

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



37
28

Facultad de Derecho Incorporada a la

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

Clave 8793-09

ABORTO HONORIS CAUSA

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

SILVIA LOPEZ SILLERO

FALLA DE ORIGEN

CELAYA, GTO. 1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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.

A MI PADRE:

SANTIAGO LOPEZ SAUCEDA.

Quien no estando presente físicamente, pero que en mi memorias te encontraras siempre, dejo testimonio de lo que tu tanto me pregonabas alcanzar en mi vida una carrera profesional y que ahora gracias te doy por ello dando el fruto deseado por ti.

A MI MADRE:

MA. PUEBLITO SILLERO TOVAR.

Por tu amor, apoyo y confianza, que recibí de ti lo largo de mi carrera la cual realice gracias a ti.

A TI ALEJANDRO:

Hijo mio, motivación de mis dias y justificación de mi vida.

A MIS HERMANOS:

Jusana y Miguel. Por su apoyo y confianza que han depositado en mi.

A MIS TIOS:

Por su cariño de siempre.

A MI ESCUELA:

Universidad Lasallista Benavente.

A MIS MAESTROS.

A MIS COMPAÑEROS DE GENERACION. *Porque directa o indirectamente hicieron posible la realización de mi carrera.*

INDICE.

I N D I C E .

INTRODUCCION.

Pág.

CAPITULO I.- LA VIDA EN LA HISTORIA DEL DERECHO POSITIVO.

1.- La vida como valor existencial del hombre.....	1.
2.- La vida en el derecho prehispánico y colonial.....	7.
3.- El derecho a la vida y sus limitaciones.....	12.
4.- La vida y la salud como valores supra-históricos.....	18.

CAPITULO II.- DOGMATICA JURIDICA DE LA VIOLACION.

1.- Concepto del bien juridico tutelado.....	27.
2.- Elementos del tipo penal de violación.....	30.
3.- Problemática de la violación.....	37.
4.- Reflexiones sociales, morales y juridicas de la violación.....	38.

CAPITULO III.- DEL ABORTO.

1.- Los derechos reproductivos.....	44.
2.- Permision o prohibición del aborto.....	49.
3.- El embarazo como un estado de salud y el feto como parte del organismo humano.....	55.
4.- Reflexiones sobre el delito de aborto.....	60.

CAPITULO IV.- MECANISMO LEGAL O AUTORIZACION JUDICIAL PARA ABORTAR COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLACION.

1.- El aborto como consecuencia de la violación.....	71.
2.- La postura de la iglesia católica.....	74.
3.- Ineficacia de las leyes para reprimir el aborto.....	80.

4.- Propuesta legislativa actual.....	85.
PROPUESTA.....	92.
CONCLUSIONES.....	95.
BIBLIOGRAFIA.....	98.

INTRODUCCION.

I N T R O D U C C I O N

El problema de la sexualidad es de suma importancia para el campo del Derecho pero sólo en cuanto es objeto de una agresión para el titular de ese bien jurídicamente protegido. El fenómeno de la sexualidad sin duda que ha venido sufriendo transformaciones al grado de tener que adecuarse a los nuevos conceptos de la sociedad moderna, pero a pesar de ello sigue siendo materia de protección y de un tratamiento especial por la ley.

Para nadie es extraño que la mujer símbolo de la fertilidad terrena vea en ella el sueño de la continuación de la especie, siempre que ese estado de gravidez hubiese sido querido, deseado y a veces hasta buscado. Y, también es verdad que al grupo social repugna sobre manera la idea de imponer violentamente a la mujer el estado de embarazo, más cuando el mismo ha sido producto de un ataque criminal que lesiona no solo su libertad sexual sino además, su propia psicología y autoestima.

En efecto, cuando se trata de la comisión de los llamados delitos sexuales, debemos reconocer que nos enfrentamos a un problema práctico que en materia del índice de criminalidad conocemos como la famosa "cifra negra", esto es, aquellas conductas en que la víctima prefiere mantener un gran silencio y soportar así la pena del ataque sufrido y bien, a veces, la mayor parte, el desprecio y desdén de los integrantes de la sociedad.

Este es un problema que se vuelve insoportable cuando la maternidad forzosa encuentra tanto en los principios morales de la sociedad, las creencias, las costumbres, etc., un obstáculo para ver al menos menguado su sufrimiento de manera que se le permita a la mujer la práctica del aborto cuando el producto del embarazo es precisamente derivado de la violación, dado que tal conducta agrede la libertad sexual de la mujer y la libertad constitucional de querer el número y espaciamiento de sus hijos cuando ella a si lo prefiera, es decir, atenta, también, contra el derecho reproductivo de la mujer.

Aquí a través de este trabajo de investigación en la medida de mis posibilidades trataré de instrumentar un mecanismo legal que le permita a aquella mujer que víctima de la imposición violenta de la cópula tenga en sus manos la posibilidad de elegir en conservar ese estado o bien con la autorización de la ley le sea permitido abortar tomando en consideración las prevenciones médicas necesarias para que su vida no corra riesgo alguno.

Por eso he dividido el estudio de esta tesis en cuatro partes, que a mi juicio estime indispensables para culminar con esa proposición legislativa. A saber:-

En la primera parte del análisis y que denomine "La vida como valor existencial del hombre" me aboco al estudio de la concepción filosófica del concepto vida, porque ciertamente al referirnos a la violación como un presupuesto de la permisión del aborto, es acabar sin duda con una vida. Pero también hasta que punto la mujer debe estar obligada estoicamente a soportar un estado de embarazo forzoso, es la interrogante. En este apartado solo vamos a exponer un panorama general que nos dará la idea de lo que a la postre puede fundamentar la decisión de la mujer.

Mientras, que en segundo capítulo llamado:- "Dogmática Jurídica de la Violación" es sólo el estudio de la problemática que encierra el delito de los llamados sexuales por antonomasia y su distingio con otras figuras con las que a veces puede ser confundida, y por supuesto, contiene el enunciado de los factores sociales, morales, legales, etc. que envuelven este hecho criminal.

En el capítulo tercero "Del Aborto" mi intención se centra el tratamiento legal-práctico de este delito, bien que se trate de un derecho a la reproducción cuando la mujer hace cesar ese estado de embarazo, bien si debe o no ser permitido el aborto, aunque aclaro solo planteé el hecho y no tomo una postura dado que no es tema de mi tesis, para finalizar con algunas reflexiones finales.

Así en el capítulo cuarto, punto medular del trabajo y al que llamé "Mecanismo Legal o Autorización Judicial para abortar cuando el producto es consecuencia de la violación" es destinado al trato que la legislación da en la práctica al aborto cuando el gestado es derivado de una imposición violenta de la cópula, además la postura que la iglesia mantiene en torno a este problema y del cuál no podemos escapar en atención a la notoria espiritualidad de la sociedad mexicana.

A manera de ser propositiva, enumero las características que debe reunirse para que el aborto como consecuencia indisoluble de la violación se convierta en una causa permisiva de la acción.

Algunas inquietudes quedan plasmadas en este trabajo, que por cierto, queda a su discusión y por supuesto a la reflexión y sana crítica.

CAPITULO PRIMERO.

CAPITULO PRIMERO.- LA VIDA COMO VALOR EXISTENCIAL DEL HOMBRE.

SUMARIO: 1.- *La vida como valor existencial del hombre.* 2.- *La vida en el derecho prehispanico y colonial.* 3.- *El derecho a la vida y sus limitaciones.* 4.- *La vida y la salud como valores supra-históricos.*

1.- LA VIDA COMO VALOR EXISTENCIAL DEL HOMBRE.

“Cuando aparece el hombre, antes de adoptar una postura antropocéntrica, esto es, que sea él mismo el centro de su pensamiento, adopta la postura cosmológica, que va a consistir en preguntarse por las causas eficientes de todo cuanto le rodea, es decir del cosmos. Y en este sentido podemos mencionar a filósofos como a Tales de Mileto, Anaximenes o Anaximandro, que creyeron encontrar aquellas causas en el “agua”, en el “aire” o en el “apeiron”.”(1).

Pero era de esperar que a esta inquietud cosmológica, el hombre se volviera hacia sí mismo, para intentar resolver su problema existencial. El hombre desde este momento hace objeto de su análisis y conocimiento su mismo “yo”.

Aunque a estas cuestiones, la cosmológica y la antropológica, se dieron oportunas respuestas, el problema ha continuado vigente. No sólo porque el problema de conocer renace en cada hombre, sino porque con su propio conocer y actuar el hombre modifica el cosmos y se modifica a sí mismo. En esa evolución dialéctica el hombre ha percibido primero y descubierto después que “las cosas además de ser, valen”. Es así como descubriremos a cada paso un atributo presente en cada cosa que la hace valiosa o, surgiendo de esto una capacidad estimativa que se ejercita valorando todo lo que constituye al mundo, al hombre, a su pasado y hasta su porvenir.

Los valores no tienen existencia autónoma e independiente, siempre necesitarán de un portador concreto o de un depositario para usar la terminología de Frondizi. Un soporte

en el que puedan darse los valores existencialmente.

Para el hombre son valiosas la "justicia", la "libertad", la "inteligencia", etc. pero un hecho tiene un valor especial ya que en él se fundan todos los mencionados: ese hecho es la vida. La vida que es sostén de todos los demás valores del hombre.

Los valores para darse, dijimos, siempre necesitan de un portador concreto.

Dicho portador agrego ahora, revestirá de características especiales, según el valor de que se trate.

Tales como la justicia, la bondad, la santidad, etc. que requieren no sólo de un portador que exista y viva, sino que es necesario además que ese ser viviente tenga la singular aptitud y necesidad de hacer su propia y exclusiva vida.

La espiritualidad, como aptitud para trascender para ser, es exclusiva condición del hombre. Esta vida humana constituye así un valor en sí misma, que como hecho vital acaba por ser el fundamento de todos los demás valores que el hombre en su vivir sea capaz de percibir, descubrir o construir. Se nos aparece así como cimiento del valorar, suelo sobre el que los demás valores pueden existir.

Es pues la vida en tanto estrato biológico, valor fundamental, suprimido este desaparecen todos los demás. Por fundamental no quiere decir aquí principal o más importante entre todos. La vida biológica la comparte el hombre con las plantas y los animales. El valor de esta vida no lo diferencia ni de las plantas ni de los animales.

Lo que sucede es que como sabemos hay hechos que sirven de fundamento a otros, es decir, que funcionan como condición para que otros valores puedan realizarse.

No puede darse la realización del valor fundado sin que se dé la realización del hecho fundante y el valor de lo fundante (condición ineludible para que pueda realizarse el valor fundado) es justamente por eso de rango inferior.

La distinción entre la vida vegetativa, animal y humana, consistirá en que mientras el vegetal o el animal se quedan con su vida como "algo hecho", al hombre le está dada la obligación (y la posibilidad) de hacer su propia vida.

Es hombre en tanto la hace y se deshumaniza tan pronto se reduce a su vida biológica.

La vida es un bien superior y el hombre tiene derecho natural a ella, así como un deber de respeto a la suya propia y a la de los otros. La vida se puede definir en función del instinto de conservación como " poder interno de desarrollo y de resistencia a la destrucción ".

Resta agregar que el derecho a la vida explica el de la integridad física y el derecho en general al mantenimiento de las funciones vitales. Los ordenamientos positivos que prohíben las diversas formas de atentados a la salud o sus alteraciones, las penas de mutilación, etc., son manifestaciones del derecho fundamental que venimos comentando.

Por otro lado y ante tal cuestionamiento, el artículo 4 constitucional que establece el derecho a una maternidad libre responsable e informada, también consagra el derecho a la salud. Aun sin pretender proporcionar una interpretación basada en la hermenéutica constitucional que

ligaría definitivamente el ejercicio descrito en el párrafo cuarto de este numeral (derecho a la salud) al señalado en el párrafo primero (derecho a una maternidad libre, informada y responsable), se puede afirmar que el aborto practicado en las condiciones derivadas de su clandestinidad es un riesgo para la salud de las mujeres y un costo muy elevado para el Estado que se ve precisado a atender las complicaciones de los abortos clandestinos.

Algunos grupos pugnan por la desincriminación del aborto decidiendo no hacer caso de las cifras y estadísticas que se proporcionan sobre el tema precisamente por la falta de confiabilidad de las mismas. Sin embargo, es muy cierto que se debe hacer un esfuerzo por precisarlas pues esta información es indispensable para delimitar la gravedad del problema de salud pública que implica la práctica clandestina de las interrupciones de los embarazos no deseados, para llevar a cabo un análisis objetivo de la incidencia de estas prácticas en el contexto de la salud reproductiva.

Análisis a través del cual nuestro país puede encontrar los parámetros de una política legislativa respetuosa de una moral pública, acorde y congruente con las características que lo definen como un país estructurado dentro del un marco de un Estado laico, liberal y democrático. El análisis de las implicaciones del aborto para la salud reproductiva permite hacer abstracción de los considerandos subjetivos que inciden en la moral individual, abriendo las perspectivas hacia una política legislativa basada en los factores objetivos que perfilan la problemática de la interrupción voluntaria del embarazo. Uno de los más graves es precisamente éste: el riesgo para la salud de la mujer embarazada que no puede o no quiere continuar con ese proceso y que se ve orillada a interrumpirlo en las condiciones nefastas en que actualmente se realizan estas prácticas; condiciones propiciadas, principalmente, por la clandestinidad en la que se realizan.

Condiciones que pone en tela de juicio el derecho a la protección de la salud consagrado, para toda la población, en el mencionado artículo 4to. constitucional. Derecho

definido por las normas reglamentarias y los planes de desarrollo cuyo conjunto considera a la salud como un estado de vida específico que abarca los aspectos físicos y mentales de varones y mujeres.

Así en nuestro país se establece un Sistema Nacional de Salud, y un programa de salud que retoma los objetivos constitucionales. En ambos el desarrollo y el bienestar social son los objetivos finales de las políticas de asistencia social y salud pública.

Concretamente los relacionados con el de la salud reproductiva: el contribuir al desarrollo demográfico armónico del país, la colaboración al bienestar social de la población mediante servicios de asistencia social y el dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez.

Objetivos y finalidades que solo pueden cumplir en forma integral en un marco conceptual distinto al que hoy en día vivimos respecto con la maternidad y la paternidad. Un marco en el cual se encuentren contenidos los lineamientos señalados anteriormente: una maternidad y paternidad asumidas con responsabilidad y en absoluta libertad pues, tratándose de las mujeres, parece ser que el acceso a este sistema de salud está condicionado, ya que aquella que pretende interrumpir un embarazo no deseado no puede acudir libremente a ningún centro del sector salud a fin de someterse, sin riesgos, a la intervención correspondiente.

Ahora bien, en relación con las cifras, nos percatamos que son siempre alarmantes aunque se haya dicho que no son confiables. El Instituto Mexicano del Seguro Social consigna que un 10% aproximadamente de los servicios ginecoobstétricos que atienden, son debidos a abortos; dato importante de tomar en cuenta. Más aún, si sabemos que el total de los abortos provocados quedan en el anonimato de las cifras negras, precisamente por la clandestinidad en que se practican.

En efecto, el problema de salud pública es el punto a través del cual se puede cuestionar la penalización del aborto con mayor claridad y objetividad. No se puede desconocer que año con año un número elevado de mujeres mueren a causa de abortos mal practicados, y otras más tienen complicaciones que afectan seriamente su salud.

Se ha estimado que las condiciones jurídicas en las que se practican los abortos tienen serias repercusiones médicas, ya que la mortalidad de las mujeres por esta causa depende de la falta de pericia de la persona que realiza la intervención y a la falta de utilización de los servicios médicos y hospitalarios adecuados.

Las alternativas propuestas para resolver este particular problema de salud pública son dos: la prevención de los abortos a través de campañas efectivas de educación sexual e información de los métodos anticonceptivos idóneos, y la concreción de políticas desincriminadoras del aborto a fin de que se deje a la mujer la opción de acceder a una atención médica adecuada, segura e higiénica.

La vida es entonces el valor fundamental para el Derecho porque alrededor de esta circunda el resto de la axiología. La vida del ser enclaustrado en el seno materno es vital para la madre y "reflexionar sobre la maternidad -a través del sintoma del aborto- significa reconocerse parte de la naturaleza unida a ella por un cordón que no puede ser cortado impunemente". (2).

Este complejo problema de la vida puede verse reflejado en lo cotidiano si se revisan los programas educativos para incluir la instrucción sobre sexualidad humana, reproducción, anticoncepción y nexos entre el bienestar poblacional y el crecimiento demográfico. Elementos hasta ahora descuidados por las autoridades educativas y que, sin embargo, son fundamentales en el desarrollo de las personas.

Solo asi, aspirariamos a un sistema normativo integral en lo que al punto se refiere.

En síntesis, el valor de la vida no es valor en si mismo, sino para alguien, tal que la referencia a un sujeto pertenece a la esencia del valor. Sin duda hay ideas abstractas de valor o esencias axiológicas; no son algo en sí, sino que tienen una referencia al espíritu. No existen para sí, sino para un centro de actos espirituales. Lo mismo puede decirse de cualidades valiosas que se manifiestan en los objetos. El ser como tal, la pura facticidad es indiferente al valor. Sólo logra carácter axiológico, sólo se iluminan sus rasgos valiosos, cuando aparece en relación con una conciencia que siente valores.

No hay ningún ser ni parte alguna suya que no sea útil o apto para algún fin propio de otro; de donde podemos concluir que todo lo que existe es valioso y que tiene tanto de valioso cuanto tiene de ser- si bien desde un punto de vista ético sólo es buena o valiosa la voluntad.

2.- LA VIDA EN EL DERECHO PREHISPANICO Y COLONIAL.

En las épocas más remotas, cuando aún no aparece el Derecho, sabemos que el hombre vive en un "estado de venganza", en donde el que va a ganar va a ser el más fuerte. Más tarde sabemos que el hombre, ligado ya a una "gens", no se encuentra solo, porque cuenta con su "derecho" a ser protegido y "vengado" por la sociedad de la que él forma parte.

Como se puede ver, en estas sociedades primitivas el espíritu vengativo persiste, y una primera ley positiva que aparece lleva consigo dicho matiz de venganza. Porque la ley de "talión", "ojo por ojo y diente por diente", no significa más que venganza, aunque eso sí, debemos de notarlo, se trata de una venganza pero sin excesos.

El respeto a la Vida humana, en todas las civilizaciones lo encontramos legislado; y así podemos ver cómo ya en el Código de Hamurabi del siglo XVIII, A.C., contiene ya en forma implícita o explícita un marcado respeto a la vida e integridad corporal del hombre. Como ejemplo de lo que afirmo bastaría citar algunos artículos del Código mencionado: Artículo 197. "Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo." (3).

Como se observa, en este Derecho antiguo, percibe a la Vida como el derecho fundamental del hombre, de tal manera que se considera "justo" que pague con su vida aquel que haya privado de la Vida a alguien.

En el pueblo de Israel se encuentra algo similar. Concretamente en el Pentateuco (Exodo, XXI; 18, 19, 22, 25, 32, XII; 10, 11, y Levítico, XXIV; 19, 20) se advierten conceptos que pueden resumirse en lo siguiente "el que golpee a su prójimo de modo que se le deje con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá rotura por rotura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trato al otro." (4).

En el antiguo Egipto una de sus leyes decía: "no matéis si no queréis ser muertos," "el que mate sea muerto".

Como se ve, en todos estos pueblos, por tener o concebir como fundamental de los Valores en el hombre, su propia Vida, creen que lo más justo en contra del homicida, es privarlo de su propia Vida. Esta ley del talión vigente en los pueblos primitivos es explicable en la medida que el primitivo aún no ha alcanzado a desarrollar en plenitud su espíritu.

Podría afirmar que la ley del talión (sin excesos) tuvo mucho de humanitaria de acuerdo a la época en que se uso en cuanto ponía límite a la pena.

Desafortunadamente esta ley del talión se desvirtúa, cuando aparecen las clases dominantes, donde por cuidar estas clases su posición, atentan contra la Vida del hombre, ya no por venganza de algo sufrido, sino para asegurar su privilegiada posición social.

En todos estos tipos de Derecho Positivo, en los que legalmente se consagra verdaderas "agresiones estatales" en contra del derecho fundamental del hombre, su Vida, creo que reflejan aspectos enfermos de necrofilia o tánatos.

Cuando un estado recurre a estas medidas necrófilas, está convirtiendo al hombre en medio y no en fin como debiera ser.

En el derecho Prehispanico Mexicano.- Por la destrucción de Códices, en "nombre del Cristianismo", que se hizo, es difícil o ha sido difícil conocer las leyes penales encuadradas en el respecto a la Vida del hombre, de nuestros antepasados.

Se da por cierto, la existencia de un llamado "Código Penal de Netzahualcóyotl" de cuyas ordenanzas, reproducidas por don Fernando de Alva Ixtlixóchitl, tenemos las siguientes.

1. "Que si alguna mujer hacia adulterio a su marido, viendolo él mismo, ella y el adúltero fueren apedreados en el tianguis."

2. Que si alguna persona matare a otra fuera muerta por ello.

En la ordenanza primera notamos que el adulterio es castigado con la muerte, más que nada porque una ley positiva se confundió con la moral y la religión.

En la colonia. Representa este período un verdadero trasplante de las instituciones españolas a territorio americano. La ley 2, título primero, libro 11 de las leyes de Indias dispuso que en todo lo que no estuviese decidido ni declarado por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones de ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guardaren las leyes de nuestro reino de Castilla conforme las de toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y desición de los casos, negocios y pleitos, como la forma y orden de sustanciar.

La legislación colonial tendía, como lo apunta Fernando Castellanos, a mantener las diferencias de castas, y por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas.

México no escapa a este panorama. Durante los siglos de denominación española el esquema poblacional respondió a la idea de la reproducción sustentada por la iglesia católica: "crecer y multiplicaos", esquema que se adecúa a los modelos señalados en el párrafo anterior.

Durante los primeros años de la vida independiente del país este principio poblacionista transforma su contenido ideológico pero el patrón: es necesario poblar al país para garantizar la independencia y la soberanía nacionales. En la segunda mitad del siglo XIX, el tema de la maternidad se concretaba a resolver el problema de ampliar la verticidad para hacer de México un país rico (bajo la premisa ya mencionada de que gobernar es poblar).

Resultado de estos principios son las normas que promocionan los matrimonios a edad temprana, las ayudas fiscales para las familias numerosas, la prohibición de toda propaganda sobre métodos anticonceptivos y la restricción del aborto, entre otras.

Por su lado Ortega señala que en la discusión del Código Penal de 1869,

en el cual se tipificó penalmente por primera vez en México independiente, el aborto, se conjugaron varias circunstancias que incidieron en el proceso: la política poblacionista imperante, la ideología del catolicismo laico y la aptitud del gobierno liberal hacia las mujeres aunada al hecho de que el incipiente movimiento feminista estuviera ocupado en solucionar carencias elementales con relación a los derechos políticos, a la ciudadanía y el acceso a la educación, y no por analizar las contradicciones de los derechos reproductivos. (5).

Este panorama ha cambiado en las dos últimas décadas de este siglo. A nivel internacional, se contempla una reevaluación de principios relacionados con la sexualidad y la reproducción humana y, por tanto, una tendencia desincriminadora del aborto, ya sea a través de la destipificación del delito o de la reducción de la penalidad fijada, o del establecimiento de número cada vez mayor de causas de impunidad hasta al estado actual que se analizara más adelante.

Apunto una posible reinterpretación de esta y de todas las declaraciones que se refieren a la instrumentación normativa del aborto en el sentido de que no basta señalar una serie de causas de desincriminación, sino que estas deben ir acompañadas por los instrumentos que hagan posible el acceso de las mujeres a esta intervención quirúrgica de manera digna y sin riesgo para su salud; pues, en nuestro país aún frente a las pocas causas de desincriminación que tenemos en la legislación nacional, las mujeres se encuentran desprotegidas por la falta de tales instrumentos. Al lograrlo, se avanzará hacia la concreción de las declaraciones normativas y no a su ampliación explicativa.

3.- EL DERECHO A LA VIDA Y SUS LIMITACIONES.

Todos estamos obligados a respetar la libre disposición de los actos de otro en la medida que lo permite la vida social, y el Estado es el encargado de regular y salvaguardar esta libertad, no hay nada que justifique la pérdida de nuestra propia disposición ni la entrega de nuestros actos a otro sin que se le deban por justo derecho, pues que con ello se lesionan también derechos fundamentales.

Aunque por una parte no podemos afirmar que frente a la vida estemos ante un derecho o valor absoluto, sí podemos afirmar que el hombre en toda la historia siempre ha valorado la vida como el valor fundamental del hombre, esto es, como ser humano, como animal pensante, como ser espiritual, ha procurado por encima conservar la vida. Esto es, la vida es un valor suprahistórico.

Es un valor suprahistórico, porque como dice Alfred Stern es por la atribución de un valor positivo a la vida y a la salud y un valor negativo al sufrimiento y la muerte, es como hay historia⁽⁶⁾, porque si no fuera así no habría historia pues que en un sentido más amplio es la realización del proyecto humano común de vivir, y la ejecución de ese proyecto sería imposible sin una valoración positiva de la vida y la salud.

La vida es un juicio de valor que parece expresar realmente una evolución intertemporal, inespacial, impersonal, supracultural y suprahistórico, en todas las regiones de la tierra y en todos los medios sociales los hombres valoran y valoran positivamente la vida. La vida resulta ser solo un valor instrumental en cuanto que solo es medio para la realización de otro valor fundamental como lo es el de la vida humana.

“Ahora, si se habla de que la vida es un derecho-valor suprahistórico, implícitamente se niega que ese derecho sea tan sólo histórico, y es así porque el derecho a la vida está lejos de ser un mero producto de una época histórica dada o de una civilización específica o de una determinada colectividad, así pues por la inalterable condición humana nos permite ver en cualquier tiempo que la vida es una condición objetiva necesaria para su conservación en la faz de la tierra.”(7).

Tener una concepción así del valor vida cualquiera que hayan sido las concepciones adoptadas siempre se considero como un valor positivo, ya que los hombres siempre aspiraban a vivir libres de padecimientos. De tal manera que ninguna costumbre, dogma o tradición históricamente condicionada tienen derecho frente a dicho valor.

Por ser de interés general el derecho a la vida, el fundamental del ser humano, éste se ha convertido en una preocupación que requiere de un estudio integral más a fondo para resolver como seres humanos una situación actual.

Encontrándose en ello una limitante que le es impuesta al hombre; el poder practicar relaciones sexuales, sujetadas y regidas por normas morales más que jurídicas.

Pero cuando la fuerza sexual, sobre la cual reposa la existencia de la sociedad, está deteriorada y su ejercicio recae en un daño interviene el derecho en la cual esta intervención en el derecho de libertad de la actividad genésica debe ser limitada dentro de las más estrechas fronteras. Toda eugenesia sistemática, que regule la procreación humana, significa la destrucción de una de las libertades originarias y primarias del hombre, destrucción que tiene que llevar a una devastadora despersonalización y degradación.

Siendo el Estado quien debe garantizar fundamentalmente el derecho de

matrimonio de manera que cada hombre pueda unirse con una mujer libremente, sin que los contrayentes puedan ser coaccionados por nadie para tal fin. Este derecho sólo se restringe por razones graves de salud física y daño cierto y grave de la prole.

El ejercicio de tal derecho es el fundamento de los derechos de familia acarreado una serie de deberes de los padres en relación con los hijos.

Visto este aspecto como una restricción que se impone a la voluntad del hombre en elegir a su libre arbitrio su conducta sexual se le causa un daño moral aparejándose a este un desequilibrio en la propia ley como garantista de los principios fundamentales del hombre.

Aunado a esto ha quedado claro, por lo que se ha dicho que la vida humana, sin lugar a dudas, ocupa el lugar preponderante dentro de todos los valores tutelados por nuestro derecho. Ante tal, se debe aceptar que existen límites y restricciones en torno a este derecho.

No es que ahora se niegue la bondad del valor de la vida, sino más bien en ciertas circunstancias nos encontramos ante verdaderos conflictos axiológicos, que nos van a obligar a aceptar esas restricciones al derecho a la vida.

Tenemos como ejemplo el aborto terapéutico en el que nos encontramos en una situación conflictiva de dos vidas y tan es conflicto que no es posible salvar dos vidas; ninguna debiera ser eliminada, pero, y aquí está el conflicto: forzosamente una de esas dos vidas debe ser sacrificada para salvar la otra surgiendo un estado de necesidad cuando lo que está en juego es la vida de la madre en la que ella ya ha hecho su propia vida, se trata ya de una vida en acto, es una vida entre circunstancias y ella misma es circunstancia del mundo que la rodea y su muerte no resultaría ajena a la influencia directa negativa que causaría a su familia y a la sociedad en si misma. Siendo un motivo

determinante de restricción al derecho a la vida.

Luego, para quienes sostienen que el derecho a la vida y sus restricciones debe proponerse como la reivindicación de los derechos de la mujer "se compele a buscar un significado propio para la maternidad, un significado a partir de los proyectos de cada mujer y no de las necesidades políticas de los gobiernos y de los gobernantes. Un significado en que el centro fundamental sea la experiencia vital de la mujer que decide ser madre y no los intereses de grupos específicos. En este sentido se deben rechazar todos los medios tendientes a limitar la experiencia de la maternidad libre y responsable, ya sea aquellos que pretenden impedir la interrupción voluntaria del embarazo no deseado, como aquellos tendientes a imponer controles a la capacidad reproductiva de las mujeres sin tomar en cuenta estos deseos, anhelos y proyectos de vida". (§).

Entonces, una política restrictiva de la vida debe considerar primariamente la opinión de la mujer a quien a final de cuentas afecta o beneficia en primera instancia.

En tal virtud la vida sólo aceptará limitaciones cuando realmente se obedezca a un auténtico estado de necesidad, no teniendo otra alternativa que la supresión de una vida humana. No considerándose justificable que el Estado dentro de sus sanciones se encuentre una que consista en el privar de la vida a alguien.

Hay que entender a fondo el sentido del "derecho" a la vida que todo ser humano tiene. No se trata solamente del derecho "a vivir", en el sentido de seguir respirando, creciendo, alimentándose, etc.

Se trata, sobre todo, del derecho de disfrutar de la vida con todas sus posibilidades.

Derecho de ser dueño de su propia vida, orientándola hacia la consecución de las metas que se consideran oportunas; siguiendo los ideales que llaman la atención; construyendo algo útil para los demás; buscando el éxito y la felicidad.”(9).

Por esto, interrumpir la vida no es sólo parar un corazón de carne. Es, por encima de todo, anular un mundo de realidades posibles; impedir la ejecución de un proyecto que habría sido maravilloso; privar la sociedad de un aporte que nadie puede sospechar cuánto hubiese sido significativo, y que nadie podrá reemplazar.

En definitiva, los hay que afirman que: “la interrupción violenta de la vida es un crimen no solamente contra la materia sino también contra el espíritu”.

El derecho primordial de la persona a la vida es la base elemental de una sociedad donde pueden convivir todos civilmente.

Convivir en sociedad significa “acoger” al otro, aceptarlo, colaborar con él. Donde no se respeta el derecho a la vida, se hace imposible cualquier acogida y colaboración, porque lo que domina es la amenaza, el rechazo, el temor y la desconfianza.

Por esto, “cualquier ambiente que favorezca el aborto es esencialmente antisocial y antihumano”. (XXX Asamblea del Episcopado Colombiano).

No hay razones lógicas para considerar el aborto como una violación del derecho a la vida menos grave que las demás violaciones, como son el asesinato, el secuestro, la tortura, el genocidio, etc..

El hecho de tratarse de una vida humana todavía incompleta en su desarrollo e incapaz de defenderse, no disminuye la gravedad del atropello más bien la aumenta, configurando una violación llena de singular crueldad y ciego egoísmo.

No todos los derechos son tan delicados y esenciales como el derecho a la vida. El respeto absoluto del derecho a la vida es un punto crucial para la humanidad, que no podrá violarlo impunemente. También el camino del mal tiene su lógica: "si es permitido el aborto en este caso, ¿por qué no puede ser permitido también en otro, y en otro más?". "Si no es malo el aborto, ¿por qué debería ser mala la eutanasia y la eliminación de los locos y los delincuentes?".

"Si hoy le damos a la madre el derecho de matar a su hijo, todavía no nacido, sólo porque es una carga pesada para ella, mañana tendremos que reconocerle el mismo derecho al hijo, de matar a su madre que se ha tornado en una pesada carga para él, a su vez (Dr. Wilke)." (10).

Lo trágico es que no han faltado ejemplos concretos de esta lógica brutal, en la historia pasad y reciente. Los hechos que cualquiera puede fácilmente constatar y comprobar, han demostrado que se produce siempre, casi fatalmente, un proceso gradual de degeneración de las costumbres sociales y privadas, cuando se emprende el camino del aborto.

Se inicia con una campaña en favor del aborto, basada en motivaciones de tipo emocional (defender la salud y la vida de la madre; evitar el nacimiento de niños defectuosos o indeseados...); se consigue la legalización del aborto limitada a ciertos casos; en la práctica se amplían estos caos hasta tolerar el aborto a discreción; se emplea el aborto como el medio más eficaz de planificación familiar.

Al mismo tiempo se propone la eutanasia, insistiendo siempre sobre

argumentaciones de tipo prevalentemente emocional; se aprueba la eutanasia en ciertos casos; se amplía en la práctica creando una mentalidad siempre más tolerante y menos sensible al derecho a la vida. En esta forma se va sofocando el respeto a la vida en la sociedad, y se va abonando el terreno para el crecimiento de todo género de violencia.

Es muy probable que tanta facilidad en admitir el aborto, de parte de muchos, se deba precisamente a la superficialidad con la que miran la vida humana, por falta de la dimensión trascendente.

Claro está: aquellos que creen que la vida humana no trasciende los límites del tiempo y del espacio de este mundo, tendrán frente a ella una actitud muy diferente de los que creen en la dimensión trascendente de la vida.

4.- LA VIDA Y LA SALUD COMO VALORES SUPRA-HISTORICOS.

Aunque por una parte no se puede afirmar que frente a la vida estemos ante un derecho o valor absoluto, si se puede afirmar que el hombre en toda la historia siempre a valorado a la vida como el valor fundamental del hombre, por lo que como antes se ha demostrado el hombre, como animal, como ser espiritual a procurado conservar su vida.

En toda la historia de la humanidad el hombre en relación a su vida, a tomado la actitud que se resume en el pensamiento de Miguel de Onamuno cuando esté nos dice: "mi sentimiento de la vida, mi vitalidad, mi apetito desenfrenado de vivir y mi repugnancia a morirme me lleva a firmar que con razon o sin razón o contra ella, no me da la gana morirme. Y cuando al fin muera si es del todo no me habré muerto yo, esto es, no me habré dejado morir, sino que me habrá matado el destino.

Y la vida y la salud son derecho; valores suprahistóricos porque pienso como Alfred Stern que es por la atribución de un valor positivo a la vida y la salud y valor negativo al sufrimiento a la muerte, es como hay historia.

Porque sino fuera así no habría historia, pues la historia en su sentido más amplio es la realización del proyecto humano común de vivir. Y la ejecución de este proyecto sería imposible sin una valoración positiva de la vida y de la salud.

Y es suprahistórico, porque la salud es mejor que la enfermedad. Juicio de valor que parece expresar realmente una evolución intemporal, inespacial, suprahistórico, impersonal y supracultural. En todas las regiones de la tierra y en todos los medios sociales los hombres valoraron y valoran positivamente la salud y la enfermedad de modo negativo. (11).

A lo dicho por Stern, yo agregaría que implícitamente se habla de vida cuando se habla de salud, pues esta resulta ser valor instrumental en cuanto que solo es medio para la realización del otro valor fundamental como lo es el de la vida humana.

Es en base a esto como puede seguirse que todo lo que preserve la vida humana y alivie el sufrimiento humano se vuelve valor positivo, mientras que lo que amenaze la vida y aumente el sufrimiento se convierte en valor negativo.

Ahora, si hablo de que la vida es un derecho y un valor suprahistórico, implícitamente niego que este derecho sea tan solo histórico. Niego esto porque no creo que el derecho a la vida sea mero producto de una época histórica dada, o de una civilización específica o de determinada colectividad nacional o regional como pretende dogmatizar el historicismo. (12).

No creo que este "derecho a la vida" y a la salud cuadren a lo dicho por el historicismo de que "Veritas et virtus filiae temporis" en nuestro caso, que el derecho a la vida y a la salud sean "derechos-valores hijos del tiempo" o sea que valgan o existan por estar consagrados en un derecho positivo, como lo afirma el historicismo.

Doctrina que por otra parte, cae por su propio peso, pues como dice Stern, el historicismo al afirmar que todos los pensamientos y creencias humanas son históricas y por eso están destinadas con justicia a perecer, el mismo historicismo que es un pensamiento humano y en consecuencia, con validez temporaria, esta destinado también a perecer o sencillamente no puede ser verdadero.

Y es pues, por la inalterable condición humana, el proyecto transhistórico de vivir y el Código de valores que emerge de este proyecto que nos suministra una pauta suprahistórica para juzgar los valores de todos los proyectos históricos.

Y esta pauta- histórica nos permite condenar con validez supra-histórica todos los ataques a los únicos valores suprahistóricos: LA VIDA Y LA SALUD del hombre y las condiciones objetivas necesarias para su conservación en la tierra.

El delito más grave contra la libertad sexual es el de violación. Ya Carrara expresaba que "cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdadera o presunta surge el delito más grave de violencia carnal que absorbe cualquier otro en razón de la doctrina prevalencia.

El bien jurídico tutelado es el delito de violación es el derecho que el ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad eliga y de abstenerse de

hacerlo con quien no fuere de su justo o agrado.

Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

Fácil es sentir la libertad pero difícil es definirla. Afirmación de la soterrada esencia del ser y esplendorosa manifestación de su potencial soberanía, es atributo de la persona humana que solo niegan aquellos que por su inmadurez, involución o poderdumbre moral más se asemejan a los esclavos que a los hombre libres y más se comparan con los reptiles que con las águilas.

Existen, pues, el bien jurídico de la libertad. La libertad, en cuanto bien jurídico, significa, según Mezger libre formación y actuación de la voluntad. Dicho bien jurídico constituye un estado psicológico o espiritual de la persona humana que satisface necesidades de esta índole y que se plasma en la afirmación de su propia personalidad.

La libertad individual es la facultad del hombre de libremente querer y manifestar su propia voluntad para la satisfacción de sus necesidades. Y esta libertad individual, en cuanto es jurídicamente tutelada, se transforma de libertad de hecho, en libertad jurídica e integra un general derecho de libertad.

En el campo de las ideas, debe rechazarse la ideología materialista que despoja a la persona humana de su dimensión trascendente y la reduce a un simple instrumento para el logro de fines materiales y políticos.

Debe insistirse en que la persona humana y la vida misma no pueden valorizarse solamente con criterios económicos y técnicos, sino principalmente por los valores humanos. Los inválidos física y mentalmente, así como los mal formados son personas y merecen respeto.

En el campo de la conducta, los padres de familia y los educadores deben orientar a sus hijos y alumnos respectivamente, proporcionándoles una adecuada orientación sexual, despertándoles el sentido de responsabilidad, respeto y pudor.

En el campo de los servicios para ayudar a las personas expuestas a los abortos se deben crear instituciones especiales que les ayuden. A este fin, es necesario promover maternidades económicas y suficientemente adecuadas bajo el aspecto técnico, es censurable y fomentar el lujo pues hay que confundir una clínica con un hotel de lujo; deben establecerse salas-cunas, guarderías infantiles, centros de orientación matrimonial; y, por parte de la iglesia, los cursos prematrimoniales obligatorios, al menos intensivos.

Resumiendo, se puede concluir reiterando que es indispensable insistir aun más en la paternidad y maternidad responsables. Que quede muy claro en la educación sexual y en la formación prematrimonial, que el hijo nunca deberá ser considerado como intruso.

Por otra parte, nunca será suficiente hacer hincapié en la aceptación de los valores éticos, en el fortalecimiento de los principios religiosos y en la verdadera comprensión del amor conyugal.

Asimismo es de subrayarse la vigilancia que debe realizar el Estado para que no proliferen las mal llamadas "clínicas" clandestinas que son verdaderas industrias del crimen, y, por otra parte, nuevo estimulante, porque facilitaría aun más a que:

La legalización del aborto operaría como tendencia abortadora, so pretexto de realizar el aborto provocado en una forma "no religiosa", para la salud de la madre. Mal podría el Estado proteger eficazmente la vida castigando el homicidio pero permitiendo al mismo tiempo el aborto, que es y será siempre un crimen contra la vida.

“El artículo 4o. Constitucional que establece el derecho a una maternidad libre y responsable e informada, también consagra el derecho a la salud o -en los términos de los especialistas en derechos humanos- el derecho a la protección a la salud. Aun sin pretender proporcionar una interpretación basada en la hermenéutica constitucional que ligarla definitivamente el ejercicio descrito en el párrafo cuarto de este numeral (derecho a la salud) al señalado en el párrafo primero (derecho a una maternidad libre, informada y responsable), se puede afirmar que el aborto practicado en las condiciones derivadas de su clandestinidad es un riesgo para la salud de las mujeres y un costo muy elevado para el Estado que se ve precisado en atender las complicaciones de los abortos clandestinos.” (13).

El análisis de las implicaciones del aborto para la salud reproductiva permite hacer abstracción de los considerandos subjetivos que inciden en la moral individual, abriendo las perspectivas hacia una política legislativa basada en los factores objetivos que perfilan la problemática de la interrupción voluntaria del embarazo. Uno de los más graves es precisamente éste: el riesgo para la salud de la mujer embarazada que no puede o no quiere continuar con ese proceso y se ve orillada a interrumpirlo en las condiciones nefastas en que actualmente se realizan estas prácticas; condiciones propiciadas, principalmente, por la clandestinidad en la que se realizan.

“Condiciones y riesgos que ponen en tela de juicio el derecho a la protección de la salud consagrado, para toda la población, en el mencionado artículo 4o. Constitucional. Derecho definido por las normas reglamentarias y los planes de desarrollo cuyo conjunto considera a la

salud como un estado de vida específico que abarca los aspectos físicos y mentales de varones y mujeres a nivel internacional tenemos los lineamientos de la OMS en donde se ha definido el concepto de salud no sólo como la ausencia de enfermedad sino como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social." (14).

Regresando al sistema jurídico nacional, la ley General de Salud (LGS) reglamentaria, del citado artículo 4o. Constitucional establece, entre los objetivos de la protección a la salud, los siguientes: el bienestar físico y mental de las personas para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana así como la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuden a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social; la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud y el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población (artículo 2o., fracciones I a V, LGS). Este ordenamiento considera que tanto la atención materno-infantil como la planificación familiar y la salud mental son materia de salubridad general (artículo 3o., LGS).

A partir de estos objetivos se estableció en nuestro país un ambicioso Sistema Nacional de Salud y, en este sexenio, un programa de salud que retoma los objetivos constitucionales, ampliándolos. En ambos el desarrollo y el bienestar social son los objetivos finales de las políticas de asistencia social y salud pública.

Objetivos y finalidades que sólo se pueden cumplir en forma integral en un marco conceptual distinto al que hoy en día vivimos respecto con la maternidad y la paternidad. Un marco en el cual se encuentren contenidos los lineamientos señalados en el inciso anterior: Una maternidad y una paternidad asumidas con responsabilidad y en absoluta libertad pues, tratándose de las

mujeres, parece ser que el acceso a este sistema de salud está condicionado, ya que aquella que pretende interrumpir un embarazo no deseado no puede acudir libremente a ningún centro del sector salud a fin de someterse, sin riesgos, a la intervención correspondiente.

En efecto, el problema de salud pública es el punto a través del cual se puede cuestionar la penalización del aborto con mayor claridad y objetividad. No se puede desconocer que año con año un número elevado de mujeres mueren a causa de abortos mal practicados y otras más tienen complicaciones que afectan seriamente su salud.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.**CAPITULO PRIMERO.**

- 1).- Peralta Sánchez Jorge., Pena de Muerte, Aborto y Eugenesia., Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, Pág. 11.
- 2).- Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena., El Aborto., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, Pág. 39.
- 3).- Peralta Sánchez., Ob. Cit., Pág. 46.
- 4).- Peralta Sánchez., Ob. Cit., Pág. 47.
- 5).- Peralta Sánchez., Ob. Cit., Pág. 49.
- 6).- Stern Alfred., La Filosofía de la Historia y el Problema de los Valores., Editorial Eudeba, 3a. Edición, México, Pág. 241.
- 7).- Peralta Sánchez., Ob. Cit., Pág. 42.
- 8).- Pérez Duarte y Noroña., Ob. Cit., Pág. 24.
- 9).- Stern Alfred., Ob. Cit., Pág. 159.
- 10).- Peralta Sánchez., Ob. Cit., Pág. 42.
- 11).- Stern Alfred., Ob. Cit., Pág. 159.
- 12).- Peralta Sánchez., Ob. Cit., Pág. 43.
- 13).- Pérez Duarte y Noroña., Ob. Cit., Pág. 54.
- 14).- Pérez Duarte y Noroña., Ob. Cit., Pág. 55.

CAPITULO SEGUNDO.

CAPITULO SEGUNDO:- DOGMATICA JURIDICA DE LA VIOLACION.

SUMARIO: 1.- *Concepto del bien jurídico tutelado.* 2.- *Elementos del tipo penal de violación.* 3.- *Problemática de la violación.* 4.- *Reflexiones sociales, morales y jurídicas de la violación.*

1.- CONCEPTO DEL BIEN JURIDICO TUTELADO.

La norma no puede identificarse con la ley, solo en uno de los polos del Derecho, el otro es el bien jurídico. Cuando el interés de una persona es protegido por el derecho entonces alcanza el rango de bien jurídico. Estas son de notable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en su interpretación teleológica.

Por eso el delito de violación se refiere a un ataque sobre la libertad sexual del sujeto.

Respecto al bien jurídicamente tutelado, se cuenta con las siguientes opiniones

I.- Los que estiman como bien jurídico tutelado, en este delito, la libertad sexual:

Man Fredini anota que el bien jurídico penalmente protegido por la norma es decir, el objeto del delito es el derecho a la libertad de disposición carnal en el mismo sentido Sallteli al sostener que se tutele el bien jurídico de la libertad sexual relativamente a la inviolabilidad carnal.

II.- Los que entienden que el bien jurídico es la libertad individual.

Fontán Balestra, dentro de este segundo grupo, es de parecer que el bien

jurídico tutelado es la libertad individual, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual.

A mi parecer, el bien jurídico que protege la ley es, como se estima por una corriente doctrinal, la libertad sexual (la que, según Saltelli, consiste en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho y la costumbre sexual).

Los tribunales han establecido que el delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad sino la libertad sexual; que el bien jurídicamente protegido por el legislador al estatuir, es la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiese virgen no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción; que siendo la violación un delito que atenta contra la libertad y seguridad sexuales, la forma en que la víctima pueda oponer resistencia al yacimiento impuesto requiere facultad de defenderse para frustrar el ataque y es cuestionable que no habrá tal posibilidad, por alguna circunstancia, la parte ofendida no puede resistir por lo que, si la ofendida no pudo oponer resistencia al yacimiento, debido a la debilidad mental que presentaba, o sea, que si biológicamente podría ser púber mentalmente tenía edad infantil, fue correcta la equiparación del acto consumado por el agente al delito de violación propia.

Bajo el imperio de otras direcciones culturales se han mantenido otros puntos de vista, pues en tanto que, por vía de ejemplo Carrara incluye el delito de violación entre los delitos que ofenden la pudicia individual, Beling le coloca entre los delitos contra la honestidad de la mujer.

También entre los penalistas nacionales domina este criterio. González de la Vega manifiesta que el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje

ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando así su resistencia (violencia física Bis) o bien por el empleo de amagos constreñimientos físicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que produce o por evitar otros daños le impide resistir (violencia moral metus).⁷ (15).

Por eso el delito de violación se refiere a un ataque sobre la libertad sexual del sujeto.

La libertad es atacada si se ponen impedimentos a la formación o actuación de la voluntad o si se sustituye por una formación o actuación ajena. Los hechos que ofenden al interés vital que los hombres tiene de moverse libremente y de expresarse, manifestarse y actuar como a bien lo tuviere y sin más cortapisas que las establecidas en el orden jurídico son delitos contra su voluntad espontánea, esto es contra su libertad y se traduce en innumerables manifestaciones que se matizan y coloran por la actividad que canaliza el acto concreto que se le obliga hacer o que se le impide realizar.

En los delitos contra la libertad, la lesión a este bien jurídico constituye en sí mismo el *quid* antijurídico de la conducta: esta consiste en un ataque a la libertad en alguna de sus vitales manifestaciones. Existe, en pero otras lesiones a la libertad de índole subsidiaria, esto es, que sirven de medio para lesionar otros bienes jurídicos.

Las ofensas contra la libertad constitutivas de los delitos de esta naturaleza, son aquellas que se destacan en un primer plano, esto es, que adquieren relevancia en ausencia de otra lesión jurídica o por su prevalencia ontológica en casos de plural ofensa de bienes jurídicos.

Caracteriza fácticamente los delitos contra la libertad, el que el sujeto activo, unas veces, no toma en consideración la voluntad del sujeto pasivo, otras el que engañosamente convenza a dicha voluntad; y, en las hipótesis típicas más graves, en que por la violencia la someta o domine.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el agente activo realiza el acto sexual bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, constreñimientos físicos o amenazas de males graves, por los que se le impide resistir, independientemente del hecho de que el uso de esa violencia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas.

2.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE VIOLACION.

Voy a referirme al bien jurídico tutelado, a los sujetos, al objeto material y a los medios, debido a que el tipo de violación no requiere ni referencias espaciales, ni temporales, ni relativas a elementos subjetivos del injusto ni a elementos normativos.

"El delito de violación se integra por tres distintos elementos: uno primero material, la consumación de la cópula, un segundo de la misma naturaleza y que consiste en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesario a este respecto hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral en virtud de la intimidación que produce la víctima. Hay finalmente, un tercer elemento: que la cópula realizada con violencia, se verifica en ausencia de la voluntad de la víctima".

(16).

Pienso que el delito de violación contiene los elementos de todo delito más

los propiamente específicos. Por ello, habrá de estudiarse separadamente el aspecto positivo y negativo de esta figura delictiva, así como sus formas y aparición, que son las dos esferas que abarca la teoría del delito.

Los elementos constitutivos de esta figura típica son a). y b) la violencia física moral o la edad menor de 12 años del sujeto pasivo u otras causas que impiden a este producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir. (17).

a). Cópula. La conducta ejecutiva del delito de violación consiste que el sujeto activo "tenga cópula con una persona". Este comportamiento fáctico, empero, solo es expresivo de un hecho en su neutra materialidad y desprovisto en sí de relevancia típica, la cual solo surge cuando en la cópula se efectúa por medio de la violencia física o moral o se realiza con persona menor de doce años o que este imposibilitada de producirse voluntariamente o de resistir.

"Copular" tanto significa, en su acepción sexual, como unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas. Esta debe producirse entre partes somáticas unidas a los cuerpos de los sujetos activo y pasivo. No existe cópula si en el cuerpo de la mujer son introducidas secreciones masculinas, aún cuando estas conserven potencialidad biológica. La inseminación artificial mediante violencia no constituye cópula carnal.

La unión o ayuntamiento que presupone la cópula a de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral. (18).

La cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción aunque fuere incompleta, del miembro viril en la abertura vulvar, anal u oral, sin que sea preciso que se

efectúe la *inmisio seminis*, ni en la cópula normal se produzca la rotura del himen o desfloreamiento.

El acceso carnal es el elemento material en el delito de violación. Sin embargo, como lo anotare al estudiar los elementos típicos, hablar única y exclusivamente de cópula no tiene importancia jurídica penal alguna, puesto que ella debe ir relacionada a los medios empleados si se trata de violación propia o a otras situaciones, en cuanto a la violación impropia.

“Ahora bien, se discute, si la cópula debe ser: - cópula normal o anormal sobre este particular, puedo señalar las siguientes corrientes.

1.- La que sostiene que consiste en el acceso carnal normal.

2.- Aquella que estima el acceso carnal normal y anormal (en persona de cualquier sexo), excluyendo la “*fellatio in ore*”, y.

3.- La que sostiene el acceso carnal normal y anormal incluyendo la *fellatio in ore*.” (19).

1.- Se sostiene doctrinariamente que por acceso carnal debe entenderse la cópula normal. Por ello, Antolisei nos dice que según algunos autores por confusión carnal se tiene el acoplamiento normal o fisiológico entre dos personas de sexo diverso, es decir, el coito vaginal.

2.- Manzini considera que conjunción sexual es todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de otra persona por vía normal o anormal de modo que haga posible el coito o una equivalente del mismo. Igualmente Soler indica que acceso carnal es una enérgica expresión, que significa penetración y se produce cuando

el órgano genital entra en el cuerpo ya sea por vía normal o anormal.

3.- Dentro de esta corriente se encuentra González Blanco, al afirmar que son correctas las opiniones de los tratadistas que sostienen que, en el caso de la fellatio in ore, si se configura la violación, supuesto que nuestro legislador, al aceptar la cópula normal no establece ninguna restricción al respecto.

"Sobre este particular es de interés lo expuesto por Ricardo C. Nuñez. La interpretación restrictiva que reduce la violación al acceso vaginal y rectal y excluye la penetración por boca, tiene por otra parte, su razón científica. Si bien el ano no es el órgano destinado por la naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural por poseer, lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección herogeneas, en su contacto con el órgano masculino cumple, aunque antinaturalmente, una función semejante a la que realiza la vagina. Esto no ocurre con la boca, la cual careciendo de este tipo de glándulas no resulta apta como elemento constitutivo del concubito, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfogue libidinoso del actor y del paciente. La boca como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta así incapaz de generar un coito, aunque sea normal. Su uso violento o fraudulento no puede por consiguiente, implicar un coito violento o abusivamente logrado. Su utilización sexual sea violenta o abusiva solo significa un abuso deshonesto del cuerpo ajeno."(20).

El delito de violación es uno de los delitos en que el verbo activo-copular no constituye el núcleo del tipo, pues es un acto de la vida perfectamente lícito y que solo adquiere relieve antijurídico y significación típica cuando se realiza por el sujeto activo utilizando determinados medios (la violencia física o moral) o aprovechándose de una situación especial del sujeto pasivo- edad menor de doce años- o de otras circunstancias que le impidan producirse voluntariamente o resistir.

Lo que en realidad constituye la esencia típica del delito en examen es que la gente tenga cópula con una persona sin la voluntad de está. Unas veces, el sujeto activo para doblegar la voluntad contraria de su víctima, ejerce sobre ella la violencia física o moral; otras simplemente se aprovecha de la situación o circunstancias que concurran en el sujeto pasivo.

Implica la violencia física el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia equívoca. La fuerza física a de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica. Sería irreal que una fornida campesina adujera haber sido violada por medio de la fuerza muscular sobre ella por un individuo tísico y enclenque.

Existe violencia autentica cuando la voluntad contraria de la víctima dominada por la fuerza física. Pero es preciso que la resistencia de la mujer se exteriorice en gritos o actos de protesta que evidencie real y verdaderamente una voluntad contraria a la de su agresor. No basta que la mujer se limite a manifestar que no quiere y al unisono deje que el hombre realice su deseo.

Y no basta por dos razones: en primer lugar, por que el juez no sabria si la mujer que se opone de palabra pero que materialmente acepta, queria o no el acto sexual . Y en segundo término, por que ante esa conducta contradictoria y equívoca el inculpado bien pudo creer que no ejercia violencia sino realizaba un acto gratisimo para la mujer.

La resistencia ha de ser, seria y constante. Es seria cuando esta exenta de simulación y refleja una autentica voluntad contraria; y constante cuando es mantenida hasta el último momento excluyendose aquella que existe al comienzo y después cede para participar en el reciproco goce." (21).

El que la voluntad contraria deba ser seria y constante no presupone que tenga que ser materialmente anulada por una irresistible fuerza; basta que la violencia o la energía física desplegada por el sujeto activo venza la voluntad de su víctima ante el convencimiento de esta de la inutilidad de seguir oponiendo una inoperante resistencia ya debilitada, cuando no eliminada. En manera alguna debe concluirse en estos casos que la víctima cedió voluntariamente en su resistencia sino que su voluntad contraria llegó al último e irracional extremo y sucumbió ante la superior fuerza o energía física puesta en juego por el sujeto agente.

La fuerza o violencia a de recaer sobre la propia persona del sujeto pasivo y no sobre las personas o cosas que la circundan sin perjuicio que la ejercida sobre estas pueda tener trascendencia contemplada desde el diverso ángulo de la intimación o violencia moral, por ser enunciativa y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si esta opone resistencia a sus propósitos.

El empleo de la fuerza física es inoperante par la integración del delito en examen, en todos aquellos casos en que su uso no tiene por fin reducir la voluntad ajena por ser espontanea la entrega sexual, sino motivada por perversión sádica.

Otro de los medios exigidos por el tipo, es la vis compulsiva o violencia moral.

Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vinculos de afecto, de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la copula.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que el empleo de

violencia moral se caracteriza por la amenaza de un mal grave e inminente y en la persona de la ofendida en su reputación o intereses o bien contra un tercero, cuando con ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquella como la amenaza de matar a un ser querido.

No cualquier amenaza de un mal basta para constituir la violencia psíquica "para Carrara es necesario que el mal con que se amenaza sea grave, presente e irreparable, aunque reconoce, que sobre las condiciones del temor no pueden establecerse reglas absolutas, pues en gran medida influye el carácter de la mujer elegida por el culpable como sujeto pasivo. El carácter tímido y débil de la mujer puede fácilmente conducir a un juez prudente a hallar los requisitos de la violencia moral, e incluso en las simples amenazas verbales desplegadas sobre una joven, sobre todo en las violaciones que efectúan los padres o tutores sobre sus hijas o pupilas en las que frecuentemente entran en juego junto a intimidación o amenaza el llamado temor reverencial." (22).

Hay violación, cuando se copula con persona menor de doce años, pues la ley penal establece con carácter general que el consentimiento prestado por un menor de dicha edad carece de toda validez jurídica habida cuenta de quien lo otorga no esta en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y, en consecuencia, la copula con el tenida en esta coyuntura encierra un ataque contra la voluntad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado sobre una persona sin voluntad válida encierra un atentado contra su voluntad.

En el caso de que el menor tenga menos de doce años, o bien, doce años de edad o más, pero sea inimputable o no pueda resistir la conducta delictuosa nos encontraremos ante una violación impropia aun en el supuesto de que haya habido violencia sobre el pasivo por que lo que rige en este último caso, en la circunstancia personal en que se encuentra.

3.- PROBLEMATICA DE LA VIOLACION.

La descripción típica del delito de violación presupone la ilicitud de la copula, dicho de otra manera, la antijuricidad de la conducta, pues, como en todos los delitos, esta figura típica presupone en cada caso concreto la ilicitud del hecho cometido.

Bien puede afirmarse que el delito de violación la falta de consentimiento es el eje de la figura típica.

El consentimiento es una aptitud de la voluntad en torno a un hecho presente futuro. Cuando dicha posición es manifestada exteriormente en sentido afirmativo, nos hallamos ante un consentimiento expreso; y cuando sin ser manifestada expresamente se exterioriza en otros actos de valor inequívoco nos hallamos ante un consentimiento presunto. Empero en cuanto a aptitud y posición de la voluntad ante un hecho del mundo circundante vinculado con la persona a quien dicho suceso afecta, en continuamente renovable.

Sobre este particular, Fannain sostiene que, excepto el ejercicio del derecho y el consentimiento no parece que puedan presentarse causas de extinción del delito. Vannini, en el sentido de que puede en la violación presentarse el ejercicio de un derecho como en el coito violento entre casados, y como en el caso del artículo 59 de aquel que por error creyese poder violar impunemente a una mujer y violace a la mujer que después de haber hecho pagar anticipadamente el precio de sus prestación carnal no tuviera intención de consistir la unión carnal.

Es también interesante, la discusión sobre la existencia de violación entre cónyuges.

Sobre esta cuestión hay tres criterios:

- a). Que existe el delito de violación entre cónyuges.
- b). Que no hay violación sino el ejercicio de un derecho.
- c). Que no hay violación sino otro delito.

Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges, invocan el argumento de la licitud de la copula emanada del derecho a la misma que al marido pertenece y es innegable tal derecho que tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que esta fuera de toda controversia no es argumento bastante para fundar la tesis mencionada pues lo que sus defensores han debido mostrar es que, contra todos los principios, el marido tenga facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer, y esta negativa autorizara el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza finalizando que, con respecto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido que por medio de la violencia -física moral- tiene acceso carnal con su cónyuge comete el delito de violación.

4.-REFLEXIONES SOCIALES, MORALES Y JURIDICAS DE LA VIOLACION.

Las mujeres han buscado desde el principio de la historia diferentes formas para regular su fecundidad y cambiar su destino determinado fatalmente por la naturaleza. Sin embargo, sobre la voluntad de las mujeres se impuso durante siglos la de los hombres, la de las iglesias y la de los Estados.

Es a partir de las sociedades modernas y cuando se desarrollan los conceptos de individuo y de libertad, que las mujeres podemos reivindicar el derecho a decidir sobre nuestras vidas y nuestros cuerpos. De igual forma, es en los estados laicos modernos en donde la diferenciación entre moral pública y moral personal permite que las políticas públicas se rijan por el interés general, y no por los puntos de vista particulares de una parte de la sociedad.

Mientras para la iglesia católica puede ser un pecado, para los integrantes de la sociedad puede ser un derecho. Precisamente, es el caso del divorcio, entre otros muchos.

Como decía, en un estado laico como el mexicano resulta inaceptable que a través de la legislación de políticas públicas se les imponga a las mujeres las concepciones de una parte de la sociedad.

El Estado mexicano defiende el derecho de individuos y de grupos o instituciones de la sociedad a expresar su punto de vista, sin embargo, no tendría derecho a condenar a quienes no lo aceptan como en el caso del aborto, o bien a imponer una regla para todos.

En lo referente a la maternidad (y no sólo a su interrupción), ni el Estado ni los partidos políticos ni las iglesias deben imponer una conducta.

Defiendo la maternidad voluntaria en razón de que se desarrollen las políticas públicas, las condiciones económicas, sociales, sanitarias, de información y de educación para que si una mujer desea ser madre, pueda serlo, evite un embarazo o lo interrumpa sin peligro para su vida y su bienestar.

Es decir, que el Estado y la sociedad respeten la voluntad de la mujer. Lo que viene a significar el respeto a la libertad y en la urgencia de abordar una cuestión como la de la maternidad, o su interrupción, sin criterios persecutorios ni policiacos sino sociales.

En virtud de que la vida de la mujer es la más afectada por la decisión de hacerse o no un aborto. De la misma manera, su vida es la más afectada por la decisión de tener un hijo.

Considero que una teoría justa sobre el aborto debería admitir que las amenazas a la salud emocional y física de una mujer son también una violación a su integridad corporal. La capacidad de una mujer de criar hijos -los hijos existentes y aquéllos por venir-, su habilidad de funcionar como miembro pleno en nuestra sociedad, su sentido de autoestima y sus proyectos son también valores que la moral requiere proteger.

La decisión de hacerse un aborto puede ser una decisión moral justificada por múltiples circunstancias; nadie conoce mejor esas circunstancias que la mujer embarazada. Ella conoce a fondo las condiciones de su embarazo y sabe sus limitaciones psicológicas, materiales y biológicas de traer un nuevo ser al mundo.

La dignidad humana requiere por lo tanto que el hombre y la mujer en este caso, actúe según su conciencia y libre elección.

Lo que esta conciencia viene a constituir la capacidad más profunda de reflexionar y discriminar sobre el valor de las situaciones que vivimos, y de evaluar si son buenas o malas para nosotras que nos encontramos inmersas en estas incidencias.

Desde cualquier punto de vista que los expertos enfoquen este crimen vergonzoso y degradante, la violación es aún un enigma. Mientras que por una parte se encuentra entre los actos más temidos de violencia, es al mismo tiempo, uno de los actos menos comprendidos. La justicia para la víctima y las soluciones humanas al problema permanecen evasivas. Sin embargo, un hecho sí muy claro; mientras que el número de incidentes por violencia ha aumentado en forma alarmante, la convicción de las violaciones tiene la tasa más baja de ningún otro crimen violento.

Algunas leyes del estado permitieron el aborto tras una violación mucho antes de la decisión de la suprema Corte de 1973. De hecho, fue la primera cláusula de excepción

permitida por razones socio-económicas. La repugnancia que todo mundo siente ante el crimen de la violación ha conducido a una actitud general que sustenta que el aborto es el mejor modo, y quizá el único de corregir el problema de un embarazo resultante.

De hecho el embarazo resultante de violación criminal es extremadamente raro. Algunos factores tienen que ver en esto, incluyendo las disparidades estadísticas que se presentan contra el embarazo resultante de cualquier acto sexual aislado.

No obstante, se debe considerar las necesidades emocionales y físicas de una mujer que resulta embarazada tras una violación.

Los efectos traumáticos de la violación requieren que le demos a la mujer los consejos más delicados y todo nuestro apoyo. Es, sin embargo, altamente cuestionable asumir que el trauma del asalto mismo y el embarazo subsecuente se remedien de la mejor forma por medio del aborto. Los psiquiatras indican que es más en detrimento de la salud mental que la tensión de llevar al bebé hasta su término. (23).

Las necesidades más grandes de una mujer violada cuando se presenta el embarazo son los consejos psicológicos que satisfacen sus problemas particulares y el apoyo y cuidado de su familia y amigos. Desafortunadamente, ante la ausencia de estas respuestas el aborto se contempla como el curso de acción justo. (24).

En esencia, sin embargo, es una solución con muchas similitudes a las del acto de violación mismo. Todo perfil psicológico de un violador muestra que su intento es el dañar a la mujer. La violación es un acto de violencia o agresión, no de sexo o lujuria.

Los actos de violación y aborto ambos ven a los seres humanos como objetos ¿no es así? cuando una mujer ejerce su derecho para controlar su propio cuerpo por completo y por separado de la preocupación por el cuerpo de otro ser humano, esto se denomina aborto. Cuando un hombre pone en práctica esta misma filosofía eso se llama violación. Se dice que el violador está enfermo por solucionar su problema al actuar violentamente con un cuerpo humano inocente.

Durante mucho tiempo la sociedad ha culpado a la mujer víctima de violación, suponiendo que "ella lo pidió". en el clima de hoy en día de sensibilidad acrecentada, ese mito está siendo deshechado gradualmente. Sin embargo, nuestro coraje demanda venganza, alguien debe pagar y extrañamente, no es el violador sino el niño inocente quien recibe la sentencia de pena capital.

Los embarazos que pudieran presentarse por violación forzosa pueden ser evitados con tratamiento médico inmediato aplicado en las horas intermedias entre el acto sexual y la unión del óvulo con el esperma.

El aborto es un enfoque destructivo a un problema humano e involucra a la mujer dañada y herida en un acto agresivo el cual no puede dar curación al dolor de la primera tragedia. Más que vivir con el recuerdo de haber destruido al niño que se desarrollo dentro de ella, la mujer hecha víctima puede pasar por un embarazo, que si bien no fue por su consentimiento, le será fuente de apoyo y cuidado amoroso para ella y el niño.

El aborto puede resolver las necesidades emocionales de una sociedad que rechaza la violación pero ¿en realidad satisface las necesidades de dos seres humanos altamente afectados?.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO SEGUNDO.

- 15).- González de la Vega Francisco., Derecho Penal Mexicano., Editorial Porrúa, México, D. F. 1988, Pág. 90.
- 16).- Jiménez Huerta Mariano., Derecho Penal Mexicano., Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 180.
- 17).- Jiménez Huerta., Ob. Cit. Pág. 181.
- 18).- Jiménez Huerta., Ob. Cit. Pág. 183.
- 19).- Jiménez Huerta., Ob. Cit. Pág. 184.
- 20).- Jiménez Huerta., Ob. Cit. Pág. 185.
- 21).- Jiménez Huerta., Ob. Cit. Pág. 187.
- 22).- Jiménez Huerta., Ob. Cit. Pág. 189.
- 23).- Staker Garton Jean., Mamá ¿Me vas a matar?, Ediciones Paulinas, México, 1993, Pág. 76.
- 24).- Staker Garton., Ob. Cit. Pág. 76.

CAPITULO TERCERO.

CAPITULO TERCERO:- DEL ABORTO.

SUMARIO: 1.- *Los derechos reproductivos.* 2.- *Permisi3n o prohibici3n del aborto.* 3.- *El embarazo como un estado de salud y el feto como parte del organismo humano.* 4.- *Reflexiones sobre el delito de aborto.*

1.- LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

En este punto es conveniente hacer referencia a la doctrina relativa a los derechos reproductivos en donde no quiere decir que, a priori, se le de un valor preferencial frente al derecho a la vida; sino que se trata de una construcci3n doctrinal incipiente que requiere especificidad, con ello debe tenerse comprendido, el derecho a la protecci3n de la salud, el derecho a formar una familia, el derecho a una maternidad libre y responsable y el derecho sobre el propio cuerpo. M3s sin embargo, desafortunadamente, ning3n cat3logo de derecho internacional contiene estos derechos y ni siquiera se contempla un concepto que lo defina. En lo cual es preciso buscarlos entre los convenios, Tratados y Declaraciones Internacionales.

“Y, si no, basta advertir que en la declaraci3n de los Derechos Humanos de 1948, ya se reconoce el derecho a casarse y fundar una familia y el derecho a los cuidados y asistencia especial para la maternidad y la infancia, luego, tambi3n en el Pacto Internacional de Derechos Econ3micos, sociales y culturales ya indican que el Estado tiene el deber de protecci3n antes y despu3s del parto al igual que la protecci3n a ni3os y adolescentes, estos son los ordenamientos m3s ejemplificados del reconocimiento a los derechos reproductivos.”(25).

Asi, se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la m3s amplia protecci3n y asistencia posibles que les asegure, la salud y el bienestar, permitiendo pensar que la responsabilidad en la atenci3n y cuidados hacia los hijos se dar3 con mayor eficacia cuando el embarazo es deseado reconoci3ndose a la familia la protecci3n por la misma sociedad y por el Estado, en donde 3ste, tomar3 las medidas apropiadas respecto a las

condiciones de vida en la que toda mujer debe estar definida, entre otros aspectos, la forma en como ejercerá su maternidad, si así lo desea y si forma parte de sus proyectos existenciales. Sin lugar a dudas hace falta una argumentación más sólida sobre este derecho ya que es él que menos se encuentra estructurado de todos los demás. La razón de ello la encontramos en la etapa inicial de construcción teórica, fenómeno que no es exclusivo de estos llamados derechos reproductivos, siendo importante tener presente que los derechos a la salud, al propio cuerpo y a la reproducción son interdependientes y complementarios de un derecho de un derecho a la vida, y deben ser considerados como atributos de la persona humana, inherentes a su naturaleza, dado que encuentran su razón de ser en la condición propia del ser humano.

Cabe precisar que desde el surgimiento del concepto del Estado de bienestar, nacieron los derechos económicos, sociales y culturales que, aunados a los civiles, son los que proporcionan el marco normativo de los derechos reproductivos dentro del cual deben ser valoradas las políticas incriminadoras y desincriminadoras del aborto, así como todas aquellas relativas al libre y responsable ejercicio de la maternidad y la paternidad en planos de igualdad real entre el varón y la mujer.

En el contexto del derecho al propio cuerpo, ya el eminente jurista mexicano Sergio García Ramírez señala: "con todo hay referencias biológicas inevitables, en el aborto sólo la mujer puede ser claustro para la fecundación, la preñez y el alumbramiento. Así, cuando la naturaleza impone una función a la mujer, que morfológica y fisiológicamente no puede otorgar al varón, ¿La reduce también, a un deber inderogable, a una limitación en el gobierno de su cuerpo, que lo es también por sus consecuencias, en el manejo de su vida? La respuesta afirmativa dio génesis ahora, al tipo penal del aborto."(26).

Tales fundamentos deberían ser suficientes para proporcionar el sustento

teórico al derecho al propio cuerpo. Sin embargo, éste es el más controvertido de todos los derechos involucrados en el proceso de la reproducción, y el más duramente criticado, pues la imagen de una mujer dueña de su cuerpo y de las decisiones fundamentales que le son inherentes, no puede competir con aquella utilizada por los grupos antiabortistas relacionada con un bebé indefenso. Empero el problema puede fincarse en el significado que tiene para un ser humano la posibilidad de tomar sus propias decisiones en torno a su cuerpo en el contexto general de su proyecto de vida y de las expectativas que se tengan en su consecución. Ello por un lado y, por otro, el significado que tiene nacer en un espacio de rechazo y de falta de oportunidades afectivas y, por tanto, de desarrollo.

Ultimamente cierto número de países ha modificado sus constituciones nacionales para incorporar disposiciones de convenciones internacionales de derechos humanos de manera concordante, expresando el compromiso de los Estados firmantes de garantizar a la mujer el acceso a los servicios de planificación familiar y a una educación en donde se valore la maternidad como función social y la responsabilidad que ese compromiso implica. Asimismo, se establece el vínculo entre bienestar familiar y planificación familiar y la necesidad de eliminar toda discriminación hacia la mujer en las esferas de los servicios de atención médica y el acceso a los medios eficaces para que toda mujer pueda decidir, de manera libre y responsable, sobre el número de hijos que desee tener así como el intervalo entre los alumbramientos, aunando más desde la perspectiva feminista se valora la discriminación que existe hacia la mujer en los aspectos reproductivos, ya que el sistema político actual no se le permite decidir por sí misma cuándo y en qué condiciones ha de vivir su maternidad, a diferencia del varón que cuenta con todo el apoyo institucional para vivir su paternidad sólo cuando así lo desee hacer.

Ejemplo de ello es la institución de la filiación y las presunciones que la sustentan. Por lo que se refiere a la maternidad, ésta es siempre cierta, en cambio, la paternidad sólo se presupone. La investigación de la maternidad es muy sencilla, basta la constancia del alumbramiento

para que se establezca el nexo de filiación entre la mujer y su hijo, con todas las obligaciones inherentes. En cambio, la investigación de la paternidad sólo puede hacerse cuando existen los presupuestos en el Código Civil del Estado de Guanajuato, listado que restringe el marco de acción de la justicia independientemente de la dificultad que existe para probar el nexo de filiación entre el padre y su hijo, pues hasta la fecha, no existe, en el país una prueba que con absoluta certeza así lo señale, como se logra ver la discriminación es muy clara: el varón sólo es padre cuando así lo desea, la mujer es madre aún en contra de su voluntad.

En este contexto no puede perderse de vista el enorme compromiso y la gran responsabilidad que significan tanto la maternidad como la paternidad. El tiempo, el esfuerzo y la energía que se deben invertir en la crianza, el crecimiento y el desarrollo de un ser humano tiene como valoración que ese nuevo ser tenga todas las oportunidades de un desarrollo físico y mental óptimo. Por tanto la mujer como el varón que van a ser madre y padre no sólo deben estar conscientes de lo que ello significa, sino tener la posibilidad real de decidir el cómo y el cuándo. De ahí su complejidad y la imperiosa necesidad del respeto a este proceso y, además, el apoyo de la sociedad en su desarrollo a través del reconocimiento de la existencia de un conjunto de derechos que contengan el mencionado proceso y lo valoren.

Este es el fundamento de la existencia de los derechos reproductivos. Empero el sistema jurídico que impera en nuestra sociedad parece haber perdido de vista ese hecho, considerando a la maternidad y a la paternidad, casi como parte de una fatalidad que debe ser controlada por el Estado a través de normas coercitivas, dejando a las mujeres sin oportunidad de valorar y decidir si pueden o no hacer frente a ese compromiso. Las normas sobre filiación y las relacionadas con la penalización del aborto son ejemplos de este olvido. Sin embargo a nivel nacional el derecho interno cuenta con un principio de reconocimiento a través del artículo 4to. constitucional, faltando definir exactamente la extensión de estos derechos para concluir, de una vez por todas, el debate sobre el aborto

a pesar de que nos pueda resultar muy obvio que si toda persona tiene el derecho fundamental de tomar esta decisión del cómo y cuándo se ha de ser padre o madre, decisión trascendental para si y para la comunidad en que si vive, entonces la mujer tiene derecho a interrumpir un embarazo no deseado.

En un sentido que pecaría de estricto, la mujer si tiene derecho a controlar su propio cuerpo, sin embargo, cuando este concepto se usa como racionalización para el aborto, se convierte en punto esencial dar un correcto significado y contenido a ese derecho.

Basta advertir que, legalmente nadie tiene un derecho absoluto sobre su cuerpo, tan es así que no podemos: por ejemplo mutilar o permitir mutilar una parte del cuerpo, luego, es claro que nuestros derechos individuales son parciales y no absolutos, tal es la realidad en el orden social. Cuando consideramos al aborto desde la perspectiva de ese derecho, entonces la responsabilidad requiere de nosotros como tutores de nuestro cuerpo, pero no al grado de disponer de él exponiendo nuestra existencia.

A partir del slogan que se usa para promover el aborto, "uso de su propio cuerpo", la ciencia y la medicina no nos permiten el lujo de ignorar la evidencia de que el embarazo hay dos cuerpos, negarlo es tanto como sacrificar su honestidad intelectual.

"A pesar de todo ello, en muchos aspectos válidos y legítimos, toda mujer si tiene el derecho a controlar su propio cuerpo; pero al mismo tiempo que ese derecho es: únicamente parcial y no absoluto, es sobre todo unilateral. El aborto, desde cualquier estándar lógico, biológico e incluso teológico es por lo menos, la destrucción de un cuerpo humano independiente." (27).

2.- PERMISION O PROHIBICION DEL ABORTO.

En tanto el problema del aborto se discute, sabemos por la conciencia que tenemos del problema, el hecho de que las leyes sobre el aborto son, queramos o no, causa directa de innumerables tragedias.

Por lo que se impone como dice Carrancá y Trujillo, pensar que el dilema al que se enfrenta el jurista es "por una parte, el de aplicar leyes vigentes con más vigor, si esto es posible o bien, por otra parte, el de revisarlas, reformarlas, abrogarlas y promulgar nuevas leyes de acuerdo con las necesidades humanas de hoy en día" (28). En otras palabras llegar a un derecho como producto o resultado de dos coordenadas, que son los ideales de justicia y de las circunstancias concretas de la realidad histórica del hombre en sociedad.

Por eso debemos aceptar que una ley no debe emitirse con "voto de perpetuidad", más bien debe ser cambiante adecuándose a las circunstancias de cada época social, olvidándose de que la inmutabilidad es el carácter de una buena legislación. Con esto parecerá que aceptamos la idea del historicismo, aunque en realidad no es así, porque con una posible revisión y cambio de leyes abortivas, no pienso que se trate de derogar el valor de la vida, habida cuenta que ésta siempre conservará su valor supra-histórico.

Más bien el cambio sería en base a determinar: primero, con ayuda de los avances científicos en que momento se trata de una auténtica vida humana -y de acuerdo con esto permitir o no el aborto- y segundo, aunque persistiera la idea de que es vida humana desde la concepción, se impondría un examen serio para determinar cuando se trata de un verdadero "estado de necesidad".

En la actualidad se escuchan opiniones en el sentido de que existe la imperiosa necesidad de "legalizar el aborto". Lo cual no es muy atinado desde el punto de vista terminológico, porque habrá de revisarse el Código Penal para advertir que ya se encuentra como una figura delictiva, más bien creo que se quiere dar a entender no que se "legalice" sino el que se "desincrimine", es decir, que quede su práctica a la simple voluntad bilateral del médico y la mujer.

De esto no hay duda de que cada individuo actuará de acuerdo a su propio código moral, pero si esto ocurriera sería acaso posible la convivencia social, y aún más la existencia del propio derecho estaría en duda, pero sería el momento de valorar la moral de la colectividad entera de acuerdo a la moral de una realidad social. Porque es un hecho que el aborto en el mundo entero se practica.

Tenemos inclusive que ser coherentes, que finalidad puede tener una ley escrita puesta como amenaza y de utilidad sólo para los que han hecho del aborto un comercio clandestino, clandestinidad que agrava más la situación pues que por hacerse en la ilegalidad se pone en peligro no sólo la vida del feto, sino de la madre misma.

En este sentido el Dr. Jurgen Baumann dice: "mi convicción es que la bondad de una norma, por tanto también de una norma penal, debe juzgarse según los resultados de su aplicación. La norma no existe para si misma y el orden no debe ser conservado por el orden mismo. Una norma penal debe mejorar la situación dada, si provoca más daños que utilidad, entonces ella ha de ser reexaminada, habremos de partir a la búsqueda de nuevas posibilidades de protección a la vida en formación" (29).

Tal vez le asista la razón a Mac-Lean y Esternos al afirmar que el aborto como la prostitución, es un fenómeno social inevitable, existirá siempre con la ley y contra la ley.

En el fondo de la cuestión, se dice que, "no radica en la problemática sobre si debe abolirse o reglamentarse el aborto, no la disyuntiva es diferente: o reglamentarismo o clandestinidad, o se reglamenta el aborto o se acepta el aborto clandestino." (30).

Cobra fuerza este argumento al ver que es innegable el fracaso del Derecho para prevenir el aborto por la represión; éste fomenta la maniobra clandestina con sus peligros, la madre ante el temor de la ley, acude a abortadores empiricos que exponen la vida de la mujer, tan es así que casi la mayoría de las estadísticas registran cuatro abortos que no se descubren por uno que se registra, la mortalidad de los abortistas con esto es imposible de calcular, porque esos abortos inadvertidos tampoco se hospitalizan, ni se conocen sus consecuencias y aún así de los que se registran un alto porcentaje deriva de problemas sépticos que pueden llegar al shock bacteriano que desencadena la muerte de la mujer.

Con estas cifras tan reveladoras, no cabe duda que el aborto está generalizado en su práctica, burlando la ley y ocasionando un alto índice de mortalidad. Efectivamente se trata de una práctica que nadie denuncia ante las autoridades, en la conciencia colectiva existe una convicción de que la decisión de abortar o no la debe tomar la mujer, aunque esta decisión no se manifieste claramente en las normas penales.

Las cifras son muy claras en nuestro país casi nunca se persigue esa conducta, ya que esta conducta, en las contadas ocasiones que esto sucede, no hay sanción equivalente al riesgo que corren las mujeres que año con año se ven empujadas a recurrir a estas prácticas, en la clandestinidad, las cifras así, nos enfrentan a una norma punitiva que ha estado perdiendo vigencia.

La eficacia de un determinado orden normativo no depende tan sólo del poder que tenga el Estado para aplicarlo, esta eficacia está condicionada por el reconocimiento que la

comunidad a la que ha de ser aplicada, le dé a todo el sistema jurídico o a una norma en particular.

Aplicando ese concepto a las normas sobre el aborto en el contexto de nuestro país, es evidente que se trata de normas que han perdido su vigencia y cuyo único efecto real ha sido convertir una intervención obstétrica sin riesgos en uno de los más grandes problemas de salud, por la clandestinidad en que se practica, lo que nos lleva a la disyuntiva: tenemos que despenalizar el aborto porque la norma penal ha dejado de cobrar vigencia o bien, debemos liberar la conducta abortiva para evitar lo escondido de su práctica. Es la reflexión.

Todo lo anterior es indicativo de que la solución a este problema no puede encontrarse en la represión del aborto, sino en la modificación de las estructuras sociales hacia otras más equitativas en donde la maternidad y la paternidad sean consecuencia de un ejercicio de voluntad consciente y responsable y en donde las familias, independientemente de su configuración interna, puedan acceder a los mínimos de bienestar y salud requeridos por todo ser humano.

Lo cierto es que en México existe una verdadera impunidad del aborto, y si no, basta advertir que en el año de 1989 en el Distrito Federal - con todo lo numeroso de su población- se dictaron solamente dos sentencias por el delito de aborto, y en ambas, la penalidad que se aplicó fue inferior a la fijada por faltas administrativas

La desesperación frente aun embarazo no deseado es tan grande que la mujer no encuentra obstáculos en una norma punitiva, ni en los riesgos reales que implica la intervención abortiva clandestina, ni en los sentimientos de culpa, de todas maneras, las mujeres siguen recurriendo al aborto como el último y desesperado recurso para evitar una maternidad que, por razones que cada uno valora, no están ni preparadas ni capacitadas para atender, este hecho es reconocido en la sociedad con mayor comprensión tácita que explícita, lo cual explica la casi nula represión legal real.

En otras palabras, una de las razones por las que el aborto no se persigue o se castiga es que no existe la convicción de que el hecho reprimido sea del todo ilícito y sin esta convicción, es imposible la persecución. De esta manera la política criminal que se estructura en torno es sumamente frágil puesto que, con su penalización, no se garantiza ni la disminución de los abortos ni su castigo, sólo hace que las mujeres recurran a él pagando precios muy altos, cuando tienen recursos, o arriesgando su salud y su vida cuando no los tienen.

El problema de salud pública sin lugar a dudas, es el punto neurálgico que cuestiona la penalización del aborto con mayor claridad y objetividad. Independientemente de las propias convicciones sobre el valor moral de las prácticas abortivas, la realidad del peligro que representan para la vida y salud de la gestante cuando se realiza en lo oculto, con los riesgos que ello encierra, impone tomar otro criterio.

Los abortos mal atendidos son un problema que afecta un gran número de personas, por tanto, es un problema de salud pública. Las alternativas que se proponen para solucionar este problema son: la prevención de los abortos a través de campañas efectivas de educación sexual e información de los métodos anticonceptivos idóneos, y la concreción de una política desincriminadora del aborto que brinde a las mujeres la posibilidad de acceder a una atención adecuada, segura e higiénica, política que ha de llevarse a cabo, de manera articulada, dentro del Sistema Nacional de Salud.

Así mismo, se estima, que la despenalización del aborto no requiere de una gran inversión económica, pues con las instalaciones que ya se tienen se puede prestar el servicio en condiciones adecuadas y se reduciría considerablemente el gasto que el Estado eroga en perseguir la clandestinidad, cuando se llega a dar, y la atención de las complicaciones que se originan en esas circunstancias.

Correspondería al Estado tomando en cuenta su entorno social, económico, político, moral y también subjetivo de cada individuo instrumentar un medio de evitación del aborto como una práctica que oculte un embarazo no deseado y en cambio, permitirlo, ya sea por indicaciones médicas, eugenésicas e inclusive éticas, como ya se está haciendo en algunos otros países.

En el país, estamos formando apenas una cultura social y jurídica en el aspecto de admitir la existencia del aborto bajo reglas que en otros de los capítulos habremos de mencionar con detenimiento.

Pero también debemos estar conscientes que no todo debe dejarse al Estado, sino lograr la participación de la ciudadanía y más particularmente de la mujer y la pareja como destinatarios de la norma penal.

Sin embargo, desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, el aborto ha sido contemplado por el derecho punitivo de diversas maneras respecto a su sanción, en ocasiones ha sido castigado con las máximas penas; en otras con ordinaria penalidad y, en las menos de las veces, se ha estimado pertinente la más absoluta impunidad.

3.- EL EMBARAZO COMO UN ESTADO DE SALUD Y EL FETO COMO PARTE DEL ORGANISMO HUMANO.

Alguien dijo que negado el derecho de protección a los más débiles e inocentes, desaparece el fundamento mismo de todo derecho positivo de tal manera que la comunidad viene siendo una realidad de fines y de acciones comunes, en la que los individuos forman una unidad entre todos, no en el sentido físico de la palabra, sino solamente en el sentido de una convergencia de fines en donde los individuos conservan su propia individualidad con todos sus derechos inviolables de libertad, de autonomía de vida y de integridad, porque no es el hombre quien debe sacrificar sus derechos esenciales a la sociedad, sino es ésta la que nació para defenderlos y proclamarlos, porque es cierta la afirmación de que la sociedad nació para completar al individuo.

Toda esta concepción la aplican al aborto, argumentando que la vida del engendrado debe protegerse más que a nadie, por lo indefenso que se presenta, y jamás debe sacrificarse por motivos meramente demográficos, es decir: sacrificar a algunos para el bienestar de todos.

Pues si aceptamos que el engendrado es un ser humano, resulta difícil de comprender el argumento de sacrificar al hombre para bienestar del hombre.

Puntos anteriores se mencionó como restricción al derecho a la vida, el conflicto de la vida social y la vida concreta; aceptando el sacrificio de la vida concreta. En sus circunstancias especiales, ya que nunca se justificara en tanto no exista un verdadero estado de necesidad.

El feto será una "pars viscerum matris"? Se puede mencionar para esta

teoría que desde luego que el feto aún no es una vida humana.

La defiende Klotz-Forest, afirmando que el feto hasta el nacimiento no es más que una parte de la madre, "pars viscerum matris"; que forma parte de su cuerpo y en consecuencia le pertenece como sus entrañas, y lógicamente la madre tiene el derecho de rehusar las maternidades que la causalidad le impone. (31).

En cuanto a este argumento, la mujer embarazada nunca sería la única dueña de ese cuerpecillo que se desarrolla en sus entrañas, pues hasta biológicamente está comprobado, que el feto aparece mediante la unión de un óvulo (de la madre) y de un espermatozoide (del padre), luego en todo caso, la mujer no es la única dueña del producto, porque el padre también cooperó con su espermatozoide para la aparición del feto.

En contrasentido a lo dicho Antolisei se opone al argumento de Klotz-Forest diciendo que en verdad el interés que realmente es ofendido por ese hecho criminoso (el aborto) es la vida humana; el producto de la concepción -el feto- no es una "spes vitae" y menos una "pars viscerum matris" sino un ser viviente verdadero y propio el cual crece; tiene su propio metabolismo orgánico y, al menos, en el período avanzado de la gravidez, se mueve y tiene un latido cardíaco.

En tal forma, la base natural, lógica y jurídica del delito de aborto es el *status praegnationis*. La preñez principia con el fenómeno biológico de la concepción y termina cuando el fisiológico del nacimiento se inicia. Carrará expresaba que "es necesario que la mujer esté grávida y que esta gravidez sea probada por la acusación sin la certeza de que el feto vive en el claustro materno ni aun siquiera es configurable la tentativa del aborto, pues no hay posibilidad típica de que su ejecución se inicie. Empero, en la práctica, no siempre es fácil determinar, debido a la incertidumbre de la sintomatología de la gravidez en su primera época, si los signos ginecológicos que la mujer presenta son

oriundos de un proceso fisiológico de preñez o de un trastorno o proceso patológico.

Cuando la duda existe y no aparezca convincentemente probado que las maniobras ejecutadas sobre la mujer produjeron la muerte del producto de la concepción, el tipo de aborto está desintegrado en su realidad.

Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, el aborto ha sido contemplado por el Derecho punitivo de diversas maneras respecto a su sanción; en ocasiones ha sido castigado con las máximas penas; en otras, con penalidad ordinaria y, en las menos de las veces, se ha estimado pertinente la más absoluta impunidad. (32).

En el antiguo Derecho romano y quizá debido a la influencia de la filosofía estoica, cuyo criterio fue el de considerar al feto como formado parte de las "visceras" del cuerpo de la madre, se adoptó la política de impunidad absoluta para el autor de la expulsión o de la muerte del producto de la concepción.

No obstante, con posterioridad se introdujo como excepción, dentro de la posición mencionada, la tendencia de considerar punible el aborto cuando mediante él se producía un atentado contra el padre, en sus derechos de paternidad, o contra la integridad o los derechos de la madre, en el supuesto de que la provocación del aborto se hiciera sin su consentimiento.

Por esto, el aborto se consideró, en esos casos excepcionales, como un crimen contra *el pater*, dueño y señor de la vida de los de su casa y, en tiempos de Severo y Antonio, se castigó con penas extremas, siguiéndose la idea de fundamentar la penalidad, según la explicación de Ferrini, en ofensa que el hecho constituía para el marido, llegándose a aplicar hasta la pena de muerte, como en el caso de la mujer que, actuando guiada por un sentimiento de avaricia, causaba la muerte del

feto para beneficiar a los herederos de su marido.

La época medieval elaboró un concepto de pecado-delito, explicable en virtud de la decisiva influencia de la iglesia en la vida política de los pueblos. Puede decirse que el cristianismo logró la separación entre las épocas de la impunidad y de la punibilidad del aborto, superando el primer criterio que privó, casi en forma general, entre los pueblos antiguos.

En efecto, el Derecho canónico dio al aborto provocado voluntariamente el carácter de delito grave y a él se debe la distinción entre *Corpus formatum* y *Corpus informatum*, señalada por San Agustín, para establecer la procedencia o improcedencia de la asimilación del hecho de aborto al de homicidio. Dicha distinción determinó la capacidad del feto para proporcionar el alma, de manera que la visera dejaba de ser tal para convertirse en un cuerpo apto para albergar el alma y por ello el atentado tendiente a su destrucción se asimila al hecho de homicidio.³³

En los últimos tiempos existe viva polémica acerca de la punibilidad o impunidad del aborto consentido por la madre, tomando parte en la discusión médicos, juristas, literatos, sociólogos y filósofos. Cuello Calón, en su monografía Cuestiones Penales relativas al aborto, indica las principales argumentaciones de los partidarios de la impunidad, las que, resumida son: a) el derecho de la mujer embarazada de disponer libremente de sí misma; el feto hasta el nacimiento no es más que una parte de la madre, *pars viscerum matris*, forma parte de su cuerpo, le pertenece como sus mismas entrañas; la madre tiene derecho de rehusar las maternidades que la casualidad le impone (Klotz-Forest); la esfera de la moral sexual es un terreno vedado al legislador;

b) La amenaza penal es impotente contra el aborto. Las estadísticas criminales recogen un escaso número de los abortos efectuados, lo que prueba que los autores del delito se hallan al abrigo de la ley; además los abortos sometidos a los tribunales escapan casi siempre a las

sanciones del Código, porque es muy difícil comprobar, primero, la ejecución de un aborto, y segundo, que éste es criminal; los partícipes y la misma madre tienen interés en ocultarlo para evitar la represión; cuando la mujer se decide a revelar el secreto, los abortadores pueden defenderse afirmando que la madre llegó a sus manos con señales de aborto consumado o ya en plena actividad; el precepto penal que se viola continuamente es inútil y perjudicial.

c) Si el aborto representa un atentado contra el interés demográfico de la comunidad, entonces también debería reprimirse la esterilización y el uso de los contraceptivos.

d) La causa principal del aborto hay que buscarla en la creciente miseria económica; más urgente que castigar a una infeliz mujer por la supresión de un germen, de un futuro ser no nacido, desprovisto de conciencia, sería conservar la vida de los ya nacidos para que lleguen a ser hombres sanos y productivos.

e) El Estado no puede hacer uso de la Ley Penal como tutela del individuo sino para la protección de sus intereses; pero la protección de intereses contra la voluntad del interesado encierra una contradicción.

4.- REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE ABORTO.

Según los genetistas dicen que la vida comienza cuando el óvulo de la madre queda fecundado por uno de los espermias del padre. La vida como vida, es más, afirman existe desde antes, pues un óvulo y un espermia por si solos tienen vida.

“Como datos que sorprenden de lo maravilloso que resulta el material genético, se menciona el cálculo de un genetista quien calculó que el volumen que ocuparían los óvulos de donde provino una población de 2 500 millones de seres humanos, sería apenas de unos 3 500 cm³ y que los espermatozoides que los fecundaron ocuparían el espacio de medio comprimido de una aspirina.”(34).

La materia prima es pues más que suficiente para procrear miles de billones de seres humanos. Queda al hombre bajo esta concepción usar de su libertad y decidir, en base a una responsabilidad genuina, cuándo podrá ser un verdadero padre y cuándo será consciente de no poder serlo y en este caso existiendo la libertad se podrá hablar de responsabilidad. Porque la libertad, debe entenderse, “como el hecho de no estar sometido al principio de causalidad y que por este hecho el hombre es responsable de sus actos.”(35).

Porque en el proceso de la fecundación no creamos vida, no sacamos de la nada la vida, sino sólo se transmite; como cuando se enciende un fósforo no se esta creando el fuego sino sólo iniciando un proceso físico y químico que inevitablemente bajo ciertas condiciones físicas se produce. Así como no se puede responsabilizar, a alguien que por negligencia ponga en marcha este proceso con consecuencias inevitables como un “incendio” (su responsabilidad para con este hecho sería relativa por existir la negligencia o descuido), así también se piensa que en determinados casos el hombre o mujer no son “responsables del proceso de fecundación”. Por ejemplo las fecundaciones que se

llevan al cabo como consecuencia de un estado de embriaguez, de drogadicción; por problemas psicológicos, como tomar el acto sexual como mecanismo de compensación, sea por el hombre o por la mujer, el estado de locura, etc.

Casos en los que por no haber habido libertad, se convirtieron sin quererlo en causa directa de echar a andar el proceso natural de la fecundación, luego entonces, hay que apagarlo cuando apenas comienza, así también habría que hacerlo en la gestación; pues después de los cuatro meses estamos ante una vida humana. Pero el dilema es complicado; o se derogan las leyes abortivas por su ineficacia, o se aplican con más rigor las leyes que hasta ahora no se han aplicado.

Es sugerible que las actuales leyes abortivas deben revisarse y redactarse con una nueva misión como lo pudiere ser la aceptación de los valores éticos, el fortalecimiento del amor conyugal, la educación sexual y la incumbencia de la ley de procurar una reforma de la misma sociedad, de las condiciones de vida de todos los ambientes, comenzando por los menos favorecidos en la que hubiere toda una política positiva que promueva siempre una alternativa concretamente posible y honrosa para el aborto.

Por lo que hasta este momento hemos visto, no podemos asumir más que una sola postura: la liberalización total del aborto o desincriminación total nunca será la solución más adecuada, sin embargo, creo es hasta que la ciencia nos indique cual es el momento adecuado o exacto para afinar la aparición del ser humano, tendremos que aceptar a partir de ahí que todo sea considerado un crimen.

El aborto quizás sería admitido -eugenesico- cuando se trate de tener en el mundo hijos agravados por la herencia dadas por el carácter congénito o taras orgánicas e intelectuales de los padres, porque entonces valdría decir si es correcto prolongar una vida en esas circunstancias, no

sería acaso mayor crimen un ser desvalido ante un mundo cruento en su realidad. Ello podría bien ser una razón de peso para su aplicación en un marco de protección legal.

Por otro lado el Estado de ninguna manera esta autorizado para fijar la tasa de hijos que cada matrimonio debe procrear; tampoco tiene el derecho de elegir e imponer los medios para lograr esas tasas de natalidad. El Estado tiene únicamente la misión de facilitar, promover y garantizar los derechos fundamentales de la persona y de ninguna manera puede suplantar esos derechos ni dificultar su ejercicio.

Una situación extraña es: porque las dos grandes corrientes que tratan el tema del aborto se circunscriben en aquellos que están en favor de la desincriminación y aquellos que se oponen rotundamente a cualquier tipo de ese fenómeno, sin embargo, parece que respecto de los segundos es una premisa fundamental tener por cierto que "los abortos legales no necesariamente son seguros para las mujeres" ello si se quiere tomar la idea de la estadística, más para los primeros es menester interrogarlos sobre si el feto debe ser tutelado y protegido aún por encima de la vida de la madre, cuando que ésta es importante para su propia familia, sociedad, etc. Aquí es una discusión en la que hoy en día ningún acuerdo se ha tomado.

Sobre el tema del aborto la mayoría prefiere no hablar. Los médicos porque está escrito o proscrito o puede estigmatizarlos; los funcionarios de salud pública porque la información es escurridiza; los políticos porque es difícil llegar a un consenso; y las mujeres por la soledad desde la cual tienen que enfrentar y resolver un embarazo no deseado.

Sin embargo, el aborto constituye un problema de la salud y la vida de las mujeres que no va a desaparecer por completo, ni con educación sexual, ni con mayor uso de anticoncepción o por conceptos religiosos. No desaparecerá porque aun realizando los mejores esfuerzos,

nada garantizaría que ya no habrá embarazos no deseados.

El hecho de que el aborto permanezca y que las condiciones de clandestinidad en las que se realiza continúen provocando la muerte y la mutilación de las mujeres hace que las decisiones que la sociedad tome en este terreno sean vitales para ellas. En México, el debate en torno al aborto se remonta a 1976; a pesar de ello, pocas personas tienen conciencia de la gama de opiniones públicas y profesionales que existe al respecto, y menos todavía quiénes conocen la diversidad de leyes que lo rigen en los distintos estados del país.

El programa de investigación sobre el aborto en México estudia de manera conjunta la combinación de elementos sociales, históricos y políticos que intervienen en la práctica del aborto. Entre sus proyectos, se incluye el estudio de las mujeres y adolescentes que abortan, la aplicación de la ley, la evolución de la opinión pública y el debate político sobre el tema, la actitud de los médicos ante la mujer que aborta, así como la historia del movimiento por la legislación del aborto en México.

La discusión social sobre el aborto se encuentra empantanada. El aborto se ha vuelto tema que se asocia con tomas de postura irreconciliables, con enfrentamientos entre fanáticos o con programas de televisión de entretenimiento morboso. El diálogo de sordos, travestido de debate de principios, ha cancelado la reflexión serena sobre las posibles alternativas frente a la práctica del aborto clandestino.

Al mismo tiempo, y paradójicamente, cada día se hace más visible para la sociedad mexicana que la penalización del aborto recrea una zona donde la ilegalidad convive con el abuso, la corrupción y la marginación hacia la mujer que aborta. Porque, aunque rara vez se persigue judicialmente a las mujeres, de hecho se les controla mediante la extorsión y la inhumana falta de higiene que "cobra el precio" a toda aquella que decide abortar.

Mano a mano van quedando la intolerancia discursiva y la tolerancia hipócrita hacia la práctica del aborto. Frente a este silencio escandaloso -o este escándalo silencioso-, la presente colección pretende iniciar a un debate comprometido con la incorporación de los argumentos éticos, morales, políticos y de salud que forman las diversas razones y pasiones en torno al aborto.

Las múltiples colaboraciones que constituyen las razones en torno al aborto muestran que estar solamente "a favor" o "en contra" de esta práctica puede desembocar en posiciones simplistas o fachadas acartonadas. Esta peligrosa polarización trivializa preguntas que son en realidad cruciales; ¿Cómo debe enfrentar la sociedad los embarazos no deseados? ¿A quién le toca decidir si una mujer debe abortar o no?.

Las mujeres han buscado desde el principio de la historia diferentes formas para regular su fecundidad y cambiar un destino determinado fatalmente por la naturaleza. Sin embargo, sobre la voluntad de las mujeres se impuso durante siglos la de los hombres, la de las iglesias y la de los Estados.

Es a partir de las sociedades modernas y cuando se desarrollan los conceptos de individuo y de libertad que las mujeres podemos reivindicar el derecho a decidir sobre nuestras vidas y nuestros cuerpos. De igual forma, en los Estados laicos modernos en donde la diferenciación entre moral pública y moral personal permite que las políticas públicas se rijan por el interés general, y no por los puntos de vista particulares de una parte de la sociedad.

En lo que se refiere a la interrupción de un embarazo, en un Estado laico como el mexicano resulta inaceptable que a través de la legislación de políticas públicas se nos impongan a las mujeres -a todas mujeres- las concepciones de una parte de la sociedad. El Estado mexicano defiende el derecho de individuos y de grupos o instituciones de la sociedad a expresar su

punto de vista, sin embargo, no tendría derecho a condenar a quienes no lo aceptan como el caso del aborto, o bien a imponer una regla para todos.

En lo que se refiere a la maternidad (y no sólo a su interrupción), ni el Estado ni los partidos políticos ni las iglesias deben imponer una conducta.

Defiendo a la maternidad voluntaria y el que, en ese sentido, se desarrollen las políticas públicas, la condiciones económica, sociales, sanitarias, de información y de educación para que si una mujer desea ser madre, pueda serlo en las mejores condiciones para ella y para su hijo, y para que si, en sentido contrario decide no serlo, evite un embarazo o lo interrumpa sin peligro para su vida y su bienestar.

Es decir, que el Estado y la sociedad respeten su voluntad. Las decisiones públicas deberán sustentarse, por lo tanto, en el respeto a la libertad y en la urgencia de abortar una cuestión como la de la maternidad, o su interrupción, sin criterios persecutorios ni policíacos sino sociales.

Desde el punto de vista jurídico, el aborto en cada país se aborda a través de diversas normas que reflejan el predominio de ideologías de carácter religioso, político, así como de los valores fundamentales.

Existen diversas posturas legislativas para el abordar el tema del aborto:

a). Leyes prohibitivas. Aquéllas que criminalizan la práctica del aborto estableciendo altas punibilidades (Código Canónico).

b). Leyes liberales. Las que despenalizan la práctica del aborto, consentido y procurado (China, Vietnam, Tongo).

Leyes mixtas. Aquéllas que establecen textos en los que implícita o explícitamente se determina en qué casos el aborto será legal; es decir, indican los límites en los que un aborto puede llevarse a cabo legalmente, estableciendo las condiciones y requisitos para ello. En estos casos, la propia ley menciona que no serán punibles (Código del Distrito Federal y Códigos de los Estados de la República Mexicana)³⁶.

Para el Derecho Penal, el aborto es provocar la muerte del producto en cualquier momento del embarazo. La punibilidad impuesta por la ley para el que realiza esta conducta depende de la clase de aborto. Por lo general se impone pena privativa de la libertad de entre tres meses y seis años. En algunos códigos penales se establece también la pena de multa. Cada legislación establece sus escalas punitivas que deben ir acordes con la jerarquización de los bienes jurídicos que reconoce el legislador.

El sistema jurídico puede establecer normas constitucionales, civiles, administrativas y reglamentarias que contemplen la política que el Estado establezca para la accesibilidad o prestaciones de servicios de anticoncepción, esterilización voluntaria y aborto.

Existen, por otro lado, normas que señalan los requisitos y condiciones para la realización del aborto, como el que se efectúe dentro de un periodo determinado, que se reciba dictamen de peritos, que se tome en cuenta la opinión del médico que asiste a la mujer, que se pida la autorización de la pareja, que se establezca una cláusula de "conciencia" o periodo de reflexión, que se solicite que lo realice una persona calificada médicamente, que se establezca que sea determinada institución la que lo practique, que se obligue a la mujer a recibir una asesoría anterior a su realización,

que se determine el establecimiento de servicios asistenciales para la mujer que opta por él y que se obligue a la mujer a recibir asesoría y servicios de anticoncepción después de efectuado, por mencionar sólo algunas.

Actualmente, algunos países están contraponiendo a la legalización del aborto normas dirigidas a la protección de los derechos de los no nacidos. De aprobarse estas propuestas podría cambiar sustancialmente el contenido de las legislaciones aquí analizadas.

La norma, aunque sea elaborada con gran cuidado metodológico, no es una panacea para resolver el problema social del aborto, el cual merece una matriz estratégica que abarque además programas político-sociales que conlleven como pilar la garantía del respeto a los derechos humanos.

"Cualquiera que sea la conclusión que se adopte en la polémica, lo que parece indudable es que el aborto es un mal social de extrema gravedad por su incesante acrecimiento y porque lesiona diversos intereses preciosos: la vida en formación, los derechos que a la maternidad tiene la mujer cuando el aborto se realiza sin su consentimiento, la esperanza de descendencia en el padre, el instinto de conservación demográfica en la colectividad."(37).

Además, el aborto revela generalmente en sus autores ausencia de sentimientos de piedad, en el sentido que otorga a esta palabra Garofalo. Sin embargo, siendo cada día más frecuente, se ha ido debilitando el sentimiento de repulsión que provoca, especialmente si se causa por sentimientos altruistas o por egoístas menos antisociales, como la razón de miseria, la de familia numerosa, la de ocultación de un desliz y la de propósito eugenésico por temor a taras hereditarias graves.

Por otra parte, es innegable el fracaso del Derecho para prevenirlo por la represión; ésta fomenta la maniobra clandestina con sus peligros; la madre, ante el temor de la ley, acude a abortadores empiricos, poco escrupulosos y llenos de codicia, que exponen la vida de la mujer.

En la imposibilidad presente de encontrar una fórmula que solucione a *priori* satisfactoriamente los problemas de los abortos egoaltruistas, especialmente los que reconocen como móvil la profunda miseria económica o un deseo piadoso de impedir el advenimiento de un nuevo ser con graves taras mentales o corporales debería, a lo menos, hacerse más elástica la represión con instituciones, como la del perdón judicial, para los casos humanos justificables.

Sin embargo, insisto en que ante el problema de las maternidades no deseadas es preferible el aborto el evitar la concepción, sea por la utilización de métodos mecánicos anticonceptivos, por el uso de los modernos fármacos también anticonceptivos y aun por la práctica de la esterilización masculina o femenina.

En último caso, sin emitir juicios de valoración ética, es preciso admitir ante la impunidad en que de hecho se encuentra en general el delito de aborto. la licitud de su práctica en clínicas o por médicos autorizados para su realización con todas las precauciones profilácticas adecuadas.

Todas estas medidas son preferibles a la inmensa cantidad de abortos clandestinos que con grave riesgo de la mujer se realizan constantemente. En todo caso se trata de males menores que los del aborto clandestino. Pero, tal como ya lo exprese al examinar el delito de infanticidio, sería plausible, para evitar este delito y el aborto, favorecer socialmente aquellas reformas tendientes a la obtención de una maternidad libre, consistente y preparada económicamente: educación sexual correcta y oportuna, uso voluntario de los anticonceptivos, posibilidad de investigación de la paternidad, supresión

de la sanción penal para la exposición de menores, incremento de las instituciones benéficas para expósitos, estricto cumplimiento de las disposiciones del art. 123 de la Constitución sobre trabajo de embarazadas y parturientas, y sobre todo, equitativa organización económica e intensa propaganda contra el perjuicio de la maternidad extramatrimonial.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.**CAPITULO TERCERO.**

- 25).- Pérez Duarte y Noroña., Ob. Cit. Pág. 47.
- 26).- García Ramírez Sergio., Cuestiones Criminológicas y Penales Contemporáneas., Instituto Nacional de Ciencias Penales., México, 1981, Pág. 102.
- 27).- Pérez Duarte y Noroña., Ob. Cit. Pág. 50.
- 28).- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl., Derecho Penal Mexicano. Parte General, Editorial Porrúa, México, 1988, Pág. 524.
- 29).- Baumann Jurgen., El Amparo de la Vida en Formación., Ponencia, Pág. 2.
- 30).- Lean Mac y Esternos Roberto., La Eugenesia en América., Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, Pág. 71.
- 31).- González de la Vega., Ob. Cit. Pág. 122.
- 32).- Baumann., Ob. Cit. Pág. 4.
- 33).- Baumann., Ob. Cit. Pág. 5.
- 34).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 100.
- 35).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 101.
- 36).- Ortiz Ortega Adriana., Razones y Pasiones en Tomo al Aborto., Editorial Edamex., México, 1994, Pág. 4.
- 37).- Ortiz Ortega., Ob. Cit. Pág. 22.

CAPITULO CUARTO.

**CAPITULO CUARTO:- MECANISMO LEGAL O AUTORIZACION JUDICIAL
PARA ABORTAR COMO CONSECUENCIA DE LA
VIOLACION.**

SUMARIO: 1.- *El aborto como consecuencia de la violación.* 2.- *La postura de la iglesia católica.* 3.- *Ineficacia de las leyes para reprimir el aborto.* 4.- *Propuesta legislativa actual.*

1.- EL ABORTO COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLACION.

“Es también llamado "aborto por maternidad conciente" y es el caso de una mujer violada, en la que además de no habersele respetado su libertad sexual, se le coloca en una situación de extrema angustia moral y física.” (38).

Cuello Calón en este sentido nos dice que nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa, que de vida a un ser que le recordará eternamente el horrible episodio de la violación sufrida.

“Por su parte, Jiménez Huerta nos dice que el orden jurídico otorga el derecho de no tener que soportar una maternidad que le a sido impuesta mediante un antijurídico ataque a su libertad sexual. A Aquí llegamos a otra restricción legalizada del derecho a la vida. Se encuentra nuevamente a un conflicto de valores.”(39).

Por un lado la vida de un ser en gestación, por el otro la libertad de la mujer violada.

Se pone de ejemplo un caso mayúsculo (pero posible): una mujer de tan sólo catorce años de edad es violada. El violador o violadores se escapa y jamás son aprehendidos, esta

mujer (niña) queda embarazada.

¿Tendrá derecho esta niña, ahora potencial madre a, abortar?.

Nuestra legislación le da tal derecho; no afirmando que el acto de abortar en tales circunstancias sea "bueno o malo", simplemente no lo incrimina.

En cuanto al porque no se incrimina este tipo de aborto, son varias las teorías que tratan de explicarlo.

Manzzini, por ejemplo, expone su punto de vista al decirnos que se trata de una causa de justificación porque la mujer violada y en cinta se encuentra en las condiciones presupuestas por la circunstancia justificante del "estado de necesidad", porque las circunstancias dañosas de la violación, o sea la gravedad constituye la permanencia de la causa creadora del peligro del daño grave a la persona. Y en tanto permanecen dichas circunstancias la mujer esta autorizada a remover la causa dañina o amenazadora mediante el aborto. El estado peligroso o dañoso puede descubrirse en las circunstancias morales, familiares del parto." (40).

Manzzini, pues, encuadra el aborto por motivos de una violación, en el parámetro del estado de necesidad.

Jiménez de Asúa, por su parte, afirma que este tipo de aborto esta desincriminado por "la no exigibilidad de otra conducta".

Esta teoría que parece ser la que más satisface, personalmente la expondría de la siguiente manera:

Considero que tal vez la más grande diferencia del hombre con los animales, después de la razón, sea la libertad; libertad por la que no somos seres que nuestros actos sean fruto de la causalidad, sería aceptar la postura fatalista o determinista, desapareciendo lógicamente la responsabilidad.

El querer imponer una maternidad a esa niña de catorce años es decirle que acepte irracionalmente además de la violación la maternidad. Un derecho que exigiera esto sería un derecho que no respetara la libertad de la persona.

Creo que hasta el evangelio cristiano nos aporta un bello ejemplo de que la maternidad debe ser como el ejercicio de un acto de libertad. Pues creo no equivocarme al interpretar el pasaje evangélico, de que dios antes de engendrar a su hijo Jesús Cristo pide el consentimiento a María por medio del arcángel Gabriel, a quién la virgen María "acepta", "da su consentimiento" de ser madre de Jesús Cristo, con aquellas palabras de "Ence ancilla Domine Fiat mihi secundum verbum tuum" (he aquí la esclava del señor, hágase en mí según tu palabra). Ella en ejercicio de su libertad pudo no haber aceptado."(41).

A excepción del aborto llamado "honoris causa" que se considera "privilegiado", por una pena mínima que recibe el delincuente, todas las demás INDICACIONES ABORTIVAS están penadas. Y la pena se establece contra los otros tipos de aborto, porque el legislador no encuentra tipificada justificante alguna como lo sería el estado de necesidad principalmente. Y todo esto porque nuestros legisladores influidos por ideas éticas y morales-religiosas siempre han pensado que el ser humano empieza en la misma concepción.

El aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación. Durante la Gran Guerra, en Francia fueron absueltas varias mujeres reos de aborto, y aun de infanticidio, que

alegaron como motivo del delito su previa violación por soldados enemigos. Según Jiménez de Asúa, en la interrupción del embarazo para liberar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental, hasta noble, pero egoísta, es decir, personal: "esta especie de aborto va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consciente."(42).

En este caso en el de violación -dice Cuello Calón-, yo no dudo en admitir la legitimidad del aborto. "Nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida".

La excusa absolutoria del aborto por violación previa supone la demostración evidente de atentado sexual; pero éste debe establecerse, para los efectos de la no punibilidad del aborto, por el juez que conoce de la causa, sin que se necesite previo juicio de los responsables del delito de violación.

2.- LA POSTURA DE LA IGLESIA CATOLICA.

Es innegable la influencia que tiene la iglesia; muchas veces definitiva en el comportamiento del ser humano, concretamente en países de América Latina, y más concretamente en México. En dónde en este pueblo difícilmente se puede negar, que está predispuesto a aceptar más fácilmente una norma emanada del vaticano que del mismo Congreso.

Este hecho social-religioso tiene su origen, desde la conquista, cuando los primeros frailes que llegaron a nuestro continente, llegan con la única intención de imponer a la religión cristiana a todos los antepasados. No enseñando el sentido social de su religión, sólo les interesa en aquellos tiempos bautizar e imponer dogmas, siendo amenazados con el infierno y con penas corporales (la Inquisición); negándoseles el uso de la razón para que todo lo acepten por la fe y así se ve como estos

frailes destruyen todo cuanto estorbe a la religión cristiana, se destruye a Tláloc, a Quetzalcóatl para imponerle al pueblo la cristiandad.

No se les ofrece una religión razonada; lo que hacen es crear a miles de indígenas ingenuos. La realidad demuestra y comprueba que la iglesia deja al pueblo, fanatizado, donde la única alternativa que tiene es creer y obedecer en el dogma cristiano, en aquellos dogmas que convino a quienes se sirvieron de ello para obtener sus fines, usando genuinamente a la religión como "opio" del pueblo.

Y en cuanto al tema , otro dogma ha queda impreso en las conciencias del pueblo, aquello de "tienen que aceptar todos los hijos que Dios les mande". Como si Dios quisiera a miles de seres humanos carentes de lo más indispensable para sobrevivir, por falta de responsabilidad no de Dios, sino de una paternidad responsable y razonada.

Pero sin embargo, "aceptar los hijos que dios mande "deben de entenderse como la actitud de Dios de que este no va a mandar más que los que el padre y la madre (en uso de su libertad y de su razón) tengan la seguridad de darles una auténtica vida en el orden biológico, social y espiritual. De darles no sólo la "vida dato", sino los medios necesarios para que puedan "hacer su propia vida".

El seguir encuadrando la concepción y el nacimiento de hijos a la voluntad de Dios convierte a la persona en mero "objeto".

Actualmente parece que la iglesia se ha olvidado por lo menos en parte, de seguir dogmatizando con la facilidad que lo hacia tiempo atrás ya que ahora acepta aportaciones de otras doctrinas tanto sociales como religiosas. Las acepta por lo menos para analizarlas y discutir las, y no

adopta posturas antes comunes para ella, como lo era el de sentirse con el monopolio de la verdad, no sólo en lo teológico sino inclusive en lo científico.

Ahora, la Iglesia después de estudios serios, ha tomado o confirmado su propia postura con relación al derecho a la vida, concretamente sobre el aborto.

Es necesario, conocer esta postura católica porque no se puede negar la enorme influencia que va a tener sobre el hombre cristiano del país, que afortunada o desafortunadamente es la inmensa mayoría.

Aunque el pequeño ser, siguen diciendo estos pensadores cristianos, depende por ósmosis del organismo materno, como nosotros de aire, del sol, etc. Concluyen un individuo, comienza a existir cuando se ha completado el proceso de unión de las dos mitades de herencia genética de cromosomas del óvulo y cromosomas del esperma. Por lo que la Iglesia católica, acepta que tanto el cuerpo como el alma son sustancias completas, es decir, el alma en vez de ser idea encarnada en el cuerpo, se ha convertido en el arquitecto y constructor del cuerpo. La consecuencia es que el aborto, en cualquier momento de la preñez, es un verdadero homicidio.

En base a esta concepción la Iglesia, condena determinadamente el aborto, imponiendo la pena máxima con que cuenta, a los infractores de esta prohibición "la excomunión" a todos a aquellos que hayan puesto o prestado un concurso verdaderamente necesario y eficaz para el aborto (médicos, enfermeras, etc.). Cuyo significado de la pena es quedar "fuera de la Iglesia", y esta situación se complica, cuando la propia Iglesia nos dice que no hay salvación fuera de la misma."(43).

Incluso no justifica la duda que pudiera existir en torno de si el engendrado en sus primeros días, es un verdadero ser humano, y de acuerdo a esta duda practicar el aborto. Más

recientemente esta postura ha sido ratificada por el Papa Juan Pablo II al considerar al aborto en declaraciones que ha hecho, como una de las más grandes violaciones a los derechos del hombre.

Es verdaderamente lamentable que hoy en día las razones o motivos de orden terapéutico, relativas al aborto, algunos países estén tratando de agregar ahora razones de carácter psicológico, familiar y social que reducen el espacio para una defensa de la vida.

Pensar que todos los inconvenientes de los abortos que se llaman clandestinos se van a evitar con la legalización del aborto, sin más, es un grave error y al mismo tiempo una ignorancia incalificable del principio fundamental de que la vida es algo que pertenece exclusivamente a Dios. El hombre, por más poderoso que sea, aun cuando lo pretenda hacer como médico, no puede disponer de ella.

La Ley que prohíbe quitar la vida a un inocente es absoluta, y por lo mismo no pueden existir motivos humanos que puedan derogarla. La ciencia y la técnica deben someterse a esta ley divina natural; pues de lo contrario renegarian de si mismas, toda vez que su propia razón de ser se encuentra en la búsqueda y en la aplicación de las leyes de la naturaleza. Por otra parte, el Estado que despenaliza el aborto no puede moralizarlo. A lo más que puede llegar es a renunciar a castigar a los que realizan el aborto, se limita a no imponer sanción en determinadas circunstancias, pero no puede decir que sea ilícita su realización en el foro de la conciencia.

Por lo que, no disminuye la responsabilidad moral que tiene su base en la propia conciencia fundamentada en los derechos y deberes humanos.

En el campo de las ideas, debe rechazarse la ideología materialista que despoja a la persona humana de su dimensión trascendente y la reduce a un simple instrumento para el

logro de fines materiales y políticos. Debe actuarse contra el erotismo y contra la pornografía, las cuales con su industria oscurecen los valores más altos de la persona humana y reducen la sexualidad a una simple función biológica.

Debe insistirse en que la persona humana y la vida misma no pueden valorizarse solamente con criterios económicos y técnicos, sino principalmente por los valores humanos.

En el campo de la conducta, los padres de familia y los educadores deben orientar a sus hijos y alumnos respectivamente, proporcionándoles una adecuada orientación sexual, despertándoles el sentido de responsabilidad, respeto y pudor.

Debe lucharse contra todos los ambientes sociales que favorecen el erotismo, que estimulan la promiscuidad y crean en los jóvenes una conducta irresponsable y una mentalidad anticonceptiva creciente.

La legalización del aborto no haría otra cosa que favorecer tales procedimientos, con la seguridad de poder comportarse al ritmo del instinto sin pagar el precio del "desenfreno".

En el terreno de los servicios para ayudar a las personas expuestas a los abortos se deben crear instituciones especiales que las ayuden. A este fin, es necesario promover maternidades económicas y suficientes adecuadas bajo el aspecto técnico, es censurable y fomentar el lujo pues no hay que confundir una clínica con un hotel de lujo; deben establecerse salas-cunas, guarderías infantiles, centros de orientación matrimonial; y, por parte de la Iglesia, los cursos prematrimoniales obligatorios y el establecimiento de instituciones que faciliten las adopciones, promoviendo, por una parte la responsabilidad de los adoptantes así como de quienes dan sus hijos en

adopción.

La tradición de la Iglesia ha sostenido siempre que la vida humana debe ser protegida y favorecida desde su comienzo y en todo desarrollo y quien colabora en el aborto se asemeja su conducta a la del homicida. El primer derecho de una persona humana es su vida, es el fundamental y por eso debe ser protegido más que ningún otro, es algo anterior a la sociedad y a la autoridad, exige ser reconocido y es injusto rechazarlo.

En realidad el respeto a la vida humana se impone desde el comienzo del proceso de la gestación y así desde la fecundación del óvulo queda inaugurada una vida que no es ni del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo.

Ahora bien, la posición de la religión es clara "aunque hubiese duda sobre la cuestión de si el fruto de la concepción es ya una persona humana, es objetivamente un pecado grave el atreverse a afrontar el riesgo de un homicidio, es ya un hombre aquel que está en camino de serlo."(44).

3.- INEFICACIA DE LAS LEYES PARA REPRIMIR EL ABORTO.

En los últimos años se ha argumentado que el tipo penal del aborto ha caído en desuso dejando de tener vigencia.

Efectivamente, se trata de una conducta que prácticamente nadie denuncia a las autoridades considerada dentro de la colectividad una convicción de que la decisión de la mujer de abortar o no la debe de tomar ella, aunque esta decisión no se manifieste claramente en las normas penales.

Se ha demostrado, las cifras son muy claras que casi nunca se persigue en nuestro país esta conducta. En las contadas y esporádicas ocasiones en que ello sucede, no hay sanción equivalente al riesgo que corren las mujeres que año con año se ven empujadas a recurrir a estas prácticas, en la clandestinidad.

Las cifras, en teoría, se enfrentan con una norma que ha caído en desuso, por tanto, ha perdido vigencia y cuyo único efecto real ha sido convertir una intervención obstétrica sin riesgos en uno de los más grandes problemas de salud, por la clandestinidad en la que se práctica.

Si decimos que los órganos estatales le confieren a una determinada norma dictada vigencia y validez implica que no es considerada como exigencia arbitraria, sino como una norma genuina, a través de cuya observancia habrán de realizarse una serie de valores colectivos y, en primer término, los de justicia, seguridad y bien común. Además, que la eficacia de un determinado orden normativo no depende tan sólo del poder que tenga el Estado para aplicarlo. Esta eficacia está condicionada por el reconocimiento que la comunidad a la que ha de ser aplicada, le dé a todo el sistema jurídico o a una norma en particular.

Por eso numerosos autores piensan que es preferible abolir este precepto penal, burlado constantemente, no sólo por inútil, sino para salvar el derecho del desprestigio que sobre él cae cuando se incumple metódicamente o se aplica tan sólo contra los desheredados, como lo estamos viendo.

“Vale destacar que particularmente entre algunos autores chilenos, está muy difundida la necesidad de legalizar el aborto, como medio de combatirlo, aunque esto suene a paradoja. Es el doctor Juan Marin quien resume así el pensamiento chileno: el aborto es aceptable como recurso final, que siempre deberá evitarse, pero si se llega el caso imperativo tendrá que ser hecho por persona competente y con toda la dignidad de un acto quirúrgico, como cualquier otro.” (45).

Pero defender la legitimidad del aborto no quiere decir que éste desaparezca del repertorio de delitos, aunque ciertamente como sostiene Miguel Becerro de Bengoa “ve en la legalización del aborto la única tabla de salvación de la mujer soltera embarazada.” (46).

Para mí el problema es este:- a pesar de que es exacto que rara vez funciona el dispositivo penal contra el delito de aborto, lo cierto es que la norma de cultura, al menos en aquellos países en que es conocida, no se ha aceptado aún el derecho de una mujer a hacerse abortar sin graves y ciertas motivaciones.

Al fin de todo, la norma penal que sanciona el aborto es sin duda la manera de reprimir conductas que atentan contra la vida pero que rara vez se conocen o tienen publicidad, porque al activo y en veces al pasivo en nada importa desde luego dar a conocer el hecho. Mientras que no se tomen en cuenta medidas más efectivas como la prevención y la conciencia de un pleno desarrollo de la sexualidad como un fenómeno natural, el aborto seguirá siendo clandestino y visto repulsivamente por la sociedad y represivamente por el jurista.

Luego entonces, como ya se preciso, si la normatividad que regula el aborto son normas que han perdido su vigencia o bien que han caido en desuso, entonces cabria hacerse las preguntas que a continuación enlisto :-

Porqué no podemos despenalizar el aborto, si es un tipo penal en desuso?

A quién favorece, la clandestinidad del aborto?

A estas dos interrogantes, las respuestas se acumulan, pero ninguna con una condición determinante y clara. Será acaso, por que el aborto lejos de ser un fenómeno cuyo castigo quede a cargo del jurista, parece que importa a la sociedad su represión, será también, que para el grupo social la practica del aborto, pone terreno a la libertad sexual llevada a su extrema expresión, esto es, el libertinaje sexual, que escape al control de la esfera del Estado.

Como se advierte, estamos lejos de fijar una conclusión, empero, considero que el aborto es como aquellos males sin los que la sociedad no puede vivir, o dicho de otro modo, son uno de los llamados males necesarios.

Para nadie escapa entonces, la idea de que la norma penal es parte del derecho positivo, y que solamente podrá ir desapareciendo en la medida que vayamos formando en la sociedad la conciencia de una excelsa educación sexual, que haga ver las prácticas abortivas como una manera de remediar una situación no buscada, no deseada o bien porque desde el punto de vista médico sea una acción recomendable.

Y, si advertimos que su desuso es proveniente de su escasa aplicación, creo llegamos a una afirmación sin base sólida, porque lo que interesa no es tanto punir el aborto, sino

en cambio, evitarlo, tanto en las conductas que llegan a la autoridad como en aquellas que operan en el anonimato.

La ordenación jurídica expuesta anteriormente, responde en mayor o menor escala, a los principios imperantes en el pensamiento clásico. Sin embargo, no es posible ocultar que dicho pensamiento ha experimentado en los últimos años una profunda vicisitud tan comburente que ha dado lugar a una de las cuestiones sociológicas más abismales, esto es, la despenalización del aborto; aunque se considere que el aborto es un mal que hay que impedir, sólo podrían conservarse los preceptos del derecho vigente si hubieren sido adecuados para combatirlo. Pero el remedio penal no ha sido idóneo sino inútil y fuente inextinguible de innumerables abortos clandestinos realizados por gentes impreparadas y audaces y en circunstancias de total insalubridad que originan un elevado número de muertes, lesiones y graves peligros para la mujer. Y los preceptos del Código Penal han sido inútiles para resolver el problema, se pone de manifiesto por el escaso número de procesos y de sentencias que se instruyen y se dictan. Implica sociológicamente una actitud excesivamente pasiva, contemplar indiferentemente la producción masiva de abortos clandestinos, conscientes de los daños y peligros insitos en ellos, y creer con esto que se ha salvado la conciencia en sus aspectos morales, éticos y sociales, en virtud de que se encuentran plasmados unos cuantos artículos ineficaces que falsean tal problema y que además no reciben la aplicación apropiada en la vida práctica.

Por otro lado, las valoraciones culturales y jurídicas que han sufrido innovaciones por doquier, en forma inquietante, hasta el extremo de que dijérase que el delito de aborto, en mayor o menor escala, va dejando de ser un hecho que ofenda los ideales valorativos de la comunidad y, por ende, antijurídico. Así que, no obstante lesiona el bien jurídico de la vida del embrión o feto, consideraciones que se juzgan trascendentes en el momento histórico actual y también originan que dicha lesión no implique una ofensa para los ideales valorativos de la comunidad; estas consideraciones, motivan el espectacular panorama que de Occidente a Oriente ofrece el mundo en que vivimos.

Llegando a la deducción de que las normas culturales reconocidas en muchos Estados -de Occidente y de Oriente, burgueses y socialistas- no valoran el aborto efectuado dentro de los tres primeros meses del embarazo como una ofensa a las normas de cultura reflejadas en sus legislaciones, dicha lesión no implica una ofensa para los ideales valorativos de la colectividad pues otros intereses o ideales preponderantes impiden dicha ofensa. La muerte del producto de la concepción configura, una lesión del bien jurídico de la vida en gestación. Pero no siempre y en todo caso una conducta ofensiva para los ideales valorativos de la comunidad. En lo tocante al criterio de sociólogos, juristas y legislaciones que admiten, en mayor o menor escala, la no penalización del aborto, en orden a las siguientes preponderancias: a) corresponde exclusivamente a la mujer una decisión de tal naturaleza; y b) en contra de su libre decisión el aborto siempre es un delito. Esto implica que la no penalización del aborto sólo puede admitirse en torno a los llamados abortos procurado y consentido, pero en ningún tiempo se aceptará la exclusión de penalidad en el aborto sufrido.

Ergo, el tema de la despenalización del aborto debe abordarse más científicamente. Y, así, la impunidad del aborto puede defenderse:-

a). basándose en que el feto es parte de la mujer y ésta puede disponer del producto de la concepción.

b). en que el concebido no es un bien jurídico en lo individual, sino un interés de la sociedad, que sólo en ciertos casos debe ser protegido.

c). en que la pena es impotente para evitar los abortos.

d). en razones prácticas, es decir, en la necesidad de proteger la vida de numerosas mujeres que se hacen abortar contra el derecho legislado, a todo riesgo.

De esta suerte, bajo esa premisas es que algunos autores piensan en la necesidad de "abolir ese precepto penal, no sólo por inútil, sino para salvar al derecho del desprestigio que sobre él cae cuando se le incumple metódicamente o se le aplica tan sólo contra los desheredados" (47).

A pesar de que es exacto que rara vez funciona el dispositivo penal contra el delito de aborto, lo cierto es que la norma de cultura, no ha aceptado aún el derecho de una mujer a hacerse abortar sin graves y serias motivaciones.

Por eso a la manera de Luis Jiménez de Asúa "partidario, pues, de que el aborto siga figurando en el repertorio de los delitos, lo soy, con mayor entusiasmo, no sólo de que se busquen medios profilácticos para evitarle, sino que se dulcifique la penalidad y se establezcan excepciones justificativas o excusantes."(48).

4.- PROPUESTA LEGISLATIVA ACTUAL.

En todo el país, desde los años sesenta ha existido diferentes momentos político-legislativos en los que han surgido propuestas de reforma a los capítulos correspondientes al aborto tendientes a presentar alternativas a los problemas que se generan por su práctica clandestina. Algunas de ellas prosperaron otras no. De las primeras ya se dio cuenta en el numeral anterior; de las segundas esta el ejemplo del proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz, elaborado en 1979, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales."(49).

En este proyecto, se propuso un proceso de desincriminación similar al seguido en otros países, es decir, se establece que no será penalizado el aborto procurado cuando este se realice durante los primeros días de la gestación, bajo condiciones sanitarias adecuadas y si se utilizaron,

bajo control médico, anticonceptivos y estos no fueron eficaces.

En 1979, se presentó por la diputación del partido comunista, un proyecto de reformas para el Código Penal del Distrito Federal en el que se pretendía definir el aborto punible como la muerte del producto de la concepción después de doce semanas de embarazo.

García Ramírez elaboró también un proyecto de reformas en el que, además se involucra al padre del producto de la concepción en las diferentes conductas punibles y en la toma de decisiones y otorgamiento del consentimiento, en listo seis causas de no punibilidad del aborto como son:

- a). La sola imprudencia de la mujer embarazada.
- b). Que el embarazo sea resultado de un hecho delictivo en el que la mujer hubiere sido víctima (sin necesidad de obtener sentencia sobre el delito cometido y bastando la sola comprobación de los hechos).
- c). Cuando el embarazo se hubiere producido en condiciones que excluyen a posibilidad de conocimiento o consentimiento de la mujer acerca del hecho mismo de la fecundación o de la identidad del padre.
- d). Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso y exista razón suficiente, a juicio de dos médicos, para suponer la existencia de razones eugenesicas
- e). Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre en su caso dentro de los sesenta días siguientes a la concepción y obedezca a causas económicas, graves y justificadas, siempre que la mujer embarazada tenga cuando menos ya dos hijos o hijas y;

f). Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, también durante los primeros sesenta días de la gestación, siempre que la concepción se haya producido a pesar de que la mujer hubiere utilizado medios anticonceptivos bajo control médico para evitar el embarazo." (50).

En la actualidad existe un proyecto de Código Penal para el distrito Federal, elaborado por el consejo consultivo de la procuraduría general de justicia del Distrito Federal, a través de la comisión del marco jurídico, bajo la coordinación de Celestino Porte Petit ..

En este proyecto sólo aparece como avance la consideración de que no será punible el aborto cuando el embarazo sea el resultado de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la mujer, equiparando este hecho a la violación, pues ambas circunstancias están contenidas en la misma fracción.

Se señala que en estos casos se requería que el hecho haya sido denunciado y comprobado por parte del Ministerio Público, siempre y cuando el aborto se practique dentro de los tres primeros meses del embarazo. En la práctica estos requisitos harán de aprobarse este proyecto, imposible la práctica del aborto, precisamente por el binomio de la prueba plena dentro de un límite temporal demasiado estrecho.

Por otro lado, ampliar este límite colocaría a la mujer en un riesgo innecesario o, en su caso, al médico o médica que practicase el aborto en la disyuntiva de eliminar un feto perfectamente viable. La solución está en eliminar el requisito de la probanza y conceder a la mujer la credibilidad necesaria para que su sola denuncia baste para proceder a la interrupción del embarazo correspondiente, independientemente de que las investigaciones relativas a los ilícitos denunciados continúe.

Si no se cambia esta política penal, cualquier ampliación en las causas de desincriminación del aborto -que parece ser el camino a seguir por el momento- esta misma línea continuara, con lo cual no se aligera en lo absoluto la problemática para la mujer. Mientras ella tenga que emplear tiempo en demostrar cualquier extremo, en vez de utilizarlo en la búsqueda de las mejores condiciones para la interrupción del embarazo, las puertas de la clandestinidad seguirán abiertas y así, también, los problemas derivados de la intervención.

La ordenación jurídica expuesta anteriormente, responde en mayor o menor escala; a los principios imperantes en el pensamiento clásico. Sin embargo, no es posible ocultar que dicho pensamiento ha experimentado en los últimos años una profunda vicisitud tan congruente que ha dado lugar a una de las cuestiones sociológicas más abismales, esto es, la despenalización del aborto; aunque se considere que el aborto es un mal que hay que impedir, sólo podrían conservarse los preceptos del derecho vigente si hubieren sido adecuados para combatirlo. Pero el remedio penal no ha sido idóneo sino inútil y fuente inextinguible de innumerables abortos clandestinos realizados por gentes impreparadas y audaces y en circunstancias de total insalubridad que originan un elevado número de muertes, lesiones y graves peligros para la mujer. Y los preceptos del Código Penal han sido inútiles para resolver el problema, se pone de manifiesto por el escaso número de procesos y de sentencias que se instruyen y se dictan. Implica sociológicamente una actitud excesivamente pasiva, contemplar indiferentemente la producción masiva de abortos clandestinos, conscientes de los daños y peligros insitos en ellos, y creer con esto que se ha salvado la conciencia en sus aspectos morales, éticos y sociales, en virtud de que se encuentran plasmados unos cuantos artículos ineficaces que falsean tal problema y que además no reciben la aplicación apropiada en la vida práctica.

Por otro lado, las valoraciones culturales y jurídicas que han sufrido innovaciones por doquier, en forma inquietante, hasta el extremo de que dijerase que el delito de aborto, en mayor o menor escala, va dejando de ser un hecho que ofenda los ideales valorativos de la comunidad

y, por ende, antijurídico. Así que, no obstante lesiona el bien jurídico de la vida del embrión o feto, consideraciones que se juzgan trascendentes en el momento histórico actual y también originan que dicha lesión no implique una ofensa para los ideales valorativos de la comunidad; estas consideraciones, motivan el espectacular panorama que de Occidente a Oriente ofrece el mundo en que vivimos.

Llegando a la deducción de que las normas culturales reconocidas en muchos Estados -de Occidente y de Oriente, burgueses y socialistas- no valoran el aborto efectuado dentro de los tres primeros meses del embarazo como una ofensa a las normas de cultura reflejadas en sus legislaciones, dicha lesión no implica una ofensa para los ideales valorativos de la colectividad pues otros intereses o ideales preponderantes impiden dicha ofensa. La muerte del producto de la concepción configura, una lesión del bien jurídico de la vida en gestación. Pero no siempre y en todo caso una conducta ofensiva para los ideales valorativos de la comunidad. En lo tocante al criterio de sociólogos, juristas y legislaciones que admiten, en mayor o menor escala, la no penalización del aborto, en orden a las siguientes preponderancias: a) corresponde exclusivamente a la mujer una decisión de tal naturaleza; y b) en contra de su libre decisión el aborto siempre es un delito. Esto implica que la no penalización del aborto sólo puede admitirse en torno a los llamados abortos procurado y consentido, pero en ningún tiempo se aceptará la exclusión de penalidad en el aborto sufrido.

Ergo, el tema de la despenalización del aborto debe abordarse más científicamente. Y, así, la impunidad del aborto puede defenderse:-

a). basándose en que el feto es parte de la mujer y ésta puede disponer del producto de la concepción.

b). en que el concebido no es un bien jurídico en lo individual, sino un interés de la sociedad, que sólo en ciertos casos debe ser protegido.

c). en que la pena es impotente para evitar los abortos.

d). en razones prácticas, es decir, en la necesidad de proteger la vida de numerosas mujeres que se hacen abortar contra el derecho legislado, a todo riesgo.

De esta suerte, bajo esa premisa es que algunos autores piensan en la necesidad de abolir ese precepto penal, no sólo por inútil, sino para salvar al derecho del desprestigio que sobre él cae cuando se le incumple metódicamente o se le aplica tan sólo contra los desheredados" (51).

A pesar de que es exacto que rara vez funciona el dispositivo penal contra el delito de aborto, lo cierto es que la norma de cultura, no ha aceptado aún el derecho de una mujer a hacerse abortar sin graves y serias motivaciones.

Por eso a la manera de Luis Jiménez de Asúa "partidario, pues, de que el aborto siga figurando en el repertorio de los delitos, lo soy, con mayor entusiasmo, no sólo de que se busquen medios profilácticos para evitarle, sino que se dulcifique la penalidad y se establezcan excepciones justificativas o excusantes." (52).

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO CUARTO.

- 38).- Peralta Sánchez., Ob Cit. Pág. 78.
- 39).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 155.
- 40).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 79.
- 41).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 80.
- 42).- González de la Vega., Ob. Cit. Pág. 95.
- 43).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 89.
- 44).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 90.
- 45).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 98.
- 46).- Peralta Sánchez., Ob. Cit. Pág. 99.
- 47).- Dante Moretti., Si a la Vida No al Aborto., Ediciones Paulianas., Bogotá Colombia, 1991, Pág. 21.
- 48).- Jiménez de Asúa Luis., Libertad de Amar y Derecho a Morir., Ediciones Depalma., 7ta. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 272.
- 49).- Garcia Ramirez., Ob. Cit. Pág. 117.
- 50).- Pérez Duarte y Noroña., Ob. Cit. Pág. 95.
- 51).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 278.
- 52).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 279.

PROPOSICION.

Siempre la formación, creación y modificación de un ordenamiento o un precepto legal, se vuelve una tarea interesante y de fatiga para el legislador, tanto más cuando es producto de una inquietud como cuando tiene que responder las necesidades de una realidad, como la que quedo plasmada a través de este estudio.

Ciertamente nuestro actual Código Penal para el Estado de Guanajuato contempla en su artículo 228 que "no es punible el aborto causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación" .Es decir, mantiene viva la posibilidad de que la mujer aborte y su conducta sea vista como una excusa absolutoria, pero siempre que se trate de los abortos procurado y consentido.

Y ello es así, porque es claro que el Derecho no exige a la mujer que observe conductas heroicas, ni que tenga vocación de mártir, sólo que a mi juicio es incorrecta la ubicación que la ley le da a este supuesto, habida cuenta que ubicarlo como una excusa absolutoria significa que de cualquier manera la norma ha sido violentada, y que el hecho de matar o expulsar el producto de la concepción sigue siendo un hecho criminal, solo que no es punible, tal cual si se tratara de una gracia del Derecho para la mujer.

En esta tesitura, creo conveniente la conformación de una adición a este artículo, pues dados los avances de la ciencia, se contienen supuestos que en nada se apartan de la realidad, y en los que nuestra legislación parece han de pasar inadvertidos. A guisa de proposición tenemos en la redacción actual que:-

"Artículo 228.-No es punible el aborto causado por culpa de la mujer

embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea producto de una violación."

Mi propuesta es la siguiente:-

"Artículo 228.- El aborto no es punible cuando:-

a.- Sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

b.- El embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial en contra de la voluntad de la mujer. En estos casos se requerira que el hecho haya sido denunciado y comprobado por parte del Ministerio Público y siempre y cuando el aborto se practique dentro de los tres primeros meses del embarazo o;

c.- De no practicarse, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico siempre que esto fuera posible o no sea peligrosa la demora."

Considero que de esa manera habria un mejor entendimiento y tratamiento de la problemática del aborto como lo que se esta estudiando.

Desde luego, que no va a pasar desapercibido el hecho de que hablamos también de la inseminación artificial. En nuestro tiempo esto aparece ya como una latente realidad, pero que no podemos desconocer que la inseminación artificial es posible también impuesta forzosamente a la mujer, bien sea violentamente o simplemente aprovechando un estado de inconsciencia eventual que facilite el hecho.

Ahora que, el problema no se acaba con la descripción correcta del tipo

penal sino también es menester la instrumentación y el régimen al que se va a someter para efecto de la prueba, lo que ya propiamente viene a ser materia de la prueba judicial en el punto relativo del Código de Procedimientos Penales. Pero bueno, esa ya viene a ser problema tanto del órgano investigador del delito como del órgano jurisdiccional para conceder o negar eficacia jurídica a los medios de prueba que se le hagan llegar. Y que no forma parte del tratamiento de esta tesis.

CONCLUSIONES.

C O N C L U S I O N E S .

Una vez que realizé el estudio de porque la actividad sexual interesa al Derecho, es menester hacer algunas consideraciones, el fenómeno de la sexualidad es de importancia sólo en la medida en que se traduce en una conducta que atenta contra bienes que el legislador y la ley misma han elevado a la categoría de bienes jurídicos.

Los comportamientos sexuales siguen siendo concepciones dominantes en nuestra sociedad, que por supuesto al paso del tiempo van cambiando, se van ajustando a los nuevos parámetros de lo que exige la sociedad es necesario proteger, y sólo de ese modo la sanción penal se reserva para aquellos casos en los cuales la acción desplegada se reviste de una significación o gravedad en relación al bien jurídico de que es objeto de tutela.

En este sentido, debemos reconocer que cuando se trata de la comisión de los llamados delitos sexuales, tanto el jurista, el investigador del delito y la sociedad por entero, enfrentan una situación particular en que la víctima rara vez ocurre a poner en conocimiento de la autoridad que ha sido objeto de una agresión sexual, lo que da génesis al problema que el penitenciarista conoce como la "cifra negra" de la criminalidad.

Quizás el aumento en el cuántum de la pena no sea del todo eficaz para disminuir el índice de la criminalidad, pero si al menos, representa la posibilidad de ver para el autor un castigo ejemplarizante y que en cierto modo lo inhiba a la comisión de ese delito. No quiero sostener que ese factor es determinante, pero si la aunamos a una mejor educación sexual de nuestra población y más aún a que la víctima tome conciencia de que debe denunciar el hecho, es sin duda una buena expectativa que nos brindará frutos ulteriores.

Así pues, a modo de premisas concluyentes valen las afirmaciones que a continuación enumero:-

a.- Para la aplicación de una pena se requiere, indiscutiblemente la comprobación del hecho penalmente relevante, así como la autoría de quien se atribuye el hecho.

b.- La culpabilidad se conforma por tres elementos indispensables para su existencia: Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de un comportamiento distinto.

c.- La culpabilidad es un juicio de disvalor del autor del hecho, la antijuridicidad enjuicia el hecho cometido. Luego, una cosa es emitir un juicio de disvalor sobre el autor y otra muy distinta enjuiciar el hecho mismo.

d.- En el Derecho Penal contemporáneo como en nuestra actual Ley represiva, el aborto como consecuencia de la violación tiene un tratamiento a nivel de la punibilidad, luego, significa que en tales casos el aborto se enmarca dentro de una excusa absolutoria.

e.- Estimar el aborto cuando el producto es consecuencia de una violación, es reconocer que esta imposición forzosa de la copula puede ser producto de una agresión física, o bien moral.

f.- También permitir el aborto en los supuestos de la inseminación artificial forzada es dar el mismo tratamiento al que cuando el producto es derivado de la violación.

g.- Debe permitirse al Ministerio Público decidir discrecionalmente la

conveniencia de permitir la práctica abortiva a la que nos referimos, siempre y cuando se hubiesen reunido los elementos probatorios que indiscutiblemente permitan advertir que el embarazo es producto de la violación y que a su vez se cuente con datos ciertos y determinados que permitan identificar al autor del delito.

h.- El Ministerio Público debe cuidar sobre todo que esos medios probatorios sean recabados dentro de los tres primeros meses de gestación, a efecto de permitir la práctica abortiva sin riesgo alguna para la víctima.

i.- Tanto la representación social como el juzgador deben contar con la opinión médica del galeno tratante de la víctima, en la medida que esto fuera posible, esto es antes de los tres meses a los que se hizo referencia líneas arriba. Una vez recabado tal dictamen debe autorizarse judicialmente la práctica del aborto.

j.- En estos casos, la declaración judicial por parte del Estado debe tener el rango de una causa permisiva y no de una excusa absolutoria, porque hacerlo de esa manera sería tanto como reconocer que la mujer que aborta ha sido objeto del reproche jurídico. Ubicarlo como una causa permisiva sería tenerlo a nivel de la antijuridicidad y no de la punibilidad como actualmente se establece.

k.- La autorización de trámite del médico legista y privado respectivamente se deberá tramitar a modo de incidente no especificado, en virtud de tratarse de una situación en donde el juez se ve en la necesidad de dar una resolución al respecto en un término menor de 72 hrs. debido a que la mujer se encuentra ante un embarazo (estado de necesidad, problemas congénitos, etc.), que no puede esperar a que las actividades del juzgado permitan el aborto.

Estas parecen ser afirmaciones si bien tajantes, si también susceptibles a la reflexión sin desconocer que en la práctica puedan encontrarse con problemas a nivel de la prueba y a nivel de la valoración de la misma, pero como ya en párrafos anteriores cite, su problemática no termina con la mera descripción, pero si en cambio; da lugar a su maduración intelectual y por supuesto, legislativa tanto como judicial.

Queda así a su disposición para su discusión este trabajo de investigación.

BIBLIOGRAFIA.

TEXTOS:

- 1).- Baumann Jurgen., El Amparo de la Vida en Formación., Ponencia.
- 2).- Carranca y Trujillo Raul y Carrancá y Rivas Raúl., Derecho Penal Mexicano., Parte General, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 3).- Dante Moretti., Si a la Vida no al Aborto., Ediciones Paulianas., Bogotá Colombia, 1991, Pág. 21.
- 4).- García Ramírez Sergio., Cuestiones Criminológicas y Penales Contemporáneas., Instituto Nacional de Ciencias Penales., México, 1981.
- 5).- González de la Vega Francisco., Derecho Penal Mexicano., Editorial Porrúa, México, D. F., 1988.
- 6).- Jiménez de Asúa Luis., Libertad de Amar y Derecho a Morir., Ediciones Depalma., 7ta. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- 7).- Jiménez Huerta Mariano., Derecho Penal Mexicano., Editorial Porrúa., México, 1984, Pág. 180.
- 8).- Lean Mac y Esternos Roberto., La Eugenesia en América., Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México.
- 9).- Ortíz Ortega Adriana., Razones y Pasiones en Torno al Aborto., Editorial Edamex, México, 1994.
- 10).- Peralta Sánchez Jorge., Pena de Muerte, Aborto y Eugenesia., Editorial Porrúa, S. A., México, 1988.
- 11).- Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena., EL Aborto., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
- 12).- Staker Garton Jean., Mamá ¿Me vas a matar?., Ediciones Paulianas, México, 1993.
- 13).- Stern Alfred., La Filosofía de la Historia y el Problema de los Valores., Editorial Eudeba, 3a. Edición, México, 1990.

LEYES Y CODIGOS:

- 1).- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato., Editorial Cárdenas, México, 1994.
- 2).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., Editorial Porrúa, 1994.