre, y sólo ante la presencia de complicaciones se acude a los servicios médicos asistenciales".<sup>20</sup> El mismo exponente, durante el curso de sus consideraciones declara que la mayor parte de los abortos que son atendidos en las clínicas del IMSS, se trata de abortos sépticos, es decir, de abortos que se iniciaron antes de llegar a la unidad hospitalaria y con graves complicaciones de infección causándose en el I.M.S.S., "siete muertes maternas por cada 10 mil abortos; aunque se desconoce la tasa real de muertes maternas en los abortos ilegales, se puede considerar que es varias veces superiores, ya que éstos no son atendidos con los requisitos mínimos de higiene".<sup>21</sup> Asimismo, hace un análisis estimativo sobre el costo que la prestación de servicios médicos ocasiona por cada aborto séptico atendido por el I.M.S.S., expresando lo siguiente:

"La atención médica institucional de un aborto tiene costos muy variados, los cuales dependen del tipo de abortos que --

se presente y que va desde un legrado simple con una estancia hospitalaria de doce horas hasta un aborto séptico con estancia de quince días.

Para efectos de la siguiente hipótesis tomaremos un costo promedio para la atención de un aborto de 5,000 pesos que equivale a una atención hospitalaria con estancia promedio de 3.3 días de 1500 pesos cada uno. Igualmente se han hecho estimaciones de que anualmente en la República Mexicana se realizan un millón de abortos y ocurren tres millones de nacimientos, lo que de ser correcto significaría que el 25% de los embarazos en México derivan en aborto"<sup>22</sup>. Sin embargo, el mismo exponente considera que "a raíz de la legislación del aborto en Estados Unidos y en otros países del mundo se han desarrollado técnicas abortivas aplicables preferentemente durante el primer trimestre del embarazo, las que se han denominado "inducción menstrual"...estos procedimientos logran abatir el costo y el peligro en la aplicación del aborto..."

En este punto cabe aclarar, que aún cuando Agustín Barbabosa no hace referencia específica a las modernas técnicas abortivas creemos que éste se refiere al modernísimo descubrimiento de las prostaglandinas o bien, al moderno método de succión, actualmente utilizado en Estados Unidos entre muchos otros países, y que según opinión de Juan Alberto Herrera Moro, Jefe del Departamento de Estudios Poblacionales-

y Jefe de Servicios de Planificación Familiar del I.M.S.S., - afirma que: "practicado en los primeros tres meses del embarazo, el aborto es sencillo, barato y seguro".<sup>24</sup>

En otra parte, Juan Alberto Herrera Mora, durante la mesa redonda que se celebró en la Ciudad Universitaria el 4 de diciembre de 1978 con motivo del análisis de "El aborto en México", manifestó que: "a diferencia de lo que suele pensarse, no es la mujer de "mala reputación" la que acostumbra recurrir al aborto, sino madres de familia cuya situación económica y social le impide mantener y educar un nuevo hijo<sup>25</sup>". Estas consideraciones del exponente fueron respaldadas por - las siguientes cifras estadísticas en torno de las mujeres - que recurrían al aborto como medida extrema de controlar su nivel económico social, afirmando que: "Las mujeres mexicanas que más frecuentemente recurren al aborto son: casadas o que viven en unión libre 65%, católicas 86%, madres de numerosos hijos 70%, de veintiseis a cuarenta años 53% de bajo nivel educativo 68%, de ingresos familiares insuficientes o precarios 76%, amas de casa 49%, dedicadas a los servicios - o a la industria 19%.

Otros estudios coinciden en que las principales razones que aduce la mujer para decidirse al aborto, en orden de importancia, son: número excesivo de hijos 52%, mala situación económica 27%, desavenencias conyugales 12%, ocultación social 6%, problemas profilácticos y terapéuticos 3%, los aboru

tos permitidos por la ley dan apenas el 3.5% de los inducidos, lo cual arroja un abrumador 96.5% de abortos ilegales"<sup>26</sup>.

De esta suerte, teniendo en consideración las siempre objetables estadísticas sobre el particular problema, cabe afirmar que el aborto sigue siendo utilizado frecuentemente por las mujeres mexicanas para liberarse de una maternidad no deseada. A esto habría que agregar que los abortos ilegales practicados muy frecuentemente por personas que carecen de la debida preparación y en condiciones desfavorables, suelen tener consecuencias desastrosas; asimismo, el autoaborto es uno de los que conllevan mayor riesgo de infecciones y de otras complicaciones que pueden llevar a un fatal desenlace.

La mortalidad -informó un grupo científico de la Organización Mundial de la Salud- "no depende sólo de la pericia de las personas que provocan el aborto ilegal, sino también de la existencia y utilización de servicios médicos y hospitalarios, así como de la calidad de la asistencia facultativa en el momento en que se presentan complicaciones que puedan poner en peligro la vida de la mujer"<sup>27</sup>. Asimismo en el informe mencionado, se afirma que: "es muy probable que en algunas colectividades importantes la tasa de mortalidad rebasa la cifra de 1,000 por 100,000 abortos ilegales"<sup>28</sup>.

Por su parte López Gómez y Gisbert Calabuig, citados -- por Gerardo Landrove Díaz, afirman en su Tratado de Medicina Legal, que: "El más grave riesgo viene determinado por la --

muerte repentina sobrevenida en el curso de la maniobra abortiva o inmediatamente después: la muerte por inhibición puede ser resultado de una estimulación de los genitales internos, punto de partida de un reflejo inhibitorio cardiorrespiratorio. En ocasiones, la muerte por embolia gaseosa sobreviene a la maniobra de inyección intrauterina del líquido (generalmente porque debido a fallas técnicas, se inyecta aire con el líquido que pasa al árbol circulatorio al desprenderse la placenta dejando abiertas amplias bocas venosas). La muerte por embolia grasa puede ser resultado de la inyección intrauterina de pomadas abortivas: el jabón que contienen produce una necrosis de las paredes vasculares, facilitando por ello la penetración del componente graso de la pomada. Otras veces, los accidentes inmediatos son más benignos: lipotimias, dolores de localización epigástrica o abdominal y aparición de un cuadro neurovegetativo, con malestar general y vómitos.

Otras lesiones sufridas por la mujer embarazada dependen obviamente de la naturaleza de la maniobra abortiva y del instrumento utilizado. Entre las más frecuentes, cabe mencionar lesiones punsantes sobre todo en la vagina y el útero. A veces la naturaleza irregular del instrumento utilizado puede dar lugar a serios desgarros, en ocasiones mortales. Asimismo, la inyección de líquidos cáusticos o muy calientes puede provocar quemaduras vaginales y uterinas. También, aunque de forma infrecuente, puede producirse la reten

ción del instrumento utilizado o de un fragmento del mismo, - en los casos de ruptura.

La infección es otra de las complicaciones habituales - del aborto clandestino. Menos frecuentes son las grandes -- hemorragias, pero la necrosis de un vaso importante, con -- pérdida de sustancia, puede originar una hemorragia que de-- semboza en la muerte por anemia aguda"<sup>29</sup>.

Por su parte P. J. Huntingford, expresa que: "no puede- ignorarse que aún sobreviviendo la embarazada a las maniobras abortivas y a sus complicaciones, puede quedar expuesta a -- grandes consecuencias posteriores. Secuelas que, incluso pue- den conducirla en forma tardía e indirecta a la muerte. Por el contrario, en muy contadas ocasiones un aborto practicado por una persona competente deja secuelas físicas importan--- tes"<sup>30</sup>.

En el mismo sentido, la doctora Asunción Villatoro y -- Magda Oranich han expresado que: "Las complicaciones que pue- de presentar un aborto provocado de forma clandestina, y por tanto en condiciones inadecuadas, son mucho mayores que las- que pueden surgir de la interrupción de un aborto en medios- hospitalarios y por personal preparado.

Las principales complicaciones de un aborto clandestino son: la hemorragia y la infección, que pueden conducir a la- muerte de la mujer si no son tratadas de forma adecuada y en medio hospitalario. El riesgo de muerte por aborto ilegal se

ha calculado aproximadamente como el doble del riesgo a morir por el nacimiento de un hijo. Como complicación a largo plazo se debe destacar la esterilidad posterior.

En cuanto a las complicaciones de los abortos ilegales es importante tener en cuenta que varían para cada método especial y que el riesgo de complicaciones aumenta considerablemente a medida que aumenta la duración del embarazo. Ya hemos dicho anteriormente que existe una gran diferencia entre la interrupción temprana -regulación menstrual-, interrupción en el primer trimestre y la interrupción en el segundo trimestre. Siendo por supuesto, en esta última fase en donde las complicaciones son más serias y más frecuentes. También es mayor el riesgo en las mujeres muy jóvenes, por debajo de 17 años"<sup>31</sup>.

Vistas las anteriores consideraciones médicas antes señaladas, cabe concluir que el fenómeno del aborto es más que un problema jurídico, filosófico o de conciencia, es un problema de salud nacional, cuya solución compete al Estado, el cual debe afrontarlo sin miedos, angustias, regresiones o hipocresías, sino en una actitud consciente de que sus leyes -están dirigidas a seres humanos y cuya vigencia se halla determinada por las necesidades sociales. En consecuencia, lo único que compete al gobierno de nuestro Estado en función de sus facultades, es la protección de la salud y bienestar de sus ciudadanos, pues cualquier solución contraria a esta-

finalidad, tan sólo traería aparejada la ineficacia legal de la pena y en consecuencia, la erosión jurídica de las normas legales en que se basa y sustenta todo el ordenamiento jurídico.

La Organización Mundial de la Salud, reunida en Helsinki del 19 al 23 de abril de 1971 con objeto de estudiar el aborto legal e ilegal como fenómeno de salud pública, admitió que: "El aborto debe ser considerado como una "medida excepcional" de interrumpir el embarazo no deseado, recomendando, sin embargo, por el bien del individuo y de la sociedad, la adopción de medidas preventivas, sobre todo el desarrollo de la educación sexual y el empleo de métodos anticonceptivos"<sup>32</sup>.

Por otra parte, la O.M.S. ha definido a la salud en los siguientes términos: "La salud es el completo bienestar físico, psíquico y social y no sólo la ausencia de enfermedad"<sup>33</sup>. Con este criterio la O.M.S. -comenta Manuel Mateos Candano- "desborda una definición y establece un ideal, un objetivo del cual están más o menos cerca los distintos grupos humanos. Introduce por otra parte, la consideración del individuo como ser físico, psíquico y social. La salud es un derecho y no un privilegio; es un fin individual y un medio de la comunidad para lograr sus objetivos"<sup>34</sup>.

En definitiva, deseamos concluir el análisis del aborto ilegal, poniendo de relieve la importancia que para la salud

y bienestar físico, psíquico y social tiene la modificación de las actuales normas represivas en torno al problema abortivo, toda vez que de mantenernos en nuestra tradicional postura antagónica a las necesidades sociales de las mujeres mexicanas, nos convertiremos en testigos de la tragedia de miles y miles de mujeres que continuarán interrumpiendo su embarazo en el más hermético de los silencios ante la indiferencia, de un inmoral ordenamiento jurídico que conlleva implícito la erosión de sus más fundamentales principios jurídicos y filosóficos. Además, cabe agregar, que de continuar con nuestra actual pasividad jurídica, implícitamente estaríamos convirtiéndonos en cómplices de millones de abortos criminales, entendiendo a éstos como aquellos que son llevados a cabo por personas incompetentes, a quienes no les importan las consecuencias de su impericia a cambio del pago que puedan obtener. Es un acto criminal afirma Anderson Grossgerge- "porque la sociedad contemporánea, no obstante los logros científicos, se ha negado a difundir las prácticas anticonceptivas antes de la adolescencia. Criminal también porque una vez que la mujer se siente embarazada y rechaza por su miseria a un futuro hijo que no podría sustentar, no recibe ayuda de nadie: las puertas le son cerradas invariablemente y acude entonces a los "espantacigüeñas", "los aborteros profesionales", al no tener otra alternativa". 35

4.3.- ABORTO GRATUITO EN CLINICAS Y SANATORIOS OFICIALES.- Somos conscientes de que mientras políticos, académicos

cos y moralistas, entre otros, discuten acaloradamente el -- "Problema del Aborto en México", miles de mujeres mueren sin recibir ayuda alguna.

Las mujeres, por las diferentes razones que hemos expuesto, "siguen y seguirán acudiendo al aborto como una de las - formas más frecuentes para solucionar el problema del hijo - no deseado, aún ante la condena de la moral tradicional y la inercia social que no le presta ayuda médica, pero sí la --- considera homicida"<sup>36</sup>. Ante esta triste realidad social, no nos queda duda de que es nuestra obligación histórica la de contribuir al cambio de las viejas concepciones, que durante siglos han marginado y olvidado, que la mujer en cuanto compañera del hombre, es digna de una reglamentación jurídica - que la coloque en igualdad con el hombre, no solo en el aspecto meramente político, sino también en el derecho que se nos antoja indiscutible y obvio el derecho a la autodetermina--- ción de sus propios embarazos. Es pues, en virtud de tales - consideraciones que creemos que el aborto es un derecho natural e indiscutible de la mujer. Asimismo queremos dejar asentado, que las mujeres y los hombres que reclamamos su legalidad, no lo hacemos con el propósito de extender su práctica - a las mujeres que recurren a él, sino que pugnamos por la -- legalización para que las interrupciones voluntarias de los - embarazos se produzcan en mejores condiciones para las mujeres, lo que permitirá salvar muchas vidas y evitar muchos -- sufrimientos. Pero la situación deseable no será ésta. El --

auténtico avance se producirá cuando ninguna mujer se vea -- obligada a abortar en ninguna parte del mundo.

El aborto debe de ser ante todo gratuito y ofrecida su práctica en instituciones oficiales, pues es ésta la única - manera de evitar que la pretendida legalidad se convierta en el arma y fundamento jurídico de los "aborteros profesiona-- les" que verán en esta reforma a la ley la posibilidad de -- crear repugnantes mercados alrededor de los cuales se enriquecerán a costa del sufrimiento de miles y miles de mujeres. - Sin embargo, estamos convencidos de que la sola legalización del aborto no es suficiente para evitar su reincidencia, pen-- samos que es necesario que se imparta educación sexual en to-- dos los niveles educativos, en virtud de que: "los mexicanos en su mayoría no llegan a la escuela superior, esta educación debe impartirse en la primaria por personas altamente capaci-- tadas tanto en lo moral como en lo científico. Posteriormente, los jóvenes de ambos sexos, deberán recibir educación -- premarital como condición para poder contraer nupcias y en -- esa forma llevar a cabo una planificación familiar individual sin intervención ni de la Iglesia ni del Estado..." "Lograda una educación sexual auténtica, tanto en hombre como en muje-- res, los primeros sabrán cómo tratar a sus esposas, a su ma-- dre, a sus hijas, a sus hermanas. Las segundas se sentirán - libres dentro de su sexo y ambos alcanzarán una integración-- familiar no soñada hasta hoy, ya que la mujer apoyada por las leyes, la religión, la moral y la sociedad, se sentirá dueña

de sí misma y esto redundará, sin duda alguna, en beneficio--  
propio, de su familia y de su país"<sup>37</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

### IV

- 1.- Adolfo Sánchez Vázquez. Etica. Pág. 67. Ed. Grijalbo. México, 1974.
- 2.- Ibid. Pág. 29.
- 3.- Ibid. Pág. 27.
- 4.- Guillermo F. Margadant. Derecho Romano. Pág. 213. - Ed. Esfinge. México, 1975.
- 5.- Ibid. Pág. 213.
- 6.- María Gabriela Leret. Aborto, Prejuicios y Ley. -- Pág. 195. Ed. B. Costa-Amic. México, 1977.
- 7.- Ibid. Pág. 195.
- 8.- Vid. Eduardo García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 19. Ed. Porrúa, México, 1972.
- 9.- Ibid. Pág. 19.
- 10.- Ibid. Pág. 20.
- 11.- Hans Kelsen. La Teoría Pura del Derecho. Pág. 36 y 37. Ed. Nacional. México, 1974.
- 12.- Política Criminal del Aborto. Pág. 140. Ed. Bosch. Barcelona, 1975.
- 13.- Gerardo Landrove Díaz. Opus Cit. Pág. 151.
- 14.- Asunción Villatoro y Magda Oranich. El Aborto. Pág. 29. Ed. La Gaya Ciencia. Barcelona, 1977.
- 15.- Luisa María Leal. El Problema del Aborto en México, Pág. 8. Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1980.
- 16.- Luisa María Leal. Opus Cit. Pág. 8.
- 17.- Vid. Mariclaire Acosta y Otras. El Aborto en México. Pág. 16. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1976.

- 18.- Ibid. Pág. 16.
- 19.- Agustín Barbosa Kubli y otros. El Aborto, un enfoque multidisciplinario. Pág. 1. Ed. Universidad -- Nacional Autónoma de México. México, 1980.
- 20.- Ibid. Pág. 1.
- 21.- Ibid. Págs. 4 y 5.
- 22.- Ibid. Pág. 9.
- 23.- Ibid. Pág. 9.
- 24.- Ibid. Pág. 46.
- 25.- Ibid. Pág. 42.
- 26.- Ibid. Pág. 41.
- 27.- Cfr. Gerardo Landrove Díaz. Opus Cit. Pág. 102.
- 28.- Ibid. Pág. 102.
- 29.- Citados por Gerardo Landrove. Opus Cit. Págs. 102 y 103.
- 30.- Cfr. Gerardo Landrove. Opus Cit. Págs. 103 y 104.
- 31.- Vid. Opus Cit. Págs. 45 y 46.
- 32.- Gerardo Landrove. Opus Cit. Pág. 110.
- 33.- Luisa Marfa Leal. Opus Cit. Pág. 16.
- 34.- Ibid. Pág. 16 y 17.
- 35.- Anderson-Grossgerge. El Aborto. Pág. 39. Ed. Po-- sada. México, 1974.
- 36.- Ibid. Pág. 76.
- 37.- Ibid. Pág. 154 y 155.

CONCLUSIONES

CAPITULO IV

1.- El aborto es una práctica eminentemente histórica, - sobre la que han incidido diversos criterios en torno a la - punibilidad de la misma, sin que pueda sostenerse que la actividad abortiva haya sido contemplada con un mismo criterio de rechazo generalizado.

2.- La dogmática penal, no ha logrado establecer un --- criterio universalmente válido en torno al "bien jurídico" - que se tutela en el delito de aborto, pues mientras unos sos- tienen que el objeto de la tutela es la vida en gestación -- acreedora de individual protección jurídica, otros manifies- tan que el objeto de la tutela jurídica se establece en fun- ción del interés social por el desarrollo demográfico de su- colectividad, afirmaciones muy discutibles desde el punto de vista, tanto jurídico como político.

3.- El aborto no es un problema del Derecho Penal, sino de política criminal.

4.- La norma penal que configura el delito de aborto, - es sólo la base coercitiva de la ficción civil que establece la personalidad jurídica del concebido, originando con ello- una doble tutela legal y una disminución en la personalidad- jurídica de la mujer.

5.- El aborto es una conducta calificada como delito -- por la norma, sin que intrínsecamente constituya antijuridi- cidad alguna en la actualidad.

6.- Las causas de justificación que los modernos tratadistas señalan como excluyentes de antijuridicidad, son sólo erróneas interpretaciones legales de los abortos no punibles, pues en sus particulares concepciones dogmáticas se niegan a reconocer que en tales supuestos se está frente a una excusa absolutoria producto de una específica política criminal.

7.- La libertad para determinar el número y espaciamiento de los hijos es una garantía constitucional. Hace falta - el complemento instrumental para lograr la eficacia de este derecho familiar.

8.- La pobreza, producto del desempleo y de intereses individuales, es el factor principal que influye en la práctica abortiva.

9.- El aborto puede ser adoptado como un auxiliar en el control de la fertilidad a nivel familiar, y a nivel social - como un medio de procurar el equilibrio de la población.

10.- La moral es un terreno sobre la que deben incidir convicciones personalmente sentidas sin que deba recurrirse al absurdo de la represión para hacer valer tales principios; pues al derecho sólo compete la tutela de los derechos generales de la colectividad en cuanto ésta esté interesada en su protección jurídica; supuesto éste que no puede sostenerse en torno al aborto, pues es la misma sociedad la que hoy en día se interesa en encontrar los medios para su control demográfico.

11.- El aborto es un fenómeno social que no puede encontrar solución en los preceptos del Código Penal, sino en las medidas realistas y humanitarias que comprendan que la mujer es digna de protección jurídica individual a la cual le está signado el derecho de la procreación, sin que deba de considerarse a este fenómeno biológico como obligación perenne que la someta.

12.- La práctica abortiva debe ser ofrecida gratuitamente en sanatorios y clínicas oficiales con objeto de evitar que la pretendida legalidad se convierta en el arma y fundamento jurídico de los aborteros profesionales que verán en esta reforma a la ley la posibilidad de crear repugnantes mercados alrededor de los cuales amasarían fortunas incalculables. Antes bien, debe cuidarse la cuestión instrumental de la ley con objeto de evitar estos excesos. Asimismo deberá estudiarse por médicos y no por juristas el máximo de gestación en que deba permitirse la práctica abortiva con objeto de evitar mayores riesgos a la mujer que lo lleva a cabo.