

64
lej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGIA GENERAL Y JURIDICA

"EL ABORTO UNA TOMA DE CONCIENCIA SOCIO
JURIDICA."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUISA MARCELA BENAVIDES HERNANDEZ



ASESOR: DR. SERGIO GARCIA RAMIREZ



MEXICO, D. F.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGÍA
GENERAL Y JURÍDICA**

No. L/45/97

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

La pasante de la licenciatura en Derecho **BENAVIDES HERNANDEZ LUISA MARCELA**, solicitó inscripción en este H. Seminario a mi cargo y registró el Tema intitulado:

"EL ABORTO UNA TOMA DE CONCIENCIA SOCIO JURIDICA", asignándose como asesor de la tesis al **DR. SERGIO GARCIA RAMIREZ**.

Al haber llegado a su fin dicho trabajo, después de revisarlo su asesor, lo envié con la respectiva carta de terminación considerando que reúne los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales.

Apoyado en este dictamen, en mi carácter de Director del Seminario, tengo a bien autorizar su **IMPRESION**, para ser presentado ante el Jurado que para efecto de Examen Profesional se designe por esta Facultad de Derecho.

Reciba usted un respetuoso saludo y las seguridades de mi más alta consideración.

A T E N T A M E N T E.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
Cd. Universitaria, D.F., a 14 de octubre de 1997.


**LIC. PABLO ROBERTO ALMANÁN ALANIZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO.**

me:rg'



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Ciruelo Maestro Mayor de la Corte Constitucional
Delegación Cuernavaca, 04510 México, D. F. FAX 52 55 465 21 91

México, D. F., 25 de septiembre de 1997.

Lic. Roberto Almazán Alanís
Director del Seminario de Sociología
Presente.

Apreciable señor Director:

Me permito informar a usted que he concluido la asesoría autorizada por -- ese Seminario a su digno cargo, conducente a la labor de tesis "El aborto, una toma de conciencia socio-jurídica", de la pasante Luisa Marcela Benavides Hernández, para obtener su licenciatura en Derecho. Por lo tanto, en lo que a mi respecta, la señorita Benavides Hernández puede someter su trabajo a la consideración del Seminario, para los fines que correspondan.

Reitero a usted las seguridades de mi distinguida consideración.



Dr. Sergio García Ramírez.

A DIOS POR TODO LO QUE SOY

A MIS PADRES Y HERMANOS POR TODOS ESOS MOMENTOS DE FELICIDAD, POR SU CARIÑO, Y APOYO.

A MI MEJOR AMIGO, ABRAHAM, POR SU PRESENCIA, POR SU AMOR, POR ESE MUNDO QUE COMPARTIMOS.

A MIS AMIGAS LORENA Y GABRIELA POR SU PACIENCIA, CARIÑO Y APOYO.

AL DR. GARCÍA RAMÍREZ, POR SU DEDICACIÓN, POR TODO LO QUE EN ESTE CAMINO APRENDÍ DE EL, POR SU SENCILLEZ E INAGOTABLE DISPOSICIÓN, POR CONFIAR EN MI AL ACEPTAR DIRIGIRME EN ESTE TRABAJO.

A TODAS AQUELLAS MUJERES QUE HAN ENFRENTADO EL PROBLEMA DEL ABORTO EN EL SILENCIO Y EN EL ABANDONO.

MIS AGRADECIMIENTOS,

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MI CASA DE ESTUDIOS.

AL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, POR TODAS LAS FACILIDADES PRESTADAS PARA REALIZAR ESTE TRABAJO.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....1

CAPITULO PRIMERO.....3 PLANTEAMIENTOS INICIALES

1. Definición del aborto.....	3
1.1. Etimología de la palabra aborto.....	3
1.2. Concepto médico.....	3
1.3. Concepto jurídico.....	5
1.4. Definición médico legal.....	9
1.5. Disputa doctrinaria.....	10
2. Clasificación del aborto.....	14
2.1. Aborto espontáneo.....	14
2.2. Aborto provocado.....	15
3. Panorama histórico del aborto.....	18
3.1. Panorama universal.....	18
3.2. Panorama nacional.....	23

CAPITULO SEGUNDO SITUACION JURIDICA DEL ABORTO EN MEXICO

1. Marco constitucional, artículo 4º.....	25
1.1. La igualdad del hombre y de la mujer ante la Ley.....	26
1.2. El derecho a la protección de la salud.....	27
1.3. Libertad para decidir sobre el número y el espaciamiento de los hijos.....	28
1.4. Deber de los padres a preservar los derechos de los menores.....	30
2. El aborto en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.....	31
2.1. Introducción a la teoría del delito.....	31
2.2. Análisis dogmático de los abortos punibles que contempla nuestra legislación.....	36
2.2.1. Aborto sufrido.....	36
2.2.1.1. Aborto sufrido simple.....	36
2.2.1.2. Aborto sufrido con violencia.....	42
2.2.2. Aborto consentido.....	43
2.2.3. Aborto procurado.....	47
2.2.4. Aborto procurado y consentido con móviles de honor.....	50
2.2.4.1. Que sea fruto de una unión ilegítima.....	51
2.2.4.2. Que no tenga mala fama.....	51

2.2.4.3. Que haya logrado ocultar su embarazo.....	52
2.3. Abortos no punibles contemplados en nuestro Código Penal.....	55
2.3.1. Aborto causado por imprudencia de la madre.....	55
2.3.2. Práctica del aborto, cuando el embarazo es producto de una violación.....	56
2.3.3. Aborto terapéutico.....	57
2.4. Excluyentes de responsabilidad aplicables a la comisión del aborto.....	60
2.4.2. Estado de necesidad.....	61
2.4.3. El ejercicio de un derecho.....	62
2.4.3. No exigibilidad de otra conducta.....	62
3. El aborto en los códigos penales de los estados de la República.....	64
3.1. Definición de aborto.....	64
3.2. Sanciones.....	64
3.3. Supuestos en que el aborto no es punible.....	64
3.3.1. El aborto eugenésico.....	64
3.3.2. El aborto por razones económicas.....	65
3.3.3. El aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial indebida.....	66
3.3.4. El aborto sentimental y honoris causa.....	66
3.3.5. El aborto terapéutico.....	66
3.4. El caso especial de Chiapas.....	68

CAPITULO TERCERO CONSIDERACIONES SOBRE LA DESINCRIMINACION DEL ABORTO VOLUNTARIO

1. Derechos humanos y aborto.....	70
1.1. Derecho a la vida.....	70
1.2. Derecho a la calidad de vida.....	72
1.3. Derecho a la protección de la salud.....	74
1.4. Derechos reproductivos.....	75
1.5. Derecho a la libre sexualidad.....	76
1.6. Derecho a la libre maternidad.....	77
1.7. Derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo.....	79
2. Principales pronunciamientos de organismos Internacionales.....	82
2.1. Declaración de San Salvador sobre población y desarrollo.....	82
2.2. El Cairo y sus aportaciones.....	83
2.3. Beijing.....	88
3. La práctica del aborto en el mundo y su relación con la situación jurídica.....	90
4. Principales consecuencias del aborto-delito.....	96
4.1. El aborto clandestino.....	96
4.1.1. Índices de la práctica del aborto en M.éxico.....	96
4.1.1.3. Características del aborto en México.....	99

4.1.5 Un grave problema de salud pública.....	101
4.1.6. El turismo abortivo.....	104
4.2. La realidad jurídica del aborto-delito.....	106
4.2.1. Impunidad del aborto.....	106
4.2.2. Incumplimiento de los fines de la pena.....	109
4.2.2.1. Retribución.....	110
4.2.2.2. Prevención general	110
4.2.2.3. Prevención especial.....	111
5. Factores que debieran tomarse en cuenta para desincriminar el aborto.....	
voluntario.....	112
5.1. Médicos o de salud.....	112
5.2.Socioeconómicos.....	113
5.3.Eugenésicos.....	115
5.4.Psicológicos.....	117
5.5. Los métodos anticonceptivos, ¿la panacea?.....	118
5.6. Imposibilidad de dar otro tratamiento al problema del aborto cuando este se considere un delito.....	121
5.7. Motivaciones personales o de pareja.....	121
5.8. Diferente posturas respecto al problema del aborto.....	123
5.8.1. La iglesia.....	123
5.8.2. Provida.....	126
5.8.3. La doctrina jurídica	128
5.8.4. Encuestas realizadas a la sociedad.....	131

CAPITULO CUARTO PROPUESTAS PARA REFORMAR LA LEGISLACIÓN VIGENTE

1. Planteamiento del problema y objetivos.....	134
2. Las alternativas.....	139
2.1. Sistema de indicaciones.....	139
2.1.1.Antecedentes.....	140
2.1.2. Propuesta legislativa para el replanteamiento de los artículos 329 a 334 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en el fuero federal, por Sergio García Ramírez.....	141
2.2. Sistema de plazo.....	148
2.2.1. Antecedentes.....	152
2.2.2. Propuesta legislativa.....	156
2.2.2.1. Prevención del aborto.....	157
2.2.2.2. Proyecto de reforma al Capítulo Sexto del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.....	161
2.2.2.3. Bases para reglamentar el acceso a la práctica del aborto voluntario.....	162

2.2.2.4. Posibles consecuencias o resultados de la puesta en practica de sistema a plazo.....	166
---	-----

CONCLUSIONES.....	169
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	172
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Decidí realizar un estudio acerca del aborto sabiendo de antemano que me enfrentaría con un tema muy polémico, que no deseaba tratar a la ligera. Los factores relacionados con este asunto son múltiples y sería imposible agotarlos en un sólo estudio; sin embargo, a lo largo de dos años llevé a cabo un análisis con la mayor seriedad y profundidad posible, examinando los principales factores que intervienen y procurando mantenerme a distancia de una concepción puramente feminista.

Por otra parte, cierto es que el aborto ha sido un tema muy debatido; sin embargo, aún no se le da una solución; por esta razón, a pesar de que muchos consideran inútil el estudio de este tema, estoy convencida de que todo análisis al respecto será no sólo útil, sino necesario, mientras no se logre modificar la legislación actual del aborto y, por consecuencia, nuestra realidad.

La intención no es lograr convencer acerca de mi postura, sino simplemente enfrentar a los lectores con este estudio que habla por sí solo, pues se que con cada persona que lea y se informe a cerca del aborto se ganará una conciencia mas a cerca de su problemática. Cabe aclarar que jamás he intentado decir que el aborto sea la vía idónea para solucionar cualquier conflicto de concepción, pero sí intento explicar que su actual regulación no está ayudando a la solución del mismo, sino por el contrario, lo agudiza. Creo que es tiempo de que rebasemos los debates e intentemos resolver el problema del aborto.

De esta forma, me propuse tratar el tema con la intención de tomar conciencia de la realidad socio-jurídica del aborto y al mismo tiempo hacer una pequeña aportación para la solución de este problema en México.

Para la realización de este análisis utilicé un método deductivo con base en la realidad de la práctica del aborto en nuestro país y a partir de ello llegué a las conclusiones correspondientes. El estudio del aborto se divide de la siguiente manera:

En el primer capítulo presento un panorama general sobre el significado del aborto, principalmente en el aspecto jurídico, así como su clasificación y su evolución a través de la historia general.

En el segundo capítulo analizo la situación jurídica del aborto en México, con base en dos ordenamientos: la Constitución y nuestro Código Penal, sin dejar de estudiar los Códigos de los estados de la República que contemplan una legislación diferente a la contenida en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

En el tercer capítulo realizo un estudio acerca de las múltiples consecuencias negativas del aborto delito; también hago notar cómo el tipo delictivo de aborto no cumple con los fines de la pena y su persecución es prácticamente nula. Asimismo, estudio los múltiples factores que motivan a una mujer a abortar y que deben ser tomados en cuenta para modificar la legislación al respecto. Abordo también en este capítulo los derechos humanos más relacionados con el aborto, así como los diferentes pronunciamientos de organismos internacionales al respecto. Igualmente considero necesario tomar en cuenta lo que la sociedad opina sobre el aborto. Todo ello con base en encuestas, estadísticas y estudios de organismos nacionales e internacionales. Cabe aclarar que a pesar de enfrentarnos a la problemática de la cifra negra, esta información nos acerca lo suficiente para darnos cuenta del gran problema del aborto en México.

Finalmente, en el capítulo cuarto, concluyo con una propuesta detallada que busca solucionar el problema jurídico del aborto.

Es así como presento este trabajo, producto de un esfuerzo que intenta ir más allá del cumplimiento de un requisito, para adentrarnos al problema del aborto en México e intentar solucionarlo.

CAPITULO I

EL ABORTO PLANTEAMIENTOS INICIALES

1. DEFINICIÓN DEL ABORTO

1.1. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA ABORTO

La palabra "aborto" deriva del latín *abortus*: *ab-*, partícula privativa, y *ortus*-nacimiento; por lo tanto, significa no nacer. Podemos entender al nacimiento como el fenómeno en virtud del cual los productos maduros de la fecundación, feto viable y sus anexos, se expulsan del útero.¹

En opinión de Martínez Murillo no nacer quiere decir "que al salir no ha respirado"²

También se deriva de *aboriere*: nacer antes de tiempo. Para Ramón Fernández Pérez, esto indica la destrucción de un organismo antes de su diferenciación total.³

Ya que el aborto es un tema que rebasa las fronteras jurídicas y que tiene su origen más allá del derecho, comenzaré por definir lo que la ciencia médica entiende por aborto.

1.2. CONCEPTO MÉDICO

Según Manuel Mateos Cándano, aborto es:

La extracción o expulsión de toda o una parte de la placenta o las membranas, sin un feto identificable o con un feto vivo o muerto que pese menos de quinientos gramos.⁴

Cuando no se conoce el peso fetal puede usarse como medida la duración de la gestación, la cual debe ser menor de veinte semanas completas, ciento treinta y nueve días contados a partir del primer día de la última menstruación.

Con el concepto expuesto, se afirma la seguridad de que el producto no es viable al colocarlo fuera del ambiente intrauterino y sin posibilidad de sobrevivir en el medio externo.

¹ Fernández Pérez, Ramón, "Obstetricia Médico-forense" en Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina forense*, México, Editorial Porrúa, 1993, p. 676.

² Martínez Murillo, Salvador, *Medicina legal*, México, Editorial Francisco Méndez Oteo, 1989, p. 190.

³ Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 675.

⁴ Mateos Cándano, Manuel, Azaola Elena, et. al., (coordinación, Leal, Luisa María) *El problema del aborto en México*, México, Editorial Porrúa, 1980, p. 17.

Otra definición es la que nos proporciona Martínez Murillo quien señala que en medicina se considera aborto cuando "sale" -corresponde al término de expulsión en otras definiciones- muerto el producto.⁵

Según Carlos Torres Nieto aborto es:

La interrupción del embarazo antes de la viabilidad fetal, con la expulsión del huevo y sus membranas.⁶

Seguando este lineamiento, también se ha entendido al aborto como:

La expulsión del producto de la concepción antes de que sea viable, esto sucede alrededor de las veinticuatro semanas o seis meses de embarazo, si tal expulsión ocurre después, es decir, dentro de los siguientes tres meses, entonces se denomina "parto prematuro".⁷

Como podemos observar, en estas definiciones es elemento esencial la expulsión del producto; sin embargo, como afirman los médicos, dicha expulsión es en ocasiones muy tardía y a veces no se produce, quedando el producto muerto dentro de la matriz donde puede sufrir varios procesos, como disolución, momificación, calcificación etcétera, es decir, no siempre ocurren la expulsión y la muerte al mismo tiempo, por lo que dichos conceptos dentro de la ciencia médica no son aceptados totalmente y en la mayoría de los sistemas jurídicos -como el nuestro- han sido rechazados, quedando únicamente como un antecedente, ya que sólo se requiere de la muerte del producto de la concepción para que se considere que existe un aborto.

Un concepto más adecuado es el de Christopher Tietze, quien define al aborto como:

La interrupción de un embarazo tras la implantación del blastocisto en el endometrio y antes de que el feto haya alcanzado viabilidad.⁸

Para Marcelo T. de Alvear el aborto es:

El nacimiento de un embrión o feto antes del estado de viabilidad, alrededor de las veinte semanas de gestación.⁹

Por otra parte, en la mayoría de las definiciones se encuentra presente el término "viabilidad", el cual podemos entender como la

⁵ Martínez Murillo, *op. cit.*, p. 190.

⁶ Torres Nieto, Carlos, *Programa de estudios comparativos del aborto inducido y uso de anticonceptivos en América Latina*, Bogotá, Editorial Médica Panamericana, 1972, p. 12.

⁷ Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 680.

⁸ Tietze, Christopher, *Informe mundial sobre el aborto*, Madrid, España, Ministerio de Cultura de la Mujer, 1987, p. 15. La implantación del blastocisto en el endometrio se refiere a lo que en medicina se conoce como: anidación, ésta se efectúa cuando el blastocisto o huevo, unas vez fecundado, se implanta en el endometrio -cava que cubre al útero-. Algunos consideran que a partir de éste momento comienza la gestación. *Vid infra* 1.5. "Disputa doctrinaria".

⁹ T. De Alvear, Marcelo, *Diccionario de ciencias médicas Stedam*, Buenos Aires, Editorial Médica Panamericana, 1993, p. 10.

capacidad de vida extrauterina del producto, por lo que -según la definición médica- el aborto sólo se presenta antes de que el embrión sea capaz de sobrevivir con adecuado apoyo vital el período neonatal. La viabilidad se encuentra relacionada con su edad intrauterina, por lo que, según los médicos, esta capacidad se logra tras veintiocho semanas de gestación contando desde el primer día del último período menstrual normal, y corresponde a un peso fetal de unos mil gramos, esto se debe a que los infantes con un peso inferior al señalado tienen escasas posibilidades de sobrevivir a los procesos y cuidados a que son sometidos los nacidos prematuramente.¹⁰

Durante los últimos años se ha llevado a cabo una nueva evaluación de la viabilidad, pues se ha comprobado que algunos niños nacidos antes de las veinticuatro semanas de gestación han sobrevivido. No existe acuerdo en el alcance del concepto viabilidad, cuyos términos varían de un país a otro, ya que son límites de referencia que dependen del grado de desarrollo de cada nación, puesto que en los países desarrollados la tecnología permite mantener con vida fuera del vientre materno a fetos con menos de veintiocho semanas de gestación, por lo cual la viabilidad se alcanza antes.

Así al tratar de establecer un criterio uniforme sobre la definición de aborto desde el punto de vista médico, se puede afirmar que aborto es la interrupción del embarazo antes de que el producto sea viable.

1.3. CONCEPTO JURÍDICO

El concepto jurídico del aborto no siempre ha sido el mismo. El Código Penal mexicano de 1871 lo definió de la siguiente manera:

Llámase aborto en Derecho Penal a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad.

Como podemos observar, en la definición de 1871 se requería de la expulsión o de la extracción del producto, para que se considerase aborto, como en las definiciones médicas más antiguas.

Por otra parte, dicho concepto contemplaba la posibilidad de una excluir de responsabilidad en caso de que hubiere "necesidad" de realizar el aborto.

El elemento temporal referente a que el aborto se pueda realizar en cualquier momento de la preñez, ha sido conservado hasta nuestros días.

En éste Código se contemplaba ya el aborto *honoris causa*. Por otra parte, en el artículo 571, del mismo ordenamiento, se determinó que sólo se sancionaría el aborto cuando se hubiere consumado, reglamentación que

¹⁰ Tietze, *op. cit.*, p. 28.

reprodujo el Código Penal de 1929 y que fue suprimido en el Código de 1931.¹¹

El criterio cambió y en el Código de 1929 se denominó al aborto de la siguiente forma:

Llábase aborto en el Derecho Penal: a la extracción o expulsión, provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, con objeto de interrumpir la vida del producto.

En la definición del Código de 29 se incluyó el elemento subjetivo, ya que se establecía que únicamente era aborto punible el que se cometiera por medio del dolo. Por otra parte no se incorporó la exclusión referente a que se "realizara sin necesidad." Conservaba el elemento de la extracción o expulsión, y el temporal del Código de 71. Finalmente, cabe notar, que en éste Código no se reglamentó el aborto *honoris causa*.¹²

En ninguno de los dos Códigos anteriores se contempló el aborto por causas sentimentales, -cuando el embarazo es producto de una violación- y aún después de su incorporación en el Código de 1931 hubo un proyecto de Código Penal en 1958 que intentó suprimir ésta tipo de aborto; sin embargo, otro proyecto de Código Penal en 1963 incorporaba nuevamente este tipo de aborto.¹³

Finalmente, la definición que hasta ahora conservamos es la que proporciona el Código de 1931, contenida en el artículo 329 de nuestro actual Código Penal, de la siguiente manera :

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

Para Francisco González de la Vega en la actualidad:

El delito no se define como en los códigos anteriores por la maniobra abortiva, sino por su consecuencia final: muerte del feto.¹⁴

Cabe notar la evolución de la conducta incriminada: del castigo frente a la extracción o expulsión del producto, por sí mismas, a la pena en función de los efectos.¹⁵

Analicemos la definición legal de aborto. Según el artículo 329 de nuestro Código Penal, se requiere de los siguientes elementos:

¹¹ *Fonte Petit Candaudap, Celestino, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Estudio comparativo con los códigos penales de las entidades federativas.* México, Editorial Jurídica Mexicana, 1969. p. 233.

¹² *Ibidem*, p. 232.

¹³ *Ibidem*, p. 235.

¹⁴ González de la Vega, Francisco, *Derecho penal mexicano. Los delitos*, México, Editorial Porrúa, 1975, p. 131.

¹⁵ García Ramírez, Sergio, *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, p. 106.

A) Muerte. Es necesaria la "muerte" del producto de la concepción y no su expulsión, pues como hemos observado, esta hipótesis ha sido superada, dado que no siempre ambas situaciones ocurren simultáneamente.

B) Producto de la concepción. Es importante explicar el significado de éste concepto. Concebir deriva de la palabra latina *concipers*, que significa tomarlo y sostenerlo.

En su forma activa el término concepción expresa que una hembra o mujer en la especie humana ha tomado para sí el semen y que ello resultará en una nueva vida, mientras que su significado en forma pasiva se refiere al embrión que se ha formado en el útero al que comúnmente se refiere como producto de la concepción.¹⁶

Por producto podemos entender:

Todo tejido o sustancia excretada o expedida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados como productos, la placenta y los anexos de la piel.¹⁷

Es conveniente establecer la diferencia que existe entre embrión, feto y producto de la concepción ya que comúnmente se utilizan como sinónimos desconociendo las implicaciones que esto tiene.

Embrión es una palabra de origen griego que significa: lo que es concebido y crece en el útero.¹⁸ También podemos definir al embrión como:

Al producto de la concepción hasta la decimotercera semana de gestación;¹⁹

Por feto entendemos:

Al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de gestación, hasta su expulsión del seno materno²⁰

Como podemos observar tanto la acepción "embrión" como "feto" se encuentran referidos a cierta etapa del embarazo. Por ello considero que en nuestro Código Penal se le denominó simplemente "producto de la concepción" para evitar darle un término que únicamente correspondiese a determinada etapa del embarazo y que por lo tanto dejara "desprotegido" al producto en las subsecuentes etapas de la preñez.²¹

¹⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Seminario sobre salud y derechos humanos*, México, C.N.D.H., 1991, p. 14.

¹⁷ *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos*. Publicado en el "Diario Oficial de la Federación" el 20 de febrero de 1985.

¹⁸ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *op.cit.*, p. 14.

¹⁹ *Reglamento de la Ley General de Salud, op. cit.*, p. 6.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Vid infra*. 1.5. "Disputa doctrinaria"

C) En cualquier momento de la preñez. Por último, el artículo 329 de nuestro Código Penal nos dice que se considerará aborto si la muerte ocurre "en cualquier momento de la preñez" -esto reafirmando el concepto anterior-, independientemente de la preñez como embarazo, y éste como:

El resultado de la fecundación del óvulo por el espermatozoide²²

O bien como:

El período comprendido desde la fecundación hasta el parto²³.

Así entonces, la protección no se limita únicamente a cierta etapa del embarazo. Aquí el término "viabilidad" no importa, pues siempre que ocurra la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, habrá aborto para el Código Penal, por tanto, no importa que el producto de la concepción sea viable o no, es decir, igual es aborto si esta muerte ocurre a los seis, que a los tres meses, que desde el primer instante de la concepción.²⁴

Por lo tanto, médicos y juristas conceptúan el aborto en forma diferente, pues mientras para los primeros aborto es la interrupción del embarazo antes de que el producto sea viable, para nuestro sistema jurídico es, la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Ya que, mientras los primeros definen el aborto en términos biológicos al Código penal lo que le interesa es establecer que es lo que constituye el delito de aborto.

Ramón Fernández Pérez establece una comparación entre la concepción médica y la jurídica, y dice:

Desde cierto punto de vista, el concepto médico obstétrico es más amplio que el jurídico delictivo, porque aquél no toma en cuenta como éste la causa del aborto, para el ginecólogo son aborto tanto el espontáneo por causas patológicas o accidentales como el provocado, bien sea terapéutico, criminal o culposo. Desde otro punto de vista, el lenguaje obstétrico es más restringido porque se refiere a la época de la no viabilidad del feto y en cambio en el artículo 329 se habla de la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.²⁵

Diferimos en la primera parte de esta comparación, puesto que creemos que para el legislador es igualmente amplio el término de "aborto", pues claramente lo deja establecido al decir que aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. En lo que resulta más restrictivo es en cuanto a la punibilidad del aborto, puesto que en este caso, si deja fuera varios tipos de aborto que la ciencia médica contempla, es decir, la punibilidad del aborto dependerá, en este caso, de las circunstancias en las que se realice, como veremos más adelante.

²² Rojas, Nerio, *Medicina legal*. Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1971. p. 205.

²³ Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 674.

²⁴ *Vid. infra*, 1.5. "Disputa doctrinaria."

²⁵ Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 680.

1.4 DEFINICIÓN MÉDICO-LEGAL

En un intento por comprender tanto la concepción médica como jurídica, Nerio Rojas define al aborto desde un punto de vista medico-legal como:

La interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto, fuera de las excepciones legales.²⁶

Esta definición contiene cuatro elementos:

A) Interrupción del embarazo. Para que exista aborto es suficiente con la interrupción del embarazo, sin que sea necesaria su extracción o expulsión.

B) Interrupción provocada. La interrupción debe ser provocada, es decir, se excluyen los casos en que el aborto se produce en forma natural o espontánea.²⁷

C) Muerte del feto. Esta es una condición *sine qua non* para que exista el aborto. Sin embargo, la existencia física del producto muerto ya no es indispensable para la comprobación del delito.

D) Fuera de las excepciones legales. Esto significa que no todo aborto constituye delito y será la ley la encargada de hacer dichas excepciones.

Nerio Rojas apunta que en obstetricia suele hacerse la diferencia entre aborto y parto prematuro y que en medicina legal esta diferencia carece de interés, pues:

El grado de desarrollo no modifica la calificación del hecho lo que aquí interesa es que puede tratarse de un delito, en ambos casos el concepto medico-legal derivará entonces del texto penal respectivo, no siempre igual en los diversos países.²⁸

Antonio de P. Moreno opina que al concepto médico legal, tan solo le importa el aborto que pueda constituir la comisión de un delito, con abstracción de la edad del feto y el elemento viabilidad.²⁹

²⁶ Rojas, Nerio, *op. cit.*, p. 216.

²⁷ *Vid. infra*, 2.1. "Clasificación del aborto."

²⁸ Rojas Nerio, *op. cit.*, p. 215.

²⁹ Moreno Antonio, de P. *Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial*, México, Editorial Jus, 1965, p. 275.

1.5. DISPUTA DOCTRINARIA

La discusión se ha centrado principalmente en saber el momento en que comienza y termina la protección jurídica, de acuerdo a la definición de aborto contenida en el artículo 329 de nuestro Código Penal.

Francisco Pavón Vasconcelos afirma que en nuestro Código vigente el delito se puede cometer inmediatamente después de verificada la fusión del óvulo y del espermatozoide y durante todo el período de la gestación y hasta el inicio del nacimiento.

No distinguiéndose en la ley entre embrión, huevo o feto, la comisión del delito puede tener lugar en cualquier fase de la gestación, ya a raíz de iniciada ésta o durante el embarazo y aún en momentos inmediatos anteriores al parto.(...) con lo que se evita la incertidumbre en la cual se debate la doctrina y la jurisprudencia de otros países, ante la ausencia de una definición como la expresada en el texto de nuestra legislación.³⁰

Sin embargo, en algunas legislaciones del mundo, que conceptuaban el aborto en forma similar a la nuestra, se originaron varias discusiones respecto al inicio de la protección. Tal es el caso de la legislación Alemana, en la que se determinó que la protección jurídica no comienza sino a partir de la implantación del huevo en el útero, esto es, a partir de la anidación.³¹ Esto tiene relevancia en un sistema como el nuestro ya que en la redacción del Código Alemán de 1926 utilizaron la locución de abortar "al fruto de la concepción." Hemos definido lo que se considera como producto de la concepción y que es mucho mas amplio al termino de embrión o feto; sin embargo según Hans Lüttger dicho concepto implicaría una intervención entre el fruto y el cuerpo de la madre. Esta relación orgánica entre el fruto y el cuerpo materno sólo se da a partir de la anidación, es decir, a partir de ese momento ya podemos hablar del producto de la concepción, y por lo tanto la protección penal no comenzaría desde la fecundación sino hasta la anidación.³² Determinar esto es de vital importancia ya que existen algunos métodos anticonceptivos que actúan antes de la anidación, ejemplo de ello es el dispositivo intrauterino, por lo que en caso de no especificar que dicha protección comienza a partir de la anidación estaríamos tratando a ciertos métodos anticonceptivos, como abortivos según la definición e interpretación actual. Por otra parte, si resolvimos según la interpretación alemana en el sentido de que no existe producto sino hasta la anidación, entonces a partir de ese momento comienza la protección jurídica y por lo tanto la utilización de cualquier método que evite la anidación será lícita. Creemos que cabría aclararlo y resolverlo jurídicamente como lo ha hecho el Código Alemán diciendo que:

³⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Lecciones de Derecho Penal*, México, Editorial Porrúa., 1975, p. 208.

³¹ Se entiende por anidación la acción de fijarse o insertarse el huevo, normalmente, en el útero. T. de Alvear., *op. cit.*, p. 43.

³² Lüttger Hans, *Medicina y derecho penal*, Madrid, España, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 54.

No se considerará interrupción del embarazo, en el sentido de esta ley, la acción cuyos efectos tengan lugar antes de producirse la anidación del óvulo fecundado en el útero.

Por lo que respecta al momento en que concluye la protección jurídica, en opinión de Pérez Duarte el término "viabilidad" representa un grave problema para la ciencia jurídica, pues si se interrumpe un embarazo cuando el producto ya es viable se estaría frente a un infanticidio. Por lo que lo más adecuado -según esta autora- para evitar y resolver todo tipo de controversias, entre la concepción médica y la jurídica, sería que el lenguaje jurídico se sustentará en términos médicos ya que "es en esta ciencia donde se señalan los límites de acción para estas intervenciones."³³

Hemos explicado ya que el grado de desarrollo no modifica la calificación del hecho, ya que la protección jurídica bajo el tipo de aborto se extiende durante todo el embarazo sin importar la viabilidad. Por otra parte, el delito de infanticidio ha sido derogado de nuestra legislación por lo que no consideramos necesaria la adaptación del concepto jurídico al médico.³⁴

La manera en que se ha definido y tipificado al aborto en el mundo y en México ha sido muy cuestionada y polémica. Dentro del ámbito nacional la situación jurídica del aborto ha motivado diferentes interpretaciones y sobre todo críticas y cuestionamientos a nuestros legisladores, a la sociedad en general y a los valores, ideologías o principios en los que se basan para calificar al aborto como delito. En un comentario sobre la denominación del delito de "aborto" en nuestra actual legislación; Sergio García Ramírez apunta:

Si se acepta la existencia del hombre (...) desde el instante de la concepción, con todos los atributos de tal hombre, en especial el del alma, idea que ha fundado el contexto religioso del aborto y la mayor resistencia a su desincriminación, esta conducta puede ser calificada simplemente como homicidio, esto es, la muerte u ocisión del hombre. Para ello no importarían ni el sexo ni mucho menos su edad. Empero, frente al tipo o figura genéricos de privación de la vida - artículo 303 del Código Penal-, ha querido el derecho alzar, con efectos diversos, otros tipos específicos, (...) unos para atenuación penal otros para agravamiento.³⁵

¿Por qué crear un tipo especial si para muchos la muerte del producto de la concepción es considerada como un homicidio?, ¿por qué nuestro sistema jurídico no ha querido considerarlo como tal y así elevar su punibilidad?³⁶ Las respuestas a todas estas preguntas, dependerán en mucho de si consideramos al producto de la concepción como un hombre o sólo como un organismo vivo en evolución. Gregorio Pérez Palacios en el Seminario sobre Salud y Derechos Humanos celebrado en México el 18 de enero de 1991, apuntó:

(...) Encontramos problemas lingüísticos asociados a la expresión "vida humana" que se usa como sinónimo de ser humano, en el caso de trasplantes de órganos (por ejemplo un

³³ Pérez Duarte, Alicia Elena, *El aborto, una lectura de derecho comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 13.

³⁴ Reforma publicada por el "Diario Oficial de la Federación" el 10 de enero de 1994.

³⁵ García Ramírez, *op. cit.*, p. 103.

³⁶ *Vid infra*, cap. II, 1.2.1.1, "Bien jurídicamente protegido."

riñón o un corazón), estamos tratando con órganos humanos vivos, no obstante aun cuando tienen vida humana, no son seres humanos. Lo mismo puede ser dicho de los gametos, óvulos o espermatozoides, son una forma de vida humana pero no son seres humanos (...) mientras que algunas personas consideran al cigoto como una persona en su propio derecho, otras lo consideran como una persona potencial, vale decir, como una entidad viva de origen humano con el potencial inherente y activo para desarrollarse hacia una persona humana, si se dan las condiciones favorables (...).a pesar de que la respuesta verdadera sólo la encontramos mediante una reflexión filosófica sólida y apoyada por evidencias biológicas, ni aún así es fácil trazar una línea entre la competencia de la ciencia y la metafísica en este delicado ejercicio.³⁷

Indudablemente la discusión sobre cuando comienza la vida es interminable y creemos que lo importante es establecer a partir de que momento se considera que existe un hombre, un ser humano.³⁸ En medicina se habla de una clara diferencia entre vida humana y ser humano y en ocasiones se considera que únicamente existe un ser humano hasta que el producto de la concepción alcanza la viabilidad. Lo que importa aquí es establecer que para nuestro sistema jurídico el hombre, como tal, no existe sino hasta el nacimiento y su vida se protege a través del delito de homicidio. Anterior a el nacimiento sólo se considera que existe el producto de la concepción y se protege como tal bajo el tipo de aborto. La diferencia que nuestro sistema jurídico establece entre ser humano y producto de la concepción no es únicamente conceptual, sino que se refleja en su punibilidad. Dado que la pena del aborto es considerablemente menor a la del homicidio y tomando en cuenta que la punibilidad refleja el valor que se asigna al bien jurídico que se está protegiendo, Luis de la Barreda concluye que al asignarle una pena menor al delito de aborto respecto al homicidio el legislador le está dando un valor inferior a la vida del producto respecto a la del hombre.³⁹

En definitiva podemos concluir que el producto de la concepción no es considerado, al menos jurídicamente, como un hombre y que es por ello que se ha creado un tipo especial para proteger al mismo.

Finalmente algunos autores, como Francisco González de la Vega, proponen que se le llame al delito de aborto como realmente corresponde a su contenido jurídico: "feticidio", y que por lo tanto la actual terminología es "falsa" (sic)⁴⁰, en el mismo sentido opina Raúl Carlanca y Trujillo.⁴¹

Este criterio ha sido sostenido igualmente por la Suprema Corte de Justicia en diferentes ocasiones, asentando:

ABORTO.

De acuerdo con el artículo 329 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente en el estado de Baja California, aborto es la muerte del producto de la

³⁷ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 14 y 20.

³⁸ *Vid infra*, cap. II, 1.2.1.1. "Bien jurídicamente protegido."

³⁹ Barreda Solorzano Luis de la, *El delito de aborto, una careta de buena conciencia*, México, Editorial Inacipe-Porrúa, 1991, p. 56.

⁴⁰ González de la Vega, *op. cit.*, p. 131.

⁴¹ Carranca y Trujillo Raúl, *Código Penal anotado*, México, Editorial Porrúa, 1993, p 85.

concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho precepto y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad (...) Para la integración del delito, no interesa cual haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.⁴²

⁴² Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, sexta época, volumen IX, p. 9.

2. CLASIFICACIÓN DEL ABORTO

La muerte del feto puede deberse a diversas causas, por ello es importante plantear desde el comienzo desde este estudio, una clasificación que distinga los aspectos clínicos, de los legales.

Podemos dividir al aborto en dos grandes tipos: espontáneo y provocado

2.1. ABORTO ESPONTANEO

Este tipo de aborto es normalmente analizado y clasificado desde un punto de vista médico. Se define como:

Aquel en el que la interrupción de la gestación es debida a una causa patológica -de la madre o el feto- incompatible con la permanencia del producto de la concepción en el útero⁴³

También podemos entender al aborto espontaneo como:

Aquel que se produce sin ninguna interferencia deliberada. Puede tener equivalencia semántica con los indirectos o los llamados inducidos no intencionados.⁴⁴

Ramón Fernández Pérez, divide el aborto espontaneo, de acuerdo a las causas que lo provocan, en dos grandes grupos:⁴⁵

1. Aborto Patológico. Este tipo de aborto puede producirse por problemas en el producto de la concepción, normalmente esto se refiere a infecciones agudas o crónicas y a malformaciones, puede deberse también a problemas en lo que se conoce como anexos, que son la placenta y los amnios, aquí se presentan casos como endoflebitis ó desprendimiento y adherencias respectivamente etc., también puede deberse a problemas en la madre que podrían tener su origen en causas clínicas, como infecciones agudas, cardiopatía etc., o bien en causas genitales, como útero infantil, fijación extrauterina etc.

2.- Aborto accidental. Este tipo de aborto se puede producir por traumatismos, infecciones, intoxicaciones etc.

Para Martínez Murillo el aborto espontaneo, de acuerdo a la causa que lo provoca, se puede clasificar de la siguiente forma:

1. Patológico. Provocado por enfermedades como sífilis, fiebre tifoidea, etcétera.
2. Por imprudencia. Este tipo de aborto puede ser provocado por ejercicios violentos, cópulas frecuentes, etcétera.

⁴³ Torres Nieto, Carlos, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁴ Azaola Elena, et. al., *op. cit.*, p. 18.

⁴⁵ Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 673.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 678.

3. Por accidente. Todo tipo de accidente que tenga algún efecto en el útero de la mujer puede provocar el aborto.

4. Por intolerancia. Algunas mujeres no toleran el exceso de sustancias tóxicas, ya que el feto se alimenta de la madre y los productos de su desasimilación los elimina por los emunctorios de la mujer.⁴⁶

Debido a que este tipo de aborto es involuntario, no es punible, según el artículo 333, primera parte, y 60 de nuestro Código Penal.

2.2. ABORTO PROVOCADO

Como veremos a continuación, la mayoría de las clasificaciones del aborto provocado se confunden con la clasificación legal del aborto. Podemos entender al aborto provocado o voluntario como:

El resultado de acciones practicadas con toda deliberación y con el ánimo de interrumpir el embarazo. Este tipo de aborto se puede clasificar en legal e ilegal según se realice en un país donde sea aceptado por la ley y por lo tanto, en condiciones médicas adecuadas, o bien sea en forma clandestina sin condiciones médicas y al margen de la ley.⁴⁷

1. El aborto provocado puede deberse a diversas causas, las cuales, según el sistema jurídico de cada país, pueden ser autorizadas o no por la ley.

1.- Según Manuel Gutiérrez Adriano el aborto provocado puede realizarse por los siguientes motivos:

A) Por razones médicas, las cuales pueden ser de varios tipos:

a) Con relación a la madre. Es el llamado aborto terapéutico, el cual se efectúa cuando la continuación del embarazo puede causar la muerte de la gestante o agravar cualquier enfermedad física o mental que padezca, determinando, que en caso contrario, su salud pueda resultar seriamente dañada.

b) Con relación al feto. Es el que se realiza con el fin de prevenir enfermedades congénitas, de naturaleza ambiental o genéticas.

B) Por razones éticas o humanitarias. Es aquel que se realiza por ser el embarazo producto de una violación, incesto, trato sexual con menores o personas con enfermedad o deficiencias mentales.

C) Por razones sociales. Es aquél, en el que se toman en cuenta factores como la planificación familiar, la ilegitimidad, etcétera.

⁴⁶ Martínez Murillo, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁷ Gutiérrez Adriano, Manuel, *Ensayos jurídicos, moral y derecho. Despenalización del aborto*, México, Universidad Autónoma de Tabasco, 1992. p. 107.

D) Por razones personales. Es el que se realiza por voluntad propia y sin necesidad de aducir causales.⁴⁸

2. Según Martínez Murillo, el aborto provocado puede clasificarse en:

1. Terapéutico. Para que pueda considerarse como tal, es necesario que la madre corra inminente peligro de muerte y el diagnóstico debe ser hecho por dos médicos apoyados en una historia clínica. En casos muy urgentes puede ser atendida por un solo médico.

2. El que sea resultado de una violación. En la mayoría de los sistemas jurídicos cuando el embarazo es producto de una violación no se sanciona.⁴⁹

II.- En nuestro sistema jurídico al aborto provocado lo podemos clasificar de la siguiente manera:⁵⁰

1.- Aborto punible

A). Aborto sufrido. Es en el que la mujer es víctima, pues se realiza en contra de su voluntad.

a). Aborto sufrido sin violencia. Artículo 330, segunda parte

b). Aborto sufrido con violencia. Artículo 330, última parte

B).- Aborto consentido. Es aquél en el que la mujer faculta a otro para realizar en ella las maniobras abortivas.

a) Con móviles de honor. Artículo 332, primera parte.

b) Sin concurrencia de una causa o móvil de honor. Artículo 332, segunda parte.

La pena para la persona que realiza el aborto con consentimiento de la mujer embarazada se encuentra consignada en el artículo 330, primera parte,

En el artículo 331 se contempla una sanción adicional para aquéllos médicos, cirujanos, comadronas o parteras que practiquen un aborto con o sin consentimiento de la mujer embarazada.

C) Aborto procurado. Es el que se realiza por la mujer como sujeto activo primario.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁹ Martínez Murillo, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁰ *Vid. infra*, Capítulo II, 1.2. "El aborto en el Código Penal Mexicano".

a) Aborto procurado con móviles de honor. Artículo 332, primera parte.

b) Aborto procurado sin móvil de honor. Artículo 332, segunda parte.

2.- Aborto no punible

A) Aborto ético. Se lleva acabo cuando el embarazo es resultado de una violación. Artículo 333, segunda parte.

B) Aborto terapéutico. Se lleva acabo cuando la mujer corre peligro de muerte si se continúa con el embarazo. Artículo 334.

3. PANORAMA HISTÓRICO DEL ABORTO

¿Desde cuándo y por qué es un delito? ¿Por qué fue que esta conducta comenzó a castigarse?. Trataremos de encontrar la respuesta a estas y otras preguntas mas, al asomarnos a la situación jurídica del aborto a través de la historia. Este breve recorrido nos dará la oportunidad de crear conciencia de lo que el aborto ha implicado en diferentes épocas y culturas; conciencia de que las sociedades evolucionan y que con ellas el sistema jurídico debería hacerlo también. El análisis de la evolución del aborto nos ayudará a:

Explicar si de la historia se deriva o no un apoyo o un rechazo a su consideración como delito, si bien su diversidad histórica no se compagina, en principio, con su estimación como hecho punible.⁵¹

3.1. PANORAMA UNIVERSAL

Según José Luis Ibañez podemos dividir el estudio del aborto a través de la historia en cuatro etapas:⁵²

La primera etapa abarca toda la edad antigua y civilizaciones sobresalientes como la Griega y la Romana:

Según Quiroz Cuarón, la noticia más antigua que tenemos de éste fenómeno es un tratado escrito por el emperador chino Sheng Chung (2737-2696, a. c) en donde habla del instrumental y técnica del aborto, sin mencionar si existe regulación al respecto.⁵³

El Código de Manú de la antigua India, establecía como necesaria la practica del aborto cuando la mujer quedaba embarazada de un hombre perteneciente a una casta inferior. El aborto era sólo un medio para conservar la pureza de la sangre y nunca un delito.

El Código de Hammurabi contenía preceptos que castigaban al tercero que provocaba un aborto no deseado -artículos 209 y 212-, por esto siempre bajo el supuesto de lesión a la mujer y para proteger el interés del marido de tener descendencia.

En Egipto existía una devoción mística hacia el embarazo, llegando al grado de que si la mujer embarazada delinquía, no era castigada. Sin embargo, el aborto se practicó principalmente en la época de los faraones, ya que para mantener pura su estirpe éstos únicamente tenían permitido engendrar con sus hermanas, por lo que el aborto lo practicaban las sacerdotisas o concubinas en el caso de que se embarazaran. En el templo

⁵¹ Ibañez y García Velasco, José Luis, *La Despenalización del aborto voluntario en el caso del S XX*, Editorial Siglo XXI de España, España, 1992, p. 63.

⁵² Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal. Tomo I, infracciones contra las personas*. Madrid. Editorial Revista de derecho privado, 1962, p. 488.

⁵³ Fernández Pérez, op. cit., p. 676.

de Amón existía una deidad llamada Sahu, quien era protectora de las prácticas abortivas.⁵⁴

La Biblia trata el tema del aborto de modo muy similar, ya que a pesar de existir mandatos como el de "creced y multiplicaos", únicamente castigaba al tercero que provocara el aborto sin el consentimiento de la mujer embarazada; exigiendo como pena "el pago de lo que el marido quisiera" y en caso de que la mujer hubiera muerto se sancionaba conforme a la ley del talión -Éxodo, XXI, 22-. En el Éxodo y en el Deuteronomio abundan pasajes que ejemplifican el enérgico trato penal que recibían los atentados a hombres, mujeres, siervos y animales, pero incluso allí no existen referencias que censuren el aborto voluntario.⁵⁵

Entre los judíos, quienes no castigaban el aborto voluntario, la mayor preocupación era que el tercero responsable del aborto no deseado pagara al marido de la mujer embarazada daños y perjuicios, pues se consideraba que el feto era de su propiedad.

En Grecia, donde se tuteló la vida en forma muy severa, Sócrates admitía el aborto por voluntad de la madre. Platón y Aristóteles admitieron el aborto tanto como medida eugenésica, como para limitar el crecimiento de la población y mantener el bienestar económico de la misma. Platón incluso consideraba al aborto como obligatorio para conservar el equilibrio en la República "ideal". En este pueblo el aborto se practicaba impunemente en aquellos casos en los que debido a antecedentes médicos de los padres se tenía la sospecha de que los hijos nacieran con defectos físicos, esto, opinan algunos, se debía posiblemente a que como era un pueblo guerrero necesitaban hijos sanos y fuertes.

La filosofía estoica y la epicúrea consideraban al feto como mera porción del cuerpo materno. Estas ideologías influyeron en el pensamiento romano y esto se reflejó en sus leyes: el criterio de no sancionar al aborto voluntario fue adoptado ya que al considerarse el feto como parte de la madre, *pars ventris*, la mujer podía disponer libremente del producto sin tener castigo alguno, y sólo era responsable ante su marido, puesto que éste tenía derecho sobre su descendencia.

Aquí parece darse de la mano el derecho histórico con lo que, según toda probabilidad, será tratamiento jurídico del porvenir, que ya avanza en el presente.⁵⁶

Como podemos ver, tanto en Grecia como en Roma domina la tesis del feto como víscera o *pars muliers*, absolutamente alejada de la construcción del *nacistratus* como ser equiparable al nacido y susceptible del delito de aborto u homicidio. No fue sino hasta la época de Severo cuando comenzó a considerarse como delito. El Digesto castigaba con destierro a la mujer que abortaba.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 677.

⁵⁵ Ibañez y García Velasco, *op. cit.* p. 376.

⁵⁶ García Ramírez, *op. cit.*, p. 104.

La segunda etapa por la que ha atravesado la situación jurídica del aborto, se caracterizó por la penalización del aborto voluntario. Esta etapa abarca desde el cristianismo hasta el final del siglo XIX:

Se dice que con el advenimiento del cristianismo cambió radicalmente la actitud frente al aborto. Incluso algunos pensadores especialistas en el tema afirman que la incriminación plena del aborto, es obra de la ideología del cristianismo.⁸⁷ La controversia sobre la animación inmediata o retardada del feto es punto central de la postura del cristianismo. La primera de ellas manifiesta que a partir del momento de la fecundación se constituye ya una vida humana, que posee una dignidad y un honor similares a los de cualquier ser humano ya nacido. La tesis de la animación inmediata afirma que el embrión recibe directamente de Dios su alma racional en el mismo momento de la concepción. Tertuliano con su sentencia *homo est qui futurus est* y Lactancio son seguidores de esta tesis.

En oposición a lo anterior, la tesis de la animación retardada defiende que el alma sólo se infunde en el cuerpo cuando el embrión humano está lo suficientemente conformado para recibir el alma racional -esto sucede cuarenta días después de la fecundación en el hombre y ochenta en la mujer-. Antes de cumplirse éste tiempo, la expulsión del producto muerto no merecía sanción, pero una vez que había *corpus formatum* se castigaba el aborto con tanta severidad como si fuese un homicidio. Esta idea de distinción entre el feto femenino y masculino, respecto al tiempo en que reciben el alma, se atribuye a Aristóteles misma que fue retomada y ampliada posteriormente por los padres de la Iglesia Católica. San Agustín opinaba que requería una determinada formación biológica susceptible de mostrarse al exterior por movimientos del feto y que sólo entonces dejaría de ser víscera para transmutarse en hombre. Santo Tomás de Aquino, la Escolástica y San Alfonso María de Ligorio defienden la animación retardada. La polémica entre ambas tesis se prolongó durante siglos, y los pensadores cristianos de todas las épocas tomaron partido por una u otra posición. Finalmente, esta profunda controversia de siglos concluyó bajo el papado de Pío IX, quien en 1869 y mediante la *Constitución Apostólica de Sedes*, impone y consagra definitivamente la tesis de la animación inmediata que pasa también al Código de Derecho Canónico (cánones 984 y 2350), con la condena a todo aborto desde el momento de la fecundación y con la pena de excomunión.

En definitiva, según el cristianismo, la unión del alma y el cuerpo, sin importar el momento en que esto suceda, constituye al hombre, y en consecuencia convierte al aborto en homicidio.

Como podemos observar, dentro de la filosofía católica, el aborto no siempre fue considerado como delito y según algunos autores:

⁸⁷ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 380

la sanción se imponía porque se consideraba que a través del aborto se pretendía ocultar uno de los pecados capitales: la lujuria."⁵⁸

Se dice que otra de las causas que influyeron para que se dictarían leyes contra la anticoncepción y el aborto fue el inicio de la Revolución Industrial y el desarrollo del capitalismo, ya que esto generaba una gran demanda de mano de obra barata. Las primeras leyes con carácter represivo, se dieron en Inglaterra a principios del siglo XIX.

En la Edad Media se castigaba el aborto con la ley del talión. Bajo los reinados de Enrique II y Luis XV, en Francia, se estableció como castigo la pena de muerte para el que practicara el aborto e incluso se aplicaba esta pena por el simple ocultamiento del embarazo. Después de la imposición de esta pena hubo un movimiento humanista encabezado por el juez Peronne y por Spiral, quienes empezaron a luchar no sólo por la disminución de la pena, sino por la impunidad del aborto en protección de los intereses familiares. Forest apoyó tal movimiento y por primera vez abogó por el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, lo cual desató polémicas y el interés de investigadores y estudiosos de diferentes ramas de la ciencia. Stuart Mill opinaba que:

llegaría el día en que se comprobaría que la verdadera inmoralidad consistía en tener hijos que no pudieran alimentarse y educarse convenientemente.⁵⁹

La tercera etapa se caracterizó por configurar al aborto como un delito autónomo alejado del homicidio, por la general atenuación de sus penas y por la desaparición de la pena capital para el mismo:

Según Quintano Ripollés esta posición se deriva de la ideología de la Ilustración europea, que originó en todas partes un movimiento de crítica de la legislación criminal del antiguo régimen. Por otra parte distrajo la atención del aborto el tema del infanticidio lo que trajo como consecuencia la disminución a la pena del primero;⁶⁰ introduciéndose, incluso, en varios ordenamientos las modalidades del *honoris causa*.

Una cuarta etapa es la que se inicia en nuestro siglo XX con la desincriminación casi total o parcial del aborto:⁶¹

Es claro que la definición legal del aborto como delito y su correspondiente penalización significaba un sistema de valores y normas vigentes compartidas por todos los miembros de la sociedad. La despenalización del aborto significa por tanto otro sistema de valores y normas en que aquél ya no es definido como delito(...)⁶².

⁵⁸ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁹ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁰ Quintano Ripollés, *op. cit.*, p. 487.

⁶¹ Cuando hablamos de la "despenalización del aborto", únicamente nos referimos al aborto voluntario ya que el aborto sufrido y su penalización no es cuestionada.

⁶² Jiménez Blanco, José, *El aborto. Una interpretación sociológica*, p. 261, *cit. por* Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 73.

En el año de 1920, durante la etapa del "desmantelamiento" de las Instituciones burguesas, la Unión Soviética se convirtió en el primer país en despenalizar el aborto en su forma consensual penando únicamente el aborto realizado sin preparación sanitaria adecuada y agravándose la pena en el caso de que se actuara sin el consentimiento de la mujer embarazada. El Código de 1926 mantuvo este criterio semiabolucionista, sin embargo, el veintisiete de junio de 1936 por ordenanza del Soviet Supremo se señaló como criterio normal el de la punición exceptuando únicamente el aborto terapéutico, finalmente, sobrevenida la paz, la ordenanza del veintitrés de noviembre de 1955 pone en vigor la regulación del código de 1926 requiriendo únicamente una previa autorización de los organismos sanitarios.⁶³ El Comisariato de Salubridad de la URSS declaró:

Queremos que los recién nacidos sean deseados, que los niños sean atendidos con placer y que sean bienvenidos al banquete de la vida

A partir de entonces el fenómeno de casi total despenalización se ha ido generalizando, comenzando por los países nórdicos -Islandia, 1935; Suecia, 1937; Dinamarca, 1938- y contemplando por primera vez razones médicas, eugenésicas, jurídicas y sociales.

Este proceso comienza a extenderse en el resto de Europa, primero en Gran Bretaña con la Ley del Aborto de 1967, más tarde en Francia con la ley del 1º de enero de 1975, confirmada en 1979, después en la República Federal de Alemania en mayo de 1976, y por último en Italia en mayo de 1978. El movimiento despenalizador comprende ya el sesenta y seis por ciento de los países del mundo.⁶⁴

Papel muy importante de esta tendencia destipificadora a nivel mundial ha tenido el IX Congreso Internacional de Derecho penal, realizado en La Haya del 14 al 19 de agosto de 1969 en el cual se adoptó una resolución que señala:

En los países en donde el legislador reprime al aborto, es necesario acrecentar el número de casos legítimos para su práctica: en todos los casos donde el legislador autoriza a la mujer la interrupción de la gravidez esta interrupción debe ser cuidadosamente instrumentada por la ley.

José Luis Ibáñez concluye que el aborto voluntario como delito es un producto de la religión y responsabiliza principalmente a la Iglesia Católica de mantenerlo como ilícito. En su opinión, los fundamentos para mantener al aborto como delito son postulados religiosos y no verificaciones científicas.

Ante esta creación mantenimiento y fundamentación religiosa, la ciencia penal ha mostrado un total respeto, pero, a la vez, la afirmación de que no cabe cimentar sobre una

⁶³ Quintano Ripollés, *op. cit.*, p. 491.

⁶⁴ *Vid infra*, Cap. II, 2. "Situación jurídica del aborto en el mundo."

idea religiosa la existencia de un delito, ni en un Estado confesional, ni mucho menos en los Estados no confesionales.⁶⁵

3.2. PANORAMA NACIONAL

Entre los aztecas, la práctica del aborto deseado se realizaba principalmente a base de hierbas, pero aunque su práctica era continua seguía siendo clandestina. La pena para la mujer que se provocaba el aborto y para la que le proporcionaba las hierbas era de muerte, por lo cual resultaba de suma importancia que un médico verificara con todo cuidado y seguridad si el aborto había sido provocado o espontáneo y si el feto había nacido vivo o muerto.

Durante los primeros años del México independiente se actuó con el principio de poblar el país para garantizar la independencia, por lo que se adoptó una política de población irrestricta en la que una de las finalidades, era ampliar las posibilidades de fertilidad y de ningún modo restringirlas.⁶⁶ Sin embargo, el derecho a decidir sobre tener un hijo o no, no puede estar sujeto, como entonces, a políticas demográficas que varían a la par que los intereses de la nación.

En 1869, por primera vez, se tipificó penalmente el aborto en México independiente. Se dice que influyeron circunstancias como la política poblacionista imperante, la ideología del catolicismo, y los derechos que en ese entonces tenía la mujer, puesto que apenas se encontraba luchando por las garantías políticas.

La legislación del aborto se convirtió en un acuerdo de caballeros entre políticos y jercarcas religiosos (...) es una legislación que toma como modelo, sujeto y punto de partida de sus normas y sanciones a lo masculino con lo que se dio base y fundamento a la existencia de una doble moral en donde la condición de la mujer nunca entró en las agendas políticas por no considerarse relevante.⁶⁷

Las reformas que desde 1869 ha sufrido el marco jurídico del aborto han sido pocas y todas referentes al concepto del mismo.⁶⁸

Sin embargo, en mas de una ocasión se han intentado reformar algunos artículos que regulan al aborto en México. De estos proyectos hablaremos mas adelante⁶⁹, ya que sin duda, constituyen una aportación en la evolución de nuestro sistema jurídico.

Actualmente, a nivel mundial, se vive una etapa de paulatina despenalización del aborto consentido en la que, queramos o no, nuestro país se encuentra inmerso; al mismo tiempo la influencia de la Iglesia en el

⁶⁵ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁶ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 231.

⁶⁷ Ortega, Adriana O., "La primera legislación del aborto en México" Ciencia México, núm. 27, julio de 1992, p. 58.

⁶⁸ *Vid. supra*, Cap. I, 1.3. "Concepto jurídico".

⁶⁹ *Vid infra*, Cap. IV, 2.1.1., 2.2.1., "Antecedentes"

mundo occidental y una errónea concepción de la moral han impedido lo inevitable: la licitud del aborto voluntario.

CAPITULO II

SITUACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO EN MÉXICO

1. MARCO CONSTITUCIONAL

Ciertamente es en el Código Penal donde se regula la práctica del aborto, calificándola la mayoría de las veces como delito, pero a la par de esta legislación existen otros cuerpos de leyes que de alguna forma se encuentran relacionados con la protección de la vida en desarrollo, y de los elementales derechos de que goza todo ser humano. Por otra parte, ninguna figura jurídica se puede analizar aisladamente, es necesario relacionarla con los demás ordenamientos jurídicos de una nación para así establecer la situación jurídica que prevalece respecto al mismo. Sin duda lo ideal en cualquier sistema jurídico sería que todos los cuerpos normativos secundarios de una nación fueran acordes, unos con otros, pero sobretodo, que estos códigos no fueran en contra de lo que nuestra Constitución, establece y consigna como garantías individuales. Estas contradicciones serán motivo de nuestro siguiente análisis.

Al hablar sobre el marco constitucional del aborto haremos referencia concretamente al artículo 4º de nuestra Constitución.

El artículo cuarto, ubicado como garantía específica de la parte dogmática de nuestra Constitución, con cinco reformas y adiciones a partir de 1974, consagra los siguientes derechos:

- a) La obligación por parte del Estado de proteger y promover el desarrollo de los pueblos indígenas, así como de garantizar a sus integrantes el acceso a la jurisdicción del Estado y tomar en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de estos pueblos, en los procedimientos agrarios.
- b) La igualdad ante la ley del hombre y la mujer.
- c) La protección del Estado para la organización y desarrollo de la familia.
- d) La libertad de toda persona para decidir de manera libre responsable e informada sobre el numero y espaciamiento de sus hijos.
- e) El derecho de toda persona a la protección de la salud y la obligación por parte del Estado de otorgarla, así como definir las bases y modalidades para la prestación de esos servicios.
- f) El derecho para disfrutar de una vivienda digna y decorosa y la obligación del Estado de proporcionar los instrumentos necesarios para alcanzar dicho objetivo.

g) El deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como el establecimiento de los apoyos para la protección de los menores a cargo de las Instituciones públicas.

Ahora bien, no siempre se han consagrado todos estos derechos, nuestra Constitución ha ido progresando constantemente a la par que las necesidades sociales lo han ido exigiendo y que en materia de derechos humanos y a nivel internacional ha sido necesaria su incorporación. Sin embargo, ciertos aspectos de algunos códigos que actualmente nos rigen, no han evolucionado junto con la Constitución, y nuestros legisladores no se han dado cuenta o no se han querido dar cuenta de que mucho de lo que ahí se consigna ya no se encuentra acorde con nuestra carta magna, y que aún más la contraría. Es por eso que consideramos necesaria una nueva adecuación en el que sea congruente lo que la Constitución consigna con lo que nuestros códigos regulan.

En un análisis del artículo 4 constitucional Lara Ponte opina que:

Se trata de un precepto de convergencia de garantías, que implica tanto ámbitos personales del gobernado que aseguran la abstención del Estado en los mismos, como obligaciones de promoción a cargo de éste para alcanzar la efectividad normativa.⁷⁰

Así mismo, éste artículo ha ido recogiendo en diversas ocasiones una serie de elementos que van dirigidos al bienestar familiar.⁷¹ Sin duda alguna, resultaría difícil analizar los derechos que consagra nuestro artículo cuarto constitucional de manera totalmente independiente a los demás, pues todos en su conjunto van dirigidos hacia el bienestar familiar; sin embargo, existen algunos puntos que tienen especial importancia para nuestro tema como son:

1.1. LA IGUALDAD DEL HOMBRE Y DE LA MUJER ANTE LA LEY.

La presente garantía es de vital importancia para el tema que nos ocupa, puesto que a pesar de que nuestra Constitución en su artículo 1º ya había consagrado que todo individuo gozaría de las garantías que ésta otorga, fue necesaria la incorporación expresa de la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, en el año de 1974, debido a "modelos sutiles de discriminación congruentes con las condiciones de desigualdad que éstas - las mujeres- sufren en la vida colectiva"⁷². Es por esto que según algunos autores la incorporación de dicho párrafo ha permitido "el abatimiento de injusticias y rasgos discriminatorios en diversas disposiciones normativas, procedimientos jurídicos y administrativos."⁷³

⁷⁰ Lara Ponte, Rodolfo, "Artículo cuarto constitucional" *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, tomo I, México, H. Cámara de Diputados, 1994, p. 1147.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1148

⁷² *Ibidem*, p. 1151.

⁷³ *Ibidem* p. 1152.

Sin embargo, dicha disposición no ha sido suficiente para el abatimiento de injusticias en diferentes ámbitos, puesto que con la actual regulación del aborto, derechos tan básicos como la salud le son negados a la mujer y tiene que sacrificar su bienestar físico, mental y social, porque nuestro sistema jurídico en un código sustantivo inferior a la Constitución le ha privado de ese derecho y aún mas le priva del mismo derecho a un nuevo ser ya que actualmente se permite el nacimiento de seres con enfermedades congénitas y con enfermedades incurables, como es el caso de los niños que nacen con el virus del SIDA ¿es esa la igualdad de que la ley nos habla?.

1.2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El párrafo referente al derecho a la protección de la salud fue incorporado en el año de 1983.⁷⁴ Esto obedeció de nuevo a influencia de nivel internacional, ya que se adoptó el concepto de salud que la O.M.S. estableció como:

El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

En el mismo sentido opina la doctrina considerando que este derecho a la salud conlleva entre otras cosas "prolongar y mejorar la calidad de vida en todos nuestros sectores sociales."⁷⁵ Asimismo opina que "es un derecho fundamental y el logro del grado mas alto posible de la misma es un objetivo social importantísimo en el mundo"⁷⁶

La ley general de salud, reglamento del artículo 4º constitucional, establece entre los objetivos de la protección de la salud, los siguientes:

Artículo 2º, fracciones I a V L.G.S.- 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 prolongación y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan 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 asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

⁷⁴ Cabe notar aquí, que la Constitución preceptúa los derechos que todo ser humano debe gozar, pero las leyes secundarias como la ley general de salud y la ley general de asistencia son las encargadas de reglamentar dicho precepto estableciendo y especificando sus finalidades.

⁷⁵ Barajas Montes de Oca, Santiago, y Madrazo, Jorge "Artículo cuarto constitucional", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Procuraduría General de la República, 1994, p. 20.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 28.

Artículo 6, fracciones II, III, y IV de la LGS.- El contribuir al desarrollo demográfico armónico del país, la colaboración del 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 la integración social y el crecimiento físico y mental de la niñez.

Finalmente este ordenamiento considera que tanto la atención materno infantil como la planificación familiar y la salud mental son materia de salubridad general.

En la mayoría de los países en que se ha adoptado el concepto de salud de la OMS, se permite practicar el aborto cuando corre peligro la salud de la mujer -la salud física, mental, social-; sin embargo, en nuestro país no sucede lo mismo y a pesar de aceptar esta definición de salud, no se permite que dicha garantía se haga efectiva. Por otra parte debemos tomar en cuenta que cientos de mujeres mueren anualmente por un aborto mal practicado o bien sufren lesiones incurables.⁷⁷

Es cierto que "la salud en cierto sentido puede protegerse pero no garantizarse por el Estado."⁷⁸ Sin embargo, creemos que ésta debería estar al alcance de todos y aún mas no negársele a nadie -y esto incluye a la mujer- es decir debe garantizarse el acceso a la misma y no consignar su desprotección.

1.3. LIBERTAD PARA DECIDIR SOBRE EL NUMERO Y ESPACIAMIENTO DE LOS HIJOS

Punto central de este análisis es el derecho de toda persona para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el numero y espaciamento de sus hijos, y creemos que esta garantía no puede ser mas clara, puesto que tanto el hombre como la mujer -y en dado caso conjuntamente- gozan de este derecho. Para Santiago Barajas no es sino la incorporación de valores culturales relacionados con las mas simples funciones vitales, -las funciones reproductivas-, con lo cual se pueda conducir a la pareja a decidir sin coacción alguna, tanto el número como el espaciamento de los hijos que deseen.⁷⁹

Esta declaración tiene como sentido principal el de destacar el derecho básico de decidir libre y responsablemente, es decir conscientemente, sobre el número y la frecuencia de los hijos, no se limita a la pareja sino que se hace extensivo a todo individuo para que a partir de la información y de los medios a su disposición, pueda tomar una decisión sobre el particular en condiciones de igualdad ante la ley.⁸⁰

Nuestra Constitución consigna como condición para ejercer este derecho, primeramente, que dicha garantía se ejerza de manera responsable,

⁷⁷ Vid, *infra* Cap. III, 4.1.3. "El aborto, un grave problema de salud pública."

⁷⁸ Lara Ponte, *op. cit.*, p. 1154.

⁷⁹ Barajas y Madrazo *op. cit.* p. 20.

⁸⁰ Lara Ponte, *op. cit.*, p. 1152.

Cuando el párrafo tercero del texto hace referencia a la potestad de todo individuo para procrear se sugiere que se ejercite de manera responsable e informada, previniendo sobre la lógica consecuencia humana, social, jurídica y económica que conlleva la generación de descendencia familiar a partir de la aparición de nuevas necesidades a satisfacer.⁸¹

Sin embargo, es una realidad por todos sabida que más de una ocasión en el pleno ejercicio de esa libertad se toma precauciones a través de métodos anticonceptivos y estos tiene en mayor o menor grado un índice de error. En este caso en que la medicina "falla" o en que por un error humano -que no irresponsabilidad- la maternidad resulta impuesta, nuestro Código penal en completa contradicción con el artículo cuarto constitucional, no permite que se ejercite la libertad de decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Por otra parte, nuestra Constitución consigna la obligación por parte del particular de informarse, así como la obligación por parte del Estado de proporcionar esa información, para que finalmente la pareja en conjunto decida, de manera libre tanto el número como el momento en que desea tener hijos, limitándose la intervención del Estado únicamente a:

(...)incidir, dentro del respeto a la libertades y potestades de los gobernados, en el volumen y crecimiento de la población mediante campañas de orientación y el aprovisionamiento de medios y recursos.⁸²

Creemos que el aborto como un delito atenta gravemente contra esta garantía. El derecho hace efectiva esta garantía cuando por ejemplo permite la práctica del aborto en el caso de que la concepción sea producto de una violación. Sin embargo, todos sabemos que la violación no es el único caso en que la maternidad resulta impuesta y; sin embargo, el derecho priva a la mujer de decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y el momento en que desea tener sus hijos.

Como García Ramírez apunta, bajo este criterio -del artículo cuarto constitucional- procrear o no hacerlo debe ser la consecuencia de un acto profundo de libertad y a más de esto de:

Un profundo acto de amor que haga de cada nacimiento, verdaderamente, una renovación de la vida en el mas ancho y pleno sentido, para bien de todos, y a la cabeza, del hijo posible y deseado.⁸³

Finalmente la libertad de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos implica

(...)tanto el no tenerlos, como el tenerlos, más allá de los límites que fijen las políticas de población gubernamentales. Este marco jurídico refleja una política legislativa congruente

⁸¹ *Ibidem*, p. 1153.

⁸² Lara Ponte, *op. cit.*, p. 1152.

⁸³ García Ramírez, *op. cit.*, p. 116.

con la lógica de un estado laico, liberal y democrático, pero no concuerda con algunas normas particulares del sistema jurídico mexicano como es el caso concreto del aborto.⁶⁴

1.4. DEBER DE LOS PADRES A PRESERVAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES.

El 18 de marzo de 1980 se incorporó el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. Aquí, como en las anteriores garantías, esto conlleva la responsabilidad por parte del Estado para dar apoyo y coadyuvar en la protección de los menores, que se entiende como protección social al menor y que fue generado a partir de la concientización por el año internacional del niño de 1979.

Nos preguntamos como es posible que los padres cumplan con este deber cuando precisamente y en función del mismo es que no desean tener un hijo, por carecer de los medios necesarios para satisfacer todas las necesidades -tanto afectivas como económicas- de los menores. Creemos que el Estado difícilmente puede exigir a los padres cumplir con este deber cuando precisamente por tener conciencia de es imposibilidad no desean tener un hijo y cuando los ha privado de un derecho anteriormente consignado. Es por eso que creemos que de la real efectividad de una garantía depende en mucho, si no es que en todo, la realización de las demás garantías que se encuentran íntimamente ligadas, no podemos coartar la libertad de decidir sobre el número de hijos, y luego exigir que se cumpla con los deberes de satisfacer las necesidades básicas de los mismos.

Sin duda, como García Ramírez apunta, el artículo 4º constitucional, que acoge las ideas de procreación libre, responsable e informada, sería en tal supuesto la base para legitimar la abstención penal del Estado.

Es preciso recordar que cuando se planteó la trascendental reforma a la Constitución no se quiso legitimar, por esta vía, sin mas al aborto, supeditarlo sólo a la libre decisión de los padres o en exclusiva de la madre(...).Sería preciso entonces, reinterpretar el artículo 4º para que ahora alcance el sentido que no tuvo al hacerse la reforma, si existen los fundamentos para ello.⁶⁵

⁶⁴ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁵ García Ramírez, *op. cit.*, p. 117.

2. EL ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA COMÚN.

2.1. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO

En nuestro sistema jurídico el aborto constituye un delito y es en el Código Penal donde encuentra su regulación, es por ello que haremos un análisis al respecto.

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere* que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.⁶⁶

Según las diferentes escuelas de derecho penal, existen diversas definiciones de delito; por ejemplo, para la escuela clásica, encabezada por Francisco Carrara, delito es:

La infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.⁶⁷

En cambio, para la escuela sociológica, encabezada por Garofalo, se entiende por delito:

La violación de los sentimientos de piedad y probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

Finalmente, el artículo 7 de nuestro Código Penal lo define como:

El acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Por lo tanto, el aborto en nuestro sistema jurídico constituye un tipo legal; podemos definir este como:

Una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos reales o supuestamente antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos. Este contenido es reductible por medio del análisis a unidades lógico-jurídicas denominadas elementos.⁶⁸

La tipicidad la podemos entender como:

El encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma la adecuación o acuñación de un hecho a la hipótesis legislativa.⁶⁹

De tal forma que,

⁶⁶ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, México, Editorial Porrúa, 1982, p. 160.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 126.

⁶⁸ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁹ Castellanos Tena, *op. cit.*, p. 166.

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.⁹⁰

Por lo tanto para que una conducta humana sea delictuosa necesita ser típica. De tal forma que, para que un hecho sea delictivo se requiere de la relación de tipicidad, es decir de la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito.⁹¹

Según diferentes autores y diferentes escuelas penales los elementos esenciales de todo delito pueden variar. Para Castellanos Tena, los elementos del delito se dividen de la siguiente forma:

ELEMENTOS POSITIVOS

actividad
tipicidad
antijuricidad
imputabilidad
culpabilidad
condición objetiva
punibilidad

ELEMENTOS NEGATIVOS

falta de acción
ausencia del tipo
causas de justificación
causas de inimputabilidad
causas de inculpabilidad
falta de condición objetiva
excusas absolutorias

Según Mariano Jiménez Huerta, los elementos del delito los podemos dividir en cinco grandes rubros:

Sujeto activo primario

Conducta

Elemento interno

Elemento finalista

Objetividad tutelada

Para los seguidores de la teoría legalista del delito lo importante es precisar los principios de legalidad aplicados al derecho penal, por lo que los elementos esenciales del delito son:

La conducta que es delito en términos de ley

El autor de la conducta

La facultad de castigar al delincuente

La facultad de imponer la sanción.⁹²

⁹⁰ *Ibidem*, p. 163.

⁹¹ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 112.

⁹² Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Teoría legalista del delito*, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 59.

Estos son algunas de las teorías del delito que contemplan diferentes elementos como parte esencial del mismo; sin embargo, para el estudio dogmático del aborto tomaremos como referencia los siguientes elementos:

Deber Jurídico penal.- Es la prohibición o el mandato categóricos incluidos en el tipo penal.

Bien Jurídico.- Es el concreto interés social, individual o colectivo protegido en el tipo penal o bien aquél que de concretarse los elementos del tipo resulta lesionado necesariamente.⁹³

Sujeto Activo.- Es toda persona capaz de concretar el contenido semántico de los elementos incluidos en el tipo penal. Según Jiménez Huerta se le denomina sujeto activo primario al que encuadre dentro de la expresión "el que haga o el que omita," pues aquí quedan comprendidos todos aquellos que realizan íntegramente la conducta que describe el tipo, y por lo tanto puede haber pluralidad de sujetos primarios. Se dice que existe coautoría cuando nos hallamos ante una pluralidad de sujetos activos de naturaleza primaria, es decir, de diversas personas a las que directa e individualmente les es aplicable la expresión, "el que haga o el que omita," que la ley emplea habida cuenta de que todas ellas realizan la conducta descrita en la figura típica efectivamente aplicable a la conducta.⁹⁴

a) voluntariedad. Es la capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal.

b) imputabilidad. Es la capacidad de comprender la específica licitud de la conducta y de conducirse, conforme a esa comprensión.

c) calidad de garante. Es la relación especial, estrecha y directa en que se halla un sujeto y un bien singularmente determinados creada para la salvaguarda del bien.

d) calidad específica. Es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitados de los sujetos a quienes va dirigido el deber.

e) pluralidad específica. Es la autoría material necesariamente múltiple.

Sujeto Pasivo.- Es el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal puede tener:

a) calidad específica.

b) pluralidad específica.

⁹³ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁴ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal mexicano*, tomo I, México, Editorial Porrúa, 1983, p. 95.

Objeto Material.- Es el ente corpóreo hacia el cuál se dirige la actividad descrita en el tipo.

Núcleo del tipo.- Es el subconjunto de elementos necesarios para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, se integra por:

a) Conducta. Toda figura típica conlleva un comportamiento humano y este comportamiento o proceder es el que se encuentra descrito en el tipo. Dentro de la palabra conducta quedan comprendidas tanto las formas positivas como negativas con que el hombre puede expresar su comportamiento. Es decir la conducta puede llevarse a cabo por acción o por omisión.⁹⁵

Voluntad dolosa. Existe el llamado dolo directo que es el conocer y querer o el llamado dolo eventual que es el conocer y aceptar.

Voluntad culposa. Es la no provisión del cuidado posible y adecuado para no producir o, en su caso, evitar la lesión del bien jurídico.

Actividad. Es el elemento material de la conducta activa consistente en un movimiento corporal descrito en el particular tipo legal.

Inactividad. Es el no ejecutar la acción exigida en el tipo.

b) El resultado material. Es el típico efecto natural producido por la actividad.

Nexo causal. Es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material.

Nexo normativo. Es la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado con el tipo garante de la evitación de ese resultado.

c) Medios. Son el instrumento o la actividad distinta de la conducta, exigidos en el tipo, para realizar la conducta o producirse el resultado.

d) Modalidades.

Referencia temporal. Es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

Referencia espacial. Es la condición de lugar señalada en el tipo en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 106.

Referencia de ocasión. Es la situación especial requerida en el tipo , generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

Lesión del bien jurídico. Es la destrucción, disminución del bien contempladas en el tipo.

Violación del deber jurídico penal. Es oposición al deber jurídico penal de la conducta que al lesionar o poner en peligro el bien tutelado, no esta amparada por causa de licitud alguna.

El Código Penal para el Distrito Federal regula tres clases de abortos punibles, es decir tres tipos penales: el aborto sufrido, el aborto consentido y el aborto procurado; cada uno de ellos con sus respectivas modalidades, y características básicas, serán motivo de nuestro siguiente análisis.

2.2. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS ABORTOS PUNIBLES QUE CONTEMPLA NUESTRA LEGISLACIÓN.

2.2.1. ABORTO SUFRIDO.

El aborto sufrido se encuentra regulado en nuestro Código Penal por el artículo 330 en su segunda parte. Este tipo de aborto se presenta cuando cualquier persona, sin el consentimiento de la mujer embarazada, causa la muerte del producto de la concepción.

Según nuestro Código Penal, el aborto sufrido puede realizarse en forma simple o por medio de la violencia -física o moral- en cuyo caso la penalidad aumenta.

2.2.1.1 ABORTO SUFRIDO SIMPLE

Bienes jurídicamente protegidos.-

Este elemento del delito, en el caso del aborto, resulta de suma importancia, ya que de la aceptación de los bienes jurídicos que con la tipificación del delito de aborto se pretenden proteger, sobre otros tantos, y de la jerarquía de valores que con ello consigna nuestro Código Penal, dependerá su aceptación o rechazo como delito, pues como Sergio García Ramírez opina:

La solución que se aporte al problema penal del aborto depende en mucho, o en todo, del bien jurídico que con esta figura del catálogo penal del Estado se pretenda proteger, y de la prevalencia de intereses y valores en el inevitable choque, en la contradicción ya planteada, que hoy se hace más profunda y apremiante, entre lo que el producto es y representa (y vale, por tanto) y lo que son y representan (y valen) los otros extremos del contraste.⁹⁶

Nuestro sistema penal ha considerado como bienes jurídicamente protegidos en el delito de aborto, según una tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia, los siguientes:

ABORTO. BIENES JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS POR LA NORMA QUE LO PREVE COMO DELITO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).
(...) los bienes jurídicamente protegidos por la norma, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad.⁹⁷

PRECEDENTES:

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

⁹⁶ García Ramírez, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, octava época, tomo VIII, p. 141.

ABORTO.

De acuerdo con el artículo 329 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente (...) los bienes jurídicamente protegidos a través de la sanción, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito, no interesa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del hueso, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.⁹⁸

PRECEDENTES:

Amparo directo 4709/57. Salvador Sepulveda Holguín. 19 de marzo de 1958. 5 votos. Ponente: Luis Chico Geome.

Por otra parte según la doctrina, son bienes jurídicamente protegidos en todo tipo de aborto, los siguientes.

a) *La vida en gestación o la vida del producto de la concepción.* Sin embargo, algunos autores opinan que más que proteger la "vida" se esta protegiendo una esperanza de vida. Nosotros pensamos que la existencia de la "vida" dentro del seno materno es indubitable, pues sin ésta no existiría desarrollo biológico alguno.

Esta diferencia de opiniones sin duda nos remitiría a la discusión sobre el interminable tema del comienzo de la vida; sin embargo, como Francois Jacob afirma:

(...) hace más de veinticinco siglos que religiosos y laicos se esfuerzan por resolver el problema (del comienzo de la vida) sin encontrar solución, y ello por que el problema está mal planteado. Para nosotros es evidente que la vida no comienza nunca, sino que continúa. Continúa desde hace, por lo menos, tres mil millones de años. Un espermatozoide aislado o un óvulo no está menos vivo que un óvulo fecundado. (...) Lo que sucede es una evolución progresiva, una serie de reacciones y de síntesis a través de las cuales se modela el ser humano. (...) ¿Quién tiene entonces derecho a decidir cuando ha de ser interrumpido el embarazo? Ciertamente que ni el biólogo, ni el obispo, ni el juez (...)⁹⁹

Sobre el controvertido tema del comienzo de la vida podemos concluir que:

El derecho no tiene una respuesta, pues no la puede dar ahí donde la filosofía, la antropología, la fisiología, la biología y la medicina todavía no se ponen de acuerdo.¹⁰⁰

Por otra parte, según Hans Lüttger la ley distingue la protección del bien jurídico "vida" en la vida antes y después del nacimiento, entre la vida completamente desarrollada y la vida en desarrollo. Es indiscutible que nuestra protección penal contra el aborto protege esta "vida embrionaria en desarrollo" como un bien jurídico independiente. Es por ello que es importante distinguir, según este autor, entre el bien jurídicamente protegido como lo es la vida en desarrollo y el objeto de la acción que es el feto, pues

⁹⁸ Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, sexta época, volumen IX, p. 9.

⁹⁹ Perez Duarte, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 23.

si confundiéramos al feto o embrión como el bien jurídicamente protegido su protección se encontraría supeditada al momento de la anidación.¹⁰¹

La discusión también se ha originado por tratar de distinguir si con la tipificación del aborto como delito se intenta proteger la vida, entendida ésta en un amplio sentido, es decir, cualquier tipo de vida, o bien se intenta proteger a una persona, es decir, a un ser humano.¹⁰² Cuello Calón resuelve diciendo que la represión penal del aborto no tiende a la protección de la persona -ya que el feto aún no lo es, y por tanto no es sujeto de derechos- sino a la protección de un futuro ser humano.¹⁰³

Lo que es cierto, es que el derecho no ha querido igualar la vida del producto de la concepción a la vida de la persona, pues, si así fuera, la existencia del "delito de aborto" sería innecesaria ya que la privación de la vida del producto de la concepción quedaría comprendida dentro del delito de "homicidio". Es por eso que algunos autores afirman que el derecho le ha otorgado un valor sumamente inferior a la vida del producto de la concepción respecto de la vida del ser humano.

En todo sistema penal en el que se tipifique al delito de aborto se parte de la idea de un valor inferior de la vida del feto respecto a la vida de la madre y aun más, en la mayoría de los casos, respecto de su salud.

Según Lüttger tal conclusión surge -entre otras- de la separación del aborto y homicidio en diferentes tipos penales, y de la justificación del aborto médicamente indicado, que permite en la mayoría de los países salvar la vida o la salud de la madre a costa de la vida del feto.¹⁰⁴

De la Barreda afirma que:

No es cierto como se ha hecho creer que la vida del producto de la concepción este rigurosamente protegida en el Código Penal (...) recuérdese que el legislador establece la punibilidad según el valor que se otorga a los bienes jurídicamente protegidos. Es claro, entonces, que se considera de menor valor la vida del producto de la concepción que la vida de un ser ya nacido.¹⁰⁵

Según el mismo autor la vida del feto sufre una segunda devaluación cuando el legislador atenúa aún más la pena al presentarse los denominados móviles de honor.¹⁰⁶

Quienes se oponen no sólo a la despenalización del aborto, sino que incluso a que se aumenten las hipótesis en que éste no constituya delito, no han reparado sobre el peso casi muerto que como interés social tutelado penalmente tiene la vida del producto de la concepción. Los más acérrimos defensores de la regulación jurídica actual tendrían que reconocer que si el aborto es, como señalan, un homicidio, resultaría incomprensible su

¹⁰¹ Lüttger, Hans, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰² *Id supra*, Cap. I, 1.5. "disputa doctrinaria"

¹⁰³ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, parte especial*, Barcelona, Editorial Bosch, 1972, p. 522.

¹⁰⁴ Lüttger, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁵ Barreda Solorzano, *op.cit.*, p. 80.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 81.

actitud crítica frente a una legislación como la mexicana, que establece una escacísima punibilidad para el aborto. Lo cierto es que nadie ha propugnado por el aumento de esa punibilidad.¹⁰⁷

b) *El derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad.* El derecho del padre a la descendencia, como un bien jurídicamente protegido es muy cuestionado ya que en muchas ocasiones se produce el aborto sin que necesariamente resulte dañado este derecho. Tal es el caso de cuando el hombre que fecundó a la mujer embarazada esta muerto y por lo tanto no resulta afectada su paternidad con la práctica del aborto, o bien cuando éste carece de interés alguno en que nazca el niño o incluso puede desear que el nacimiento no se produzca y finalmente cuando el padre es el sujeto activo del delito. Por lo tanto resulta evidente que, en la mayoría de los casos, con la práctica del aborto no se lesiona ni se pone en peligro el derecho a la paternidad.¹⁰⁸

En el caso de que el bien jurídico protegido sea la colectividad es mas cuestionado aún, puesto que:

Ello hace que la maternidad en sí misma se halle enfocada desde una perspectiva con un contenido político altísimo en donde el control de los nacimientos y, por tanto, de los abortos, deja de estar en el ámbito de la experiencia estrictamente personal de cada mujer, para institucionalizarse y convertirse en un asunto de discusión pública. La opción de ser o no ser madre y cómo serlo, no esta realmente en manos de cada mujer, sino en las nórnas que la propia comunidad le impone.¹⁰⁹

Ahora bien, si atenderíamos a los intereses de la colectividad o del Estado, nos encontramos con que estos pueden estar en determinados países y épocas interesados en que la población crezca, pero que en la mayoría de los casos y muy concretamente en el caso de México el gobierno de la Republica ha expresado su deseo de que la población no aumente, pues como García Ramírez apunta:

(...) las premoniciones y proyecciones sobre natalidad cuestionarían el interés demográfico de que se ha hablado, en cuanto la superpoblación incontenible lo contradice(...)¹¹⁰

Por otra parte,

El interés estatal en el crecimiento de la población como bien jurídico se ha perdido con el transcurso del tiempo. Con el cambio de la situación, la regulación de la familia y la regulación de los nacimientos han pasado a ser, desde hace tiempo, intereses propios de los ciudadanos. Como factor carente de valoración estos intereses del ciudadano neutralizaron un eventual interés estatal en la reproducción, impidiendo a la vez el reconocimiento de este bien protegido por la norma penal contra el aborto: he aquí un ejemplo para la desaparición del valor de un (supuesto) bien jurídico en el transcurso de un proceso social en modificación de los valores.¹¹¹

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 83

¹⁰⁸ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 83

¹⁰⁹ Peréz Duarte, *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁰ García Ramírez, *op. cit.*, p. 119.

¹¹¹ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 112.

Como podemos advertir los bienes que con la tipificación del delito de aborto se han intentado proteger resultan fácilmente vencibles e inferiores respecto a otros bienes que el mismo Código Penal reconoce, es decir, si frente a la vida del producto de la concepción se encuentra la vida de la madre es un hecho que esta última tendrá prevalencia sobre la primera. Sin embargo, aquí es muy importante darnos cuenta que la vida de la madre, como un bien superior a la del feto, debe tener preferencia, pero no sólo en cuanto a su existencia sino en cuanto a la calidad de la misma. Es decir, no es suficiente que se salve la vida de la mujer, si ello implica una enfermedad permanente o grave para ésta, ya sea física o mental, una enfermedad que además va a repercutir en toda la familia y en la sociedad en general. No es posible que el Estado ordene que se tengan hijos, a costa de sacrificio de muchos bienes de mayor valía, y lo que es mas importante a costa de la calidad de vida de ese ser al que supuestamente estamos protegiendo ya que cientos de niños nacen sin ser deseados y el Estado no cuenta con los recursos necesarios para hacerle frente a todas sus necesidades, pero sobre todo para sustituir el cariño de los padres. Es así como ni la vida del feto, ni el derecho a la descendencia del padre, ni el interés demográfico de la Nación, constituyen bienes jurídicos lo suficientemente fuertes para anteponerse a la calidad de vida de la madre, de su familia, de la sociedad en general y sobre todo de ese nuevo ser al que intentamos "proteger".

Casi todas las leyes penales persiguen la protección de bienes jurídicos: la cuestión de la jerarquía valorativa de un bien jurídico, por lo demás, es un asunto carente de contenido sentimental de la valoración jurídica. En primer lugar, el orden legal brinda un esquema valorativo a través de la configuración de los distintos hechos punibles y de las diferentes amenazas penales con las que se comina, que no es inmovible sino que puede modificarse por leyes de reforma. Y dado que los bienes jurídicos son valores ideales del orden social, quedan sometidos a los cambios de las valoraciones al correr del tiempo. Comparativamente quisiéramos recordar aquí que la decadencia valorativa de un bien jurídico puede dar lugar, en casos extremos, inclusive a una derogación fundada en el derecho consuetudinario de una norma penal.¹¹²

C) *La Libre determinación de la mujer embarazada.* En el caso concreto del aborto sufrido algunos autores señalan que la libre determinación de la mujer embarazada es un bien jurídicamente protegido que resulta lesionado con la práctica del aborto.¹¹³ Entendemos que se refiere a la libre determinación de la mujer respecto a su embarazo, a la "libertad" para decidir sobre el fruto de la concepción, o lo que es lo mismo, para decidir si desea o no ser madre. Indudablemente se lesiona este bien; sin embargo resulta contradictorio que nuestros legisladores tipifiquen una conducta en razón de un bien que ellos mismos nunca han reconocido, pues si así fuera el delito de aborto simplemente no existiría. Por lo que podemos concluir que el aborto sufrido es penalizado no para proteger la llamada libre determinación de la mujer embarazada, sino por que con la práctica del aborto sufrido se lesiona el derecho a la maternidad puesto que

¹¹² *Ibidem*, p. 115.

¹¹³ *Ibidem*, p. 116.

se le priva a la mujer del derecho a ser madre, cuando así es su voluntad y es por ello, principalmente, que su penalidad no es cuestionada.

Deber jurídico.- El deber jurídico penal consiste en no privar de la vida al producto de la concepción -ya sea en forma dolosa o culposa- en cualquier momento de la preñez y sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Sujeto Activo: Se requiere que el sujeto activo sea voluntable, es decir, capaz de conocer y querer la conducta, debe ser imputable es decir capaz de comprender la específica ilícitud. No requiere de calidad de garante ni calidad o pluralidad específicas.

Sujeto pasivo: En este caso son dos los sujetos pasivos, tanto el producto de la concepción, titular de su propia vida, como la mujer embarazada. La calidad específica que aquí se requiere es que la mujer este embarazada.

Objeto material: Los objetos materiales son el cuerpo de la madre y el producto de la concepción, ya que cualquier actividad dirigida a privar de la vida al producto de la concepción, debe recaer sobre éstos.

Núcleo del tipo:

Conducta. Es actividad típica cualquier actividad idónea para privar de la vida al producto de la concepción. La conducta se puede llevar a cabo en forma dolosa o culposa y por acción o por omisión.

Resultado material. La muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Nexo causal. Entre la actividad idónea para privar de la vida al producto de la concepción y la muerte del mismo existe una relación de causalidad y es nexo causal, todo el proceso que se desenvuelve a partir de esa actividad y hasta el momento de la muerte.

Medios. En este caso no existe un medio especial de comisión.

Referencia temporal. Para que exista el delito de aborto el artículo 329 exige la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Es decir, la muerte del feto debe ocurrir mientras éste se encuentra dentro del seno materno. Sin embargo, Luis de la Barreda opina que no hay referencia temporal y que mas bien tiene que ver con la calidad del sujeto pasivo.

Lesión del bien jurídico: Es necesaria la destrucción de la vida del producto de la concepción.

Punibilidad: El intervalo de punibilidad es de tres a seis años.

En este tipo de aborto también puede existir la tentativa para lo cual es necesario que la vida del producto de la concepción y el derecho a la maternidad corran un riesgo inmediato. Será sancionado de acuerdo al artículo 12 de nuestro Código Penal.

2.2.1.2. ABORTO SUFRIDO CON VIOLENCIA

Deber jurídico.- Es la prohibición de privar de la vida al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, mediante la violencia física o moral.

Bienes jurídicos

El derecho a la salud. Algunos autores señalan que en el caso del aborto sufrido con violencia, además de los bienes jurídicos ya anteriormente analizados, es también el derecho a la salud un bien jurídicamente protegido. En opinión de Luis de la Barreda esto no es posible, puesto que si nos encontramos ante el caso de la violencia moral ésta intimida a la mujer pero no necesariamente daña su salud.¹¹⁴ Nosotros no compartimos esta postura puesto que según la definición actual de salud de la O.M.S. la salud implica no sólo la ausencia de enfermedades o afecciones, sino, un estado de completo bienestar físico, mental y social. Por lo tanto puede quedar comprendido, dentro del daño a la salud, cualquier daño psicológico que se le cause a la mujer con la violencia moral. Por lo que consideramos que la salud es un bien jurídico que indudablemente resulta afectado en el aborto sufrido. Lo que es importante notar es que si con la violencia física se produce una lesión a la mujer embarazada, estaremos en presencia, además del delito sufrido con violencia, del delito de lesiones, dando origen así, a un concurso de delitos.¹¹⁵

Sujeto activo.- El sujeto activo tiene las mismas características que en el aborto sufrido simple. _

Sujetos pasivos.- El sujeto pasivo presenta las mismas calidades y pluralidad específicas que presenta el aborto sufrido simple: el producto de la concepción y la mujer embarazada.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 131.

¹¹⁵ Según el artículo 18 de nuestro Código Penal el concurso de delitos puede ser de dos formas: un concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos o bien un concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Cuando se trata de un concurso ideal, según el artículo 64 del Código Penal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero. En caso de concurso real se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos antes mencionados.

Objetos materiales.- Son dos básicamente los objetos materiales: el producto de la concepción y el cuerpo de la mujer embarazada.

Núcleo del tipo.- Los elementos del núcleo del tipo se dan en la misma forma que en el aborto sufrido simple, a excepción de los medios de comisión.

Medios de comisión.- Los medios de comisión, según nuestro Código Penal, son: la violencia física o la violencia moral.

Violencia física. Es una fuerza material irresistible que el sujeto activo despliega sobre el cuerpo de la mujer embarazada a fin de someterla a la producción de un aborto contrario a su voluntad. Por material ha de entenderse una energía muscular y por irresistible se entiende que el cuerpo de la mujer embarazada queda sometido a pesar de la resistencia que ésta opone a la fuerza física.

Violencia moral. Se puede cometer a través de la amenaza que es el anuncio que el sujeto activo hace a la mujer embarazada de un mal real, probable, grave e inminente que ha de recaer sobre ella o sobre un tercero ligado a ella por afecto y que resulte capaz de constreñir el ánimo de la mujer hasta el límite de que tolere un aborto contrario a su voluntad.

Existe también la llamada fuerza física intimidatoria que es la actividad que el sujeto activo efectúa sobre el cuerpo de la mujer embarazada, que ocasiona a ésta un dolor físico que le constriñe el ánimo al grado de tolerar un aborto contrario a su voluntad. Es decir, no es la llamada fuerza física puramente, ya que aquí se conjugan otros elementos, puesto que no se somete el cuerpo de la mujer, sino que con este tipo de violencia, lo que se domina es su ánimo mediante la violencia moral.¹¹⁶

Lesión de los bienes jurídicos.- Implica además de las lesiones mencionadas en el aborto sufrido simple, el daño a la salud.

Punibilidad.- El intervalo de punibilidad es de seis a ocho años de prisión.

2.2.2. ABORTO CONSENTIDO.

El aborto consentido es aquel en el que la muerte del producto de la concepción es causada por cualquier persona, con la anuencia de la mujer embarazada. Se encuentra regulado por el artículo 330, primera parte, de nuestro Código Penal.

Deber jurídico.- Para Luis de la Barreda el deber jurídico consiste en la prohibición -para el que realiza el aborto- de privar de la vida dolosamente al producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez, a pesar del consentimiento de la mujer embarazada. En cuanto a la

¹¹⁶ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 133.

mujer que consiente su aborto, el deber jurídico es la prohibición de consentir dolosamente en que un tercero prive de la vida al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Quizá para no definirlo en un aspecto negativo es decir, bajo el término "prohibición" deberíamos interpretarlo como el deber de la mujer de conservar la vida del feto. Por otra parte, para un tercero la obligación consiste en no afectar la vida del feto ni ocasionar su muerte dolosamente.

Bien jurídico.- Son los antes ya mencionados, para todo tipo de aborto.¹¹⁷

Sujeto activo.- En el caso del aborto consentido interviene más de una persona como sujeto activo, pues uno provoca la muerte del producto de la concepción y otro consiente en ello. Se requiere voluntabilidad e imputabilidad, para el sujeto que realiza el aborto. El tipo no contiene una calidad de garante ni pluralidad específica, pero prevé una calidad específica que es ser la persona que tiene el consentimiento de la mujer embarazada para privar de la vida al producto de la concepción. En cuanto a la mujer que consiente, como sujeto activo, debe tener la calidad específica de ser la mujer que este encinta y la calidad garante de la seguridad vital del producto.

Según Porte Petit el aborto consentido es un delito plurisubjetivo, colectivo, de concurso necesario o pluripersonal, en virtud de que requiere cuando menos dos sujetos activos: el que realiza el aborto y la mujer embarazada que consiente en el mismo.¹¹⁸ Para Ranieri es un delito plurisubjetivo, pues interviene necesariamente la persona que ocasiona materialmente el aborto y la mujer encinta que consiente.¹¹⁹ Maggiore opina que hay dos coautores y no uno principal y un copartícipe.¹²⁰

En el caso de que concurren móviles de honor, según el artículo 332 de nuestro Código Penal, el sujeto activo debe tener varias calidades específicas: mujer embarazada que no tenga mala fama, que haya logrado ocultar su embarazo, y que haya quedado embarazada como fruto de una unión ilegítima.

Sujeto pasivo.- Es el producto de la concepción no nacido. En el caso de que el aborto consentido se haya realizado con móviles de honor, el producto de la concepción debe tener varias calidades específicas: ser producto de una unión ilegítima, ocultado por su madre y alojado en el vientre de una mujer sin mala fama.

¹¹⁷ Vid. *supra*, 1.2.1.1. "Bien jurídicamente protegido".

¹¹⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1969, p. 224.

¹¹⁹ Ranieri, Silvio, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. (s. e) Padua, t. IV, 1955, p. 111, cit. por. Barreda, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁰ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte especial*, Bogotá, Editorial Temis, 1955, p.147, cit. por. Barreda solorzano, *op. cit.* p. 141.

Se nos ha planteado la posibilidad de que muriera el producto de la concepción encontrándose éste depositado en una mujer distinta a la que lo engendró, es decir, en el caso de una inseminación artificial. Consideramos que si la mujer en quien se depositó el producto de la concepción consintió en que el aborto se realizara, y no así la mujer que lo engendró, entonces la primera es sujeto activo y esta última resultará sujeto pasivo -por supuestos además del producto de la concepción-. Ahora bien si la mujer en quien se realiza el aborto no consiente, ésta será sujeto pasivo en razón de ser ella quien sufre las maniobras mediante las cuales se realiza el aborto.

Objeto material.- Son objetos materiales el cuerpo de la mujer embarazada y el producto de la concepción.

Núcleo del tipo

Conducta.- En el caso del sujeto que realiza el aborto únicamente admite el dolo. En este caso el dolo puede ser directo, esto es, querer privar de la vida al producto de la concepción, con consentimiento de la mujer embarazada, o de indirecto es decir aceptar tácitamente el resultado. En el caso de consentimiento por parte de la mujer embarazada, en opinión de Barreda Solorzano, el dolo debe ser necesariamente directo, es decir, querer dar el consentimiento a un tercero para que prive de la vida al producto de la concepción. La actividad ha de consistir en un consentimiento expreso, en que un tercero prive de la vida al producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. El consentimiento también puede otorgarse con un no hacer, es decir por omisión, por la no oposición. Por otra parte el único consentimiento típico es el que se otorga en el momento en que el tercero realiza las maniobras abortivas, de tal forma que un consentimiento previo que no subsistiera en el momento de esas maniobras convertiría al aborto consentido en aborto sufrido.¹²¹

Según Luis de la Barreda:

La conducta típica del aborto es cualquier actividad idónea para privar de la vida al producto de la concepción. La conducta de consentir -única que realiza la mujer- no satisface la propiedad típica aludida, esto es, no es idónea para privar de la vida al producto de la concepción, por ende, la conducta de consentir tipificada por el legislador, da lugar a un tipo distinto al del aborto consentido, y podría denominarse, correctamente, "consentimiento de aborto".¹²²

Nosotros consideramos que efectivamente la conducta de la mujer no es suficiente para provocar la muerte del producto de la concepción; sin embargo, su conducta es penada por que tiene una participación en menor o mayor grado en la conducta típica del aborto. Así entonces, su incorporación en nuestro Código Penal no es como una conducta típica de aborto y por lo tanto no constituye por sí misma el delito de aborto, pero tampoco creemos, como Luis de la Barreda sugiere, que debería

¹²¹ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 149.

¹²² *Ibidem*, p. 153.

denominarse el tipo de "consentimiento del aborto", pues mucho menos podrá constituir un delito autónomo.

Resultado material.- Es la muerte del producto de la concepción.

Medios.- Los medios son los mismos que para el aborto sufrido simple.

El nexo causal. Ha de existir un nexo causal entre la actividad típica y el resultado material.

Referencia temporal.- Que la conducta de consentir sea actual, es decir, en el momento en que el tercero realiza la actividad idónea para producir el aborto.

Lesión del bien jurídico.- Es la destrucción de la vida del producto de la concepción.

Los medios de comisión. Los medios de comisión son los mismos que en el aborto sufrido simple.

Punibilidad.- El aborto consentido se encuentra regulado tanto por el artículo 330, primera parte, como por el artículo 332 de nuestro Código Penal. El primero de ellos contiene una sanción de uno a tres años de prisión, para aquél que realiza el aborto; el segundo impone una sanción de uno a cinco años de prisión, para la madre que consiente en su aborto sin móviles de honor, pues en el caso de que éstos concurran la punibilidad será de seis meses a un año de prisión.

Ahora bien, para el caso del tercero que provoca el aborto con el consentimiento de la madre existe una pena que va de uno a tres años. Por otra parte, nuestro Código Penal en el artículo 331 contempla una sanción adicional para aquellos que teniendo la calidad de médico, cirujano, comadron o partera realicen un aborto, que consiste en la suspensión de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

Se dice que uno de las causas que motivaron el agravamiento de la pena es la confianza que se tiene depositada en el médico y que se considera se ve defraudada ya que lejos de salvar una vida, la extingue. Hay quienes opinan que otro de los motivos para el agravamiento de la pena fue la intención de obstaculizar a la mujer el acceso a servicios médicos confiables y con ello intentar se abstenga de practicar un aborto; sin embargo, como veremos mas adelante, esto no se consigue y sólo se agrava mas la situación, generando vicios de corrupción, clandestinidad, graves daños a la salud de la mujer y en muchas ocasiones hasta su muerte. Como Mariclaire Acosta apunta:

(...)resulta un tanto paradójico que, si supuestamente el código busca proteger la vida, imponga una pena mayor a la persona cuya preparación le daría más probabilidad de salvar la salud y la vida de la madre.¹²²

Por otra parte, según el artículo 331 el agravamiento de la pena es aplicable para aquéllos que teniendo las calidades antes mencionadas cometen alguno de los abortos comprendidos por el artículo 330, es decir, aborto sufrido con o sin violencia y aborto consentido. Pese a esto, hay quienes sostienen que el artículo 331 se refiere sólo a los abortos sufridos, con o sin violencia:

(...)no se liga a los abortos consentidos, pues en esas hipótesis, aunque el aborto lo causare el médico, cirujano, comadrón o partera, no entraría en juego el bien jurídico que fundamenta la penalidad agravada, a saber: la confianza depositada en las personas que ejercen lícitamente la obstetricia. Esta consideración es obligada, en virtud de que para el aborto procurado no se estableció la calificativa.¹²⁴

Lo que es cierto es el hecho de que al no hacerse ninguna distinción respecto a qué tipo de aborto se refiere, nos hace pensar que si un médico realiza el aborto, aún con consentimiento de la mujer, el juez podría válidamente aplicarle la sanción que impone el artículo 331.

2.2.3 ABORTO PROCURADO.

Este tipo de aborto se encuentra regulado por nuestro Código Penal en el artículo 332. Existe aborto procurado cuando es la propia mujer embarazada la que causa la muerte del producto de la concepción. Es quizá por ello que el legislador eligió el verbo "procurar", para indicar el supuesto de que la mujer realice el aborto en relación con su propio embarazo¹²⁵.

Para Porte Petit

Existe aborto procurado, propio o auto aborto, cuando la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez, es llevado a cabo por la mujer en ella misma.¹²³

Deber jurídico- Es la prohibición, para la mujer embarazada, de procurar dolosamente la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez.

Bien jurídico- Son los ya analizados, para todo tipo de aborto.

Sujeto activo- La mujer es el sujeto activo primario, pues ella efectúa sobre sí misma las maniobras dirigidas a producir la muerte del feto o ingiere las sustancias adecuadas para alcanzar dicho fin. Debe ser

¹²² Acosta, Mariclaire, *El aborto en México*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 82

¹²⁴ Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Editorial Trillas, 1982, p. 220.

¹²⁵ Barrada Solorzano, *op. cit.*, p. 155.

¹²⁶ Porte Petit, *op. cit.*, p. 244.

voluntable e imputable, con calidad específica de mujer embarazada del producto, que es el sujeto pasivo, sin calidad de garante ni pluralidad específica.

En el caso de que concurran móviles de honor el sujeto activo debe tener las calidades específicas de ser mujer embarazada, que no tenga mala fama, que haya logrado ocultar su embarazo y que haya concebido ilegítimamente.

Sujeto pasivo.- Es el producto de la concepción, no nacido. En el caso de que concurran móviles de honor el sujeto pasivo debe tener la calidad específica de ser fruto de una unión ilegítima, ocultado por su madre y alojado en el vientre de una mujer sin mala fama.

Objetos materiales.- Son el cuerpo de la mujer embarazada y el cuerpo del producto de la concepción.

Núcleo del tipo

La Conducta. La conducta debe realizarse necesariamente a través del dolo, es por ello que, según Luis de la Barreda, se utilizó el verbo procurar preferentemente a otros como ocasionar, efectuar, etcétera, ya que tiene consecuencias interpretativas.

La procuración proviene del latín *procuratio* que es el cuidado o diligencia con que se maneja un negocio. Procurar del latín *procurare* significa hacer esfuerzos para conseguir una cosa.¹²⁷ La conducta de "procurar" implica la necesidad de que se realicen una serie de esfuerzos para cometer el delito y por lo tanto resulta imposible cometer el delito en forma imprudencial. Así lo establece nuestro Código Penal al señalar que "voluntariamente" procure su aborto, lo cual se reafirma con el artículo 333 que determina que no es punible el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.

Según Jiménez Huerta "la voluntad de la ley es la de no estructurar en esta clase de aborto, formas imprudenciales de conducta(...)"¹²⁸ En este caso no cabe la posibilidad de que se cometa el aborto procurado por medio de dolo eventual ya que aunque se realice una conducta con dolo eventual no se está procurando su aborto. Esto es cuestionable, ya que si la mujer sabe que determinada conducta va a ocasionarle un aborto y no la evita, sino que lo acepta, en este caso no es imprudencia ni consentimiento del aborto, sino que de alguna forma, creemos, lo está procurando.

Referencia temporal. En cualquier momento de la preñez.

Los medios. Son los ya mencionados para el aborto sufrido simple.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 157.

¹²⁸ Jiménez Huerta, *op. cit.*, p 247.

Resultado material.- La muerte del producto de la concepción.

Lesión del bien jurídico.- Se lesiona el bien jurídico con la destrucción de la vida del producto de la concepción.

Punibilidad.- El artículo 332 dice que se impondrán de uno a cinco años de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto. Esta pena es para el caso de que no concurren móviles de honor pues en caso contrario, la pena disminuiría de seis meses a un año de prisión.

2.2.4. ABORTO PROCURADO Y CONSENTIDO CON MÓVILES DE HONOR

El artículo 332 de nuestro Código Penal establece un tipo privilegiado de aborto, con una pena menor que va de seis meses a un año de prisión, para la madre que voluntariamente procure su aborto o la que consienta en ello, si concurren tres circunstancias:

Que no tenga mala fama
 Que haya logrado ocultar su embarazo
 Que éste sea fruto de una unión ilegítima

Cabe hacer la aclaración que para que dicha atenuación pueda hacerse efectiva es necesario que concurren las tres circunstancias y no únicamente alguna de ellas.

Según la doctrina la atenuación de la pena, cuando el aborto se produce bajo dichas circunstancias, obedece a la preservación del honor, por lo que es conveniente precisar que entendemos por tal.

Según el diccionario de la lengua española, honor significa:

1 Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos 3. La honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes.¹²⁹

Por otra parte, buscando una interpretación de la Suprema Corte de Justicia respecto al honor únicamente nos fue posible encontrar dicho concepto en la legislación militar:

HONOR, CONCEPTO DE, EN LA LEGISLACIÓN MILITAR.

Por honor se entiende la buena reputación, que se adquiere por la virtud y probidad, así como por la honestidad y recato de la mujer, que es la base de la familia, la cual se integra con la parentela inmediata, padre, madre, cónyuge e hijos, por lo que si el activo realizaba el acto sexual en un lugar con acceso al público, con la esposa de un superior jerárquico, provocando que el cónyuge ofendido se enterara y encontrara a los protagonistas del acto en ese preciso momento, y por ello golpeó a su inferior jerárquico lesionándolo, y sacándolo a jalones a su esposa, causando una conmoción social producida por el escándalo, es evidente que se lesiona la reputación de la familia del cónyuge ofendido, porque afectó la composición típica dañando también la moral pública; por tanto el quejoso infringió un deber contra el decoro la política militar que su condición de cabo de infantería le imponía, violando con ello las normas militares contenidas en los artículos 382 del Código de Justicia Militar y 44 del Reglamento General de Deberes Militares.

PRECEDENTES:

Amparo directo 13/88. Luis Figueroa Martínez, 25 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Martha Leonor Bautista de la Luz.¹³⁰

¹²⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1992, p. 1121.

¹³⁰ Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, octava época, tomo I, segunda parte-1, p. 326.

Hoy, como siempre, el concepto de honor es cuestionable, por lo que atenuar la pena para preservar el mismo considerando que bajo tales circunstancias éste se ve manchado, es ya lejano a nuestra realidad y aún más a nuestras necesidades no por que no haya todavía quienes consideren que el honor de la mujer se ve afectada si resulta embarazada bajo ciertas circunstancias, si no por que hay necesidades imperantes. Veamos ahora en que consisten cada una de las llamadas atenuantes del honor.

2.2.4.1. QUE SEA FRUTO DE UNA UNIÓN ILEGÍTIMA.

Nuestro Código Penal considera una circunstancia atenuante para la pena del aborto que la concepción sea "fruto de una unión ilegítima". Cabe cuestionarse sobre el termino "ilegítimo" puesto que según el diccionario por legítimo podemos entender "lo que esta conforme a las leyes" o "lo que es cierto, genuino y verdadero en cualquier línea."¹³¹ Sin embargo, continuamente suele confundirse con licitud, la cual podemos entender como "lo que es justo, permitido, según justicia y razón o que es de la ley o calidad debida"¹³². Para algunos autores "legitimidad es un término mas bien de contenido político o moral que jurídico."¹³³

Lo que es importante aclarar es que no toda unión que se realiza fuera de matrimonio es ilegítima o bien contraria a la ley. Como uniones ilegítimas únicamente podemos contemplar al adulterio y la bigamia que en nuestro Código Penal son considerados como delito.¹³⁴ Por lo tanto, no toda unión fuera de matrimonio queda comprendida en esta causa de atenuación.

2.2.4.2. QUE NO TENGA MALA FAMA.

Como todos sabemos es difícil precisar el significado del término "mala fama." Según Luis de la Barreda si partimos de que fama quiere decir reputación, renombre de una persona o cosa, la mala fama es la mala reputación, la opinión desfavorable que los demás tienen sobre uno.

Parece evidente que el legislador quiso hacer referencia a la mala fama en la esfera sexual. No es descabellado considerar que - con la mentalidad de 1931, el año en que se inició la vigencia del Código Penal- atribuyó mala fama a la mujer de quien se tuviera público conocimiento de vida sexual extramarital.¹³⁵

En materia penal no encontramos ninguna tesis emitida por la Suprema Corte de justicia en la que se defina lo que debemos entender por el concepto de mala fama ni la forma de comprobarla, los únicos antecedentes que encontramos al respecto son en materia civil. Si bien las pruebas que en ésta materia se utilizan no son válidas para el proceso

¹³¹ Real Academia Española, *op. cit.*, p. 1240.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Barreda Solorzano, *op. cit.*, p. 81.

¹³⁴ Ver, artículos 273 y 279 de nuestro Código Penal.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 151.

penal, de alguna forma nos dan una idea de lo que éste término puede implicar, éste es un ejemplo de ello:

FAMA PÚBLICA. PUBLICACIONES EN LOS PERIÓDICOS. NO LA CONSTITUYEN.
 La prueba de fama pública es una especie de testimonio, en el que los que declaren deben tener determinados requisitos como ser mayores de toda excepción, de modo que por su edad, inteligencia y por la independencia de su posición social merezcan verdaderamente el nombre de fidedignos (artículo 377 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); dicha prueba, además, para ser admitida, debe versar sobre hechos ocurridos con anterioridad al principio del pleito y tener origen en personas igualmente fidedignas; la fama pública, por ser un estado de la opinión pública sobre un hecho que se prueba mediante el testimonio de personas que la ley considera hábiles para este efecto, debe ser uniforme, constante y aceptada por la generalidad de la población (artículo 376 del mismo ordenamiento) y los testigos que sobre ella declaren también, deben tener precisas condiciones, puesto que de lo contrario es un simple rumor impreciso; por otra parte, los periódicos publican las noticias que obtienen de las averiguaciones penales, pero sin preocuparse de comprobar la veracidad de las mismas, en donde es fácil que se formen sin fundamento razonable, como dicen los procesalistas; por lo tanto, a tales medios de divulgación debe dárseles a lo sumo el valor de indicios, insuficientes por sí solos para crear convicción en el juzgador.¹²⁶

PRECEDENTES:

Amparo directo 4024/82. Joel Díaz Barriga Murillo, 16 de febrero de 1983. 5 votos. Ponente: Jorge Olvera Toro.

Creemos que se ha incluido ésta circunstancia ,ya que si una de las razones por las que se atenúa la pena es por que la mujer práctica el aborto con la intención de conservar su "honor" éste no tendría que ser si goza de mala fama.

La única atenuante considerada como válida para la legislación mexicana es el aborto efectuado para evitar la deshonra de la mujer y la familia, lo que ha quedado casi intacto al pasar de los años. Y que se encuentra fundado en una concepción de la deshonra que data del medioevo y que es a todas luces inoperante en nuestros días: aquélla que equipara el honor y la buena fama con una determinada conducta sexual, propia sólo para la mujer casada.¹²⁷

Por lo tanto, el hecho de que una mujer sea bien vista ante los ojos de los demás o su conducta sea aprobada por los códigos morales de los demás es determinante para imponer la pena que una mujer merece por su aborto.

2.2.4.3. QUE HAYA LOGRADO OCULTAR SU EMBARAZO.

Es otra de las circunstancias que exige nuestro Código Penal para que el aborto sea atenuado, es decir que la gente no se de cuenta del embarazo, ya que de lo contrario -siguiendo la lógica de los legisladores- ya no habría "honor" que conservar. Nuestro Código exige la hipocresía para que la pena por abortar pueda ser atenuada.

¹²⁶ Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, séptima época, volumen 169-174, cuarta parte, P. 87.

¹²⁷ Acosta, *op. cit.*, p. 25.

El inciso referente a que haya logrado ocultar su embarazo, no sólo justifica la hipocresía, sino que implica que el honor es sólo una mera cuestión de apariencia: se salva si la mujer oculta su deshonra.¹³⁸

Como podemos advertir los llamados móviles del honor son muy cuestionables puesto que en este caso el honor sexual como interés social, se confronta con la vida del producto de la concepción, y se sanciona con una pena mínima el aborto que tenga como atenuante el honor.

Si únicamente ante el interés de salvaguardar el honor sexual de la mujer, la vida en formación resulta sumamente desvalorada, al introducirse nuevos y sin duda más valiosos bienes, la depreciación de esa vida se acentúa. (...) Ello es el resultado de una valoración social.¹³⁹

Por otra parte es de tomarse en cuenta que:

Las normas jurídicas son tales por que están aceptadas o establecidas por la organización social en que nos desenvolvemos. Pero en un siglo nos encontramos con que las convicciones culturales han variado en diferentes órdenes (...) con especial énfasis en lo que respecta a la mujer, no obstante que se admita el valor de la vida del producto de la concepción, han originado que la legislación penal sobre el aborto sea puesta, hoy, en tela de juicio.¹⁴⁰

En la actualidad se consideran -entre otros- valores sociales de alta jerarquía: el interés social de que los hijos cuenten con los elementos indispensables -afectivos, económicos, educativos- para alcanzar su pleno desarrollo físico, intelectual y espiritual, el interés social de que la mujer ejerza, integralmente, sus aptitudes de ser humano y el interés social de que la pareja se responsabilice plenamente de sus hijos.¹⁴¹ Lo que debe ser tomado en cuenta por nuestros legisladores dejando atrás la imagen de una sociedad que ya no es la misma.

Sin embargo, para el legislador es razón lo suficientemente fuerte como para atenuar la pena del aborto, que la mujer haya tenido como motivo para procurar o consentir su aborto el cuidar o preservar su "honor," términos por demás difíciles de definir y que además resultan de valor ínfimo -casi nulo-, sobre todo en la actualidad, respecto a otros móviles reales que el legislador no toma en cuenta, como lo son la calidad de vida de la madre y del futuro ser humano. Cuando la mujer practica un aborto tomando en cuenta estas circunstancias es sancionada con el rigor que la ley impone. Nosotros consideramos que deberían ser motivos mas que suficientes no sólo para atenuar la pena sino para despenalizar este tipo de abortos.

Por lo tanto la inclusión de estos llamados móviles de honor, no es mas que el producto de un afán por guardar las apariencias y al atenuarse

¹³⁸ *Ibidem*, p. 25.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹⁴⁰ Barreda Solorzano, op.cit., p. 81.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 82.

la pena, en estos casos, nos hace pensar que la misma tipificación del aborto obedece más a guardar las apariencias que a un real interés por la vida de el nuevo ser humano, y para muestra la considerable depreciación que sufre la vida de ese nuevo ser cuando existen los llamados móviles de honor. No deseamos que se eliminen éstas circunstancias de atenuación pero creo que no son las mas importantes.

2.3. ABORTOS NO PUNIBLES CONTEMPLADOS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

No es punible la práctica del aborto, según nuestro Código Penal:

Artículo 333:

Cuando es sólo por imprudencia de la mujer embarazada.

Cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334:

Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que este fuere posible y no sea peligrosa la muerte.

2.3.1. ABORTO CAUSADO POR IMPRUDENCIA DE LA MADRE.

El artículo 333 en su primera parte excluye de responsabilidad a la madre que produce el aborto por imprudencia. Según Francisco González de la Vega:

Esta causa especial de impunidad, (...) se funda en la consideración de que resultaría absurdo reprimir a la mujer cuando por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad (...)¹⁴²

En el mismo sentido opina García Ramírez, ya que considera que esta disposición obedece a que "se suele estimar que la mayor pena para aquélla -la mujer embarazada- es la pérdida misma de su expectativa de maternidad"¹⁴³

Antes de la reforma llevada a cabo en enero de 1993 al artículo 60 de nuestro Código penal, lo anterior resultaba una excepción a las reglas generales aplicables para los delitos que se cometieran por imprudencia, ya que era punible cualquier conducta culposa que causare el mismo daño que la dolosa, y por lo tanto, ésta excepción no operaba para el tercero que causare la muerte del producto de la concepción, sólo por imprudencia. En la actualidad, según el artículo 60, únicamente ciertos delitos -que se encuentran señalados expresamente por nuestro código- serán sancionados cuando se cometan por culpa. En esta enunciación no se encuentra el delito de aborto. Por lo tanto, cualquiera que imprudencialmente produzca la muerte del producto de la concepción queda excluido de punibilidad, -trátase de la mujer o de un tercero- con fundamento en el artículo 60 de nuestro Código penal, siendo por tanto innecesaria su inclusión el capítulo referente al aborto.¹⁴⁴

¹⁴² González de la Vega, Francisco, *El Código Penal comentado*, México, Editorial Porrúa, 1974, p. 120.

¹⁴³ García Ramírez, *op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁴ Cabe destacar que en algunos estados de la República, como es el caso del Estado de Morelos, Se sanciona el aborto que es producido por imprudencia, siempre que no se trate de la madre. Ver art.15.

2.3.2. CUANDO EL EMBARAZO ES RESULTADO DE UNA VIOLACIÓN

El artículo 333 en su segunda parte expresa que no será punible el aborto cuando el embarazo es producto de una violación. Este tipo de aborto ha sido calificado por algunos autores como aborto sentimental. Según Luis Jiménez de Asúa,

Sería no sólo injusto, sino monstruoso, imponerle -a la madre- el nacimiento de un hijo engendrado en contra de su voluntad, y al que difícilmente por el ultraje sufrido, podría no repudiar.¹⁴⁶

En opinión de García Ramírez

Esta disposición se ha querido apoyar en profundos datos emotivos y, en definitiva en el derecho de la mujer a ser madre consciente y deliberadamente, por propia y libre voluntad. La maternidad no se impone cuando la preñez ha sido resultado de una violación.¹⁴⁸

Por otra parte, pensamos que no sólo una violación priva de la libertad de decidir si se desea ser madre o no, ni tampoco únicamente una violación limita la voluntad de la mujer para engendrar un hijo, estamos seguros que hay muchos otros casos en que la maternidad resulta impuesta y que se da a luz a un hijo en contra de la voluntad de la madre. Por lo que si la intención fuera darle a la mujer el derecho de ser madre deliberadamente muchas otras situaciones estarían incluidas. No por ello deja de ser indispensable la exclusión de punibilidad en éste caso.

Según García Ramírez en un momento dado se ha llegado a entender que de no existir disposición expresa en que se excluyera de responsabilidad este tipo de aborto, tal conducta podría llegar a quedar comprendida en la eximente terapéutica¹⁴⁷ -que en la mayoría de los países, se refiere a preservar la salud de la madre sobre la vida del feto- ya que la salud mental de la madre podría verse afectada por la imposición de la maternidad.¹⁴⁸

Consideramos que si en realidad no se regulara en forma específica este tipo de aborto y quedará comprendido en la eximente terapéutica, a mas de no ser posible porque en nuestra legislación esta eximente sólo contempla que corra peligro la vida de la madre y no su salud, existe el inconveniente de probarlo para lo cual no hay tiempo suficiente, y no siempre se cuenta con los recursos para ello.

Por otra parte si el fundamento para que no sea punible el aborto, en éste caso, es el daño a la salud de la mujer causado por la imposición de la maternidad, podría de la misma forma quedar comprendida la conducta de

¹⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Santander, Editorial Historia nueva, 1982, p. 95.

¹⁴⁸ García Ramírez, *op. cit.*, p. 110.

¹⁴⁷ *Vid. infra*, p. 51.

¹⁴⁸ García Ramírez, *op. cit.*, p. 111.

la madre que procura o consiente su aborto cuando concibió en contra de su voluntad, ya que se encuentra probado que el concebir un hijo sin que éste sea deseado, puede dañar la salud de la madre. Al respecto García Ramírez opina que en efecto:

Este entendimiento podría conducir a la impunidad de otros supuestos de aborto cuando no se ha querido la procreación, aun cuando el embarazo no tenga su origen en el empleo de la violencia- como se entiende existe en este tipo de aborto-. Con mayor razón se llega a esta consecuencia si se sostiene que en la base de la despenalización del aborto sentimental existe el ejercicio de un derecho: la facultad de libre procreación, que permite cancelar las consecuencias de una fecundación no querida.¹⁴⁹

Al excluir de responsabilidad el aborto que es consecuencia de una violación, el legislador sigue una tendencia mundial; sin embargo nos encontramos con que no existe el mecanismo al alcance de la mujer para asistir a los servicios médicos de salud correspondiente y hacer efectivo esta disposición en las mejores condiciones y con el menor riesgo para su salud.

2.3.3. ABORTO TERAPÉUTICO.

El artículo 334 de nuestro Código Penal, expresa que no se aplicara sanción:

cuando de no provocarse el aborto, 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 y no sea peligrosa la demora.

Por lo tanto, nuestro código Penal excluye del campo delictivo el aborto realizado por un médico cuando peligró la vida de la mujer embarazada.

Aquí, la expulsión o extracción del feto, con la muerte de éste, son necesarios para salvar la vida de la madre, que ésta se expone a perder si prosigue el embarazo. Alguna vez se libró la solución del conflicto a la "mano de Dios", llevándolo hasta sus últimas y naturales consecuencias, cualesquiera que estas fuesen. Ahora en interés de la prole, en bien de la pareja y provecho de la vida ya desarrollada, por contraste con la incipiente o elemental, se preserva ante todo a la madre, lo que no implica obviamente que deba resolverse la antinomia; sino que puede ser éste su desenlace, sin consecuencia penal. (...) ¹⁵⁰

Aquí, al igual que en el aborto sentimental, es importante hacer notar que no existen los instrumentos normativos necesarios para que en estos casos se proceda a practicar el aborto correspondiente, es decir, no se encuentra reglamentado un procedimiento específico, ni los medios al alcance de cualquier mujer que se encuentre en dicha situación, circunstancia que deja a ésta en las mismas condiciones de desprotección.

Esta falta de instrumentación (...) es una prueba mas de los intereses económicos que existen detrás de las prácticas clandestinas del aborto. Intereses que orilan a toda mujer que no desea o puede continuar con su embarazo, a recurrir a ellas. La importancia de hacer

¹⁴⁹ García Ramírez, *op. cit.*, p. 111.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 110.

este apuntamiento estriba en el compromiso que debe asumir el Estado frente a una declaración normativa. No basta hacerla, se requiere, también de los instrumentos necesarios para que el derecho contenido en esa declaración sea exigible.¹⁵¹

Por otra parte "es inexplicable que el artículo restrinja el aborto al peligro de la muerte inmediata, subestimando un aspecto tan vital como la conservación de la salud íntegra"¹⁵² La O.M.S. ha definido a la salud como:

El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Nuestro Código Penal, a diferencia del sistema penal utilizado en otros países, no contempla el supuesto de que al no producirse el aborto pueda resultar dañada la salud de la mujer tanto física como mental. En este último aspecto poco se ha reparado en que con la continuación de un embarazo no deseado se puede afectar seriamente la salud mental de la mujer embarazada.

El artículo 334 hace caso omiso de la salud mental que indudablemente es una parte importante del bienestar general poniendo en peligro no sólo su propio bienestar sino el de toda su familia. Es inadmisibles que la ley olvide un aspecto tan importante.¹⁵³

Por lo que con la actual legislación la salud de la mujer, no solo física sino también mental, resulta gravemente dañada sin que se haga nada al respecto.

Por otra parte, según Luis de la Barreda, la disposición contenida en el artículo 334 no es sino una especificación técnicamente mal planteada de la causa de lícitud conocida como estado de necesidad, la cual existe cuando se sacrifica un bien de menor valor por constituir ese sacrificio, en caso de conflicto, la única vía para salvaguardar el bien de mayor valor.¹⁵⁴

No cabe duda que la vida de la mujer embarazada ha de considerarse de mayor valía que la vida en formación del producto. La fórmula de la causa de lícitud indicada, no requiere evidentemente de la presencia del médico, por lo que si la intervención de este último no se produce, éste quedara amparado por la justificante antes mencionada.¹⁵⁵

En el mismo sentido opina Sergio García Ramírez puesto que considera que:

En rigor no parece necesario exceptuar de pena al aborto terapéutico en la parte especial del Código Penal. Basta, en efecto, con la prevención excluyente que sobre el estado de necesidad contiene la parte general.¹⁵⁶

Efectivamente estamos, en este caso, frente a un estado de necesidad; sin embargo, nuestra legislación ha preferido excluir de

¹⁵¹ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵² Acosta, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Id.*, *infra*, Cap. II, 1.3.3, "Aborto terapéutico".

¹⁵⁵ Barreda, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁶ García Ramírez, *op. cit.*, p. 110.

responsabilidad expresamente esta situación, evitando así la dificultad de probar dicha excluyente. Por otra parte la excluyente terapéutica como un estado de necesidad, es mas amplia que la excepción que hace el Código Penal, ya que en éste caso, creemos, si se contemplaría el posible daño a la salud de la mujer embarazada como un estado de necesidad, pues consideramos que la salud de ésta es un bien de mayor valor ya que de la misma depende el bienestar de un mayor numero de miembros de la sociedad. Para concluir diremos que con la actual regulación del aborto terapéutico se deja en manos de la mujer el defender su salud bajo un claro estado de necesidad.

Cabe hacer la aclaración que tanto en éste tipo de aborto, como aquél que se realiza por que el embarazo es producto de una violación deben contar con el consentimiento de la mujer embarazada, aunque nuestro código no lo exprese de ésta manera, ya que en todos los casos y sin excepción el aborto sufrido siempre debe ser punible.

2.4. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD APLICABLES A LA COMISIÓN DEL ABORTO

En nuestro sistema penal existen ciertas causas o circunstancias que justifican o excluyen de responsabilidad al autor de una conducta delictiva; las mismas se encuentran consignadas en el artículo 15 del Código Penal. Partiendo de esta idea, algunos autores consideran que la comisión del delito de aborto voluntario se encuentra amparado por algunas excluyentes de responsabilidad, a ellas haremos referencia.

La fracción I del artículo 15 de nuestro Código Penal, dice que el delito se excluye cuando el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente. En el caso del aborto se excluye de responsabilidad al agente cuando el hecho que produce la muerte del producto de la concepción se realiza involuntariamente, a diferencia del delito culposo en el que el hecho se realiza voluntariamente, pero no se desea que se produzca el resultado.

La fracción II del artículo 15 señala que el delito se excluye cuando falta alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate. En el caso del tipo penal de aborto hemos mencionado ya los elementos que deben concurrir, sin embargo, como ejemplo podríamos citar el dolo que en el caso del aborto debe existir para que haya delito.

La fracción IV del artículo 15 designa lo que conocemos como legítima defensa, cuyo caso creemos podría excluir de responsabilidad al tercero que produce la muerte del producto de la concepción

La fracción VII del artículo 15, nos dice que el delito se excluye cuando al realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente haya proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. En el caso concreto el aborto, si la mujer o un tercero producen la muerte del producto de la concepción padeciendo un trastorno mental, no será punible su conducta.

La fracción VIII excluye de responsabilidad cuando se realiza la acción u omisión bajo un error invencible, bien sea:

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de éste código.

Es muy posible que en diversas comunidades de nuestro país se ignore la existencia de una ley que sancione al que realiza un aborto. O bien, probablemente la mujer que procura o consciente en su aborto

considere que esta justificada su conducta quizá por algún derecho consignado en su favor, en cuyo caso no será punible.

Finalmente la fracción X del artículo 15 de nuestro Código penal excluye de responsabilidad cuando el resultado típico se produce por caso fortuito. En el caso fortuito debido a que no se puede responsabilizar a nadie y es algo totalmente ajeno a nuestra voluntad no es punible.

Estas fracciones son las aplicables para el caso de que el delito de aborto se produjera en determinadas circunstancias, sin embargo aun que esto no sucediera, en muchas otras ocasiones podríamos encontrarlos bajo una excluyente de responsabilidad, según lo siguiente:

2.4.1 ESTADO DE NECESIDAD

Ya cuando hablábamos del aborto sentimental y terapéutico hicimos referencia a que la mayoría de los autores coincidían en que la exclusión expresa de responsabilidad de ambas conductas era innecesaria, puesto que se encontraban amparadas por un claro estado de necesidad. Así mismo, nosotros apuntamos que esa situación podría hacerse extensiva a muchos otros casos de aborto voluntario, puesto que el artículo 15 fracción quinta excluye de responsabilidad cuando:

Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de igual o menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Esta causa de licitud ha sido interpretada como el sacrificio de un bien de igual o menor jerarquía, que el que se intenta salvar, por constituir este sacrificio el único medio para salvaguardar el bien mayor. Consideramos que en aquellos casos en que la mujer embarazada concibe y tiene un hijo en contra de su voluntad, puede dañar seriamente su salud, -entendida ésta en su concepción mas amplia-, por lo que, al considerarse ésta de mayor valor que la vida del producto de la concepción, se puede practicar un aborto válidamente bajo dicha excluyente de responsabilidad.¹⁵⁷

Sin embargo, según la fracción quinta del artículo 15, es necesario no solamente probar que se ha sacrificado un bien menor o de igual jerarquía por un bien mayor, sino que ese conflicto no haya sido ocasionado dolosamente, ni tener el deber jurídico de afrontarlo. Es por ello que consideramos que la no punibilidad para el aborto terapéutico y sentimental debe seguir contenida expresamente en nuestro Código Penal, puesto que la necesidad de probar este supuesto conlleva muchas dificultades para la mujer, además de tiempo, con el que no cuenta en esos momentos.

2.4.2. EL EJERCICIO DE UN DERECHO

¹⁵⁷ Vid. *supra*, Cap. II, 1.3.2, 1.3.3 "Aborto sentimental y terapéutico."

El artículo 15 de nuestro Código Penal excluye de responsabilidad, cuando:

La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

Se considera que la mujer que aborta se encuentra justificada por que ejerce sus derechos, a saber, aquéllos que se encuentran directamente relacionados con el artículo 4º constitucional: el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos, o bien, el derecho a la salud.¹⁵⁸

En estas circunstancias no sólo hay justificación para recurrir al aborto, sino qué el Estado es el que debe proporcionar los servicios correspondientes, de manera tal que la mujer no arriesgue ni su salud ni su vida en el ejercicio de un derecho.¹⁵⁹

Según Pérez Duarte, cuando una mujer practica un aborto en forma voluntaria esta actuando en el ejercicio de un derecho y en caso de ser juzgada podría ser defendida y obtener su absolución por existir dicha excluyente de responsabilidad.¹⁶⁰ Desgraciadamente, no todas las mujeres que se encuentran en estas circunstancias cuentan con los medios para defenderse, por lo que, lo óptimo sería que nuestros legisladores tomaran en cuenta dichas excluyentes para no penar el aborto procurado o consentido.

2.4.3. NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Se considera que en diversos casos en que la mujer procura o consiente en el aborto se actúa bajo la no exigibilidad de otra conducta, puesto que la fracción IX del artículo 15 expresa que el delito se excluye cuando:

Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Diversos autores consideran que en muchos casos en que la mujer aborta no es exigible otra conducta, los ejemplos son múltiples; sin embargo nosotros podríamos citar como ejemplo de que no se le puede exigir otra conducta a la mujer cuando ésta no tiene con que mantener a ese futuro ser, o cuando padece de una enfermedad mortal que seguramente le transmitirá, o cuando para preservar su salud decide no continuar con el embarazo.

¹⁵⁸ Vid. *Infra*, Cap. II, 3. "Marco constitucional."

¹⁵⁹ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁰ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 87 y 98.

3- EL ABORTO EN LOS CÓDIGOS PENALES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA

La legislación sobre el aborto varía según el estado del que se trate; lo más significativo son las excepciones de punibilidad. En el Distrito Federal sólo se excluye de responsabilidad cuando el embarazo es producto de una violación, cuando el aborto se practica para salvar la vida de la madre o bien cuando se produce por imprudencia. El mismo criterio siguen los estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Guanajuato, Guerrero, México, Morelos, Querétaro, Sonora, Tabasco y Zacatecas. Únicamente los estados de Aguascalientes y Tabasco coinciden totalmente con la legislación del Distrito Federal en cuanto a los supuestos que contempla y las sanciones. A continuación haremos referencia a las principales diferencias que contemplan los estados de la república respecto al Código del Distrito Federal.

3.1. DEFINICIÓN DEL ABORTO

En cuanto a la definición del aborto todos lo definen como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez" a excepción de Morelos que no lo define.

3.2. SANCIONES

Casi todas las entidades federativas, menos Chiapas e Hidalgo, contemplan una sanción adicional para aquéllos que teniendo conocimientos médicos practiquen el aborto, la sanción consiste básicamente en la suspensión del ejercicio de su profesión por determinado tiempo.

En 18 estados de la república se contemplan las atenuantes del honor, las cuáles son las mismas que en el Distrito Federal, a excepción de Jalisco y Nayarit que agregan una cuarta circunstancia es que el aborto se practique dentro de los primeros cinco meses de embarazo. Guanajuato, Hidalgo, México y Michoacán indican una disminución de la pena para la mujer que recurre al aborto para "ocultar su deshonra" sin estipular circunstancias.

3.3. SUPUESTOS EN QUE EL ABORTO NO ES PUNIBLE. ¹⁶¹

3.3.1. El aborto eugenésico

Colima	atenuado	artículo 190 fracción IV
Puebla	impune	artículo 343 fracción IV
Guerrero	atenuado	artículo 121 fracción III
Chihuahua	impune	artículo 136 fracción IV
Durango	atenuado	artículo 215 fracción II
Guanajuato	atenuado	artículo 123 fracción III
Coahuila	atenuado	artículo 142 fracción IV

¹⁶¹ *Vid infra*, Cap. III, 2.3. "La eugenesia..."

Veracruz	impune	artículo 133 fracción IV
Yucatán	impune	artículo 391 fracción V
Chiapas	impune	artículo 220 fracción II

A reservar de tratar este tema más adelante, es conveniente señalar que existe aborto eugenésico cuando a través de pruebas practicadas por peritos especializados existe la probabilidad de que el producto de la concepción nazca con anormalidades físicas o mentales que le ocasionen alguna incapacidad o invalidez.¹⁶²

Ahora bien, el dictamen por parte de los peritos debe ser anterior a la interrupción del embarazo, puesto que es justificante del mismo, pero en opinión de García Ramírez si el aborto se llevara a cabo sin mediar dictamen y este se rindiera posteriormente, aunque el aborto en estricto sentido sería punible, debería aplicársele una pena mínima para seguir con la lógica de la ley.¹⁶³

Finalmente cabe anotar que en la mayoría de los estados en que se excluye de responsabilidad la práctica del aborto eugenésico, según lo enuncian los diferentes ordenamientos, éste se define como aquél que se practica con la intención de evitar que el producto nazca con taras hereditarias, causas eugenésicas graves y alteraciones genéticas o congénitas graves que den por resultado alteraciones físicas o mentales.

3.3.2. El aborto por razones económicas¹⁶⁴

En los siguientes estados de la república el aborto por razones económicas ha sido motivo de impunidad o atenuación, tal es el caso de:

Yucatán. El artículo 391 fracción IV enuncia que no es punible el aborto cuando a las razones económicas graves se le añade, que la mujer embarazada tenga ya por lo menos tres hijos.

En Guerrero -artículo 119- y en Querétaro -artículo 139- se faculta al juzgador para aplicar a su criterio, siempre que sea equitativo, hasta una tercera parte de la pena prevista para la mujer que procura o consciente en su aborto. Para ello -según dichos artículos- se tomarán en cuenta circunstancias como: el estado de salud de la mujer, su instrucción y condiciones personales, la circunstancia en que haya concebido, la duración del embarazo, el desarrollo y características del feto, el consentimiento otorgado por el progenitor; siempre y cuando este viva con la mujer embarazada y cumpla responsablemente con las obligaciones que dicha unión genera, y en general todas las circunstancias que puedan influir en el ánimo del juzgador.

¹⁶² Acosta, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶³ García Ramírez, *op. cit.*, p. 113.

¹⁶⁴ *Vid infra*, Cap. III, 2.2. "Aborto por razones económicas."

Como podemos observar, las razones aquí incluidas van mas allá del aspecto económico pues se consideran aspectos como, la salud de la madre y las características del feto, por lo que dichas circunstancias podrían ser motivo de otra causal de atenuación o desincriminación. Por otra parte, el hecho de que se deje al arbitrio del juzgador la medida de la atenuación de la pena genera un tanto de inseguridad jurídica puesto que para algunos jueces quizá con la existencia de una sola de estas circunstancias será suficiente para atenuar la pena y para otros tal vez se requiera la concurrencia de todas las circunstancias arriba descritas, por lo que no existe un trato generalizado ni homogéneo al respecto.

3.3.3. El aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial indebida.

En el estado de Colima según el artículo 190 fracción II, no se sanciona el aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial "indebida".

Para autorizar su práctica se requiere que tal circunstancia se compruebe por el ministerio público. Aquí se actúa bajo el mismo criterio por el que no se sanciona el aborto cuando el embarazo es producto de una violación, ya que en este caso se concibió en contra de la voluntad de la madre o en ausencia de su consentimiento, y es por ello que no se le impone la maternidad. Así lo confirma el Código Penal del estado de Chihuahua en su artículo 219 fracción IV, ya que no sanciona el aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial que se haya efectuado con ausencia de consentimiento de la mujer o contra su voluntad.

3.3.4. El aborto sentimental y honoris causa

En los estados de Chihuahua, Veracruz, Durango, Colima, Coahuila y Oaxaca, para que opere la excluyente de responsabilidad del aborto sentimental es necesario que se realice dentro de los siguientes 90 días contados a partir de la concepción. Este plazo se ha establecido en protección de la salud de la madre, sin embargo es necesario también la celeridad en las autoridades que deban intervenir en el procedimiento, para que esto sea posible.

3.3.5. El aborto terapéutico

Finalmente es importante notar aquí que el aborto terapéutico en el que se incluye la protección a la salud de la madre como excluyente de responsabilidad lo contemplan los estados de: Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas y Tlaxcala . En el estado de Veracruz en el año de 1979 se intentó incorporar dicha atenuante mediante un proyecto del Instituto Nacional de Ciencias Penales, desgraciadamente este proyecto no fue aprobado.

3.3.6. El caso especial de Chiapas

El tratamiento del aborto en el estado de Chiapas es motivo de análisis aparte, puesto que, como veremos a continuación, actualmente prevalece una situación sugeneris.

El Código Penal chiapaneco, en un intento del legislador por adecuarse a las necesidades y cambios de la sociedad, ha sido motivo de constantes cambios. El Código Penal de 1938 imponía una pena menor para el aborto producido por una causa eugenésica, así como el aborto producido por razones económicas; sin embargo, en el año de 1984 se eliminó ésta última causa de atenuación.

El 9 de octubre de 1990 el Congreso chiapaneco aprueba un nuevo Código penal para el estado de Chiapas, el cuál es publicado el 11 de octubre de 1990 en el periódico oficial del estado y en el que se establecía que entraría en vigor a los 50 días de su publicación. En el capítulo VI de éste ordenamiento, referente al tema del aborto, se publicaron una serie de reformas de trascendental importancia para este estado y para el país en general. En el artículo 136 de dicho ordenamiento se contempló un listado de causas bajo las cuales el aborto no debía ser punible, las indicaciones que se incluyeron fueron: éticas, -cuando el embarazo es producto de una violación- terapéuticas y , eugenésicas. Es de destacar que se realizó una innovación en materia de aborto ya que se incluyó una causa en la que se permitía la práctica del aborto por razones de planificación familiar. Se requería únicamente el consentimiento de la pareja, o bien si la mujer era soltera se permitía que ella sola tomara la decisión. En dicho ordenamiento se señala que el aborto debe realizarse dentro de los primeros noventa días de gestación y previo dictamen de un médico, siempre y cuando no fuera peligrosa la demora.¹⁶⁵

El 18 de diciembre del mismo año el entonces gobernador de Chiapas, Patrocinio González Blanco Garrido, informó acerca de las reformas substanciales llevadas a cabo en materia de aborto; sin duda esta decisión fue polémica, controvertida y atacada.

La presión fue tal que el 31 de diciembre el Congreso chiapaneco decreta la suspensión del capítulo referente al tema del aborto. El congreso afirma: "es una decisión de carácter general, para todos aquéllos que en conciencia quieran acogerse a ella"¹⁶⁶ Posteriormente analiza el desarrollo de la medida y su repercusión en grupos radicales y vanguardistas, concluyendo:

¹⁶⁵ Lo único que a juicio de Pérez Duarte hizo falta fue imponer la obligación, por parte del estado, de proporcionar información preventiva, así como información sobre el embarazo y el aborto, y finalmente la asistencia de los servicios de salud en los mismos rubros. Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁶ López García, Guadalupe, *Aborto: Chiapas y su repercusión*. *Fem*, México, 1991, N° 98, p. 11 y ss.

Con el propósito de hacer evidente el compromiso de Chiapas con el respeto a los derechos humanos y dada la relación que ha existido con la Comisión Nacional de derechos humanos -entonces presidida por Jorge Madrazo- los suscritos diputados estatales de la mayoría parlamentaria del P.R.I., consideramos conveniente esperar la opinión solicitada a la Comisión mencionada.

Por lo tanto, se decretó la suspensión del capítulo relativo al aborto en tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos determinaba si era o no atentatorio de algún derecho. Suspensión que se ha convertido en definitiva, pues no hubo el pronunciamiento esperado de la C.N.D.H. a favor o en contra de dicho ordenamiento.

Cabe aclarar, que la opinión que pudiera emitir la Comisión respecto a la legislación del aborto, únicamente sería limitándose a expresar si viola algunos de los derechos humanos, pero dicho pronunciamiento no tiene fuerza legal, ni mucho menos podría derogar una ley, puesto que así como para crear una norma se requiere de un proceso legislativo, también para su abrogación o derogación se deben cumplir con una serie de formalidades.

Desgraciadamente, cuando se intenta revalorizar la situación jurídica del aborto, como es el caso de Chiapas, diferentes grupos de presión impiden un trato justo para la mujer que aborta.

Como podemos observar, en la mayoría de las legislaciones de los estados antes mencionados el tratamiento del aborto representa un gran avance para nuestro sistema jurídico. Si bien, todavía resta mucho por hacer, la legislación de algunos estados de la República se encuentra más adecuada a las necesidades sociales y a la realidad que estamos viviendo día con día.

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES SOBRE LA DESINCRIMINACIÓN DEL ABORTO VOLUNTARIO

A través del tiempo y en todo el mundo, ha sido necesaria una revisión de la regulación jurídica del aborto. Diferentes sociedades, en diferentes épocas, se han dado cuenta de la necesidad de dar a la práctica del aborto un tratamiento jurídico más justo, más adecuado a nuestra realidad y a nuestras necesidades, pero, sobre todo, más apegado a nuestros valores, a los valores de una sociedad para la que lo más importante ya no es la crítica que nos hagan los demás, sino una vida digna, con la satisfacción de las necesidades básicas para los que ya nacieron y para los que están por nacer. Todo esto y muchos factores más han llevado a que en diferentes sistemas jurídicos la práctica del aborto, bajo ciertas circunstancias, sea lícita.

1. DERECHOS HUMANOS Y ABORTO

Hemos hecho referencia a la íntima relación que guardan las garantías individuales con la regulación del aborto, específicamente aquellas que se encuentran consignadas en el artículo cuarto constitucional. Así mismo, analizamos cómo el establecimiento del aborto como delito va en contra de ellas. Muy vinculado a este tema se encuentra el de los derechos humanos. La regulación del aborto y los derechos humanos serán motivo de nuestro siguiente análisis.

1.1. Derecho a la vida

Si bien, ya hemos hecho alusión en diferentes puntos de nuestra tesis a la protección jurídica que nuestro Código penal hace al respecto, es importante aquí concretar este punto.¹⁶⁷

No discutiremos nuevamente el tema referente al comienzo de la vida, sabemos que la vida no comienza al nacer, que hay vida dentro del seno materno aún antes de la concepción, y que al fusionarse el óvulo con el espermatozoide dan origen a otro tipo de vida.¹⁶⁸ Pero sabemos también que existe una clara diferenciación entre vida humana y ser humano, que no todo lo que tiene vida humana es un ser humano. Por lo tanto, consideramos al feto como:

Una entidad viva de origen humano con el potencial inherente y activo para desarrollarse hacia una persona humana, si se dan las condiciones favorables¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Vid supra*, cap. I, 1.5 "Disputa doctrinaria" y cap. II, 1.2. 1.1 "Bien jurídico protegido."

¹⁶⁸ *Vid supra*, cap. I, 1.5 "Disputa doctrinaria."

¹⁶⁹ Comisión Nacional Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 14.

En México, a diferencia de otros países,¹⁷⁰ no se encuentra protegida la vida -al menos expresamente- en nuestra Constitución, por lo que para ello es necesario recurrir a otros ordenamientos. Nuestro Código penal en su artículo 302 protege la vida bajo el tipo de homicidio, de la siguiente manera:

Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

Sin duda este artículo al referirse a "otro" hace alusión al concepto de ser humano y de persona, no comprende el del embrión, el de la esperanza de vida, el del ser humano potencial, pues de ser así resultaría innecesario el tipo de aborto, éste en cambio sí protege al producto de la concepción.¹⁷¹

Por otra parte, frecuentemente se hace alusión al Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal, como una clara muestra de que el no nacido es considerado ya como una persona para el derecho y que su vida se encuentra protegida desde antes de su nacimiento, esto generalmente a la luz del artículo 22 del Código Civil, que a la letra dice:

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.¹⁷²

La protección legal que establece el artículo 22 del Código Civil, para el no nacido, se traduce únicamente en los siguientes derechos: a) la posibilidad de ser instituido heredero (artículo 1314 y 1638 del Código Civil) b) la posibilidad de ser designado legatario (artículo 1391 del Código Civil) y c) la posibilidad de recibir donaciones (artículo 2357 del Código Civil). Los requisitos para que tales prerrogativas operen son que debe vivir veinticuatro horas o presentarse vivo al registro civil aunque no haya vivido ese período.¹⁷³

Según Galindo Garfías, con vista a la protección del ser humano y puesto que la gestación es un anuncio del alumbramiento, el derecho objetivo no puede desatender que ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que puede adquirir

¹⁷⁰ Como ejemplo podemos citar al caso de España, que en el artículo 10 de su Constitución protege expresamente la vida. Otero, Andrés *Iustitia*, "Todos tienen derecho a la vida. Hacia un concepto constitucional de persona" *Giuffrè editore*, 1994, p. 121.

¹⁷¹ *Vid supra*, cap. II, 12.1.1 "Bien jurídicamente protegido."

¹⁷² Según Galindo Garfías, se entiende por capacidad "tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo. La capacidad comprende dos aspectos a) la capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y b) la capacidad de ejercicio que es la aptitud para hacer valer aquéllos y cumplir éstas por sí mismos" Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho civil, parte general, personas, familia*. México, Editorial Porrúa, 1990, p. 388.

¹⁷³ Galindo Garfías, *op. cit.*, p. 389.

al ser concebido, deben ser adoptadas para que si llega a nacer, adquiere vida propia y llega a vivir por sí mismo, ya separado de la madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos. Sin embargo, el nacistratus en tanto no ha nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos, no ha adquirido aún personalidad ni capacidad.¹⁷⁴

Como podemos observar, la regulación del Código Civil se limita a proteger al producto de la concepción respecto de aquéllos derechos que al nacer pudiera gozar, pero de ninguna manera establece prohibición o derecho alguno para privar de la vida al producto de la concepción.

Por lo tanto, en México la protección de la vida comienza a partir del nacimiento y únicamente se protege la del embrión bajo el tipo de aborto, el cual es motivo de nuestro análisis. A nivel internacional no existe ningún documento que proteja o prohíba la privación de la vida desde el momento de la concepción. Esta prohibición, cuando existe, es propia de cada país, algunos con un respaldo constitucional, otros como el nuestro mediante sus ordenamientos penales. Los instrumentos internacionales lejos de realizar declaraciones de protección hacia el nacistratus han dado recomendaciones sobre la autorización legal del aborto; sin embargo, los lineamientos en este aspecto son respetar el ordenamiento interno de cada país.

Respecto a los derechos de los niños, a pesar de existir múltiples organismos dedicados a proteger y hacer valer sus derechos, ninguno de ellos se encuentran referidos a los derechos del producto de la concepción. Así, podemos concluir que se protege la vida, esto es indudable, pero cabe aclarar que dicha protección comienza a partir del nacimiento y es únicamente válida para las personas, y que el embrión en el seno materno aún no lo es¹⁷⁵ y que es por ello que se han creado regímenes especiales para protegerlo en mayor o menor medida, como lo es el caso concreto del tipo de aborto y que frente a una realidad como la nuestra exige un cambio para salvar la vida de muchas mujeres, mejorar las calidades de vida de éstas y prever una vida digna para un futuro ser humano.

1.2. El derecho a la calidad de vida.

El derecho a la vida es el punto neurálgico de la problemática sobre el aborto. Sin embargo,

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 312.

¹⁷⁵ Valga aquí de ejemplo el caso español en el que para poder incluir en el artículo 10 de la Constitución española la protección hacia el nacistratus se intentó cambiar el vocablo de "todas las personas" por el de "todos" gozan del derecho a la vida. "Querer rendir al no nacido honores de sujeto, sin reconocerle a la vez la condición jurídico-constitucional de persona, lleva por esta vía a la paradoja final de situarnos ante un objeto tan valioso como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto. (...) los valores no sirven como coartada para despersonalizar los derechos" Otero, Andrés *op. cit.*, p. 126, 127.

tratándose de aspectos tan importantes como la propia vida del ser humano, es imperante, al profundizar en cualquier línea de la reflexión, tener como marco su dignidad, su singularidad y su unicidad ontológica.¹⁷⁶

Es importante resaltar que la vida humana no es cualquier vida, es una vida que debe tener una serie de características que la revistan de esa dignidad y unicidad. Una vida que permita, a la persona que la vive, un desarrollo pleno tanto de relaciones interpersonales, como familiares y sociales satisfactorias.

(...) la vida humana ha de entenderse como espacio-tiempo "aquí" y "ahora" y ambos son para el hombre dimensiones cualitativas no cuantitativas, están en el reino de la intensidad no de la extensión. Vivir para el hombre no es sólo manifestar, nutrir y reproducir la vida; no es sólo realizar las funciones vitales. Vivir para el hombre es hacer su propio ser o deshacerlo; la vida conlleva la posibilidad de "ser más" o "ser menos" humano, ser "así" o "de otro modo", de ser "mejor" o "peor" respecto de sí mismo. Y estas variantes implican la opción; en ellas el hombre se juega su propio ser. Su misma libertad lo determina a realizar o no realizar su propia humanidad.¹⁷⁷

De tal forma que ese futuro ser humano pueda convertirse en una persona amada y deseada aún antes de nacer y que además, sea capaz de amar a otros seres. Si esto es la vida humana, entonces el derecho a la vida, desde el punto de vista ético, debe tener por referente precisamente el derecho a esta vida de dimensiones cualitativas y no cuantitativas. No debemos limitarnos a un derecho que baste únicamente para asegurar la vida como un simple hecho "natural," es preciso garantizarla en un entorno que permita las formas más intensas de vivir y potenciar la vida humana, un entorno que garantice la humanidad de esa vida y las posibilidades de vivirla cualitativamente como ser humano.

No podemos, como antaño, sacrificar la vida al grado de tomar una actitud pasiva y fatalista frente a ella, ni tampoco exaltarla como un simple fin en sí misma, como un absoluto que basta por sí (...) la vida es un bien en sí misma, pero a la vez importa la manera de vivir, la "sobre vida" que se monta sobre la vida natural: el orden moral e histórico de la vida humana. El cómo se vive, la calidad de la vida, es tan determinante de la vida como la vida misma. De ahí que podamos y debamos "planificar" la vida.¹⁷⁸

Se plantea así la necesidad de definir la defensa de la calidad de vida tanto de la mujer embarazada como del ser que pudiera nacer de ese embarazo. Una calidad de vida que permita el desarrollo de las potencialidades humanas tanto de la mujer, como del posible nuevo ser.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁷⁷ González, Juliana, *Notas sobre el concepto filosófico de la vida*, Seminario salud y derechos humanos, México, Comisión Nacional de derechos humanos, Colección Manuales, num 13, 1991, p. 10.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 12.

Condiciones que sólo pueden darse, por el lado de la mujer, si ella está realmente consciente de lo que significa la maternidad si la asume como un compromiso vital, si así lo desea. Por el lado del nuevo ser las condiciones para su desarrollo se darán si es deseado en el núcleo de su propia familia, independientemente de su estructura, si como consecuencia de ese deseo recibe los afectos y los cuidados que requiere -sobre todo- en las primeras etapas de su vida, si recibe el apoyo económico para su instrucción y acceso a los ámbitos de la cultura, si su cotidianidad, al igual que la de su madre y su padre o de las personas que le brindan apoyo y afecto, se desarrolla en un ambiente psicofísico y social adecuado.

Se ha elevado también como valor fundamental la dignidad de la persona, puede deducirse que la dignidad es,

un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.¹⁷⁹

El respeto a la vida y el derecho a la vida están necesariamente referidos a vida humana en un contexto de plenitud, por lo tanto,

La forma de vida, la calidad de vida, sobre todo su calidad moral, ha de contar tanto o más que la vida misma. No basta asegurar la vida como un hecho natural; ha de asegurarse la "humanidad" de esa vida las posibilidades de una existencia humanizada, aunque éstas, sin duda, son casi siempre imprevisibles e incalculables.¹⁸⁰

1.3. El derecho a la protección de la salud

A nivel internacional la OMS es la encargada de establecer los lineamientos en materia de salud, y en donde se le ha definido no sólo como la ausencia de enfermedad, sino como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

La OMS ha informado 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 es consecuencia de la falta de pericia de la persona que realiza la intervención y de la falta de utilización de los servicios médicos y hospitalarios adecuados. En la reunión de Helsinki de 1971, se admitió que el aborto debe ser considerado como un "medio excepcional" de interrupción de embarazos no deseados y se recomendó tanto la legalización, como la adopción de medidas preventivas y el desarrollo de una infraestructura hospitalaria adecuada para atender a este tipo de intervenciones.

¹⁷⁹ Ibañez y García Velaso, *op. cit.*, p. 193.

¹⁸⁰ González, Juliana, *op. cit.*, p. 11.

La OMS identifica tres razones médicas diferentes, para efectuar el aborto:

1.- Para salvar la vida de la madre. Únicamente esta razón es adoptada en México

2.- Para preservar la salud física y mental de la madre. Esta circunstancia no es tomada en cuenta por nuestro sistema jurídico y la continuación del embarazo es obligatoria pese la afectación de la salud física o mental de la madre, lo cual trae graves consecuencias para la mujer y para su entorno social.

3.- Por motivos médico no especificados. También se aconseja cuando la continuación del embarazo impida la utilización de recursos terapéuticos conducentes al tratamiento oportuno de algún padecimiento presente.

En México el derecho a la salud se encuentra consignado en el artículo cuarto de nuestra Constitución. La ley general de salud, reglamento del mismo, establece los objetivos de la protección de la salud.¹⁸¹ Sin embargo, tratándose de las mujeres, parece ser que el acceso a este sistema de salud está condicionado ya que aquélla 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.

1.4. Derechos reproductivos

Con este concepto se comprenden entre otros el derecho a la atención materno-infantil, a formar una familia, a una maternidad libre y responsable y sobre el propio cuerpo. Ningún instrumento de derecho internacional contiene un catálogo completo de estos derechos y su definición. Es por ello preciso rastrearlos entre los convenios, tratados y declaraciones internacionales existentes, como haremos a continuación.

Así, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, en sus artículos 16 y 25, respectivamente, establece el derecho a casarse y fundar una familia, el derecho a un nivel adecuado de vida y el derecho a los cuidados y asistencia especial para la maternidad y la infancia.

El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 10 señala el deber que los Estados tienen en la protección de las madres antes y después del parto, así como en la protección y asistencia de niños adolescentes. El artículo 11 de este ordenamiento señala el derecho de toda persona a gozar de un nivel de vida adecuado para sí y para su familia. El artículo 12 establece el reconocimiento del derecho de varones y mujeres de disfrutar el más alto nivel posible de salud física y mental.

¹⁸¹ *Vid supra*, Cap. II, 3. "Marco constitucional del aborto."

Otros derechos reproductivos, relacionados con nuestro tema, se encuentran consignados en los siguientes ordenamientos:

- Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Artículo 23.
- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Artículos VI, VII, IX.
- Convención americana de los derechos humanos. Artículo 17.
- Convención europea para la protección de los derechos humanos y deberes fundamentales. Artículo 12.
- Declaración sobre el progreso y desarrollo social artículo 4.

Es importante tener presente que los derechos a la salud, al propio cuerpo y a la reproducción son interdependientes y complementarios de un derecho a la vida y deben ser considerados como atributos al ser humano inherentes a su naturaleza y como atributos y facultades de carácter universal. Por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales, 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.¹⁰²

Una estrecha vinculación con los derechos reproductivos, en su conjunto, tiene la Convención para la eliminación de todas las formas de desincriminación contra las mujeres, la cual capacita a las mujeres para acceder a los servicios de planificación familiar y permite el aborto cuando estos fallan. Según Pérez Duarte, la discriminación en México es muy clara: el varón sólo es padre cuando así lo desea, la mujer es madre aun en contra de su voluntad. -presunción de paternidad, artículo 382, Código civil para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal- Asimismo, dentro de esta convención 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 desea tener, así como el intervalo entre los alumbramientos -como lo establece el cuarto constitucional-.

1.5. Derecho a la libre sexualidad

La sexualidad debe tomarse como lo que es, una facultad y un derecho separado y distinto de la facultad generadora y procreadora, facultad ésta que tiene finalidad más trascendente y profunda. El principio de subordinar la función sexual a la finalidad procreadora podrá responder a un mandato religioso, pero, desde luego, no responde a la realidad de las relaciones humanas. Las relaciones sexuales son prácticas de comunicación humana de uso constante, en cambio las uniones hombre-mujer de cara a la procreación, por su propia finalidad de creación de vida, se traducen en un número limitado y corto de ocasiones durante toda su

¹⁰² Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 48.

existencia del hombre y mujer, por lo que no se puede pretender que toda unión sexual, entre hombre y mujer tenga finalidad procreadora, pues es una gran ficción.¹⁶³

La libertad sexual comprende no sólo la facultad para tener o no relaciones sexuales y con quien, sino también libertad para tener relaciones sexuales desprovistas de todo propósito procreador. Así aceptado el principio de libertad sexual la convivencia y la relación sexual hombre-mujer discurren por el camino de decidir libremente, si no se tiene voluntad procreadora, el uso de los medios idóneos anticonceptivos.¹⁶⁴

1.6. Derecho a la libre maternidad

Más allá de estos planteamientos es preciso retomar el concepto de derechos reproductivos, partiendo de la paternidad y de la maternidad, pues son estas relaciones el centro y fin último de la reproducción. La mujer y el varón que van a ser padres 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 que lo valoren. Este es el fundamento de la existencia de los derechos reproductivos. Sin embargo, el sistema jurídico que impera en nuestra sociedad parece haber perdido de vista este hecho, considerando a la paternidad y a la maternidad 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 relacionadas con la penalización del aborto son ejemplos muy claros de este olvido. Otro ejemplo es la falta de definición de los derechos reproductivos.¹⁶⁵

La capacidad procreadora y maternal de la mujer se concebía en lo que llamamos tesis tradicional como "misión," "función" y virtual obligación. Frente a estas cualidades, la contemplamos ahora como auténtica "facultad," "potencia," y "potestad" de la mujer, en definitiva, como derecho alejado de todo sentido de obligatoriedad. De ahí que ante la procreación y la maternidad, a la mujer le cabe optar libremente, aceptando o rechazando, en cada momento o circunstancia, la maternidad. En definitiva, el derecho a tener hijos implica recíprocamente el derecho a no tenerlos. Por lo tanto, libre maternidad significa:

Que toda mujer y toda pareja tienen derecho a defenderse de una maternidad impuesta por el azar, la ignorancia o la violencia.

Que la maternidad como libertad de la mujer no se puede establecer por obligación o por equivocación.

¹⁶³ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 128.

¹⁶⁵ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 48.

Que la procreación y el embarazo son situaciones tan libremente elegidas que no cabe nunca entenderlas como contrapartida, riesgo o castigo que lleva aparejado el acto sexual, el acto de placer.

Que tampoco cabe la imposición de un embarazo, de un fruto o hijo no deseado, mediante la amenaza o conminación penal que conlleva la conminación del aborto.¹⁰⁶

Todos los derechos que se reclaman prioritariamente de la libertad o de la igualdad son derechos de libertad que pretenden, en última instancia, hacer posible el desarrollo integral de la persona y el ejercicio efectivo y real de su dignidad.

La consideración del derecho a la libre maternidad como derecho fundamental puede seguir la vía de su reconocimiento implícito dentro del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad personal. Alternativamente el camino explícito que significaría su formulación expresa y puntual en las constituciones políticas.

En opinión de Santiago Mir Puig

Se valora más el derecho de la mujer a decidir sus condiciones de vida y la importancia de estas condiciones de vida, que el dato biológico de la existencia de vida embrionaria incipiente, que en un futuro puede llegar a convertirse en vida racional, pero que todavía no se presenta a la experiencia como tal, importa a la sociedad actual no sólo la vida y la salud física de la mujer como persona racional ya existente en el presente, sino también el contenido cualitativo de su proyecto vital, es decir, lo que la mujer puede hacer con su vida, y en qué forma puede hacerlo.¹⁰⁷

La prohibición penal del aborto resulta problemática cuando choca con los derechos fundamentales de la mujer, y ello sucede en determinados supuestos en que la mujer no desea el embarazo por verlo como contrario a su vida, a su salud o al libre desarrollo de su personalidad. (...) Comparto la opinión según la cual en las primeras semanas del embarazo su interrupción no puede suponer un mal mayor que el que representa su continuación, cuando pone en peligro los derechos fundamentales de la mujer.¹⁰⁸

La oposición de la mujer a la continuación del embarazo es el problema relevante, porque la prohibición de aborto afecta a bienes jurídicos fundamentales de la mujer, garantizados constitucionalmente. En efecto, la prohibición del aborto se resuelve en una compulsión a la maternidad. El Estado niega la libertad de la mujer para configurar sus condiciones de vida, se introduce en su esfera de intimidad -sus derechos, sus relaciones, sus expectativas- y la conmina a aceptar las condiciones de

¹⁰⁶ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁷ Mir Puig, Santiago, *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, España, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983, p. 107.

¹⁰⁸ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 189.

vida que acompañan a la maternidad. El Estado condena así, contra la voluntad de la mujer, el desarrollo de su personalidad. No se trata de una restricción de libertad en abstracto, de una contradicción del ejercicio de un derecho a la libre autodeterminación de la mujer, sino de una restricción material de carácter psíquico y social de la libertad y de la intimidad.

La efectiva valoración y calificación del derecho a la libre maternidad como derecho fundamental implica una prevalencia, un superior valor y un primer plano jerárquico en cualquier eventual colisión de intereses con el ser humano en formación, o sea, con el cigoto, el embrión o feto.¹⁰⁹

De los sistemas de despenalización que se conocen, el único que respeta el contenido esencial de los derechos mencionados es el que autoriza a la mujer a decidir libremente la interrupción del embarazo en los primeros meses del mismo y mantiene la prohibición en el posterior período. Por lo tanto, el derecho a la libre maternidad, el libre desarrollo de su personalidad, que conlleva su proyecto de vida futura, implica un uso de su libertad en profundidad, una opción, una elección de la mujer como titular de un derecho sin condiciones. Pues bien, la mujer tiene derecho a decidir en todo caso cualquiera que sea la motivación del aborto: se trata de libertad para su proyecto de vida, no para el proyecto tipo que le asignen otros, se trata de libertad en la intimidad, no control de su intimidad en todo.

Si toda persona ha de tener el derecho para decidir el cómo y el cuándo ha de ser padre o madre (...) entonces la mujer tiene derecho a interrumpir un embarazo no deseado.¹⁹⁰

1.7. Derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo

En el área penal, la mujer reclama, como en las otras, libre disposición de su actividad y de su cuerpo. (...) con todo hay referencias biológicas inevitables (...) queda el aborto, porque sólo la mujer puede ser claustra para la fecundación, la preñez y el alumbramiento. Así, cuando la naturaleza impone una función en 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 ha dado lugar, como hasta ahora, al tipo penal del aborto.¹⁹¹

Según Pérez Duarte,

La respuesta negativa es el planteamiento de una postura política frente a la reproducción y al aborto, congruente con la lógica de un estado laico, liberal y democrático que lleva a un justo equilibrio la

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 192.

¹⁰⁰ Pérez Duarte *op. cit.*, p. 52.

¹⁰¹ García Ramírez, *op. cit.*, p. 102.

desincriminación valorada de la interrupción valorada del embarazo y el derecho a una vida digna en un entorno de bienestar social.¹⁹²

En opinión de esta autora, los anteriores argumentos deberían ser suficientes para proporcionar el sustento teórico al derecho al propio cuerpo; sin embargo -opina-, la imagen de una mujer dueña de su cuerpo y de las decisiones fundamentales que le son inherentes, no puede competir con aquélla imagen relacionada con un bebe indefenso, utilizada por los grupos antiabortistas. El problema debe 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 por otra parte el significado que tiene nacer en un espacio de rechazo y de falta de oportunidades afectivas.¹⁹³

Según Arroyo Zapatero, el *slogan* "mi vientre me pertenece" y la fórmula del derecho al propio cuerpo, hacen parca justicia al significado real de la prohibición del aborto, pues sobre lo que la mujer embarazada piensa desde el momento en que considera la posibilidad de abortar es sobre si quiere o no tener un hijo. Lo que es afectado por la prohibición del aborto es la intimidad y el desarrollo de la personalidad de la mujer y no su mera conformación corporal. El recurso denominado derecho al propio cuerpo para defender la penalización rebaja el valor del contenido de la libertad de la mujer.¹⁹⁴

El *clisé* de que hay que legalizar el aborto porque la mujer tiene derecho a hacer lo que quiera con su vientre es tan radical y tan falso como el fariseísmo, que ve en toda interrupción del embarazo un asesinato con atenuantes.¹⁹⁵

Nosotros pensamos que este tipo de frases se encuentran mal encaminadas. No podemos limitar el argumento del derecho al aborto únicamente bajo la frase de "es mi vientre, me pertenece." Consideramos que esta posición feminista podría llegar al absurdo y que existen fundamentos y argumentos más allá de todo esto, que hacen necesaria la despenalización del aborto voluntario. Tampoco debemos ser indiferentes ante lo que esto significa, puesto que la mujer no es únicamente depositaria del embrión, ella lo alimenta, se ve afectada en su salud, se limitará en su proyecto de vida, en la mayoría de las veces se verá afectada en su relación laboral, y finalmente sufrirá los dolores y consecuencias de un parto; y es que aunque en un principio el embrión se encuentra formado por partes iguales del hombre y la mujer, de ésta depende únicamente la vida, la formación y en gran parte la salud de ese nuevo ser, por lo que no podemos pasar por encima de la mujer y obligarla a todo lo anterior sin que ella lo desee, no podemos disponer de su cuerpo y de su salud como si fuera de la comunidad. Pero en definitiva no podemos llegar al extremo de basar en

¹⁹² Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹⁴ Arrollo Zapatero, Luis, *cit. por.*, José Luis Ibañez, *op. cit.*, p. 187.

¹⁹⁵ Barreda, p. 101.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

ello la despenalización del aborto voluntario. Por lo que si estamos intentando dar la cara a una realidad y enfrentarla tratando de dar una solución que pueda mejorarla, no es posible caer en frases repetitivas y a veces vacías; existen diversos factores más importantes que tomar en cuenta a la hora de reconsiderar la legislación del aborto.

2. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

2.1. Declaración de San Salvador sobre población y desarrollo

En las conferencias de San Salvador sobre población y desarrollo, llevadas a cabo en enero de 1994, los representantes de cada nación de Latino América, estuvieron de acuerdo en que como región presentan problemas comunes, ya que Centroamérica posee una de las más elevadas tasas de fecundidad en Latinoamérica. Se calcula que nacen entre 4.9 y 5.4 hijos por mujer, lo que representa que para los próximos 24 años la población pase de 30 a 60 millones, cifras que se combinan con los más altos índices de pobreza, persistencia de elevados diferenciales de fecundidad, alta contribución de mujeres adolescentes a la fecundidad total, altas tasas de mortalidad materno infantil y alta prevalencia de enfermedades de transmisión sexual.

La Conferencia internacional sobre población y desarrollo puso especial énfasis en los derechos de la mujer, como ser digno de decidir con responsabilidad y libertad sobre su salud reproductiva. Sin embargo, los propósitos del programa de acción en estos temas recibieron objeciones por parte de los gobiernos. Algunos analistas opinan que esto se debe especialmente a la presión que ejerce el Vaticano.

Las discusiones sobre este tema no son nada nuevo, el documento conocido como "plan de acción" estuvo en revisión durante tres años y recoge una gran cantidad de recomendaciones aportadas por gobiernos, expertos y 15 principios fundamentales que van desde el derecho a una vida saludable y productiva hasta los derechos de libertad y seguridad, pero existe uno que sigue en "corchetes" -lenguaje que la ONU utiliza para un tema que no tiene consenso y sigue en discusión- y es el relativo a los programas de salud sexual y reproductiva. Los conceptos cuestionados son derechos sexuales y reproductivos, salud reproductiva y sexual, maternidad segura, regulación de la fecundidad, planificación familiar y educación sexual en adolescentes.¹⁰⁶

2.2. El Cairo y sus aportaciones

La conferencia de El Cairo es la quinta conferencia de población organizada a nivel mundial bajo el auspicio de las Naciones Unidas. La primera conferencia se efectuó en Roma en 1954, por iniciativa de la Unión Internacional para el Estudio Científico de la Población. La segunda se realizó en Belgrado en 1964, bajo el auspicio nuevamente de I.U.S.S.P. y de las Naciones Unidas. Le siguió la conferencia de Bucarest de 1974, la conferencia de México de 1984 y finalmente la conferencia del Cairo de 1994.

¹⁰⁶ *La Jornada*, 8 de octubre de 1994, p. 13.

El cinco de septiembre se inició en El Cairo la conferencia Internacional sobre población y desarrollo a la que asistieron 4000 Delegados oficiales de 180 países y más de mil asistentes de organismos no gubernamentales. Durante diez días se discutió sobre el plan de acción para buscar resolver los problemas de planificación familiar, la educación y enfermedades sexuales, así como el aborto. Sin duda el tratamiento de este tema fue muy intenso y polémico; "esta fue una conferencia donde las mujeres jugaron un papel protagónico", la mayoría de ellas pugnaron para que se diera un mayor y mejor tratamiento al asunto del aborto, el cual se calificó como el tema de mayor controversia a nivel internacional. "(...) en esta ocasión el debate no se dividió entre norte y sur, sino entre posiciones religiosas de los diferentes países", hecho que requiere de un análisis más especializado.¹⁹⁷

El tema del aborto recibió particular atención por la importancia del embarazo entre las adolescentes. Al respecto se estimó que para el año 2000 habrá mil millones de adolescentes en el mundo. En América Latina las adolescentes dan a luz a un millón de niños al año. Más aún, se estima que anualmente cinco millones de adolescentes abortan. Se considera que muchos jóvenes habrán de iniciar su vida sexual activa antes de los 20 años, con todo lo que esto implica. Por ejemplo, en Estados Unidos 40% de las mujeres se embarazan antes de los 20 años, en África 50% de las mujeres tienen sus hijos antes de esta edad.¹⁹⁸

La conferencia de El Cairo fue evolucionando poco a poco. En un principio existía gran oposición por parte de la Iglesia y de algunos países islámicos, se hablaba incluso de una coalición entre estos dos últimos, se pensaba que difícilmente podrían llegar a un acuerdo posiciones tan contrarias como la delegación estadounidense y la delegación del Vaticano, sobre todo en cuanto a la planificación familiar, "a los derechos sexuales" - que después cambiaron a "derechos humanos", en cuanto al tema de aborto, sus terribles consecuencias y la pugna porque no se considerara como un método anticonceptivo. Al Gore reaccionó contra los críticos que afirman que Estados Unidos pretende establecer un nuevo derecho Internacional del aborto, dijo que, sin embargo, seguirá presionando para que se incluya la práctica del aborto en el borrador que deberá aprobar la conferencia; dijo: "el aumento de la población es un síntoma de desafío espiritual, mucho más amplio y profundo que tiene ante sí la humanidad". Comentó asimismo que la controversia por la práctica del aborto, que abre una brecha entre Estados Unidos y el Vaticano, "es tan extremadamente difícil que probablemente jamás se resuelva".

Por otra parte, la Primera Ministra Noruega Gro Harlem Brundtland rompió con el buscado consenso, al defender abiertamente la legalización del aborto y planteó la igualdad de la mujer como forma de frenar el

¹⁹⁷ Ortiz Ortega, Adriana "Aborto, ¿el tema de mayor controversia internacional?" Boletín Salud reproductiva y sociedad, México, año II, núm. 4, (septiembre-diciembre de 1994) p. 14.

¹⁹⁸ Ana Langer y Family Care International. "Iniciativa para una maternidad sin riesgos en América latina y el caribe," datos sobre México, Nueva York, 1993. Op. cit., p. 13.

crecimiento poblacional. Consideró que la moral implica mucho más que controlar el comportamiento sexual y proteger a los hijos no nacidos:

la moral se convierte en hipocresía cuando significa aceptar que las madres mueran por embarazos no deseados y abortos ilegales y que hijos no deseados vivan en la miseria.¹⁹⁹

Se dijo que hoy día es necesario enfrentar estos temas como problemas sociales que requieren no solo pronunciamientos sino soluciones técnicas, financieras, médicas y sociales. Todos coincidían en que ni las condenas celestiales ni penales previenen el aborto.

En este contexto las activistas de los grupos de mujeres interesados en que se amplíe el diálogo social sobre el tema del aborto, no cesaron en su intento por conseguir la legalización del mismo. Argumentaron primero que sólo cuando el aborto es legal se disminuye en realidad el riesgo de la práctica, y segundo, que es necesario reconocer que dado que los embarazos suceden en el cuerpo de las mujeres, éstas deben tener un papel protagónico respecto a la decisión de continuarlos o de interrumpirlos. Insistieron en equiparar la legalización del aborto con el respeto a la autodeterminación y aceptación de las mujeres como sujeto de derecho. Se hizo patente que el mundo parece colocarse más cerca de esta postura -que no es sólo feminista- ya que actualmente 65% de la población mundial reside en países donde se ponderan los factores sociales y/o se permite el aborto a voluntad de la mujer. Es decir, sólo en el 10% de los países el aborto se encuentra prohibido sin ninguna excepción, en 18% restante -donde se ubica casi 2/3 de América Latina- se permite el aborto para salvar la vida de la madre. Finalmente 8% de la población mundial se ubica en países donde se tolera el aborto por motivos médicos amplos, motivos genéticos y violación.²⁰⁰ Lo anterior sugiere que existe una tendencia global que reconoce que la protección de la vida requiere que se generen las condiciones para que todo embarazo sea deseado, o al menos que existan mecanismos o maneras permitidas para enfrentar los embarazos no deseados.

El 7 de septiembre los delegados asistentes a la reunión redactaron lo que denominaron un texto de consenso, el cual planteaba que en ningún caso el aborto puede ser reconocido como un método de planificación familiar; sin embargo, aclara, que en los casos en que la mujer desee la interrupción del embarazo debe tener acceso a información confiable y a asesoramiento legal, empero el Vaticano insistió en su oposición al aborto y no aprobó el documento.

La primer ministra de Noruega, Gro Harlem mencionó que en la inauguración habló de despenalización, no legalización del aborto:

¹⁹⁹ *La Jornada*, 6 de septiembre de 1994, p. 17.

²⁰⁰ Tietze, *op. cit.*, 85.

usó la palabra despenalización para ilustrar que hay maneras de enmendar las leyes para evitar la persecución de mujeres que han caído en la desdicha debido al aborto ilegal.

El nueve de septiembre en el párrafo 8.25 se confirmó el anterior concepto y se incluyó la definición de la OMS del aborto inseguro como:

Un procedimiento para interrumpir un embarazo no deseado practicado por personas que carecen de la competencia necesaria o en un medio que no cuente con la condiciones médicas mínimas o en ambas circunstancias.

También se eliminó el concepto de aborto legal que se sustituye por el de "aborto no contrario a la ley". El texto insta a todos los gobiernos y organizaciones no gubernamentales a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos sanitarios de los abortos realizados en malas condiciones como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso del aborto mediante la prestación de servicios de planificación familiar más amplos y mejores -pese a que el Vaticano se pronunció únicamente por el medio de control "natural"-. Por otra parte la secretaria de la conferencia Nafis Sadik destacó la posición de México, Brasil, Venezuela y Colombia durante el debate, mencionó que estos tres países aceptaron el respeto a la soberanía de las naciones, al sostener que en los casos en que el aborto es ilegal cada país tiene el derecho de crear su propia legislación.

Por otra parte, al Vaticano le pareció insensato que se otorgara un financiamiento para la planificación familiar entre 10,000,000,000 y 20,000,000,000 de dólares, y otras delegaciones afirmaron que si el Vaticano ha de hacer reservas las hiciera en ese mismo momento para no retrasar el encuentro.²⁰¹ Finalmente, el once de septiembre el Vaticano, según dijo uno de los miembros, expresó su temor a que bajo el concepto de salud sexual se impliquen prácticas anticonceptivas o abortivas y que en el de planificación familiar se aliente a la difusión masiva del uso de preservativos para prevenir el SIDA y los nacimientos.

Las naciones -unas islámicas y otras aliadas con el Vaticano- y los grupos que alegaron como razón principal para su desacuerdo el que las naciones desarrolladas pretendían imponer a los países del "tercer mundo" prácticas no acordes con su idiosincrasia, parecen haber leído un documento diferente al que comentamos aquí. Además la realidad es que, por lo menos en América Latina, las mujeres llevan muchos años luchando en diversas maneras por sus derechos, no por imposición de nadie, sino a partir de sus propias necesidades.²⁰²

Es necesario aclarar que, por un lado, el plan de acción no propuso en ningún momento que el aborto fuera considerado un método de planificación familiar, sino al contrario, que los programas de planificación

²⁰¹ *La Jornada*, 9 de septiembre de 1994, p. 20.

²⁰² "Las mujeres y el desarrollo", *Cifre. op. cit.*, p. 1.

familiar debfan perfeccionarse como una manera importante de prevenir los abortos.

Los embarazos tempranos, tardíos, numerosos y seguidos contribuyen de manera importante a incrementar las tasas de mortalidad y la morbilidad infantil, especialmente cuando los servicios de salud son escasos. En los lugares en que la mortalidad infantil es alta, las parejas a menudo tienen más hijos de los que tendrían en otra situación, para asegurar que un número deseado de ellos sobrevivirá.²⁰³

La conclusión consensual que se alcanzó en la conferencia de El Cairo, consistió en pedir a los gobiernos que ofrezcan condiciones de higiene y seguridad para la práctica del aborto permitido y que éste nunca sea promovido como método de planificación familiar. En el caso de México esta disposición significa, al menos, aumentar la seguridad para el aborto practicado dentro de las situaciones permitidas previstas en los códigos penales de los Estados. La delegación de México coincidió con la O.M.S. en el sentido de señalar que el aborto es un problema de salud cuya práctica en condiciones de riesgo debe disminuir.²⁰⁴

La línea argumentativa más clara de la propuesta de la ONU es el respeto al derecho de las personas a elegir sus pautas reproductivas, de acuerdo con sus creencias y culturas. Según el coordinador del Comité para el año internacional de la familia en México.

Por lo que se refiere al derecho reproductivo, el documento acepta como un postulado indiscutible el derecho universal a ser sexualmente activo sin ninguna obligación de aceptar las consecuencias y las responsabilidades involucradas.²⁰⁵

Los grupos conservadores desean "conservar" el *status quo*, el estado de cosa vigente, incluyendo la desigualdad natural entre hombres y mujeres. Sin embargo, la mayoría de las naciones considera necesario establecer condiciones de equidad, como un primer paso para la solución de los problemas de la raza humana.

Algunas de las aportaciones más importantes de la reunión del Cairo fueron:

A) El amplio reconocimiento tanto de la importancia de los derechos de los individuos como de sus propias necesidades en la toma de decisiones relacionadas con su comportamiento reproductivo, con el fin de encontrar el balance adecuado entre las responsabilidades en los ámbitos individual y social.

²⁰³ "Rumbo al Cairo", *Cite. op. cit.*, p. 3, párrafo 8.14 del "Plan de Acción."

²⁰⁴ Saucedo, Irma y Lerdo, Susana, "La salud reproductiva en el contexto de la conferencia internacional sobre población y desarrollo," *Boletín salud reproductiva y sociedad, op. cit.*, p. 3.

²⁰⁵ *El Herald*, 14 de septiembre de 1994, p. 18.

B) La necesidad de promover la completa autonomía y fortalecimiento de las mujeres en cuanto a su *status* y su papel en la sociedad, es decir, como corresponsales y socias en las cuestiones de población y desarrollo.

C) Un tercer reto está constituido por la propia adopción en el documento final, de los conceptos de salud reproductiva y sexual y de los servicios necesarios para obtenerla.

Sobre el tema de la salud reproductiva, ésta se definió como:

El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. Salud reproductiva implica, por lo tanto, que las personas pueden tener una vida sexual satisfactoria y segura y que tienen la capacidad de reproducirse y la libertad de decidir cuándo y qué tan frecuentemente tener hijos. Implícito en esta condición está el derecho de las mujeres y hombres de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar efectivos, accesibles y aceptables, así como a otros métodos de su elección para la regulación de la fecundidad que no esté en contra de la ley, y el derecho a los servicios de salud apropiados que permitan a las mujeres tener embarazos y partos saludables y proveer a las parejas las mejores oportunidades para tener hijos sanos. De acuerdo con esta definición, el cuidado de la salud reproductiva es la constelación de métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud reproductiva y bienestar a través de la prevención y atención de problemas de salud reproductiva. También incluye salud sexual, cuyo propósito es el mejoramiento de la vida y las relaciones personales, y no solamente la consejería y cuidado relacionados con la reproducción y las enfermedades de transmisión sexual.²⁰⁶

La atención a la salud reproductiva se concreta con una amplia gama de servicios que incluyen una planificación familiar de calidad en la cual no sea penalizado la provisión de atenciones para un aborto seguro. La adopción del concepto de salud sexual fue, en cierto sentido, realmente revolucionaria para una conferencia de las Naciones Unidas.

D) Finalmente la participación de organismos no gubernamentales en la elaboración, adopción y aseguramiento de las políticas de población.

A partir de la aprobación de su programa de acción, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo en septiembre de 1994, será un marco referente para todos los programas de atención a la salud reproductiva. El programa de Acción, documento final de la conferencia, es particularmente significativo porque refleja un cambio en las actitudes que plantea la promoción de la planificación familiar en el contexto más abarcador del cuidado de la salud reproductiva: se dedica todo un capítulo a la salud reproductiva, que incluye la salud sexual, tema

²⁰⁶ Conferencia internacional de población y desarrollo, 1994, Documento final, párrafo 7.2.

controvertido que nunca antes se había discutido abiertamente en una reunión de las Naciones Unidas. El programa de acción servirá como guía para elaborar políticas y programas de población gubernamental durante los próximos veinte años.

2.3. Beijing

Durante el mes de septiembre de 1995 se celebró en Beijing la cuarta conferencia mundial de la mujer. La ministra española de asuntos sociales dijo que la Unión Europea ha establecido una agenda que favorece los derechos de educación de las mujeres, la planificación familiar, la despenalización del aborto y los derechos sexuales y quiere también que se asegure la igualdad entre el hombre y la mujer en la aplicación de los programas de desarrollo. En el documento también figura una parte de la sección de salud referente a los adolescentes, planificación familiar y aborto, e incluye un pedido a los gobiernos de no castigar a las mujeres que se sometan a abortos ilegales. Uno de los temas más controvertidos y difíciles de tratar es la familia por la posición que juega el Vaticano ya que se opone que bajo este término se busque legitimar cualquier tipo de relación, se opone a los métodos anticonceptivos, así como a la práctica del aborto. Cristina Alberdi -representante de la Unión Europea, en dicha conferencia- desestimó los ataques lanzados la víspera por el Vaticano, a la que acusó de ser una coalición minoritaria que impide el consenso, además afirmó que el Vaticano hizo su propia interpretación de la posición de los quince, cuando tradicionalmente la religión nunca ha dado una posición a la mujer.²⁰⁷

El doce de septiembre se llegó a un acuerdo.

Para zanjar las discrepancias que enfrentaron de manera particular a los quince y al Vaticano, se decidió, entre otras acciones, que en el texto de la plataforma de acción se sustituya el término "derechos sexuales" por el de "derechos humanos", pero dijo Alberdi "se logró el acuerdo de que en los derechos humanos de la mujer se incluya, la libertad de decidir sobre su sexualidad.

Sobre el aborto se pidió a todos los países que revisen las leyes que contemplan medidas penales contra las mujeres que realizan esta práctica, aunque por otro lado se aceptó que éste no debe ser el método para la planificación.²⁰⁸

Finalmente, el trece de septiembre se llegó a un consenso sobre los derechos "parentales;" dicho acuerdo otorga responsabilidad a los niños y jóvenes para tomar sus propias decisiones sobre sus vidas sexuales reduciendo la responsabilidad parental.

²⁰⁷ *La Jornada*, 11 de septiembre de 1995, p. 17.

²⁰⁸ *La Jornada*, 12 de septiembre de 1995, p.16.

3. LA PRÁCTICA DEL ABORTO EN EL MUNDO Y SU RELACIÓN CON LA SITUACIÓN JURÍDICA

Las cifras de la frecuencia del aborto en el mundo varían dependiendo de muchas circunstancias, una de ellas y la más importante para nuestro estudio es la situación legal del aborto en cada país. Según información de la revista *Gire* en América Latina se llevan acabo al rededor de cuatro millones de abortos clandestinos al año.

Se señalan cerca de cincuenta millones de abortos anuales en todo el mundo, cifra muy similar a la de pacientes que emplean procedimientos anticonceptivos como la píldora y el dispositivo intrauterino.²⁰⁹ Según Christopher Tietze en el mundo se practican entre cuarenta y sesenta millones de abortos, de estos, entre diez y quince millones son ilegales.

En América Latina de cada cien mujeres que se provocan un aborto, entre 30% y un 45% sufren complicaciones, aunque sólo entre un 20% y un 30% son hospitalizadas para su tratamiento.²¹⁰ Cuando el aborto es practicado en la clandestinidad, la mortalidad pueden alcanzar e incluso superar mil muertes por cada cien mil abortos ilegales; sin embargo, no pueden emplearse las estadísticas de hospitales para calcular el riesgo general que el aborto ilegal entraña, pues recordemos que sólo son hospitalizadas las mujeres que sufren consecuencias postabortivas. El riesgo es evidentemente menor si muchos de los abortos ilegales se realizan al comienzo del embarazo, por médicos especializados y si es fácilmente asequible el cuidado hospitalario.

La ruptura de cánones sanitarios mínimos se traduce en grave riesgo físico de enfermedad o muerte para la mujer, con un coeficiente de mortalidad de mil muertes por cien mil abortos practicados, frente al coeficiente de uno por cada cien mil abortos o incluso inferior, por los abortos legales, o sea el primer caso es mil veces superior.²¹¹ Por lo que, según algunos autores, la legislación punitiva sobre el tema configura una injusticia social, ya que existen evidencias de que las complicaciones derivadas del aborto inducido ocurren con mayor frecuencia entre las clases pobres, que no tienen acceso a la información ni al los servicios necesarios para evitar los embarazos no deseados, negándoles así el derecho a la salud. Por el contrario las mujeres pertenecientes a clases privilegiadas no sólo disponen de información y los medios para evitar embarazos sino que cuando los métodos anticonceptivos fracasan, disponen de los recursos necesarios, generalmente muy altos, para interrumpir el embarazo. Este problema no es más que el reflejo de la amplia problemática que ha dado en llamarse "marginalidad" y que tiene relación con la disponibilidad de servicios de salud en general. Es a la luz de esta realidad y de la apreciación de un hecho consumado, como lo es la habitual práctica del

²⁰⁹ Murillo Martínez, *op. cit.*, p. 52.

²¹⁰ "La realidad del aborto clandestino en Latinoamérica", *Gire*, *op. cit.*, p. 6.

²¹¹ Tietze, *op. cit.*, p. 166.

aborto inducido en nuestro medio, que creemos que la legalización del aborto coadyuvaría a disminuir una forma de discriminación social.²¹²

Así se produce el mercado negro en el tráfico del aborto, con la aparición e intervención de personas y medios incompatibles con una sanidad abierta, transparente y segura e igualmente incompatible con un mercado económico, correcto y adecuado al interés público al que sirve, hasta el punto de convertirse en un negocio infame.²¹³

Si en Latinoamérica intentáramos analizar la relación entre la incidencia del fenómeno, su condición de legalidad y el nivel de mortalidad, por él provocada, nos encontraríamos con que evidentemente ante una alta incidencia en condiciones de ilegalidad, como es el caso de Argentina, el daño es alto a pesar de reunir, este país, aceptables condiciones de salud y de nivel de vida en general. Al mismo tiempo observamos que en países con alta incidencia de abortos, pero con liberación legal de su práctica, como es el caso de Cuba, la tasa de mortalidad presenta niveles significativamente más bajos. Es importante hacer notar que ambos países tienen niveles de fecundidad semejantes.²¹⁴ Lo mismo sucede en Europa donde se encuentra comprobado que con la práctica del aborto legal en países como Suecia se produjo un declive espectacular de la mortalidad a lo largo de tres décadas -y eso considerando que muchas muertes no eran reportadas por su clandestinidad, lo cual eleva el número del mismo-, ya que durante el período de 1946 a 1948 se registraban 250 muertes por cada cien mil abortos, y para el período de 1964 a 1979 se registraban 2.4 muertes por cada cien mil abortos.

En Estados Unidos en donde en la mayoría de los estados la práctica del aborto voluntario es libre, se consigna una mortalidad de cuatro a nueve por cien mil abortos, aunque esta cifra es bastante alta para los países en donde se practica el aborto en forma legal, resulta extraordinariamente baja para los países en donde el aborto es ilegal. La experiencia de Europa Oriental, Unión Soviética, Japón, países escandinavos y Estados Unidos, hacen ver que la interrupción del embarazo no ha tenido consecuencias negativas, no obstante está demostrado que en esos mismos países cuando el aborto no estaba legalizado su práctica estaba asociada a una alta tasa de mortalidad y morbilidad de mujeres.

Es indiscutible que el aborto no debe usarse sistemáticamente como un método de control de natalidad; sin embargo, muchas mujeres lo utilizan como un recurso extremo para solucionar situaciones de hecho.

Por otra parte la situación jurídica que guarda el aborto en el resto del mundo se aparta totalmente del tratamiento que se le da a los delitos clásicos, actualmente el aborto voluntario tiene, una valoración legal y penal radicalmente diversas según épocas y países.

²¹² *Ibidem*, p. 85.

²¹³ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 104.

²¹⁴ Azaola, *op. cit.*, p. 114.

la valoración es tan dispar que lo que para unos- Iglesia católica es un crimen nefando, es para otros- ciertas asociaciones feministas como la francesa "choiser" -un derecho propio de la mujer y en las legislaciones positivas el contraste llega a su mas alto grado: delito o acto ilícito²¹⁵

Analizaremos la situación legal del aborto en algunos países del mundo:

América

En América las leyes sobre aborto tienen, en general, un carácter restrictivo. Entre los países independientes con más de un millón de habitantes, siete prohíben el aborto en cualquier circunstancia; seis lo admiten para salvar la vida de la mujer embarazada; nueve admiten razones médicas más amplias -utilizando el concepto de salud de la madre, según la definición de la O.M.S.- siete permiten la interrupción del embarazo por causa de violación y/o incesto. En países como Uruguay se puede realizar durante los tres primeros meses por razones económicas, en Cuba está oficialmente legalizado, y Puerto Rico está sujeto a la jurisdicción del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.²¹⁶

Argentina. Uno de los ejemplos de países en América Latina con legislaciones mas restrictivas es Argentina; sin embargo, en comparación con la legislación mexicana resulta mucho mas amplio en la mayoría de los casos. En este país no es penado el aborto practicado por un médico diplomado cuando es realizado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Tampoco es penado el aborto cuando el embarazo es producto de una violación o de un atentado al pudor cuando éste es cometido contra una mujer idiota o demente. Se castiga el aborto culposo cuando se ejecutan actos violentos contra una mujer cuyo embarazo fuere notorio o conocido por el agresor. Finalmente, cabe destacar, que este ordenamiento no establece una definición del aborto sino que únicamente su punibilidad.

Barbados. En este país existe la llamada *Ley de interrupción médica del embarazo*, en la que se establece un listado muy amplio de indicaciones de desincriminación para el aborto, como son: el peligro para la vida y la salud, -tanto física como mental- de la mujer embarazada, indicaciones eugenésicas, el aborto cuando el embarazo es causado mediante un delito sexual como la violación o el estupro y finalmente las razones socioeconómicas que vive la mujer.

Uruguay. Este es uno de los países de América -aparte de Cuba y Barbados- que contiene un régimen más amplio respecto a la legislación del aborto ya que únicamente sanciona el aborto que es provocado por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada; permitiendo el aborto

²¹⁵ Ibañez y García Velasco, Jose Luis, *op.cit.*, p. 43.

²¹⁶ Tietze, *op. cit.*, p 30.

por razones económicas, en caso de violación, y por razones eugenésicas. Cabe notar que cuando se produce el aborto, fuera de éstas circunstancias, pero tiene como motivo la conservación del honor se exime de responsabilidad totalmente a la mujer que lo realiza.

Estados Unidos de América. A partir de 1973 el aborto fue permitido en todo el territorio a solicitud de la mujer embarazada, sin restricción alguna si se practicaba durante los primeros tres meses de embarazo. Después de éste termino estaba sujeto a ciertas restricciones tendientes, todas ellas, a proteger la salud de la mujer. Estos aspectos particulares eran fijados por cada uno de los estados de la Unión Americana. Actualmente, después de la revisión de 1992, todos los lineamientos sobre el aborto, pasaron a ser competencia local. Sin embargo el 22 de enero de 1993, el Presidente William Clinton, firmó cuatro memorandos presidenciales a través de los cuáles revoco algunas medidas dictadas en los anteriores gobiernos Republicanos tendientes a restringir el derecho al aborto. De esta manera desapareció la prohibición que tenía el gobierno federal de destinar fondos a las clínicas extranjeras que practiquen el aborto o den información al respecto; desaparece, así mismo, la prohibición al personal de centros de salud y clínicas de planificación familiar dependientes del Estado, para aconsejar la interrupción del embarazo. Finalmente desaparecen las prohibiciones que tenían los hospitales militares para efectuar esas prácticas.

Europa

En esta región se observa una tendencia generalizada a la desincriminación del aborto. Algunos han considerado que la despenalización del aborto no es un proceso incompatible con las normas constitucionales de sus respectivos países e incluso con normas de la propia Comunidad Europea; otros argumentan que no sólo no es incompatible, sino que las normas internacionales lo hacen necesario.

Alemania. Es de destacar este caso, puesto que hasta antes del 26 de junio de 1992, Alemania Democrática y Alemania Federal gozaban de diferentes regímenes. En el primer caso no era sancionado el aborto si se trataba de un aborto terapéutico o eugenésico y en el segundo si se trataba de estos dos o bien el embarazo era el resultado de alguna práctica ilegal, en el primero se podía practicar durante las primeras 22 semanas de embarazo y en el segundo en los primeros 3 meses de gestación. Actualmente con la Alemania unificada el 26 de julio de 1993 se aprobó la *Ley sociodemócrata y liberal* a través de la cuál se establece la despenalización del aborto siempre y cuando la mujer obtenga de manera obligatoria una asesoría en la que se incluyen elementos de protección a la vida del *nasciturus*.

España. Este país se escapa un poco a la legislación que prevalece en Europa respecto al aborto. En 1983 fue reformado el texto penal español en el que se incluye la exigente terapéutica, entendida en su sentido más

amplio, es decir, cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer embarazada, así mismo se incluye la autorización del aborto ético, - siempre que constare denuncia del hecho- así como eugenésico. Para que se autorice dicha práctica debe realizarse en un centro acreditado y con consentimiento expreso de la mujer durante las primeras doce semanas de embarazo.

Italia. Este país contiene un claro ejemplo de una ley desincriminadora del aborto. El 22 de mayo de 1978 se promulgó la ley núm. 194 sobre *Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo*. En dicha ley se faculta a los médicos, tanto del Estado, como particulares, para autorizar la práctica del aborto a solicitud de la interesada, ofreciéndole siempre las garantías médicas necesarias, así como el respeto a su dignidad. Se establece que la intervención deberá realizarse dentro de los primeros noventa días. Después de éste período también se puede proceder a la práctica del aborto, siempre que la mujer argumente la existencia de circunstancias por las cuáles, la continuación del embarazo pueda ocasionarle un grave peligro físico o mental, ya sea por sus propio estado de salud o por las circunstancias económicas en las que se encuentra ella o su familia, también es posible que se practique fuera de éste término, cuando existe la posibilidad de anomalías en el feto o por las condiciones en que tuvo lugar la concepción. De esta forma, la ley sólo sanciona el aborto cuando se practica en contra de la voluntad de la mujer embarazada, ya sea con dolo o culpa, o cuando la mujer lo procura voluntariamente, sin obtener primero, la autorización del médico facultado para otorgarla.

Asia

En este continente lo problemas demográficos o de extrema pobreza fueron razones de peso para reformar la legislación del aborto. Sin embargo, la desincriminación no es generalizada, debido a la diversidad de ideologías existentes en éste continente, ya que en la comunidad judeocristianas prevalece una concepción muy rígida sobre la mujer y la maternidad.

China. Congruente con una lógica poblacional de pocos hijos y nacimientos espaciados, el aborto es libre, gratuito y se realiza en hospitales del Estado, solamente se trata de persuadir a las mujeres primigestas para que den a luz.

África.

Es muy difícil obtener información al respecto; sin embargo sabemos que existe una política restrictiva en cuanto a la práctica del aborto, con excepciones como Argelia y Túnez.

Argelia. El artículo 72 de la *Ley 85-05* de 16 de febrero de 1985, establece que no es punible el aborto cuando la vida o la salud, tanto física como mental, de la mujer embarazada estén en peligro o cuando existan razones eugenésicas para interrumpir el embarazo. Se sanciona a la mujer que procura su aborto con una pena que va de seis meses a dos años de prisión y a quien se lo practica de uno a cinco años de cárcel.

4. PRINCIPALES CONSECUENCIAS DEL ABORTO DELITO

4.1. EL ABORTO CLANDESTINO

4.1.1. Índices de la práctica del aborto en México

Desgraciadamente existe una gran deficiencia en la información disponible sobre el fenómeno del aborto. Esto no se deriva únicamente de la clandestinidad en la que se realiza, sino que es también el resultado de la carencia de un eficiente sistema de estadística sanitaria, en el que existe una verdadera anarquía conceptual y metodológica.²¹⁷

Se suele confundir, no desinteresadamente, el número real de abortos que se realizan en nuestro país, con la cantidad de abortos que llegan a conocerse por resultar inocultables. La clandestinidad acentúa la dificultad para conocer el dato exacto. El espacio marginal ocupado por las mujeres que deciden abortar no permite reunir información precisa. Esta información, empero, revela que se trata de un problema social no desdeñable, contiene los datos que a pesar de todo emergen a la luz y aún cuando sólo se aproxima a la cognición del problema, es indicativa de la magnitud de éste.²¹⁸

Podríamos afirmar que los datos existentes se refieren únicamente a los casos que presentaron complicaciones postabortivas, ya sea porque con la práctica del aborto se vio afectada la salud de las mujeres y se vieron obligadas a recurrir a un centro hospitalario, o bien porque dichas complicaciones ocasionaron su deceso; pese a que las causas de muerte por un aborto no se registran como tales en un 50% de los casos, y no se toman en cuenta los abortos que se realizan en las clínicas privadas. Esto nos lleva a pensar que las estadísticas de mortalidad y morbilidad del aborto están referidas a las mujeres con menos recursos, que se ven obligadas a recurrir a la práctica abortiva sin las más elementales medidas de seguridad.²¹⁹ De tal forma que un número considerable de abortos quedan en la obscuridad, debido a que no presentan complicaciones o a que éstas se resuelven en forma extrahospitalaria. Por otra parte, las cifras que presentamos varían dependiendo de las instituciones que las proporcionan.

La práctica del aborto en México ha cambiado con el paso de los años. En la segunda mitad de la década de los setenta se calculaba que los abortos inducidos alcanzaban en nuestro país la cifra de ochocientos mil anuales, siendo éste un promedio conservador. En la misma época, cifras aportadas por el I.M.S.S. nos dicen que se registraba un aborto por cada ocho embarazos y 4.4% de abortos complicados por cada cien embarazos. Se calculaba que en esta institución un 25% de las camas de los servicios gineco-obstétricos estaban ocupadas por mujeres que se habían inducido

²¹⁷ Azaola, *op. cit.*, p. 115.

²¹⁸ Barreda, *op. cit.*, p. 38.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 106.

un aborto. Cabe notar aquí que los días-cama para un paciente por aborto o sus complicaciones son frecuentemente más que los utilizados por la atención de un parto normal; su costo, en esa época, oscilaba entre tres mil quinientos y cinco mil pesos, por lo que el aborto representaba una erogación anual de unos trescientos millones de pesos para la seguridad social.²²⁰ Se estimaba que en una clínica del I.M.S.S. se atendían un promedio diario de 60 partos, 28 abortos y tres operaciones de esterilización. Según Mariclaire, en ésta época se realizaba un aborto intencionado por cada cinco embarazos, lo que da un total de seiscientos a setecientos mil abortos anuales.

En la década de los ochenta, en las diversas instituciones de salud, se señalaban frecuencias de un aborto por cada tres o cuatro partos. Se calculaban, por encuestas cruzadas, alrededor de setecientos mil abortos anuales en la República Mexicana.

En la segunda mitad de la década de los ochenta se realizó un estudio en coordinación con el Centro Latinoamericano de Demografía de la ONU. En este estudio fueron entrevistadas mil setecientos cincuenta y tres mujeres de dos mil familias que fueron seleccionadas para evaluar la frecuencia del aborto en el Distrito Federal. Se escogió una mujer de cada familia, entre los dieciséis y cuarenta y cuatro años de edad, de éstas el 78.8%, habían tenido relaciones sexuales, es decir, las tres cuartas partes, de ellas el 73% habían resultado embarazadas, y una de cada tres, esto es, 34.4% había tenido alguna vez un aborto. Nos encontramos con que en el Distrito Federal, de cada tres abortos, dos serían inducidos y uno espontáneo.²²¹ Durante la misma época la Encuesta de Prevalencia en Programas de Planificación Familiar, promovida por la coordinación del Sistema Nacional de Planificación Familiar, reveló que la frecuencia del aborto es de 23.5%, incluyendo en esta cifra los abortos espontáneos y provocados; sin embargo, sabemos que el índice de abortos espontáneos es de un 11% y 15% de abortos inducidos.

Durante el año de 1985 ciento diez mil mujeres ingresaron en centros hospitalarios por complicaciones de aborto.²²² La tasa anual de abortos en el año de 1986 era de 12%, lo cual en números absolutos significa que durante ese año ocurrieron casi doscientos cincuenta mil abortos. En el año de 1987, datos provenientes de la Encuesta Nacional de Fecundidad y Salud, publicada en el año de 1989, revelan que una de cada seis mujeres en edad fértil ha tenido un aborto provocado. Por otra parte con base en una encuesta realizada por Leopoldo Nuñez y Yolanda Paloma, se llegó a la conclusión de que la cantidad de abortos entre las mujeres de 1987, era de

²²⁰ Es obvio que esta cifra se reduciría de manera tajante si la mujer pudiera recurrir a los servicios hospitalarios en primera instancia y no cuando ya se ha agravado el problema.

²²¹ *Ibidem*, p. 106.

²²² Barreda, *op. cit.*, p. 48.

cuatro millones.²²³ Según la Asociación Mexicana de Población, durante ésta década se practicaron setecientos mil abortos al año.²²⁴

Para el año de 1990 se calculaba que por cada ocho embarazos ocurría un aborto.²²⁵ Según datos aportados por el Instituto de Perinatología y el Instituto Alan Guttmacher²²⁶, la tasa de abortos oscilaba entre 210 y 330 por cada mil nacimientos, es decir, por dos millones quinientos ochenta mil partos registrados en 1990 hubo de 542,000 a 852,000, esto es, entre un 21 y 33%.²²⁷ Durante el mismo año, según el entonces Secretario de Salud Jesús Kumate Rodríguez, se registraban anualmente en las dependencias del sector salud 121 mil abortos espontáneos y provocados. Sin embargo, por su clandestinidad no se pueden cuantificar los que se realizan anualmente.²²⁸

Según el Grupo de Información de Reproducción Elegida (Gire) se calcula que en México la resolución de embarazos es de la siguiente forma: 60% concluyen en nacimientos deseados, 23% en nacimientos no deseados, y 17% en abortos. Se calcula que entre 40 y 60% de todos los embarazos en México son indeseados y terminan en nacimientos indeseados o en abortos inducidos.²²⁹ Según información más reciente, anualmente en México existen aproximadamente 1'255,800 embarazos no deseados, de los cuáles un promedio de 550 mil terminan en aborto. El costo total de un aborto con complicaciones es cinco veces mayor que el de un parto.

Según Azaola, por las características especiales de la estructura socioeconómica de México, la incidencia del aborto parece ser mayor en las zonas urbanas y semiurbanas que en las rurales, aunque debe advertirse que con los recursos médicos y hospitalarios del país, que se encuentran concentrados en las zonas urbanas, es casi imposible encontrar datos satisfactorios sobre la magnitud del problema en el campo. Según esta misma autora, si no se toman medidas preventivas podría aceptarse que el aborto inducido irá en aumento paralelamente al incremento de la urbanización y del crecimiento total de la población cuya tasa es del 3.5% anual.²³⁰

Luis de la Barreda opina que el valor de los datos y análisis anteriores se apreciaría más adecuadamente si se reparara en la

²²³ Nuñez, Leopoldo, y Paloma Cabrera, Yolanda, *El aborto en México*, ponencia presentada en el ciclo de actualización "Grandes problemas de salud en México", México, UNAM, septiembre de 1989.

²²⁴ *Ibidem*, p. 107.

²²⁵ Barreda, *op. cit.*, p. 25.

²²⁶ The Alan Guttmacher Institute, "La realidad del aborto clandestino, en Latinoamérica" Gire, México, número 2, (julio de 1994) p. 6.

²²⁷ *La Jornada*, 9 de septiembre de 1994, p. 15.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ "De mujer a mujer: enfermeras y trabajadoras sociales ante los dilemas reproductivos" Gire, México, 1996, p. 13. cit. por, *Excelsior*, 19 de noviembre de 1996, p. 28 A.

²³⁰ Azaola, *op. cit.*, p. 103.

inconsistencia y la ligereza con las que suelen manejarse las cifras del aborto en México. "Estas cifras no provienen básicamente de las tendencias periódicas, sino de las fuentes de datos consultadas." Por lo menos la mitad de las cifras presentadas por la prensa las proporciona el sector salud, lo cual hace resaltar la responsabilidad de éste en la optimización de sus sistemas de registro estadístico y la difusión de estadísticas confiables sobre el problema.²³¹

Esta información obliga a pensar sobre las políticas de información respecto al aborto y en la necesidad de conocer los motivos por los cuales no se ha hecho un esfuerzo serio por estudiar el problema y darlo a conocer al público. La prensa en este caso sólo puede estar reflejando la situación en la que se encuentra el conocimiento real del problema y la imposibilidad de que el público conozca su magnitud real.²³²

4.1.2. Características del aborto en México

Se puede hacer una caracterización general de la mujer mexicana que mas comúnmente recurre al aborto:

De acuerdo al estado civil, las casadas o que viven en unión libre constituyen el 65%. En un estudio elaborado recientemente por *Gire* se observó que de las mujeres que recurren al aborto 47% son casadas y 29 % solteras. De acuerdo a la religión que profesan, las católicas constituyen el 88%; de acuerdo a la actividad que realizan, las amas de casa constituyen el 80%; de acuerdo a la edad, de 26 a 40 años constituyen el 53%; madres de numerosos hijos, 70%; de ingresos familiares insuficientes o precarios, 76%.²³³

La cantidad de mujeres que se realizan ellas mismas el aborto es de un 18.8%. Para provocarse un aborto la mayoría suele recurrir, en orden de importancia, a médicos 34%, comadronas 18%, parteras 8.4%, enfermeras 4.9 y estudiantes de medicina 0.4 %.²³⁴

De acuerdo a las razones que se argumentan para decidir abortar, se obtuvieron los siguientes datos: mala situación económica, 27%; desavenencia conyugal, 12%; ocultación social, 6%; problemas profilácticos o terapéuticos, 3%. Según *Gire* los motivos que llevan a una mujer a abortar se pueden dividir de la siguiente manera: razones económicas 34%, mejor educación y futuro para sus hijos 16%, problemas conyugales 12%, problemas familiares 9%, problemas de salud 5% y un 24% no han pensado en ello. Los abortos permitidos por la ley dan apenas el 3.5% de los inducidos, lo cual arroja un abrumador 96.5% de abortos ilegales.²³⁵

²³¹ Barreda, *op. cit.*, p. 28.

²³² *Idem.*

²³³ Información obtenida a partir de datos de una investigación dirigida por el Dr. Armando Valle Gay en la Unidad de Ginecoobstetricia del hospital General de México en 1990, *cit. por. Excelsior*, 19 de noviembre de 1996.

²³⁴ Acosta, M., *op. cit.*, p. 19.

²³⁵ *Ibidem*, p. 36.

Leopoldo Nuñez Fernández y Yolanda Paloma Cabrera examinaron las estadísticas que se realizaron en el año de 1988, obteniendo las siguientes conclusiones: En las zonas urbanas del total de mujeres en edad fértil, 14.3%, esto es, 2,700,000 mujeres han abortado alguna vez. De esta cifra el 13%, es decir, trescientas cincuenta mil mujeres, aceptó que alguno de sus abortos fue provocado. Del subconjunto de mujeres que alguna vez han tenido un aborto, la tercera parte ha tenido más de un aborto. Del subconjunto de mujeres alguna vez embarazadas, una cuarta parte, es decir, 22.7%, ha tenido, al menos, un aborto; de este total una tercera parte tuvo más de un aborto. Otra conclusión que se obtuvo a raíz de esta encuesta es que los hombres admiten que su pareja ha tenido un aborto en cifras de más del doble que las aceptadas por las mujeres, el motivo - observaron los investigadores- podría radicar en que el varón no presenta tanta resistencia a reconocer que su pareja acudió al aborto, en virtud de que no es él quién se expone al rechazo social, al sentimiento de culpa, o a la persecución penal.²²⁶

En cuanto a la práctica del aborto en la zonas rurales, Salomón Nahmad nos dice que en México todos los grupos indígenas conocen alguna práctica abortiva. La experiencia de la literatura etnográfica y de trabajo de campo es que saben más sobre el aborto que sobre métodos anticonceptivos.²²⁷ Sin embargo, en el campo, en general, hay menos abortos que en la ciudad, ya que según la misma autora, un hijo natural es menos mal visto en el campo que en la ciudad. Según conclusiones de estudios practicados en diferentes zonas del país, en todas las regiones rurales e indígenas de México se práctica el aborto sin tener una información exacta y amplia de los procedimientos, las técnicas y los valores sociales y culturales que persisten al rededor del problema.²²⁸ Según estadísticas de Leopoldo Nuñez, en esta zona, entre las mujeres en edad fértil, una de cada cinco ha tenido un aborto. Entre las mujeres que han estado alguna vez embarazadas el 3% terminó en aborto. El nivel aumenta entre mayor número de embarazos haya sufrido una mujer, ya que de un 3% aumentó a un 25% de abortos en mujeres que han estado embarazadas seis veces. Esto nos habla de que quizá se trataron de abortos espontáneos o que, debido a la situación económica, se vieron en la necesidad de realizar un aborto. En conclusión, en la esfera rural termina en aborto uno de cada siete embarazos.

4.1.3. El aborto, un grave problema de salud pública

Consideramos que la práctica del aborto clandestino es un grave problema de salud pública por las enormes complicaciones que tiene en el nivel de salud de la población, por su influencia en la mortalidad materna y en la administración y utilización de recursos de la salud. Como veremos,

²²⁶ Nuñez Fernández y Cabrera, Paloma, *op. cit.*, p. 28.

²²⁷ Nahmad, Salomón, "Proyecto de análisis socio-antropológico sobre el aborto en áreas rurales e indígenas", en Azaola, *op. cit.*, p. 127.

²²⁸ *Ibidem*, p. 129.

este problema no ha sido enfrentado directamente por las políticas de salud y de población que se sustentan públicamente.

Si tuviéramos oportunidad de disponer de información sobre las condiciones en que se realiza el aborto "no médico," al que por razones económicas se ve obligada a recurrir la mujer de bajos recursos, veríamos el serio riesgo al que estas mujeres se exponen y podríamos vislumbrar el inmenso gasto que para una sociedad significa la muerte de mujeres jóvenes con hijos que quedan desamparados.²³⁹

Según Pérez Duarte, la realidad del peligro que representa, para la vida y la salud de la gestante, el aborto que se realiza en la clandestinidad, con los riesgos que conlleva, se impone a cualquier criterio, pues el número de mujeres que mueren por abortos mal practicados es muy elevado, y de las que sobreviven tienen serias complicaciones que afectan su salud y corren el riesgo de secuelas que las pueden llevar a la esterilidad.²⁴⁰

Una de las principales causas del daño a la salud que el aborto clandestino conlleva, son los medios que se utilizan para su realización. Los medios más utilizados en México son: pociones y tés, automaniobras, sondas intrauterinas, cáusticos vaginales, hormonas sexuales, fármacos orales, tallos de laminaria, dilatación y legrado, histerectomía, histerectomía. De estos métodos, pocos son eficaces y aun menos son los que no ocasionan daño a la salud ni ponen en riesgo la vida de la madre. Los procedimientos que practica el personal calificado son los que más baja mortalidad y morbilidad ocasionan, realizándose durante el primer trimestre.²⁴¹ Desgraciadamente en México sólo se puede tener acceso a ellos a través de clínicas privadas y por consiguiente sólo se encuentran al alcance de mujeres con capacidad económica para ello, dejando así los medios tóxicos, riesgosos e inseguros para las mujeres de escasos recursos; ignorando, la mayor parte de quien los usa, los grandes riesgos que conlleva y provocando en muchas ocasiones daño permanente y hasta la muerte.

Las complicaciones en la práctica del aborto son muy graves; las consecuencias secundarias más frecuentes son: las hemorragias uterinas, que frecuentemente producen anemia aguda y llevan a la muerte, los índices de hemorragia varían del 60% al 80%;²⁴² infecciones, ya que en los hospitales dependientes de la SSA, I.S.S.T.E. e I.M.S.S. la frecuencia de infección en cualquiera de las formas del aborto, varía del 15% al 30%;²⁴³ finalmente pueden producirse, lesiones en la vagina, cuello uterino o cuerpo de la matriz; perforaciones; muerte súbita por inhibición a consecuencia de la dilatación del cuello del útero en el momento de la maniobra; embolia gaseosa por entrada de aire a la inserción placentaria;

²³⁹ Azaola, *op. cit.*, p. 117.

²⁴⁰ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 36.

²⁴¹ Azaola, *op. cit.*, p. 68.

²⁴² Podemos delinir a la hemorragia como la pérdida de 500 ml o más de sangre.

²⁴³ Azaola, *op. cit.*, p. 46.

quemaduras por cáusticos o líquidos calientes; infecciones uterinas como peritonitis, septicemia y gangrenas; además existen daños permanentes como la esterilidad, así como la imposibilidad para la fijación del huevo después de la fecundación.²⁴⁴ Uno de cada tres abortos requiere de hospitalización de la mujer por complicaciones. Estadísticas provenientes del Hospital General de la Ciudad de México, revelan que entre 1985 y 1990 se reportaron hasta un 25% de ingresos diarios por complicaciones derivadas del aborto.²⁴⁵ Según datos aportados por el I.M.S.S., la segunda causa de intervención quirúrgica que atienden son de aborto y el 75% de éstos presentan complicaciones.²⁴⁶

Por otra parte, no sólo los medios que se utilizan para abortar conllevan graves consecuencias, desgraciadamente la clandestinidad también lleva a ponerse en manos de gente impreparada. Existen datos de un estudio realizado por Kenneth R. Whittenore sobre las condiciones en las que se practica el aborto fuera de los hospitales. En entrevista directa con cinco abortistas y más de treinta de sus pacientes se obtuvieron los siguientes resultados: cuatro de las cinco abortistas no tenían licencia para ejercer la profesión médica, una de ellas era asistente regular de la Iglesia y se había recibido en la escuela quiropráctica, otro había sido expulsado de la facultad de medicina, otro era mecánico de automóviles y sólo una era enfermera. Sólo dos abortistas permiten que sus pacientes las vuelvan a ver después de haberles realizado el aborto.²⁴⁷

La importancia actual del problema del aborto y sus complicaciones, es de tal envergadura que es la causa de graves mutilaciones a mujeres jóvenes que inclusive pueden llevarlas a la muerte con el consiguiente desajuste familiar.²⁴⁸

Se señala que el aborto practicado en las condiciones actuales es la tercera causa de muerte materna y que entre el 9% y 15% de los casos, requiere hospitalización de urgencia. El I.M.S.S. reporta que sólo una tercera parte muere por aborto, pero, según Azaola, el dato es poco confiable, ya que, como hemos mencionado, no todos los casos se hospitalizan y la certificación es dudosa en muchos de ellos. Según la Asociación Mexicana de Población, durante la década de los ochenta se calculaba que en México morían alrededor de veinticinco mil mujeres al año a causa de abortos mal practicados.²⁴⁹ Según la revista *Gire* se calcula que el aborto es el segundo o cuarto motivo de internación y la tercera o cuarta causa de mortalidad en el país. A su vez, el Comité para una Maternidad sin Riesgos, calcula que cada día ocurren 14 decesos de mujeres con motivo de el embarazo que al año suman 5,110; la tercera parte corresponde a abortos.

²⁴⁴ Fernández Pérez, "El aborto en la medicina forense," en Quiróz Cuarón, *op. cit.*, p. 674.

²⁴⁵ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 37.

²⁴⁶ Unidad técnica de información médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, *Informe estadístico sobre la atención gineco-obstétrica*, 1968-86, octubre de 1987.

²⁴⁷ Azaola, *op. cit.*, p. 118.

²⁴⁸ Martínez Murillo, *op. cit.*, p. 63.

²⁴⁹ *La Jornada*, 16 de agosto de 1994, p. 17.

La OMS ha determinado en varios informes que las condiciones jurídicas en que se provoca un aborto tienen serias repercusiones médicas, ya que la mortalidad de mujeres es consecuencia de la falta de pericia de la persona que practica el aborto y de la falta de utilización de los servicios médicos y hospitalarios adecuados. En la reunión de la OMS, en Helsinki, celebrada en abril de 1971, se le encomendó a un grupo de especialistas el estudio de este hecho como un fenómeno de salud pública, este grupo de especialistas admitió que se debe considerar al aborto como un medio excepcional de interrupción del embarazo no deseado y recomendó, conjuntamente con su legalización, la adopción de medidas preventivas y el desarrollo de una infraestructura hospitalaria adecuada para este tipo de atenciones.

A juicio de Pérez Duarte, algunas 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 métodos anticonceptivos, así como, la concreción de una política desincriminadora del aborto voluntario para que las mujeres puedan acceder a una atención adecuada, segura e higiénica; política que ha de llevarse a cabo, de manera articulada, dentro del sistema nacional de salud.²⁵⁰

El aborto es un hecho no deseable, sería ideal prevenirlo, ningún país del mundo ha podido hacerlo, su mundo es clandestino y mercenario por la estructura social y legalmente represiva. Liberalizar su práctica sería un instrumento más para prevenirlo y sobre todo para combatir la morbi-mortalidad materna.²⁵¹

La salud es un derecho y no un privilegio. Si esto es cierto el aborto está fuera de todo marco de salud pública porque hasta el momento no ha sido un derecho sino un privilegio; ha sido un privilegio de quien puede comprar el servicio y no un derecho de la comunidad.²⁵²

²⁵⁰ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 46.

²⁵¹ Azaola, *op. cit.*, p. 120.

Se entiende por morbilidad la proporción de personas que enferman en un sitio y tiempo determinado, la morbi-mortalidad es la proporción de personas que mueren en un tiempo y lugar determinado. T. de Alvear, *op. cit.*, p. 1400.

²⁵² Mateos Cándano, "Aspectos médicos y de salud", en Azaola, *op. cit.*, p. 42.

4.1.4. El turismo abortivo

No todas las mujeres mexicanas y pertenecientes a países en los que el aborto se considera un delito admiten un embarazo indeseado o lo realizan en la clandestinidad y condiciones en que su país se los permite; encuentran una tercera opción: el turismo abortivo.

Para Carlos Severín Versele,

el turismo abortivo se concreta en la realización del aborto voluntario fuera de las propias fronteras acogiéndose a la legislación no incriminatoria del aborto de otro país. Y a los principios jurídico-penales de territorialidad de la ley penal y de doble incriminación. Lo cual como mecanismo jurídico es plenamente legal.²⁵³

Es de destacar que su práctica se ha extendido ampliamente durante los últimos veinte años en Europa, haciéndolo posible la progresiva liberalización del sistema legal del aborto voluntario en los diversos países europeos. Por ejemplo, en España el turismo abortivo llegó casi a "institucionalizarse" con la práctica en Londres, pues este último constituía la "Meca" del aborto para muchas ciudadanas españolas y de otros países. De los 1.4 millones de abortos legales practicados a mujeres residentes en Inglaterra y Gales durante el periodo de 1968 a 1981, se informó de más de cuatrocientos mil abortos realizados a mujeres no residentes, lo que constituye un cuarto de la cifra total.²⁵⁴

¿Se puede aceptar que una mujer belga que tenga diez mil francos vaya a Holanda, si tiene treinta mil vaya a Inglaterra y si tiene cincuenta mil vaya a Suiza, esto es justicia social? Sólo se condena a las mujeres pobres y que no están informadas de los anticonceptivos.²⁵⁵

Para Aurora García Vitoria este fenómeno no es mas que un insulto para las mujeres con escasos medios económicos y culturales.²⁵⁶

Según José Luis Ibañez y Gracia Velasco, el turismo abortivo es una conducta legal, ya que el aborto se ejecuta en un país con régimen permisivo, por lo que, bajo el principio de territorialidad, no puede ser perseguido en el país de origen de la mujer embarazada.²⁵⁷

En México, según el artículo 4º del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal, un delito que se cometa en el extranjero, por un mexicano, contra mexicanos o contra extranjeros

²⁵³ Versele Severín, Carlos, "Conclusiones de las sesiones de trabajo de las primeras jornadas de defensa social en Latino América", en Beristáin Antonio, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1977, p. 91.

²⁵⁴ *Ibidem*, Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 83.

²⁵⁵ Versele Severín, *op. cit.*, p. 174.

²⁵⁶ García Vitoria, Aurora, *El tipo básico de aborto*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1981, p. 47.

²⁵⁷ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 90.

será penado en la República Mexicana si concurren los siguientes requisitos:

- I.- Que el acusado se encuentra en la República;
- II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país, en el que delinquiró, y
- III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en el que se ejecutó y en la República.

Como podemos observar, una mujer mexicana que realiza un aborto en un país donde la práctica del mismo no es un delito, de ninguna manera podrá ser incriminada y castigada en México, con fundamento en la fracción III del artículo 4º de nuestro Código Penal.

En España se intentó argumentar para la persecución del delito de aborto dos figuras muy singulares: el fraude a la ley y la nacionalidad española del feto -mediante jurisprudencia del 15 de octubre de 1983-, aunque finalmente el tribunal constitucional de 27 de junio de 1984 rechazó tanto las conclusiones como toda la fundamentación jurídica de las sentencias del Tribunal Supremo y aplicó estrictamente el principio de territorialidad de la ley penal.²⁵⁸

Fraude a la ley o no, lo cierto es que las mujeres que cuentan con posibilidades económicas, pueden practicar el aborto donde mejor les parezca y convenga. Son muchas de ellas las que practican el turismo abortivo. En México lo más común es que, quienes lo realizan lo lleven a cabo en algún lugar de Estados Unidos; sin embargo, ello no cambia el contenido: la salud, la libertad, la protección jurídica, se encuentra sólo al alcance de los que tienen más. El turismo abortivo se convierte así en otra de las tantas consecuencias de la clandestinidad del aborto.²⁵⁹

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 91.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 93.

4.2. LA REALIDAD JURÍDICA DEL ABORTO DELITO.

4.2.1- Impunidad del aborto

Todo proceso por aborto, como todo en esta conducta, es absolutamente singular y distinto a los procesos judiciales por otros delitos. La primera y más llamativa singularidad es cuantitativa: la falta o casi inexistencia de los procesos judiciales por aborto, que no llegan en ningún caso al 1% de las conductas reales de aborto. Es decir, se observa una destacada impunidad, casi absoluta, de una conducta considerada delictiva por miles y miles de personas, así como una fuerte discrepancia entre las estadísticas judiciales y médicas sobre el aborto criminal.

Los especialistas coinciden en afirmar que la masa de abortos voluntarios impunes, resulta infinitamente superior al de los inculpatos. Las causas pueden ser muy diversas, hay quienes atribuyen este fenómeno a que existe una falta de denuncias, lo cual puede deberse a diversas causas: una de ellas es que el sujeto pasivo no puede acudir a denunciar el delito, como sucede en otro tipo de delitos -por ejemplo en delitos de orden económico como lo es el fraude-. Asimismo, esta falta de denuncias se atribuye a que la mujer, evita aun cuando sufre complicaciones, acudir a establecimientos médicos que es de donde podrían provenir las denuncias. Por último el hecho de que el aborto para muchos no sea considerado como merecedor de una sanción hace que a pesar de ser un delito perseguible de oficio, sean pocos los que al tener conocimiento del hecho acudan a denunciarlo. En consecuencia, la impunidad del aborto se produce desde el momento inicial por falta de denuncias lo que origina de hecho la inexistencia del proceso. En esto se diferencia de los delitos clásicos en los que la mayoría de veces la impunidad no es por falta de denuncias sino por no descubrimiento del autor.

Por otra parte, tratándose de un delito muy extendido y clandestino, una reacción lógica habría de ser la existencia de una cuidada, inteligente y permanente investigación. Pero no es así; la investigación policial habitual y organizada para luchar contra la clandestinidad del aborto tampoco ha existido normalmente.

Por último, colabora a la cifra negra en materia de aborto la extraordinaria dificultad de la prueba en relación con la existencia real de un embarazo interrumpido por las prácticas abortivas, ya que en caso de no presentar ulteriores complicaciones, desaparecen los rastros de toda intervención a los pocos días de efectuada ésta.

Todo esto se traduce en cifras del 1% como resultado de una falta de persecución. Estas cifras no son privativas de nuestra década o incluso de los años ochenta, en que la persecución del aborto está en decadencia real, sino de hace muchos años, cuando el ambiente social podía considerarse más propicio para la persecución criminal: la realidad demuestra que las

declaraciones de principio antiaborto nunca han tenido una lógica correspondencia con los procesos judiciales.²⁶⁰

Así, para Rafael Fernández Pinar:

En nombre de una protección que no es posible realizar verdaderamente, se criminaliza inútilmente a los hombres y mujeres implicados en el aborto clandestino y la penalización del aborto se manifiesta de esta forma como un recurso irracional por parte del legislador. El castigo de unas decenas de personas entre muchas miles, que, conforme a la ley injusta, se hacen merecedoras de ello, aparece no como expresión de la realización de la justicia, sino por el contrario, como una absurda lotería al revés. La justicia penal aparece así como un poder arbitrario, ganador de mayores males, que los que pretende evitar, factor de desigualdad social, ineficaz, y como consecuencia de todo ello, como un poder injusto.²⁶¹

Por otra parte, detrás de esta fácil explicación de la impunidad, subyacen razones y motivaciones más profundas que convergen en el hecho de que en casi todas las personas y fuerzas ciudadanas no existe conciencia de reprochabilidad clara para con la conducta del aborto voluntario. Y la clara conciencia de reprochabilidad es condición necesaria e imprescindible para denunciar, investigar, probar, perseguir y castigar cualquier conducta calificada como delito.

Las mujeres siguen reconociendo el aborto como el último recurso para evitar una maternidad que por razones que cada una valora, no está ni capacitada ni preparada para atender. Este hecho es reconocido por la sociedad con mayor comprensión tácita que explícita, lo cual explica la casi nula represión legal real.²⁶²

Por lo tanto una de las principales razones por la que no se castiga, ni se persigue el aborto es porque no existe la convicción de que el hecho reprimido sea ilícito o merecedor de sanción y sin esta convicción es imposible la persecución.

A pesar de las oscilaciones históricas y de las diferencias que median entre los países existen un importante número de delitos como el homicidio doloso, el hurto, la violación, los incendios, que se castigan en todo tiempo y lugar por que responden a comunes concepciones valorativas y necesidades de protección de la colectividad. La decisión legislativa por la que una determinada acción se prohíbe bajo pena, posee importantes consecuencias: la amenaza de la pena impregna la conciencia jurídica de la comunidad, del mismo modo que la deteriora la creación o mantenimientos de preceptos penales carentes de arraigo en la conciencia

²⁶⁰ Huerta Tocildo, Susana, "Criterios para la reforma del delito de aborto", *Cuadernos de política criminal*, Madrid, núm. 8, 1979, pp. 88 y 89.

²⁶¹ Barreda, *op. cit.*, p. 114.

²⁶² Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 35.

jurídica del pueblo, que en la práctica resultan por ello de imposible aplicación.²⁶³

Este fenómeno de vacío procesal, peculiar del delito de aborto voluntario, se corresponde correlativamente con la postura de las fuerzas sociales y políticas partidarias de la persecución del aborto como delito que, por mantener esa postura, defienden una cuestión de principio -la declaración formal de ilegalidad penal del aborto voluntario-, pero en ningún caso la persecución y represión del aborto.²⁶⁴

Así, el aborto constituye una de las conductas delictivas con mayor número de cifra negra, lo cual es la más rotunda expresión de la ineficacia de la pena y del imposible control de la ley criminal del fenómeno social del aborto voluntario, que nunca ha podido ser domeñado.²⁶⁵

Es evidente la impunidad real del aborto. Se asegura que cada año ocurren en México un millón de abortos punibles, en todo caso sumas elevadas -superiores quizá a las de cualquier otro delito y a la de varios en conjunto- que no hallan representación significativa o no la encuentran en absoluto en las estadísticas judiciales. La punibilidad del aborto que no asegura ni su decadencia, ni su punición, sí impide, en cambio, la acción sanitaria franca, y con ello, desencadena otra serie de cifras: las de mortalidad u morbilidad a causa del aborto inducido o atendido con torpeza sin auxilio médico o con ayuda insuficiente y en la clandestinidad.²⁶⁶

La realidad demuestra que la penalización del aborto voluntario ha sido una cuestión teórica y dogmática, pero en absoluto verdadera y práctica, además ha estancado el problema del aborto.²⁶⁷

Un legislador no puede o no debe prohibir lo que no puede controlar. Con la huida al derecho penal se priva a la pena de todo poder de convicción de toda función motivadora racional y se le utiliza como instrumento de dominación y de imposición de ideas, cuya aceptación es, en última instancia, un problema de la conciencia individual.²⁶⁸

²⁶³ Heinrich Jeschek, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1981, p. 72.

²⁶⁴ Ibañez y García Velasco, *op. cit.*, p. 118.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 119.

²⁶⁶ García Ramírez, *op. cit.*, p. 120.

²⁶⁷ Huerta Tocido, *op. cit.*, p. 62.

²⁶⁸ Muñoz Conde, *Estudio sobre política demográfica planificación familiar y aborto*, p. 87, *cit. por* García Ibañez, p. 99.

4.2.2.- Incumplimiento de los fines de la pena

A la vista de la experiencia humana ¿puede afirmarse que es la pena el tratamiento adecuado, justo, útil y eficaz al aborto voluntario? ¿Los fines de la pena -mirando al pasado: retribución, o mirando al futuro: prevención general o especial-, se cumplen en el aborto delito?

Los fines que deben cumplir las penas son:

- a) **Retribución;** castigo porque se ha delinquido, en proyección hacia el pasado.
- b) **Prevención general;** con sus facetas pedagógicas de corrección general, de ejemplaridad y de intimidación en proyección hacia el futuro, y
- c) **Prevención especial,** con sus aspectos de corrección individual o rehabilitación social, también en proyección hacia el porvenir.

Según Huerta Tocildo, todos estos fines quiebran estrepitosamente por lo que al aborto delito se refiere, pues ni se cumplen ni se realizan en modo alguno, por lo que nos preguntamos si es la sanción penal el modo más adecuado para hacer surgir en los ciudadanos un intento de respeto hacia el bien jurídico afectado por el aborto.²⁶⁹

4.2.2.1. Retribución

Es particularmente significativo en las legislaciones positivas el tratamiento penal que se le da a los diferentes partícipes implicados en esa conducta, especialmente en el caso de la mujer. Podría pensarse que con base en la consideración del aborto como crimen nefando y en justa correspondencia y sentido retributivo, las penas privativas de libertad previstas por la ley habrían de ser de notoria gravedad. Sin embargo, no es así; se ha ido reproduciendo una reducción paulatina de la calidad y de la dimensión de la pena que en su origen llegó a ser la del homicidio y que en los últimos años ha cristalizado en una pena mínima que nunca excede de cinco años. Por otra parte, en muchos países a las penas cortas privativas de libertad se les puede aplicar los beneficios de la sustitución, conmutación o condena condicional. En el caso de México, existe la posibilidad, según el artículo 70 de nuestro Código penal; de que la pena no mayor a cuatro años pueda ser conmutada o sustituida por otra pena.

Por lo tanto, esta virtual disminución de la pena privativa de libertad, no cumple desde luego el primer fin tradicional de la pena: la retribución; finalmente es más "penoso" el proceso que la propia pena.

²⁶⁹ Huerta Tocildo, *op. cit.*, p. 53.

4.2.2.2. Prevención general

La represión penal del aborto no cumple con los fines de prevención general porque la conminación penal no es sentida socialmente con la suficiente fuerza como para motivar el respeto hacia el bien jurídico, pues existen amplios sectores de la sociedad que la consideran innecesaria e inútil. Por eso es que además, la amenaza penal resulta ineficaz ya que debido al panorama comparatista en esta materia, se tiene la seguridad de que la pena por aborto puede evitarse mediante un simple desplazamiento a un país de legislación más permisiva.²⁷⁰

Un objetivo primordial del derecho penal es disuadir a sus destinatarios de cometer delitos. No han logrado esa finalidad las normas penales sobre el aborto, es otra cosa lo que han conseguido. El dilema no es sí o no al aborto, pues aun sabiendo que cometen un delito las mujeres abortan. Es claro que defender la penalización se traduce en defender que los abortos sean terriblemente riesgosos y aún más dañinos que sin las incriminaciones. Se adopta un juego peligroso y sin duda nada cristiano, barreras y dificultades para abortar, pero tolerancia a que no se persiga, ya no digamos a la totalidad, sino siquiera a una parte significativa de las mujeres que abortan.²⁷¹

Las mujeres que deciden abortar no se detienen porque sea una conducta penada, pues frente a todas las demás circunstancias, es en lo que menos piensan. Pero aún hay más, si las circunstancias que las han llevado a abortar una primera vez volvieran a repetirse, lo cual no es raro en un país como el nuestro en el que la política de planificación familiar y de uso de anticonceptivos son muy deficientes, no creo que el cumplimiento de una pena, las motivara a desistir.

Finalmente, García Ramírez opina que:

Ni es ni podría ser la persecución penal el simple resultado de un mandato formal, se reduce o soslaya cuando no hay, además, conciencia -convicción- social en torno a la ilicitud del hecho que se reprime. Si la formación de tipos es el reflejo -trátese de delitos naturales o artificiales- de la creencia media en ciertos valores y, por ende, en la observancia, también media, de patrones determinados de comportamientos, la persecución misma, en su propia instancia de hecho, debe a su vez surtirse en estos apoyos y estímulos sociales. A la larga, es imposible la persecución sin convicción: o abrumaría a la administración de justicia con la acumulación de casos justificables o se tomaría selectiva y por lo mismo injusta y a menudo corrupta, o acabaría por arrumbar a la ley en el desuso.²⁷²

4.2.2.3. Prevención especial

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 55.

²⁷¹ Barreda, *op. cit.*, p. 84.

²⁷² García Ramírez, *op. cit.*, p. 119.

No es eficaz la sanción penal para la mujer que consiente o procura su aborto desde un punto de vista de prevención especial ya que,

el aborto no representa ningún plato de gusto para la mujer embarazada, máxime si se encuentra en un entorno en el que su realización está fuertemente desvalorizada, junto a la evaluación de riesgos que todo aborto clandestino comporta, estas fuertes tensiones de índole religiosa y ético-social que pueden llevarla a engendrar un gran sentimiento de culpabilidad, sin olvidar que puede muy bien suceder que la embarazada experimente el deseo de ser madre que debe ser reprimido por un motivo altruista e incluso de maternidad responsable. Cuando a pesar de todos estos reparos la embarazada decide abortar, es porque a su entender la continuación del embarazo es más grave que su interrupción. Y al inclinarse en pro de la interrupción, la balanza no vuelve a equilibrarse por el hecho de pensar en una virtual pena.²⁷³

Así entonces, la pena como mecanismo jurídico de tratamiento del aborto voluntario ha fracasado siempre y sus fines han sido defraudados.

²⁷³ *Ibidem*, p. 85.

5. FACTORES QUE DEBIERAN TOMARSE EN CUENTA PARA DESINCRIMINAR AL ABORTO VOLUNTARIO

Ya observamos algunas consecuencias del aborto como delito, ahora analicemos las causas por las cuales las mujeres abortan, causas que a su vez constituyen factores que deberían tomarse en cuenta para desincriminar el aborto voluntario.

Para reconsiderar la situación jurídica del aborto en México deben tomarse en cuenta factores médicos o de salud, económicos, sociales y eugenésicos, así como la importancia de que un hijo sea deseado y el daño psicológico que conlleva lo contrario, la panacea de los anticonceptivos, las circunstancias personales y de pareja, la imposibilidad de dar al problema del aborto otro tratamiento, los derechos humanos, los pronunciamientos a nivel internacional y finalmente cuáles son las opiniones de diferentes sectores de la sociedad mexicana al respecto. Todo ello trataremos de analizar a lo largo de este punto.

5.1. MÉDICOS O DE SALUD

En la actualidad, según el artículo 334 de nuestro Código penal, no es sancionado el aborto cuando, de no provocarse, 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 y no fuera peligrosa la demora.²⁷⁴ A esto en México se le ha denominado aborto terapéutico; sin embargo, como hemos mencionado, su eficacia es casi nula, ya que no se encuentra reglamentada la forma de hacer efectivo tal derecho o bien de evadir la pena, ni se especifica si el Estado está obligado a prestar dicho servicio. Por otra parte hemos también hablado ya de lo limitada que es dicha exigencia, ya que la autorización de la práctica del aborto se limita únicamente al caso en que corra peligro la vida de la madre y en ningún momento se habla de la salud de la misma, salud que en muchos casos corre peligro y es ignorada, propiciando con ello daños tanto físicos como mentales permanentes y que afecta no sólo a la mujer que lo padece sino a su entorno mismo.

Es por ello que en la mayoría de las legislaciones del mundo el aborto terapéutico es:

Aquel que se lleva a cabo con el objetivo de salvar la vida o la salud de la mujer embarazada, en aquéllos casos en que se vieran en grave riesgo con la continuación del embarazo.²⁷⁵

Algunos consideran que esto constituye un auténtico estado de necesidad y que aunque no se remita expresamente al mismo ello es claro, puesto que se sacrifica una vida en formación para salvar la salud de una vida ya formada.

²⁷⁴ *Vid supra*, Cap. II, 1.3.3. "aborto terapéutico."

²⁷⁵ Barreda, *op. cit.*, p. 32

Por supuesto para que no haya dubitaciones judiciales, es mejor que la hipótesis se prevea explícitamente, con la mayor claridad en la parte especial del código.²⁷⁶

Los casos en que el aborto terapéutico podría practicarse son de diversa índole. Tratándose de la salud física de la madre con el avance de la ciencia quizá las hipótesis disminuyan, pero recordemos que dicha exigencia comprende así mismo la salud mental ya que el concepto de salud, según la OMS, implica:

Un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedad.

Tratándose de la salud mental, las hipótesis quedarían amparadas o respaldadas por peritajes psiquiátricos.

Finalmente, cabe apuntar que la protección de la salud de la madre se extiende a diferentes momentos, esto es, antes, durante y después del parto. Es conveniente aclarar que en algunos países en que el aborto se interrumpe por indicación médica el posible daño a la salud esta referido a un daño significativo en la salud de la mujer embarazada ya por que pudiera dejar secuelas o por que ocasione una alteración grave. Así mismo estamos convencidos de que la indiferencia ante tales hechos cuesta muchas vidas y muchos males, creemos, por lo tanto, que este factor debe tomarse en cuenta para desincriminar el aborto voluntario.

Los estados de la República que contemplan la licitud del aborto cuando corre peligro la salud de la madre son: Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas y Tlaxcala.

5.2.- SOCIOECONÓMICOS

Normalmente todos aquellos que luchan por la vigencia del aborto, como un delito, buscan la protección del que está por nacer, pero quizá no han reparado en nuestra realidad social, en la calidad de vida que en muchas ocasiones a éstos les espera.

Aquí vienen al caso motivos de oportunidad, de mayor conveniencia social y personal, circunstanciales, rara vez fatales o permanentes, si se requiere que el producto, ser completo ya, advenga "al mejor de los mundos posibles", o al menos a uno que lo desea y que él pueda desear, habrá que calcular con cuidado lo soportes de este advenimiento y el desarrollo por venir: las posibilidades de educación, de salud, de esparcimiento; las suyas y, además, las de quienes, por pertenecer al mismo grupo familiar, compartirán con el hombre nuevo los recursos disponibles o padecerán, en la redistribución de la pobreza, nuevas carencias.²⁷⁷

²⁷⁶ *Idem.*

²⁷⁷ Barreda, *op. cit.*, p. 114.

El Centro Mexicano para los Derechos de la Infancia explica que la desnutrición es factor determinante de la mortalidad infantil, pues el 60% de los infantes menores de ocho años que mueren en el medio urbano están desnutridos. En la zona norte del país el 70% muere por la misma causa, en las regiones centrales el 75 %, en el sur 80% y en el sureste 90%. Por cada niño que muere por desnutrición diez sobreviven con daños físicos irreversibles generados por la misma causa.²⁷⁸

Millones de niños viven en la intemperie física, social, familiar y espiritual. En México hay de 12 a 15 millones de los denominados niños de la calle, "niños adultos" responsables de sí mismos, que trabajan desde edad temprana sin el amparo y protección de una familia. México ocupa el segundo lugar en América Latina en la cifra de niños callejeros. No sólo los niños sin techo sufren, millones en sus viviendas son humillados, lesionados, atormentados, en casos extremos asesinados por sus padres, ¿y que decir de la venta de niños, de la prostitución infantil, de la utilización de menores para pornografía etc.?²⁷⁹

Por otra parte cientos de mujeres apenas siendo adolescentes se embarazan sin desealarlo y se les impone el nacimiento, la educación, el cuidado de un nuevo ser; actividad que realizarán con frustraciones, pero sobre todo, con una carencia total de madurez, de responsabilidad, de deseos y de capacidad. En muchas ocasiones, no son las propias madres quienes se hacen cargo de la educación de sus hijos, sino son los padres de ellas fomentando así las dobles autoridades, la falta de comunicación entre padres e hijos, etc. Y qué decir de las madres solteras, quienes además se tienen que enfrentar solas a esta nueva vida y al rechazo social, o de los matrimonios forzoso por el advenimiento de un hijo. Todo esto originará, entre otras cosas, violencia intrafamiliar, que se reflejará en ese hijo al que intentamos proteger, ¿esto es lo que realmente queremos? Yo no lo creo, pero lo cierto es que esto es lo que vivimos a diario, es ésta la cruel realidad a la que debemos dar la cara e intentar cambiar.

Actualmente muchas parejas, muchas mujeres solteras deciden no tener hijos por la incapacidad económica de darles lo necesario, de proporcionarles una vida con satisfactores no solo económicos, sino emocionales, dándoles así la oportunidad de llevar un vida feliz, de realizarse en lo que deseen, y de esta manera crear generaciones mas satisfechas; sin embargo, esta decisión es actualmente considerada por nuestra legislación como un delito, lo cual debemos cambiar para evitar que sigan existiendo niños que no tengan qué comer y parejas que no tengan la capacidad, ni los deseos de ser padres.

Un hijo más vendrá a gravitar sobre la sociedad familiar. Mientras no sea el Estado el que ha de subvenir a sus necesidades presentes y futuras -y creemos que aunque esto sucediera no es posible que sustituya el amor

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 96.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 98.

de los padres- ¿con qué derecho querrá imponerlo al mísero que involuntariamente lo ha procreado? ya sabemos que algún moralista de gabinete nos dirá: ¿y por qué lo ha procreado? Si sabía que no podía soportarlo, ¿Por que lo ha traído? Es fácil razonar bajo la luz de una buen lámpara, en una habitación confortable, cuando se ha comido bien y las ideas filantrópicas y altruistas son huéspedes agradables de un cerebro inútil.²⁹⁰

Como hemos mencionado, este tipo de aborto se encuentra previsto por los códigos de Chiapas, Chihuahua y Yucatán.

5.3. EUGENÉSICOS

El aborto eugenésico -al que ya hemos hecho referencia cuando tratamos el aborto en los Códigos de los estados-²⁹¹ es sin duda uno de los tipos de aborto que más se ha proclamado porque sea permitido. El aborto eugenésico es aquél que se practica cuando existe el riesgo probado de que el producto de la concepción nazca con anomalías físicas o mentales que le ocasionen alguna incapacidad o invalidez.

En opinión de Manuel López Rey, procede ésta indicación

Quando existen razones que justifican la expectación de un defecto fetal somático o psíquico, incurable, debido a la herencia mórbida transmisible de uno o ambos padres o a causa de un daño ocasionado durante el embarazo.²⁹²

En algunos estados de la República se ha recogido este tipo de aborto indicando que es aquél que se practica con el fin de evitar que el producto nazca con:

taras hereditarias, causas eugenésicas graves y alteraciones genéticas o congénitas graves que den por resultado alteraciones físicas o mentales.

Por otra parte, entre algunos motivos de indicación eugenésica se han mencionado la protección de la comunidad y de la raza, la de la pareja y la familia, de la salud de la madre, y de los derechos a la salud y a la normalidad del ser a partir de su nacimiento; así algunos autores han definido también este aborto como:

Aquél que se practica para mantener incólume la salud de la especie ante el riesgo grave y probado de una descendencia desviada.²⁹³

²⁹⁰ Martínez, José Agustín, *Comentarios al Código de defensa social*, VII, La Habana, 1949, p. 387, cit. por. Quintano Ripolles, op. cit., p. 345.

²⁹¹ *Vid. supra*, Cap. II, 2.1.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ García Ramírez, op. cit., p. 112.

Por supuesto cabe aclarar que el aborto eugenésico,

no funciona en la actualidad con el fin de conseguir la mejora de una raza, o para lograr la pretendida raza de super hombres sino para evitar el nacimiento de seres infelices.²⁹⁴

Su admisión en el ámbito del derecho penal está supeditada a la información que suministra la biología, la genética, y la eugenesia, pero principalmente el punto de vista que prevalece en la comunidad.²⁹⁵ En opinión de Jiménez de Asúa la decisión de la práctica de un aborto eugenésico, no debe dejarse en "las indoctas manos de los juristas"²⁹⁶ ya que en la actualidad los conocimientos sobre la herencia posibilitan en un gran número de casos el pronóstico sobre las alteraciones de la salud del producto de la concepción. Según la OMS cada vez es más posible detectar anomalías fetales en una frase temprana del embarazo cuando el producto todavía no es viable, etapa en la que consideramos puede realizarse casi sin riesgos un aborto.

A las anomalías hereditarias originadas en los genes de los padres, se agregan "en la etiología de la malformación fetal,"²⁹⁷ las perturbaciones sufridas por el embrión durante su desarrollo intrauterino y las anomalías cromosómicas debidas a accidentes en el tiempo de la fecundación. Ejemplos no faltan, existen dichas probabilidades cuando la madre o el padre han consumido estupefacientes, drogas, son alcohólicos o la madre durante el embarazo ha contraído alguna enfermedad como la rubéola, así como enfermedades de los padres que pudieran ser hereditarias, etc. En nuestro siglo XX ha venido a reforzar este tipo de aborto la existencia de un nuevo mal: el SIDA,²⁹⁸ ya que si la madre es víctima del mismo lo heredará a su hijo, esto desgraciadamente le condiciona la vida desde que nace a múltiples tratamientos dolorosos, a padecimientos insufribles, a un rechazo social, a una vida anormal, pero sobre todo a una vida corta y dolorosa, sin duda esto no es lo que los padres desean para sus hijos, sin duda nadie quisiera que sufrieran por una enfermedad que estén condenados a vivir. Creo y estoy convencida que aquí los padres deben tener el derecho de decidir que este hijo no nazca, pues no merece tal sufrimiento.

Argentina fue el primer país del mundo que dio cabida en su legislación a la indicación eugenésica en 1922, le siguieron Ecuador en 1938 y el Código de Defensa Social cubano. En México, según un estudio practicado por la revista "Gire," se les preguntó a las mujeres si abortarían en caso de que existiera la posibilidad de que su hijo padeciera un daño físico o mental o cuando la mujer tiene SIDA y contestaron afirmativamente

²⁹⁴ Alcides de Almeida J., *Aborto consensual. Estudio de Direito penal e de politica criminal*. Lisboa (s.e.) 1964, p.148.

²⁹⁵ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 93.

²⁹⁶ *Idem.*

²⁹⁷ *Idem.*

²⁹⁸ Según el programa de salud reproductiva y planificación familiar 1995-2000 se estima que actualmente ocurren 500 embarazos al año en mujeres infectadas, que con una tasa de 25% transmiten el virus en forma directa al producto del embarazo.

un 56.2% y un 76.2%, respectivamente, frente a 52.6% y 69% por parte de los hombres.

5.4. PSICOLÓGICOS

Continuamente se suele pensar que la práctica de un aborto conlleva terribles consecuencias de orden psicológico para la mujer que lo realiza. Es muy probable que algo así suceda, sobre todo por la clandestinidad en la que se lleva a cabo, por el riesgo que corre su salud y su vida al realizarlo, y porque aparentemente se encuentra gravemente censurado por nuestra sociedad y por ello debe ser un secreto, lo cual conlleva una grave carga emocional. Sin embargo, como veremos, la práctica de un aborto en las condiciones adecuadas y fuera de la obscuridad, traería mucho menos consecuencias psicológicas de las que pudiéramos pensar y por el contrario es la maternidad involuntaria, el verse forzada a tener y cuidar a un hijo que no se desea, de mayores consecuencias en el orden psicológico, pues el "daño" es permanente, y repercute no solamente en la salud mental de la madre sino también en la de ese nuevo ser al que tuvo sin desearlo, ya que el niño nace en el ámbito de una familia que rechaza su existencia.

Algunos estudios señalan la presencia de retraso mental en un 40% de hijos rechazados, serios problemas de aprendizaje escolar, problemas de adaptación social y de hostilidad hacia los demás, a estos graves problemas debemos agregar las dolientes cifras de abandono a recién nacidos y de maltrato a los hijos.

Creemos que a las consideraciones que hemos analizado sobre el potencial daño del que puede ser objeto un hijo no deseado, habría que agregar la violencia social por la que puede estar sometido.²⁹⁹ Y es curioso aquí hacer notar que es la misma sociedad con su falsa moral, prejuicios y puritanismo que orillan a las mujeres a avergonzarse de algo que quizá para otras tantas es un orgullo, este sector de la sociedad no ha reparado en que con este tipo de conductas lo único que hacen es provocar aquello que ellos mismos condenan: el aborto.

Detush considera que:

Los imperativos religiosos ejercen una gran influencia sobre el estado emocional de la mujer, al grado de que pueden originar crisis en las mujeres que observan estos principios.²⁹⁹

En donde el aborto voluntario se encuentra legalizado, como es el caso de algunos países de Europa y algunos estados de la Unión Americana, se considera que el daño psicológico tiene su origen no en el aborto sino en el embarazo no deseado. Por lo que José Cueli concluye diciendo respecto a las leyes del aborto que prevalecen en México que:

²⁹⁹ Cueli, José, "El aborto en el marginado Psicológico" en Azaola, *op. cit.*, p. 144.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 152.

Estas leyes son anacrónicas ya que tuvieron su origen en épocas en que cada vida era valiosa por la demanda creciente de soldados y trabajadores y la alta mortalidad que se registraba en ese tiempo, pero es obvio que este enfoque esta totalmente fuera de la realidad actual.²⁹¹

Según Tietze de acuerdo a estudios practicados por múltiples psicólogos y psiquiatras se ha llegado a la conclusión de que la mayoría de las mujeres que han abortado continúan llevando esencialmente vidas normales, y que la reacción psicológica adversa ante un hijo no deseado puede ser muchísimo más común y más grave que la reacción adversa tras un aborto. Un grupo científico de la O.M.S. en un estudio sobre abortos provocados y espontáneos llegaba a la conclusión en 1969 de que efectivamente existían secuelas psicológicas para la mujer que abortaba; pero señalan que la tensión emocional experimentada por la mujer puede estar vinculada más íntimamente a factores tales como las condiciones en las que es realizado el aborto -legal o clandestino- el periodo de gestación, el tipo de intervención y las actitudes de la familia de la mujer y de los profesionales y otras personas que toman parte en el aborto. Otro estudio realizado en 1978 refuerza tal teoría en donde se demuestra un beneficio psicológico frecuente y una baja incidencia de secuelas psicológicas perjudiciales, parece ser que las inquietudes sobre efectos a largo plazo del aborto sobre la salud mental disminuyen a medida que crece la aceptación del aborto, tanto por parte de la profesión médica, como del público en general.²⁹²

5.5. LOS MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS, ¿LA PANACEA?

Erróneamente se considera que son los métodos anticonceptivos la solución para evitar cualquier maternidad involuntaria y esto no es cierto, los métodos anticonceptivos contienen un índice y un margen de error que varía de uno a otro método, eso sin contar que no todo mundo tiene la información y el acceso a ellos.

La prevención del aborto voluntario es la prevención del embarazo no deseado y prevenir el embarazo no deseado implica o abstenerse de una vida sexual normal o llevar a la vida la tecnología anticonceptiva.²⁹³

En opinión de Azaola, la abstención sexual no la logran ni los que hacen votos de castidad, y únicamente lo consiguen algunos psicosexuales limitados o supersublimados.²⁹⁴

En cambio llevar a la vida corriente los conceptos básicos de una educación sexual avanzada es altamente conveniente. La meta es lograr la

²⁹¹ *Ibidem*, p. 148.

²⁹² Tietze, *op. cit.*, p. 157.

²⁹³ Mateos Cándano, "Aspectos médicos y de salud" en Azaola, *op. cit.*, p. 53.

²⁹⁴ *Ibidem*.

separación de la potencialidad sexual de la capacidad reproductiva. Esto, sin embargo, es utópico para la mayoría de los casos.²⁹⁵

Hablemos, entonces, sobre la eficacia de los métodos anticonceptivos. La eficacia de los métodos anticonceptivos debe analizarse a partir de hechos objetivos y no de planteamientos teóricos. No existe método anticonceptivo perfecto, todos en mayor o menor medida contienen un índice de error ya sea adjudicable a quien lo utiliza o al método mismo; de ahí que se estime como una actitud bastante ligera juzgar a una mujer como inconsciente y descuidada por embarazarse sin desearlo. Cuando se han tomado las precauciones para evitar el embarazo y éste se produce no cabe ni siquiera un reproche para la pareja y, sin embargo, el Estado impone el nacimiento de ese nuevo ser del cual no se hará cargo. De ahí que sea indispensable la aplicación de una moderna tecnología para controlar la fecundidad -a la cual no todos tienen acceso-, pero cuando ésta falla se hace indispensable recurrir al aborto inducido en sus etapas más tempranas para evitar así un embarazo no deseado con sus múltiples consecuencias que varían en cada caso.

Se sostiene con ligereza que si existen programas públicos de planificación familiar ya no es necesario liberalizar el aborto inducido.(...) El aborto inducido no es sustituto de la planeación familiar. Es una medida extrema a la que acuden las mujeres aún cuando han estado sujetas a la regulación de su fecundidad por el uso de anticonceptivos. Canjear un método profiláctico, curativo, alegando la disponibilidad de métodos anticonceptivos, es conculcar un derecho.²⁹⁶

Por otra parte, creer que la solución a todo embarazo involuntario son los anticonceptivos resulta paradójico en México, donde los programas de planificación familiar tienen una cobertura de cerca de dos millones de mujeres, en tanto que hay aproximadamente 15 millones de ellas en edad fértil.²⁹⁷ Otros datos nos revelan que aproximadamente el 8% de la población femenina en edad reproductiva usa métodos anticonceptivos.²⁹⁸ Un estudio realizado en 1990 revela que del total de mujeres casadas sólo 59.8% utilizan algún método de control natal. En cambio del total de solteras únicamente 1.7% usa métodos anticonceptivos.²⁹⁹ Por otra parte la investigación *Aborto clandestino, una realidad latinoamericana*, realizada

²⁹⁵ *Idem*.

²⁹⁶ Mateos Cándano, "Aspectos médicos y de salud" en Azaola, *op. cit.*, p. 55.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 57.

²⁹⁸ Acosta, M., *op. cit.*, p. 21.

²⁹⁹ En México la falta de planificación familiar como práctica generalizada es uno de los principales factores que determinan la magnitud del aborto. La planificación familiar en nuestro país se ha encontrado con una serie de obstáculos, entre los cuales destacan: la vigencia de muchos patrones culturales tradicionales como la creencia de que el fin único del matrimonio es la procreación, el tabú sexual que implica la no comunicación de los problemas que se susciten en relación con el sexo, sobre todo en el caso de los adolescentes, la casi nula educación sexual y el alto grado de ineficacia de la misma; el miedo a utilizar ciertos métodos anticonceptivos por sus posibles consecuencias, la ignorancia en su forma de uso, el pensar que esto conlleva necesariamente un costo.

en Brasil, Colombia, Chile, México, Perú y República Dominicana, señala a México como el más bajo en el uso de anticonceptivos entre mujeres de edad fértil, con apenas 24%.³⁰⁰

En América Latina, según un estudio practicado por la Revista *Gire* aunque las parejas desean familias pequeñas y limitar el número de hijos, no pueden usar o no usan ninguna forma de anticoncepción, además muchos millones utilizan métodos eficaces incorrectamente o utilizan métodos menos seguros como la abstinencia periódica y el coito interrumpido. Como conclusión el estudio señala que si bien una mejor y más amplia planificación familiar reduciría el número de embarazos no deseados, no desaparecerían del todo las fallas en el uso de métodos anticonceptivos, los embarazos indeseados seguirían ocurriendo, pero si las mujeres de América Latina no tuvieran que enfrentarse ante el dilema de escoger entre un aborto clandestino inseguro o un nacimiento indeseado, la sociedad se beneficiaría, logrando mejores niveles de salud en las mujeres y una mayor igualdad social.

El informe mundial sobre el aborto nos revela que se ha demostrado que confiar en métodos barrera, con el aborto temprano como reserva o apoyo, es el régimen reversible más seguro para la regulación de la fecundidad a cualquier edad.

La prevención del embarazo no deseado a través del uso generalizado -de anticonceptivos- disminuirá el problema aunque el aborto nunca ha dejado ni dejará de existir: Es indispensable intensificar y aumentar los esfuerzos para proporcionar los servicios de planeación familiar y de educación sexual al mayor número posible de hombres y mujeres. Una legislación más realista probablemente atenuaría las repercusiones del problema en el campo de la salud pública.³⁰¹

De todo lo anterior se desprende que siempre será necesaria la existencia de algún método para controlar la natalidad, que subsane las consecuencias involuntarias de eventos impredecibles y embarazos no deseados, por desgracia ante un hecho consumado, el aborto es el único método disponible.

5.6. IMPOSIBILIDAD DE DAR OTRO TRATAMIENTO AL ABORTO, CUANDO ÉSTE SE CONSIDERE DELITO

Una de las graves consecuencias del tratamiento penal que se le da al aborto es que cierra el paso a todo tratamiento extrapenal y positivo.

El aborto delito es un auténtico obstáculo para progresar en cualquier otro tratamiento. La conducta de la interrupción voluntaria del embarazo es teóricamente condenada y perseguida. Y ahí termina todo su tratamiento, los problemas sociales, familiares, sanitarios, jurídicos y de todo genero que

³⁰⁰ *Excelsior*, 19 de Noviembre de 1996, p. 27-A.

³⁰¹ Acosta, M. *op. cit.*, p. 26.

conlleva el aborto, son apartados e ignorados, quedan ocultos ante el aborto delito, se corre un tupido velo sobre todo lo demás y se olvida y se excluye de hecho todo tratamiento no penal. El mecanismo de calificar el aborto voluntario como delito lo convierte en "tabú" e impide penetrar en él. Y es que el aborto no sólo subsiste a pesar de la pena sino que está ampliamente difundido, y como hemos visto se realiza sin garantías y con graves peligros para la salud. Por otra parte las altas penas y el duro trato para los médicos ha contribuido a que el aborto clandestino sea practicado como manipulación doméstica o como operación de mercado negro, por personas a veces habituadas a ello, pero carentes de garantías médicas y sanitarias. La actuación penal sobre el personal sanitario ha desviado las actividades abortivas a campos mil veces más peligrosos para la salud y la vida y desde luego no ha evitado en modo alguno el aborto clandestino. Todos estos problemas sociales, sanitarios, jurídicos y políticos no se resuelven con la "pena" sino que por el contrario permanecen y se agravan, pues la pena los envuelve a todos en el círculo de lo prohibido.³⁰²

Con su penalización no se garantiza ni la disminución de los abortos, ni su castigo, sólo hace que las mujeres recurran a el pagando precios muy altos, cuando tienen recursos, o arriesgando su salud o su vida, cuando no los tienen.³⁰³

Desde luego que el aborto delito, el aborto punible, ha impedido una eficaz orientación respecto a los problemas que se suscitan en torno a una maternidad involuntaria y que de existir quizá no desencadenarían necesariamente en un aborto. Así mismo se ha impedido la necesaria regulación de la atención sanitaria pública y privada para la interrupción del embarazo, amen de asesoramiento e información a que tiene derecho la mujer, se ha practicado la política de la avestruz y todo ha quedado reducido a la prohibición, sancionado por la vía penal. Pero además es sorprendente que esa solución penal que ha impedido de raíz cualquier tratamiento extra penal, nunca ha sido solución, ni aparente, ni real, pues ni siquiera ha habido fe ni convencimiento en las virtudes de su aplicación, como lo muestra la carencia de decisión para perseguir a miles de mujeres que practican el aborto, ni para comenzar a promover serias campañas de lucha contra la clandestinidad.

5.7. MOTIVACIONES PERSONALES O DE PAREJA

Un factor muy importante a tomarse en cuenta, es el que considera los motivos de carácter personal que lleve a cada mujer o en su caso a cada pareja a no desear un hijo. Nadie, ni el mejor legislador, podría plasmar las razones y los sentimientos más íntimos que pueden llevar a que una mujer aborte, aquí podemos encontrar casos como desavenencias conyugales, o bien un simple rechazo a la maternidad. Razones hay tantas como mujeres o como parejas, lo que es cierto es que deben tomarse en cuenta, para no autorizar un aborto únicamente en razón de lo que según

³⁰² *Ibidem*, p. 89.

³⁰³ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 35.

nuestra visión de la vida es un motivo suficiente para abortar, puesto que hay situaciones desconocidas para nosotros que pueden constituir un factor grave que motive a una mujer no tener un hijo. Es por ello que más adelante veremos cómo un sistema de indicaciones no es suficiente para dar cabida a una maternidad libre.³⁰⁴

³⁰⁴ *Vid infra*, cap. IV, 2.2. "Sistema a plazo".

5.8. DIFERENTES POSTURAS RESPECTO AL ABORTO

Desde el punto de vista sociológico, nos interesa conocer las actitudes y creencias de las personas que integran los grupos influyentes de la sociedad, ya que finalmente a ella va destinada la norma. Es por eso que a continuación presentamos los grupos más representativos para el tema que nos ocupa.

5.8.1. LA IGLESIA

Hemos decidido incluir la opinión de la Iglesia en este trabajo, ya que México es un país donde la gran mayoría de la población profesa el catolicismo. Actualmente no se pone en duda la influencia de las ideas religiosas en la vida de las personas, incluso de las no creyentes.

Sólo una concepción falaz y auto engañosa no advertiría a la Iglesia como una permanente interlocutora, influyente y poderosa.³⁰⁵

Las mujeres al parecer son más influenciables que los hombres por las ideas y las normas religiosas, entonces,

¿cómo es posible entonces que en la mayoritariamente católica América Latina de acuerdo con la OMS se practican anualmente más de seis millones de abortos? Sólo en México se calcula que siete octavas partes de las mujeres que abortan son católicas ¿es que no influye en ellas la postura de la Iglesia? Maticemos la respuesta, no influye como tampoco lo hace el Código penal, al punto de disuadirlas de abortar. Influye de otro modo, pues a la pena que implica la práctica en sí misma se agrega la de saberse en pecado mortal.³⁰⁶

El criterio de la Iglesia no siempre ha sido el mismo, su postura frente al aborto ha ido cambiando con el paso del tiempo.³⁰⁷

No es sino hasta 1869 -apenas hace poco más de un siglo-, que el Papa Pío IX condena el aborto desde el momento de la concepción. Con esta condena se termina con la milenaria distinción entre feto animado y feto inanimado.

En la declaración de la *Sagrada congregación para la doctrina de la fe* sobre el aborto provocado, se reconoce que la ley civil -para distinguirla de la divina- no puede aspirar a castigar todas las faltas y a veces debe tolerar lo que en definitiva es un mal menor para evitar un mal mayor. Sin embargo, apunta que muchos toman como una autorización lo que quizá no es más que una simple renuncia a castigar, y la renuncia, parece incluir como mínimo que el legislador no considera ya el aborto como un crimen

³⁰⁵ Bareda, *op. cit.*, p. 72.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 73.

³⁰⁷ *Vid supra* Cap. I, 3.1 "Panorama universal."

contra la vida humana, ya que el homicidio ha sido siempre gravemente castigado (...) la ley puede contribuir a una reforma de la sociedad a favorecer condiciones de vida para que siempre y en todas partes se pueda dar una acogida verdaderamente humana a toda criatura que vive en este mundo.³⁰⁹

En el mensaje pastoral "Aborto y despenalización", la Conferencia del Episcopado Mexicano se pronunció respecto de la reforma anunciada a la legislación en materia de aborto, cuyo proyecto, finalmente frustrado, se presentó en 1983. En dicho pronunciamiento expone que una sociedad que no proteja principalmente a los más débiles de los caprichos de los prepotentes es una falsa sociedad destinada a la descomposición y a la muerte. Toda ley promulgada por un Estado debe tener la finalidad de alcanzar y procurar el bien común, añade que a la promulgación de la ley debe seguir la promulgación de la sanción para las que no lo cumplan.

Una nación que no tiene leyes para reprimir los crímenes o teniendo leyes no aplica las sanciones correspondientes al delito, tarde o temprano se derrumbará. El aborto es un crimen y no admite excepciones.³⁰⁹

El teólogo católico Daniel Maguire, profesor de la Universidad de Marquette de teología y ética aplica la teoría del probabilismo cuando existe duda respecto de una cuestión moral: *Ubidubium, ibi libertas*, es decir cuando hay dudas existe libertad. Según Maguire esta teoría es aplicada en la problemática moral del aborto. El probabilismo, significa que en última instancia la decisión moral está en manos de uno mismo. La probabilidad surge de la intuición propia o de los expertos confiables, por lo tanto, no depende del permiso de las autoridades. El disenso privado, si bien no es bien visto al ser llevado a la práctica desde la óptica de la Iglesia, teóricamente es sustentable en el probabilismo que es esencial a la integridad del catolicismo.

El probabilismo puede considerarse aplicable al problema del aborto, en virtud de la duda acerca de la condición del feto.³¹⁰

La Iglesia considera que el aborto es un crimen y por ende un pecado mortal en cualquier circunstancia, que no hay motivación alguna que lo justifique debido al mandamiento del decálogo: "no matarás." Francés Kisslin se pregunta ¿por qué entonces acepta la Iglesia la teoría de la guerra justa, en la que habrá de matar mujeres, niños, fetos, no sólo en su defensa sino además para proteger la integridad nacional, ideologías o valores menos importantes que la vida y en cambio no acepta la teoría del aborto justo, por qué el no matarás opera distinto para un caso que para el otro?

³⁰⁹ *Sagrada Congregación de la Fe*, México, Ediciones Palmas, 1988, pp. 7 y 8, cit. por Barrera, *op. cit.*, p. 71.

³⁰⁹ *Idem*.

³¹⁰ Grela, Cristina, y Francés Kissling, *et al.*, *Mujeres e Iglesia, sexualidad y aborto en América Latina*, México, Distribuciones Fontamara, 1989 p. 87.

De esta analogía extraemos (...) que la posición de la Iglesia al aborto no está fundada en su ética sobre el hecho de matar, sino más bien en su ética de la sexualidad y la mujer.³¹¹

No se ha diluido la desconfianza de las mujeres en la Iglesia, como si no, explicamos la negativa al sacerdocio femenino.³¹²

Por otra parte, en el VII Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Italia presentó la propuesta de una moratoria a la pena de muerte. Pero el hecho doloroso para los católicos es el siguiente: el Vaticano se abstuvo. La más reciente incongruencia eclesíástica respecto del mandamiento no matarás.³¹³

Recordemos -finalmente- que la Iglesia no sólo condena al aborto, sino que casi con la misma severidad la anticoncepción, en la que se evita el surgimiento de una vida, no se priva.³¹⁴

Ciertamente el aborto se encuentra gravemente condenado por la Iglesia Católica, como lo son también los métodos anticonceptivos, si todos los que en este mundo son católicos siguieran al pie de la letra dichos principios el mundo estaría muchísimo más poblado, habría mucha más muerte materno infantil, muchos más hijos no deseados, mucha más hambre. Afortunadamente los métodos de planificación familiar no son penados pero eso no es suficiente, pues todavía mucho de lo que se ha mencionado existe gracias al aborto delicto. Como hemos observado es la Iglesia la que constantemente se opone no sólo a la práctica del aborto delicto, sino a la orientación y educación sexual, que vendría a prevenir muchos infortunios; esta posición limita gravemente el papel de la mujer en la sociedad, dificulta mucho la existencia de salud a nivel sexual y permite que vengan al mundo hijos no deseados.

³¹¹ *Ibidem*, p. 117.

³¹² *Ibidem*, p. 75.

³¹³ Actas del VII Congreso de las Naciones Unidas, para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1951, cit. por. Barreda, *op. cit.* p. 120.

³¹⁴ Cristina Grela, *op. cit.*, p. 120.

5.8.2. PRO VIDA

Este es el grupo laico que ha dado a conocer una posición radical al considerar que el aborto debe ser siempre un crimen. Las opiniones de Pro Vida son extensamente formuladas por Luis Francisco Serra Limón quien hace referencia a lo que considera "los diez principales argumentos utilizados por los que buscan legalizar el aborto en México" y se dedica a refutarlos.³¹⁵

Cabe aclarar que no es nuestra intención dar respuesta a cada uno de los argumentos que Serra Limón pronuncia, las respuestas a sus comentarios ya han sido dadas a lo largo de este estudio y se han demostrado a través de un análisis serio.

Serra Limón critica las posturas y los fundamentos con los cuales se desea despenalizar al aborto voluntario, con argumentos como los siguientes:

La mayoría de las mujeres que recurren al aborto usaban métodos anticonceptivos, es decir desde un principio estaban cerrados a la vida.

Respecto a que se considere el aborto como método de control natal explica que si se llegara a considerar así entonces se podría -bajo el mismo argumento- dar muerte a todos los ya nacidos.

Respecto al argumento de que con la despenalización del aborto voluntario se protegería la vida y la salud de la madre que son consecuencias del aborto clandestino, Serra Limón dice que de la misma forma entonces podría despenalizarse el secuestro, el robo etc., porque siempre está en riesgo la vida o la salud de los delincuentes.

Respecto al aborto eugenésico opina que un enfermo nos obliga más a su cuidado y protección.

También considera que no puede oponerse una razón económica sobre la vida humana porque si la economía es un bien y comporta un valor, lo es únicamente en referencia al ser humano. Dice:

sería mejor exterminar a todos los pobres de México y se acabarían todos nuestros problemas.

Refiriéndose específicamente a la mujer violada asevera que:

si ella no tuvo la culpa de que la violaran el hijo que lleva en sus entrañas tampoco tiene culpa alguna como para hacerle pagar con su vida un delito que cometió su padre.

³¹⁵ Serra Limón, Francisco, *Aborto legal*, México, Editorial Aguilar, México Joven, 1969, p. 36.

Le parece que si la mujer al embarazarse obró libremente o no, esto carece de importancia, pues a pesar de todo ella tiene el don de la vida que no puede negar a su hijo.

Cuando se habla de la importancia y de las graves consecuencias de hijos no deseados o programados, este autor opina que:

poco a poco y cada vez con mayor intensidad se prenden con amor del fruto concebido por su amor.

Respecto a la impunidad del aborto como un argumento para su despenalización dice que las mujeres no son castigadas porque se trata de "infelices mujeres que son arrastradas por el engaño y su desesperación." Agrega que estas leyes deben seguir porque son para restablecer la justicia, corregir al infractor y tener un efecto de ejemplaridad, porque si se castiga a alguien que viola la ley entonces los demás no lo harán. Hemos demostrado ya que esto no es lo que sucede en la realidad.

Respecto al fenómeno del "turismo abortivo" expresa su desacuerdo en que "las mujeres pobres puedan seguir todos los vicios de las mujeres ricas". Sabemos que no es un vicio sino una necesidad y que las mujeres pobres practican el aborto con graves riesgos para su vida y salud; en cambio las ricas lo superan fácilmente tanto física como psicológicamente.

Respecto a las mujeres que opinan que el feto es parte de su cuerpo y que es su libertad y derecho decidir sobre su destino las califica de prostitutas y lesbianas, pues venden su dignidad por un placer y las leyes deben ser duras en contra de ellas.

Finalmente Serra Limón concluye diciendo que son falsas las tesis en pro del aborto. Creemos que confunde los fundamentos o "tesis" para despenalizar el aborto voluntario, ya que éstas no se pronuncian en pro del aborto como para solucionar cualquier problema de maternidad involuntaria, ni lo recomiendan como medio anticonceptivo, simplemente luchan porque no se le considere como un delito, después de eso, el aborto es una decisión que sólo a cada mujer o pareja en su caso le compete.

No vicieemos el debate con maniqueísmo, fariseísmos o falsedades. Es falso que haya partidarios del aborto. A nadie le gusta un aborto. Es igualmente falso que se elija el aborto como un medio anticonceptivo. Cualquiera preferiría evitar el embarazo no deseado (...) se recurre al aborto con pesar inmenso y cuando por alguna razón se produjo el embarazo no deseado.³¹⁶

Afirma que las campañas gubernamentales de anticoncepción han provocado un desmesurado egoísmo y arruinan la moral de los adolescentes. Sabemos que es la falta de educación sexual una razón para

³¹⁶Barrada, *op. cit.*, p. 96.

arruinar no sólo la moral sino la vida de más de un adolescente, prueba de ello es el SIDA.

Así se adopta un juego peligroso y sin duda nada cristiano: barreras y dificultades para abortar, pero tolerancia a que no se persiga ya no digamos a la totalidad, sino siquiera a una parte significativa de las mujeres que abortan. Pero peor aún esa buena conciencia de que el aborto siga siendo penado a pesar de lo que acontezca en la realidad propicia la muerte, mejor dicho, las muertes de millares de mujeres ¿entonces alguien válidamente puede sostener con seriedad que Pro Vida defiende la vida? Además de todos los niños que nacen y viven en la miseria en la desnutrición y el abandono del que ya hemos hablado, de esos niños no se preocupa Pro Vida -porque aunque quisiera no podría preocuparse de todos-, no defiende pues, ni a los niños aún no nacidos, ni a los niños ya nacidos. La denominación que se asigna es una máscara de hipocresía.³¹⁷

No todas las parejas tienen información adecuada sobre anticonceptivos, además -como hemos visto- todos ellos son falibles, salvo la abstinencia, la que creo, ni aún Pro Vida podría recomendar. (...) El dilema no es sí o no al aborto pues aun sabiendo que cometen un delito las mujeres abortan, la disyuntiva es un aborto en condiciones infrahumanas en el que se adicione al desgarrador dolor de un aborto un grave riesgo para la salud y aún para la vida de las mujeres pobres o un aborto no clandestino e higiénico -e incluso con orientación psicológica para las mujeres y demás- cuyo contexto no haga más amargo el trago a esas mujeres y que permita que conozcamos los factores y las dimensiones reales del problema y más aún posibilite que en ciertos casos se disuada a las mujeres de abortar y en fin el punto de partida para enfrentar el problema con mejores armas que el Código Penal.³¹⁸

5.8.3. LA DOCTRINA JURÍDICA

En la doctrina jurídica también se dividen las opiniones. Hay quienes se pronuncian a favor de la práctica libre del aborto voluntario y hay, en cambio, quienes se oponen a ello; sin embargo, como podremos darnos cuenta, cada vez son más los que se inclinan por la primera opción.

Posiciones más radicales en contra de la despenalización del aborto voluntario

Puig Peña expone como razones para el castigo el riesgo que representa el aborto para la mujer embarazada, la protección debida al futuro ser, la relación de la moral sexual que acarrearía la desincriminación y las exigencias de protección de la raza y estirpe.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 99.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 98.

En opinión de Antonio Beristáin la reconocida severidad represiva del Código Penal Español en materia de aborto provocado, -esto es antes de las recientes reformas-

contribuye directamente a evitar hecatombes asoladoras reconocidas por multitud de estadísticas y contribuye indirectamente a mantener un criterio y un nivel ético popular de respeto a la vida como algo sagrado.³¹⁹

Posiciones intermedias, tendientes a ampliar las excepciones para la práctica del aborto

Rodríguez Devesa matiza al pronunciarse en favor de la ampliación de los términos en que se concibe el estado de necesidad, para que abarque también aquellos en que corra un grave peligro la salud mental o física de la mujer si no se procede a la interrupción del embarazo.³²⁰

Jiménez de Asa estima que,

acaso convenga dejar en manos de jueces un criterio abierto piadoso para absolver a las infelices madres que interrumpieron su embarazo por móviles potísimos ajenos a toda baja y oríndos del sentimiento.³²¹

Sostiene que son más eficaces las medidas sociales de apoyo a la madre soltera y las prácticas anticonceptivas que la rudeza de la punición para reducir en alguna medida la práctica del aborto.

Franco Guzmán considera que debe incluirse en el Código Penal para el Distrito Federal y en los códigos penales de los estados el aborto eugenésico y por causas económicas, entendiéndose por este último que la mujer esté en situación económica grave que no le permita alimentar y educar correctamente a sus hijos. También opina que no debería considerarse punible o delictuoso el aborto consentido o procurado, cuando se practique antes del tercer mes de embarazo, periodo a partir del cuál, según los médicos, se pone en peligro la vida de la mujer. Considera que al liberalizarse la actual legislación sobre el aborto, no se incrementará su incidencia, sino que se conocerán las cifras reales de frecuencia y se incluirán en ellas los abortos clandestinos que no se registran actualmente. Finalmente nos dice que el hecho de la constante violación de los artículos que prohíben el aborto en México no es una fundamentación legal suficiente para suprimir el delito de aborto. Para esto deben entrar en juego otros valores como el médico y la libertad de disposición de la propia persona.³²²

Tesis a favor de la liberalización del aborto consentido

³¹⁹ "Delitos contra la familia y la moralidad sexual". Informe presentado en el IX congreso Internacional de la Haya, Agosto de 1964, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Septiembre 1964, pp. 64 y ss.

³²⁰ Rodríguez Devesa, *op. cit.*, p. 92.

³²¹ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 119.

³²² Franco Guzman, Ricardo, *cit. por.*, Acosta, M., *op. cit.*, p. 49.

Según Gerardo Landrove Díaz, el legislador no puede exigir de un creyente que vulnere preceptos eclesiásticos, pero tampoco se cree legitimado para obligar mediante amenaza de sanción penal a los que piensan de otra manera o a los no creyentes a observar doctrinas morales teológicas, que no son compartidas por la generalidad de los ciudadanos.³²³

Giovanna Machado sostiene que mientras subsista esa incriminación, a la que califica de arcaica e inoperante, se seguirá promoviendo manifiesta la desigualdad ante la ley, pues ésta discrimina a las mujeres de clases menos favorecidas; por ello se pronuncia por que "el aborto debe ser libre y gratuito y debe dejar de ser considerado un delito, ya que el aborto es un problema de salud pública."³²⁴

Marcela Martínez Roaro opina que la mujer que aborta voluntariamente lo hace constreñida por razones de fuerza mayor y que las consecuencias que conlleva la práctica del aborto en un marco legal punitivo son de mayor gravedad que la vida fetal, por lo que aboga por la práctica del aborto "con toda la protección médica necesaria y por supuesto la protección jurídica y social también".³²⁵

Mirega Toto hace referencia específicamente al artículo 4º constitucional, se pregunta si una mujer que se embaraza a pesar de haber tomado medidas preventivas puede interrumpir el embarazo, y responde que de acuerdo con el Código Penal la respuesta es no. De acuerdo con la Constitución la respuesta es sí. Y aquí es preciso señalar la supremacía constitucional: en la jerarquía de leyes, la Constitución es la ley suprema de la Unión, entonces si el aborto se sigue considerando como un delito, no podemos hablar de libertad de procreación y se está violando la garantía constitucional.³²⁶

En opinión de Marfa Luisa Leal

Las leyes sobre el aborto son las más evidentes muestras de falta de respeto al derecho fundamental de la mujer para decidir sobre su vida y su cuerpo y contienen el anacrónico concepto que la hace aparecer como simple productora de hijos, aun cuando no los quiera.³²⁷

5.8.4. Encuestas realizadas en la sociedad

Las actitudes que toman diferentes posturas de nuestra sociedad siempre están vinculadas con el conocimiento de los factores que rodean a una situación problemática, por lo que conviene saber las opiniones de la sociedad para estar en posibilidades de predecir si aprobaría un contenido

³²³ Landrove Díaz, *op. cit.*, p. 70.

³²⁴ Acosta, M., *op. cit.*, p. 31.

³²⁵ Martínez Roaro, Marcela, *Delitos sexuales*, México, Porrúa, 1975, pp. 246 y 247.

³²⁶ "El aborto y la legislación mexicana", en *Fem.*, México, vol. 1, núm. 2, enero-marzo de 1977, p. 6.

³²⁷ Leal, Luisa María, "Aborto, otra forma de discriminación de la mujer" en Azaola, *op. cit.*, p. 7.

legislativo determinado, o bien, qué opina respecto al que actualmente prevalece. Es por ello que bajo diferentes instrumentos intentamos conocer cuál es la posición de la sociedad respecto al aborto y su regulación.

En una encuesta realizada por Pérez Carrillo se consideraron como grupos influyentes a los siguientes: a) amas de casa, b) profesionales, c) maestros de enseñanza privada, d) maestros de enseñanza media, e) maestros de enseñanza superior, f) funcionarios y autoridades administrativas, g) funcionarios judiciales, h) estudiantes, i) iniciativa privada -comerciantes e industriales-, j) periodistas, k) intelectuales y artistas. Para determinar la actitud general de estos grupos se interrogó a un mínimo de 30 personas, por cada uno de ellos, mediante un cuestionario que consta de cinco puntos. El método que se utilizó fue el siguiente: se hicieron varias preguntas entre las que resalta la pregunta "g" que se refiere a si aprobarían que una mujer abortara porque simplemente no desea tener un hijo. Después de ésta pregunta se hace una breve pausa para informar a los encuestados sobre el número aproximado de abortos que se practican en México, el número aproximado de mujeres que fallecen a consecuencia de abortos clandestinos y que dichas muertes fueron ocasionadas por haber sido practicadas por personas sin la preparación adecuada y en pésimas condiciones de higiene. A continuación se les hace la pregunta cinco en el que se cuestiona sobre la posibilidad de que si el gobierno diera la facilidad de abortar gratuitamente y en condiciones higiénicas aprobarían la práctica del aborto. Esta pregunta se formuló con el propósito de saber si los entrevistados cambian su actitud una vez que han sido informados de datos pertinentes y de esa manera advertir si aprobarían una posible despenalización del aborto. Las respuestas fueron las siguientes:

grupo	núm. de encuestados	núm. de resp. neg. a la pregunta g	núm. de resp. neg. a la preg. 5
a)	30	17	13
b)	30	18	14
c)	39	27	13
d)	35	23	9
e)	33	19	12
f)	30	16	9
g)	39	27	12
h)	41	24	9
Y)	38	28	7
j)	39	29	12
k)	30	18	11

Como se advierte en este cuadro, así como del análisis estadístico, hay una tendencia general en los grupos encuestados a cambiar de actitud

después de la información recibida. De lo anterior se deriva que de proporcionarse información a la población, respecto de la situación real del aborto, se produciría un cambio favorable a la despenalización del mismo. También se advirtió que antes de la información, la mayoría de las mujeres encuestadas contestaron que dejarían de abortar por miedo a perder la vida o contraer una enfermedad, dicha actitud varió al contestar la pregunta cinco en la que se planteó la posibilidad de que el gobierno diera la facilidad de abortar gratuitamente y en condiciones adecuadas de higiene.³²⁸

En tres encuestas elaboradas por *Gallup*, se obtuvieron los siguientes resultados: 82% en promedio considera que la decisión sobre el aborto compete sólo a la mujer o a la pareja, 18% opinó que es una decisión que debe dejarse en manos de un médico, la Iglesia, el hombre o el gobierno.³²⁹

Por otra parte la revista *Gire* realizó la "Tercera encuesta nacional sobre el aborto," en abril de 1994. La muestra fue de 2,610 personas de localidades urbanas de más de 100,000 habitantes, seis zonas geográficas y tres ciudades principales, se incluyeron personas de ambos sexos (50% hombres y 50% mujeres) agrupados por edades, nivel socioeconómico,

Ante la pregunta de quién debe decidir si la mujer aborta o no, un 82.7%, contestó que la decisión corresponde a la mujer sola o a la pareja. El cuestionario planteaba en seguida situaciones que podrían considerarse para recurrir al aborto. A la pregunta de si estarían de acuerdo en que se practicara un aborto cuando la mujer embarazada tuviera SIDA el 76.2% respondió que sí, a la situación de cuando peligró la salud mental de la madre estuvieron de acuerdo con el aborto el 64.6%, y para el caso de que se supiera que el hijo nacería con un defecto físico o mental, el 54.4% aceptaría un aborto. En cuanto a las personas que estarían de acuerdo con un aborto provocado por graves problemas económicos fueron un 16% y los que lo aprobarían debido a una falla de algún método anticonceptivo constituyeron un 9.9%. En las tres encuestas realizadas por *Gire* se han mantenido relativamente constantes los porcentajes de respuestas, las cuales parecen indicar una tendencia de la población hacia una postura abierta ante el problema del aborto.³³⁰

Como podemos observar, actualmente nuestra sociedad opina que el problema de la realización de un aborto es algo que, en definitiva, deben resolver la mujer o la pareja, pero que en ningún momento compete al Estado. Por otra parte, como podemos observar, existen circunstancias o factores, como los analizados, que hacen que para algunas personas sea

³²⁸ *Idem*, p. 36.

³²⁹ *La Jornada*, 17 de agosto de 1994, p. 42.

³³⁰ "Tercera encuesta nacional sobre el aborto" *Gire*, *op. cit.*, supra nota 10, p. 5.

necesaria la realización de un aborto y esto depende en mucho de la situación personal que cada quien vive, es por ello que consideramos debe ser tomada en cuenta la postura de los destinatarios de la ley para que así la legislación pueda cambiar y ser más congruente con la ideología y las necesidades de nuestra actual sociedad.

Para concluir diremos finalmente que:

Sería volver la espalda a la viva realidad desconocer -y poco honesto silenciar- los cambios habidos recientemente en torno al aborto en las legislaciones y en el pensamiento cultural de sociólogos y juristas que inspiran las leyes (...) cuya tipicidad clásica ha experimentado en Occidente y en Oriente transformaciones profundas (...), transformaciones que ponen de manifiesto, por una parte, el trasfondo sociológico del derecho; y por otra, que lo antijurídico finca su base en una evaluación cultural y por tanto lo antijurídico tipificado varía y se transforma en mayor o menor escala al unísono de las normas de cultura imperantes en cada momento histórico en la entraña de la comunidad o en regiones determinadas en la misma. Han cambiado las variaciones culturales y jurídicas por doquier en forma altamente impresionante hasta el extremo de que el delito de aborto en mayor o menor escala, va dejando de ser un hecho que ofende los ideales valorativos de la comunidad y por ende antijurídico.²⁰¹

²⁰¹ Jiménez Huerta, *op. cit.*, p. 99.

CAPITULO CUARTO

PROPUESTAS PARA REFORMAR LA LEGISLACIÓN VIGENTE

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS

Hemos analizado la situación del aborto en México tanto en el aspecto jurídico como en el sociológico. De esta forma tomamos conciencia de las enormes consecuencias negativas y los nulos beneficios que conlleva el aborto considerado como un delito, así como de los múltiples factores que deben tomarse en cuenta para reformar la legislación del aborto. Todo ello en un intento por enfrentar la realidad, para tratar de cambiar lo que hasta ahora ha sido considerado por muchos como infortunio de la vida: el nacimiento de un hijo no deseado. Es así como el presente capítulo intenta vislumbrar un futuro mejor con la despenalización del aborto voluntario, estableciendo los diferentes mecanismos mediante los cuales se pueda practicar, tomando en cuenta experiencias de otros países, así como algunos proyectos que ha habido en México para reformar la legislación acerca del aborto.

Deberemos reconducir el aborto (...) ni se trata ni se trataría de alentarlo, de propiciarlo formulando su apología³⁰²

Continuamente se suele pensar que quienes apoyan la despenalización del aborto voluntario están incitando a las mujeres para que lo practiquen como la solución óptima para resolver cualquier problema de una concepción no deseada. No es así, la solución sería la prevención, a base de información, educación y orientación. Lo que quiero decir es que es una decisión personal o, en un momento dado, de pareja, y no creo que a quienes su moral, sus principios, su religión etc., les impida abortar, lo hagan sólo porque el aborto deje de ser un delito. Creo que esta es una postura que no hemos querido enfrentar.

Cabe preguntarse si es válido estar éticamente contra el aborto y, sin embargo; estar también en contra de su penalización.³⁰³ Creo que mucha gente se puede identificar con dicha postura ya que de acuerdo a su moral, sentimientos, y pensamientos más íntimos podrán no estar de acuerdo en practicar un aborto; sin embargo, este carácter íntimo y personal, lo aleja de toda intervención del Estado y hace que estén, al mismo tiempo, en contra de la penalización del aborto voluntario.

Por otra parte, en diversas ocasiones se ha llegado a confundir el derecho con la moral, se pretende regir mediante normas positivas aquello que debe regir la moral y no el derecho. Creemos que es momento de que se haga una clara división entre ambas, ya que:

³⁰² García Ramírez, *op. cit.*, p. 100.

³⁰³ Barreda, *op. cit.*, p. 11

Las condiciones éticas e individuales para penalizar una conducta son contrarias a los principios de fragmentaridad y subsidiaridad que deben regir la elaboración de normas positivas y conllevan el peligro de confundir ámbitos tan distintos, como el derecho penal y la moral.³³⁴

Para Veggetti-Finzi, el tema del aborto:

Es un asunto de moral individual que compete resolver exclusivamente a la mujer de acuerdo a sus creencias y sus circunstancias y que el Estado debe abstenerse de intervenir en el ámbito de la decisión sobre la procreación, que, por tan individual, esta reconocido como garantía en la propia Constitución. El aborto libre debe ser considerado como un derecho irrenunciable de la mujer para preservar y dar rumbo a su vida y a su maternidad.³³⁵

En una iniciativa de ley por parte de la coalición de mujeres feministas, respecto al tema de la moral y el aborto, se declaró lo siguiente:

Hasta hoy se ha querido juzgar a el aborto como un problema moral y son razones morales las que se aducen para rechazar la liberalización de las leyes que lo sancionan. En el caso del aborto el aspecto moral lo concierne sólo a la mujer y debe quedar fuera de las jurisdicción legal. La única voz digna de ser escuchada es la de millón y medio de mujeres que anualmente se ven obligadas a recurrir al aborto clandestino.³³⁶

Por otra parte, el juez Wilson de Canadá afirma que la decisión de interrumpir o no el embarazo es cuestión de conciencia individual; la cuál, en razón de la libertad debe prevalecer sobre la conciencia estatal, en otras palabras es una cuestión de moral individual y no de moral pública.³³⁷

Según Manuel Gutiérrez Adriano el hecho de que se confunda la moral con el derecho no hace sino estancar mas el proceso legislativo que, dadas las razones antes expuestas, urge en México.³³⁸ Finalmente, podríamos concluir que:

A mayor uso de la convicción y del fuero interno, menor despliegue de la persecución y del fuero externo, esto trae la abolición de ciertas figuras delictivas, entre ellas ciertamente el aborto y la disminución o racionalidad de las penas en otros.³³⁹

El sistema axiológico y su correspondiente aparato normativo es inoperante en muchos problemas sociales que aquejan al pueblo mexicano.³⁴⁰ Viene al caso, aquí, un comentario que Octavio Paz hizo al respecto:

En México coexisten dos países: uno ficticio y otro real. La contradicción entre los dos es enorme. La consecuencia es el predominio de la mentira que a su vez es una de las causas de la corrupción la inmoralidad pública. El aborto es un ejemplo claro de esta situación. Las

³³⁴ *Ibidem*, p. 86.

³³⁵ Veggetti-Finzi, Silvia, *El aborto una derrota del pensamiento*, Debate feminista, México, año 2, vol. 3, marzo de 1991, p. 69. cit. por., Pérez Duarte p. 113.

³³⁶ *Iniciativa de la coalición de mujeres feministas y el frente nacional de lucha, para la liberación de los de derechos de las mujeres*, presentada el 13 de noviembre de 1979 ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, cit. por., Pérez Duarte, op. cit., p. 116.

³³⁷ Pérez Duarte, op. cit., p. 111.

³³⁸ Gutiérrez, Manuel., op. cit., p. 25.

³³⁹ García Ramírez, op. cit., p. 103.

³⁴⁰ Luisa María Leal en Azaola, op. cit., p. IX, prólogo.

prohibiciones contra esta práctica fortifican al país real. Esta es una de las razones que me inclinan a pensar que la legislación que condena al aborto debe suprimirse.³⁴¹

Así nos encontramos frente a una posible solución: la despenalización del aborto voluntario, es decir, estaríamos frente a una reducción penal, la cual García Ramírez define como:

la disminución absoluta y relativa (...) de la acción penal del Estado frente a la conducta de los individuos. (...) Empleo en la administración de la justicia solo en el extremo inevitable y último de control social.³⁴²

Hemos mencionado ya que para que una norma penal exista y subsista debe existir la conciencia social de que la conducta es un delito, pero sobre todo debe estar acorde con los avances y con la evolución de una sociedad, en un tiempo y en un lugar determinados; de otra forma el pueblo se da sus propias leyes y no necesariamente a través del poder legislativo. Es evidente que la eficacia de un determinado orden normativo no depende tan sólo del poder que el Estado tenga para aplicarlo, sino que está condicionada por el reconocimiento de la comunidad en la que ha de ser aplicada.³⁴³

El derecho penal primario es un catálogo prolijo de conductas incriminadas y penas atroces; otra cosa es o será el Derecho moderno: sólo las conductas necesariamente - indispensablemente- incriminables, y frente a ellas la tarea más escueta y pragmática del Estado, esto es, juicios a fondo sin figuras excesivas, y sanciones ante todo utilitarias.³⁴⁴

Pero todo se resuelve, fundamentalmente, en la escueta pregunta sobre abstenerse, no perseguir, retirar el problema de la subsistencia social -que es el horizonte delicado que preserva el derecho penal- y restaurarlo en la conciencia individual, como ha quedado ya, casi por completo, el de las relaciones sexuales y va quedando (...) el del encuentro y el papel del hombre y la mujer.(...) En estos términos el derecho penal guardaría silencio frente al aborto, permitiría la acción asistencial del Estado -(...) solo asistencia que no absuelve ni condena: socorre, alivia, devuelve la salud o permite la vida- y apartaría de una sola vez la fiscalía, la defensa y la jurisdicción.³⁴⁵

De la Barreda puntualiza los fundamentos según los cuales, considera, el aborto voluntario debe dejar de ser un delito.³⁴⁶

A) El embarazo y el aborto tienen que ver con la moral sexual, que se sitúa en el ámbito privado, vedado a toda intervención estatal, salvo que se lesionen intereses de terceros.

B) Es derecho de la mujer disponer con libertad de su propio vientre.

³⁴¹ Acosta Mariclaire, *op. cit.*, p. 53

³⁴² García Ramírez, *op. cit.*, p. 102.

³⁴³ García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1971, p. 15.

³⁴⁴ García Ramírez, *op. cit.*, p. 103.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 100.

³⁴⁶ Barreda, *op. cit.*, p. 33.

C) La incriminación del aborto no es la vía adecuada para su represión.

D) La incriminación del aborto propicia los abortos clandestinos y éstos aparejan graves riesgos para la salud y la vida de las mujeres embarazadas.

E) La incriminación del aborto ocasiona el turismo abortivo, en virtud del cual aquélla sólo alcanza, en la realidad, a las mujeres de clases sociales desfavorecidas.

F) Existen nuevas concepciones culturales derivadas de factores económicos y sociales novedosos.

G) El embarazo suele ser el resultado de la falibilidad del método anticonceptivo empleado, y en esa situación el aborto significa una oportunidad de decidir libremente en torno al derecho a la maternidad.

H) La incriminación del aborto no ha logrado reducir substancialmente su práctica.

I) La mujer castigada por un aborto queda imposibilitada, mientras se ejecuta la pena, -en caso de que eso suceda- para atender a sus demás hijos.

Es ello y no una moda del feminismo lo que hace actual y apremiante la cuestión del aborto.³⁴⁷

El problema del aborto en México ha sido ya planteado, sabemos sus consecuencias y pensamos que se requiere un cambio; sin embargo, cualquiera que éste sea, según Pérez Carrillo, debe ir encaminado a cumplir con los siguientes objetivos:

A) Reducir el número de mujeres que mueren por haber abortado o por haber pretendido abortar.

B) Reducir los daños físicos y mentales a la salud de las mujeres que abortan.

C) Reducir la clandestinidad en la práctica de abortos, es decir, procurar que siempre se practiquen al amparo de la legislación, por supuesto de una nueva legislación.

D) Reducir el deterioro económico en el patrimonio de los particulares, que como consecuencia produce la práctica clandestina del aborto,

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

E) Reducir los gastos del Estado en hospitales de concentración por la atención a mujeres que abortan o pretenden abortar clandestinamente.

F) Lograr un mayor desarrollo de la libertad legal de la mujer en la decisión de lo que pasa en y a su cuerpo, o de la pareja en relación al número o espaciamiento de su hijos.³⁴⁸

G) Finalmente, nosotros consideramos que un importante objetivo que se busca con una nueva legislación es evitar el nacimiento de hijos no deseados, con todas sus consecuencias.

Los objetivos antes señalados son de diferente categoría, de salud pública, económicos, de política penal, de desarrollo individual, de la pareja etc. Cabe hacer la aclaración que ninguno de los objetivos está en relación con el control natal, así como tampoco con la disminución de la explosión demográfica, en virtud de que no clasificamos al aborto, en ningún momento, como un medio de control natal.

³⁴⁸ Pérez Camillo, y Agustín, Nettel, Ana Laura, *Modelo de política legislativa, aplicación al caso del aborto en México*, México, Editorial Trillas, 1982, p. 25.

2. LAS ALTERNATIVAS

Según Pérez Carrillo, al elegir las alternativas para solucionar el problema del aborto, se deben tomar en cuenta, además de los objetivos, aspectos como la inversión económica y de tiempo, la certidumbre en los efectos, la salud pública y finalmente la aceptación de la opinión pública; de esta manera podremos determinar la conveniencia o no de cada alternativa.³⁴⁹

La alternativa que proponemos es la práctica lícita del aborto voluntario. En el mundo de la legislación comparada encontramos básicamente dos mecanismos para poder practicar el aborto lícitamente: a) con base en una serie de supuestos o, b) en cualquier caso y sólo con una restricción temporal. Al primero suele llamársele sistema de indicaciones y al segundo sistema a plazo. A ellos haremos referencia en este punto.

2.1. SISTEMA DE INDICACIONES

Las indicaciones son supuestos que han sido valorados como estados de necesidad mas específicos, es decir son causas concretas por las cuales se autoriza la interrupción del embarazo.³⁵⁰

También puede considerárseles como:

Aquéllas hipótesis de las que se excluye la punición por su carácter excepcional. Las indicaciones son resultado de un criterio legislativo según el cual la vida del producto de la concepción merece ser objeto de la tutela penal, pero (...) no ha de protegerse penalmente en todas las circunstancias. (...) se trata de una ponderación respecto de hasta qué límite y a que costo la vida en formación ha de resguardarse.³⁵¹

Las indicaciones más comunes que suelen plasmarse en las diferentes legislaciones del mundo, son:

A) Indicaciones médicas: ligadas al peligro real para la salud de la madre o su vida.

B) Indicaciones eugenésicas: ligadas al diagnóstico de posibles malformaciones o problemas genéticos del embrión.

C) Indicaciones sociales: vinculadas con la situación personal de la mujer embarazada. Se consideran los problemas de tipo económico y psicológico que indiquen una imposibilidad de continuar el embarazo. En algunas legislaciones del mundo las consideraciones sociales incluyen motivos de planificación familiar, y se les permite la interrupción del embarazo cuando los métodos anticonceptivos fueron ineficaces.

D) Indicaciones éticas: ligadas a la existencia de una conducta delictuosa, como causa del embarazo; esto comprende casos como la inseminación artificial indebida.

³⁴⁹ Pérez Carrillo, *op. cit.*, p. 26

³⁵⁰ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 41.

³⁵¹ Barrada, *op. cit.*, p. 35.

Dichas indicaciones obedecen a lo que se ha considerado como las principales causas por las cuales la mayoría de las mujeres abortan.

2.1.1. Antecedentes

En México, desde hace varios años han existido diferentes juristas y grupos sociales, que, conscientes de la problemática de nuestra sociedad y de las consecuencias del aborto clandestino, han intentado reformar, tanto a nivel estatal como federal, algunas cuestiones muy importantes de la legislación del aborto. En este punto haremos referencia a los proyectos que han existido para reformar la legislación del aborto bajo el sistema de indicaciones.

I. En el año de 1979 hubo un proyecto de Código Penal para el estado de Veracruz. Dicho proyecto fue redactado por una Comisión del I.N.A.C.I.P.E., con distinguidos integrantes como Celestino Porte Petit, Sergio García Ramírez, Moises Moreno Hernández, Luis Marcó del Pont, Vidal Riverol y Ezequiel Cautiño Muñoa. En él se planteaba, entre otras cosas, la práctica legal del aborto eugenésico. Así mismo permitía el aborto, cuando este,

fuera practicado dentro de los noventa días de gestación siempre que la mujer embarazada hubiere empleado medidas de prevención de la concepción bajo control médico, conforme a las reglas previstas por éste y el aborto se practique en establecimiento hospitalario que reúna condiciones sanitarias adecuadas.³⁵²

Finalmente el Código penal de Veracruz de 1980 no incorporó dicha hipótesis.

II. En el año de 1983 fue sometido a la consideración de la opinión pública el anteproyecto de nuevo Código Penal para el D.F. En este anteproyecto se establece que no será punible el aborto cuando se practique por:

- a) Razones eugenésicas
- b) Graves motivos económicos
- c) Fecundación artificial indebida

Se trataba de un significativo avance al que se opusieron grupos conservadores. Dicho proyecto fue elaborado bajo los auspicios del gobierno federal. Nunca se presentó al poder legislativo.³⁵³

³⁵² García Ramírez, *op. cit.*, p. 109.

³⁵³ Barreda, *op. cit.*, p. 31.

2.1.2. Propuesta legislativa para el replanteamiento de los artículos 329 a 334 del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal, por Sergio García Ramírez.³⁵⁴

En este proyecto se propone, basado en un sistema de indicaciones, una serie de hipótesis bajo las cuales el aborto voluntario no debe ser penalizado. Analizaremos y reproduciremos aquí dicha propuesta.

Art.329.

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

Proyecto. Este precepto se reproduce sin cambio alguno.

Art.330.

Vigente. Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrá al delincuente de seis a ocho años de prisión.

Proyecto. En el proyecto se propone que no sólo se tome en cuenta el consentimiento de la mujer sino también el del padre, cuando sea posible obtener la conformidad de éste,

Esto con todas sus implicaciones penales deriva de que el padre y la madre son corresponsables por el embarazo y la procreación y, por lo mismo, deben ser tomados en cuenta en el régimen penal del aborto.³⁵⁵

Este artículo distingue las siguientes posibilidades:

- a) Que exista consentimiento de la madre y del padre.
- b) Que haya consentimiento de uno solo y oposición del otro.
- c) Que carezca del consentimiento de ambos.
- d) Que medie violencia física o moral.

Naturalmente la pena se eleva progresivamente en las sucesivas hipótesis.

En un comentario a dicha propuesta, Vela Treviño sugiere tratar dichas hipótesis por fracción y que sólo para efectos del artículo 51 y 52 de nuestro Código Penal tenga significado el medio empleado para obtener el aborto.³⁵⁶

³⁵⁴ García Ramírez, *op. cit.*, p.123.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 124.

³⁵⁶ *Ibidem*. Esta sugerencia fue comunicada a Sergio García Ramírez, por vía telefónica.

Art. 331

Vigente. Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que les correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

Proyecto. El proyecto amplía el sujeto activo al referirse genéricamente a los profesionales de la salud y a los auxiliares de estos. Así mismo,

el proyecto introduce una nueva sanción: la pérdida de los derechos de la patria potestad o de tutela, cuando quien participa en el aborto punible es titular de tales derechos sobre el padre o la madre del producto.³⁶⁷

Finalmente, el profesor Vela Treviño sugiere que se sustituya el término "causare" por el de "participare."

Art. 332.-

Vigente. Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo
- III.- Que sea fruto de una unión ilegítima

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas se le aplicaran de uno a cinco años de prisión.³⁶⁸

Proyecto. Se aplicarán de uno a tres años de prisión al padre y a la madre que, actuando de concierto, causen el aborto o consientan en él. La pena será de uno a cinco años de prisión, cuando el aborto sea causado o consentido por uno solo de los progenitores, sin acuerdo del otro.

Se aplicarán de seis meses a un año de prisión:

- I. Cuando el embarazo sea resultado de una relación extramarital; y
- II. Cuando el aborto se causa o consiente por el padre o la madre, sin obtener el consentimiento del otro progenitor, de haber sido posible recabarlo, en los casos de las fracciones V, VI, y VII del artículo 333.

En el proyecto se habla sólo de "relación extramarital" evitando así las tres fracciones contempladas en la actualidad.

Vela Treviño sugiere agregar "no ilícita", pensando en los numerosos casos en que la unión extramarital no se halla sujeta a reproche jurídico.

³⁶⁷ García Ramírez, *op. cit.*, p. 125.

³⁶⁸ En nuestra actual legislación se maneja un sistema erróneo en el orden de las penas, ya que primero se mencionan las excepciones y luego la general.

La parte final del artículo 332 dispone la misma pena atenuada para aquellas hipótesis que de acuerdo con el artículo 333 que se propone, -a continuación- resultaren impunes, pero que debido a la falta de consentimiento de alguno de los progenitores se les sanciona.

Art. 333

Vigente. No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Proyecto. No es punible el aborto,

I.- Cuando sea causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada.

Aunque dicha excepción de punibilidad ya se encuentra en el código vigente, Porte Petit sugirió hablar de "culpa" en vez de hacerlo de "imprudencia", lo cual García Ramírez, considera técnicamente inobjetable.³⁵⁹

II.- Cuando el embarazo sea el resultado de un delito en el que la mujer haya sido víctima. En este caso no se requerirá sentencia ejecutoria sobre el delito cometido, sino bastará la comprobación de los hechos.

Este artículo obedece a una ampliación para el caso del aborto por razones sentimentales, ya que, en la actualidad, éste únicamente ampara el caso en que el embarazo sea producto de una violación y no cuando se es víctima de otro delito que pudiera tener las mismas consecuencias. Esta excluyente se contempla en la mayoría de los países donde se excluye de responsabilidad el aborto por razones sentimentales. Por lo que dicha fracción,

Amplía convenientemente la previsión del aborto por razones sentimentales que la parte final del vigente artículo 333 refiere únicamente a la violación.³⁶⁰

Porte Petit señala que el denominado aborto por causas sentimentales,

constituye indudablemente un aspecto negativo de la culpabilidad, es decir, se trata de una no exigibilidad de otra conducta, y por tanto, no hay necesidad de incluir dicho aborto en el ordenamiento penal.³⁶¹

Nosotros consideramos que siempre será necesario excluir expresamente de responsabilidad a la mujer que practique el aborto por razones sentimentales, ya que de no ser así nos enfrentaríamos al grave

³⁵⁹ Cabe notar aquí que García Ramírez prefirió utilizar el término "imprudencia" debido a que en el año en que se realizó dicho proyecto el artículo 8º de nuestro Código utilizaba la palabra imprudencia y no culpa, lo que ahora ha cambiado por este último término, y que por lo tanto haría indiscutible e incluso necesario sustituir el término imprudencia por culpa.

³⁶⁰ García Ramírez, *op. cit.*, p. 128.

³⁶¹ Porte Petit, *cit. por.*, García Ramírez, *op. cit.*, p. 128.

problema de demostrar que el embarazo producto de una violación, constituye una no exigibilidad de otra conducta.

Cabe aclarar que esta fracción contempla el caso del estupro y de la violación, sin embargo, no alude al adulterio, ni al incesto puesto que en ambos los participantes no son víctimas. Sin embargo, el caso del incesto podría encontrar cabida en la fracción IV del presente artículo.

Finalmente,

Por razones prácticas y de justicia la fracción segunda advierte que en dichos casos no se requerirá sentencia ejecutoria sobre el delito cometido, sino bastará la comprobación de los hechos.³⁶²

Esta aclaración es de suma importancia, ya que nuestra actual legislación no señala requisito alguno de procedibilidad.³⁶³

III.- Cuando el embarazo se hubiese producido en condiciones que excluyan la posibilidad de conocimiento o consentimiento de la mujer acerca del hecho mismo de la fecundación o de la identidad del padre.

Según el autor, en este punto se han tomado en cuenta situaciones como la violación fraudulenta -es decir, cuando la mujer consiente la cópula creyendo que ésta se realiza con un hombre distinto de aquél con quien realmente se efectúa- que no está tipificada como delito en el código actual, así como el caso de la fecundación artificial que puede llevarse a cabo sin la voluntad de la mujer.

IV.- 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 que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves.

Al respecto el autor comenta:

Si bien es cierto que en numerosas ocasiones resulta imposible determinar las alteraciones genéticas o congénitas del producto, también lo es que en determinados casos existe médicamente tal posibilidad.³⁶⁴

Se introdujo el aborto eugenésico pensando precisamente en ésta última situación y siempre supeditado al consentimiento de ambos progenitores y al dictamen de dos médicos.

³⁶² García Ramírez, *op. cit.*, p. 129.

³⁶³ Ver artículo 333 de nuestro Código penal vigente.

³⁶⁴ García Ramírez, *op. cit.*, p. 130.

Por su parte, Vela Treviño sugirió hablar de que:

Haya razón suficiente a juicio de los médicos para suponer que el producto sufre alteraciones o malformaciones congénitas o genéticas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con anomalías físicas o mentales graves.³⁶⁵

Guiados por esta redacción hemos preferido decir "puedan dar resultados" en lugar de "den resultados." Creemos que aquella frase se ajusta mejor a las posibilidades de previsión de la ciencia médica y, por ello, atiende adecuadamente los propósitos perseguidos al sustentar la impunidad del aborto.³⁶⁶

Por otra parte, cabe anotar que originalmente dicha fracción del proyecto se refería al aborto terapéutico, previsto en el actual artículo 334 en vigor. En tal virtud, dicha fracción pretendía introducir algunas novedades con respecto al 334 en vigor.

Empero suprimimos la referencia del aborto terapéutico porque la impunidad de éste se halla determinada ya por la excluyente del estado de necesidad.³⁶⁷

Sin embargo, nosotros pensamos que es necesaria su incorporación expresa por la misma razón que consideramos imprescindible la inclusión del aborto por razones sentimentales.

V.- Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, durante los sesenta días siguientes a la concepción, y obedezca a causas económicas graves y justificadas, siempre que la mujer embarazada tenga ya cuando menos dos hijos.

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ *Idem.*

En este caso,

Se trata del aborto por razones económicas tendiente a exceptuar de pena a los padres que realizan el feticidio movidos por la situación de miseria en que se encuentran y por la imposibilidad práctica de soportar la carga de nuevos hijos.³⁶⁹

Considero que dicha causal no es lo suficientemente amplia, puesto que puede haber situaciones económicas graves y justificadas sin necesidad de que le precedan dos hijos. Hay ocasiones en que la situación económica es tan grave que no le permite a la pareja tener siquiera un hijo.

Por otra parte,

Tal vez cabría pensar, como alguna vez ha ocurrido en sentencia judicial, según nos ha hecho notar Victoria Adato de Ibarra, que esta forma de aborto queda desincriminada por obra de la eximente del estado de necesidad. Con todo, estimamos preferible, para cancelar las interrogantes, señalar explícitamente la impunidad.³⁷⁰

VI.- Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, durante los sesenta días siguientes a la concepción, siempre que ésta se hubiese producido a pesar de que la mujer hubiera utilizado métodos anticonceptivos bajo control médico para evitar el embarazo.

En comentario del autor, esta fracción

Contempla una de las formas de aborto impune mas discutidas en nuestro país, y sin embargo ya aceptadas por varios otros, como seguramente ocurrirá en el nuestro ahora o mas adelante. Se trata del aborto practicado con el consentimiento de ambos progenitores durante los sesenta días siguientes a la concepción, siempre que ésta se hubiese producido a pesar del empleo de medios anticonceptivos bajo control médico. Sería erróneo suponer que éste es un aborto totalmente libre, como lo es imputar a la pareja, o sólo a la mujer las consecuencias de un aborto que pone fin a un embarazo consentido. En efecto, éste no fue querido, y para evitarlo se hizo uso, bajo control médico, de las medidas de previsión que la ciencia aconseja. En esta virtud, el embarazo ocurrió contra la evidente voluntad de los padres y mas que por negligencia de éstos, por error médico o insuficiencia de los recursos técnicos modernos.³⁷⁰

Es inconveniente, por injusto, sancionar de igual manera el aborto común, que pone término a un embarazo deseado o producido por negligencia en el que intervienen individuos cuya posición económica les permite tener nuevos hijos y al causado por el apremio de la miseria o al ocasionado para poner fin a un embarazo rechazado que se quiso impedir con todos los recursos al alcance del padre y de la madre.³⁷¹

Esta es un una combinación del sistema de indicaciones apoyada en un sistema a plazo. La indicación consiste en que se hayan utilizado métodos anticonceptivos y estos hubieran fallado.

No estamos totalmente de acuerdo con dicha condición, ya que no todas las mujeres tienen acceso a los métodos anticonceptivos; además, requiere de supervisión médica, lo cuál tampoco es posible en todos los

³⁶⁹ García Ramírez, *op. cit.*, p. 131.

³⁷⁰ *Idem.*

³⁷¹ *Idem.*

³⁷² *Idem.*

casos.²⁷² Sin embargo, suponemos que es una forma de obligar a que las mujeres no consideren el aborto como un sustituto de la prevención y que se obligue a utilizar algún método anticonceptivo.²⁷³

Por otra parte, dentro del catálogo de impunidad, antes mencionado, Vela Treviño propone una hipótesis adicional:

cuando las condiciones en que se haya realizado el aborto hagan excusable la conducta según el prudente arbitrio del juez²⁷⁴

Según el autor,

No hemos recogido esta sugerencia porque creemos que su fundamento pudiera encontrarse cubierto por las excluyentes de incriminación, o bien, se trataría de un perdón judicial, tal vez deseable, pero ajeno, hoy día, al Código penal vigente. (...) Hallaría acaso mejor acomodo en el artículo 15 con alcance desincriminatorio general, que en el nuevo texto que sugerimos para el artículo 333.²⁷⁵

Nosotros consideramos que el perdón judicial es sumamente delicado y que podría acarrear injusticias e inequidades.

Finalmente, el artículo 333 constantemente exige el consentimiento de ambos progenitores, cuando esto no sucede:

Soslayando así el derecho y el deber que incumben al otro en una decisión que afectó en común a la pareja.²⁷⁶

Sobreviene la posibilidad de imponer lo previsto por la parte final del artículo 332 del proyecto ya comentado.

Sin embargo, en este caso se exige, para evitar males mayores, que la persecución del ilícito se haga precisamente por querrela del ofendido que lo es el progenitor, cuya voluntad no se tomó en cuenta.²⁷⁷

Art. 334

²⁷² Consideramos que otro inconveniente de ésta hipótesis es que no se pueden contemplar los múltiples casos en que para evitar la concepción las parejas utilizan algún preservativo, y sin embargo, pueden ser víctimas de una maternidad no deseada, a pesar de haber actuado responsablemente.

²⁷³ Al respecto miembros de la oficina regional para Latinoamérica y el Caribe del *Population Council* se preguntan: ¿A que se debe que tanta mujer recurra al aborto a pesar de la existencia de la tecnología anticonceptiva, no obstante los riesgos y las restricciones? La respuesta es que subsisten muchas barreras para el acceso a métodos anticonceptivos y son primero esas barreras las que hay que eliminar para posteriormente exigir la utilización de algún método anticonceptivo como requisito para permitir la práctica del aborto. *Vid supra*, cap. III, 2.4. "Los métodos anticonceptivos, ¿la panacea?"

²⁷⁴ García Ramírez, *op. cit.*, p. 132.

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ García Ramírez, *op. cit.*, p. 134.

²⁷⁷ *Idem*.

Vigente. No se aplicará sanción, cuando de no provocarse el aborto, 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 y no sea peligrosa la demora.

Proyecto. Sólo se perseguirá a instancia del padre, según corresponda, el aborto realizado sin el consentimiento de alguno de aquéllos, cuando hubiese sido posible obtenerlo, en los supuestos de las fracciones V, VI y VIII del artículo 333. Satisfecho el requisito de procedibilidad, se procederá en contra de todos los participantes. El perdón que se otorgue a uno de éstos, beneficiará a todos.

Para los efectos de este capítulo, siempre que la mujer embarazada, el padre del producto, o ambos, sean menores de edad y no emancipados, el consentimiento que de ellos se requiera podrá ser suplido por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. En caso de discrepancia entre el titular de ese derecho y los menores, el juez de lo familiar resolverá lo procedente, escuchando en una sola audiencia a los interesados.

Esta última parte fue sugerida por Vela Treviño. Consideramos prudente aclarar -por obvio que resulte- que quienes ejerzan la patria potestad o la tutela nunca podrán suplir el consentimiento de los menores cuando se trate de que éstos se opongan a la realización del aborto. Por otra parte, dicha causal sólo opera para el menor que es soltero, ya que de acuerdo con el artículo 641 de nuestro Código Civil el matrimonio produce la emancipación.

En el núcleo de dicha propuesta aparecen los siguientes elementos:

- 1.- Se recoge con todas sus consecuencias la corresponsabilidad que padre y madre poseen en las decisiones sobre el embarazo y su interrupción, dentro del espíritu del artículo cuarto constitucional y de la legislación secundaria, que iguales facultades y deberes del hombre y de la mujer, contrariamente a la corriente actual del derecho penal mexicano en materia de aborto que carga el acento sobre la mujer.
- 2.- Se amplía el concepto de los profesionales que practican el aborto y se agrega el supuesto de quienes ejercen determinada potestad de derecho familiar sobre el padre o la madre del producto.
- 3.- Se replantea el llamado aborto honoris causa, excluyendo el uso de términos que hoy pudieran parecer peyorativos o devaluatorios para la mujer.
- 4.- Se recogen como casos de impunidad todos los que para este efecto o para el de sanción atenuada admiten ya algunos ordenamientos locales, esto es, se va en ello tan lejos como se ha ido en algunos estados de la República, pero además se incorpora la impunidad del aborto consentido por ambos progenitores dentro de cierto plazo- sesenta días, período que generalmente señalan los médicos como el de menor riesgo para la mujer - cuando se intento sin éxito impedir la preñez.
- 5.- Se extrae del régimen de persecución de oficio, para depositarla en el de querrela mínima la persecución de determinadas hipótesis del aborto, cuya franca impunidad haría supeditada al consentimiento de ambos padres, si no se obtuvo, pudiendo hacerlo, la denuncia de uno de ellos.³⁷⁸

Para concluir, diremos que, dentro de los sistemas de indicaciones propuestos en México, éste es, indudablemente, el más completo, ya que

³⁷⁸ García Ramírez., *op. cit.*, p. 122.

cuida cada detalle dejando muchas puertas abiertas para practicar un aborto a la luz de la ley. Sin embargo, como todo sistema de indicaciones, conlleva la dificultad de probar las diversas hipótesis contenidas, en una lucha contra el tiempo, ya que casi siempre el sistema de indicaciones va acompañado de un sistema de plazo.

Finalmente existen diversas causas de suma importancia que hacen que una pareja simplemente decida no tener un hijo. El legislador pocas veces podrá bajo un sistema de indicaciones contemplar todas aquellas razones por las que una madre o una pareja desea interrumpir su embarazo, ni la indicación más amplia liberará a ésta de un trámite engorroso, si no es que ineficaz, o nulo como el que ahora tenemos para los casos en que se permite el aborto.

Existe un universo tan amplio de causas como circunstancias vividas por cada una de las mujeres que ha encarado el problema.³⁷⁹

Además no podemos estar supeditados a que un tercero valore nuestra situación y determine si es necesario un aborto.³⁸⁰ Por ello, aunque consideramos que la introducción del sistema de indicaciones en nuestra legislación sería un gran avance, ya que permitiría cubrir muchas necesidades y evitar gran parte de la clandestinidad que actualmente se vive, abogamos por un aborto voluntario libre bajo el sistema del plazo.

2.2. SISTEMA DE PLAZO

A la solución legislativa del aborto suele denominársele el sistema del plazo, pues la única exigencia es la de que la interrupción del embarazo se realice dentro de un determinado período, generalmente tres meses o noventa días a partir de la concepción, dentro de este plazo un aborto realizado por manos diestras y en condiciones higiénicas implica escaso o nulo riesgo para la salud de la mujer embarazada.³⁸¹

Practicar el aborto voluntario bajo el sistema del plazo significa, según Pérez Duarte, que la gestante se encuentra en la libertad de someterse al aborto dentro del primer trimestre del embarazo. Fuera de este plazo sólo se practicaría en caso de estado de necesidad extremo y con la opinión de más de un médico, todo esto acompañado de orientación

³⁷⁹ Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 32.

³⁸⁰ Tal es el caso del derecho alemán, donde en última instancia quien decide es un tercero. Pues según la ley es el médico quien debe dictaminar si en el caso concreto de la mujer que solicita un aborto concurren las circunstancias legales previstas por el código que los rige. A diferencia del sistema italiano, que a pesar de regirse bajo el sistema de indicaciones, la mujer que se encuentra en alguna de las circunstancias que señala el artículo 4, de su ordenamiento penal, puede acudir al centro asistencial o médico de su confianza, donde le proporcionan información y ayuda, con el único requisito de constatar el embarazo y expedir un certificado al respecto, con lo cual la mujer puede procurarse la intervención solicitada radicando exclusivamente en ella la facultad de decisión, siempre que sea dentro de los tres primeros meses de gestación. Lo cual lo constituye en un auténtico sistema de plazo. Ibáñez, *op. cit.*, p. 215.

³⁸¹ Barreda, *op. cit.*, p. 35.

médica, legal y psicológica para que la mujer esté en oportunidad de tomar una decisión.³⁰²

De esta forma la interrupción del embarazo queda únicamente a la decisión personal de la mujer -o de la pareja- la cual, previa información de carácter médico y jurídico, valora la situación y las dificultades ante las que se encuentra y decide, sobre la continuación o interrupción del embarazo.³⁰³

García Ramírez define este tipo de aborto como:

Aquel que sólo depende de la resolución de los padres, o de la madre únicamente ante el tribunal de su propia conciencia, sin papel del Estado como no sea informador y orientador ni sujeción a factores condicionantes.(...) En esta hipótesis, la libre disposición no suele encontrar más límite, en principio, que la voluntad de la mujer (...) la vida y la salud de ésta.³⁰⁴

Aquí nos encontramos ante la libertad de la mujer o de la pareja -sólo restringida por el tiempo- para decidir, sin intervención estatal alguna, sobre su futuro, el de su pareja, de su familia y de ese nuevo ser.

La gradual liberación de la mujer ha traído consigo el auge del principio de la procreación libre responsable e informada por contraste con la procreación necesaria, con la causal, la fortuita o no deseada y la irresponsable o inmediata.³⁰⁵

La práctica del aborto legal bajo el sistema del plazo suele ser llamada aborto libre. Esto obedece principalmente a que el Estado no tiene que valorar los motivos por los que una mujer desea abortar.

El plazo de tres meses no es arbitrario, se fundamenta hoy en razones biológicas, sociológicas, sanitarias y de política criminal. Este plazo obedece principalmente a que sólo durante este periodo del embarazo el riesgo es muy escaso si se practica el aborto en las condiciones adecuadas.

Según José Luis Ibañez durante este plazo es la mujer embarazada quien aprecia, valora y constata las razones y circunstancias de su libre opción. Dicho plazo es suficiente, máxime cuando con el transcurso del tiempo se hace menos recomendable el aborto.³⁰⁶

Una vez salvada la supremacía de la libre maternidad resurge el valor del bien jurídico del feto, lo que coincide cabalmente con su mayor maduración cualitativa y el inicio de la conformación cerebral y corporal. Ya alguna vez en la iglesia católica se discutió este período como aquél a partir del cual podíamos hablar de la existencia de un ser humano y la infusión del alma, a la vez.³⁰⁷

³⁰² Pérez Duarte, *op. cit.*, p. 41.

³⁰³ Fellini, Zulita, *El problema del aborto en México y en el derecho comparado. Tres ensayos sobre ¿un crimen?*, México, UNAM, 1985, p. 18.

³⁰⁴ García Ramírez, *op. cit.*, p. 116.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ Ibañez, *op. cit.*, p. 212.

³⁰⁷ *Ibidem* p. 214.

En opinión de Barreda, dado que el feto es apto para la vida independiente a partir del sexto mes del embarazo, si después de cumplido el quinto mes se admitiera el aborto se estaría aceptando que se priva de la vida a un ser ya apto para la existencia fuera del claustro materno.³⁰⁹

Entre el tercer mes y el quinto o sexto, para el cual el feto ya es apto para la vida independiente, existen quienes opinan que debe permitirse el aborto, pese al posible riesgo que conlleve para la mujer, si ésta decide asumirlo. Consideran que el libre ejercicio del derecho a la maternidad lleva aparejado la práctica del aborto durante todo el estado de gestación, o al menos hasta el momento en que el feto llegue a ser "viable", o sea, hacia los seis meses entre 24 o 28 semanas desde la concepción. Esta era la fórmula británica del *Abortion act*, de 1976, que dentro de un sistema abierto y peculiar de indicaciones permitía realizar el aborto dentro de las primeras 28 semanas a partir de la fecundación. Sin embargo el 25 de abril de 1990, fue puesto a discusión este plazo por la Cámara británica de los Comunes, que lo ha reducido a 24 semanas debido a los últimos datos acerca de la viabilidad.³⁰⁹

Coincidimos en que,

Es perfectamente plausible el compatibilizar un período de decisión de la mujer de dimensión temporal prudencial con una situación de menor riesgo para la salud.³⁰⁰

Según información de Tietze, en los Estados Unidos durante el período 1972-1980 la mortalidad oscilaba entre 1.4 por 100,000 abortos legales practicados a las ocho semanas o menos y 14 por 100, 000 abortos realizados a las veintiún semanas o más.³⁰¹

Finalmente estamos de acuerdo con el período de tres meses, porque nos parece tiempo suficiente para tomar una decisión sin riesgos.

Entendemos que el ejercicio del derecho a la libre maternidad, en su dimensión temporal encaja perfectamente como norma general en el llamado sistema del plazo y durante un período del orden de tres meses, es decir de doce a catorce semanas desde la fecundación.³⁰²

Pero junto a la norma general coexisten situaciones excepcionales en las que debe admitirse la superación del plazo normal de tres meses. Dicha excepcionalidad puede tener su origen y fundamento en la existencia de motivaciones específicas de peligro para la vida o la salud de la mujer, así como los casos en que el embarazo es producto de un delito y finalmente, cuando existe la probabilidad de malformaciones y taras físicas o psíquicas del feto.

³⁰⁰ Barreda, *op.cit.*, p. 31.

³⁰⁹ Ibáñez, *op. cit.*, p. 211.

³⁰⁰ Tietze, *op. cit.*, p. 166.

³⁰¹ *Idem.*

³⁰² Ibáñez, *op. cit.*, p. 213.

Por otra parte, es necesario que el sistema a plazo vaya acompañado de la asistencia psíquica y la ayuda social, las cuales podrían resultar de alta eficacia, ya que serían centros a los que acudirían las mujeres que no quieren proseguir su embarazo o que dudan en continuarlo a fin de ser aconsejadas profesional y humanamente, por medio de médicos, psicólogos, abogados, trabajadores sociales, etc. De esta forma la mujer podría consultar y recabar información y asesoramiento sobre cualquier aspecto médico, sanitario, asistencial o jurídico relacionado con su embarazo o con su eventual aborto.³⁹³

Con la despenalización del aborto voluntario, bajo el sistema de plazos esta conducta debe ser totalmente desincriminada:

El derecho penal sólo debería quedar para castigar el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer o para castigar la impericia médica o el aborto realizado en malas condiciones higiénicas o por personas incompetentes o con cualquier finalidad de negocio o explotación para asegurar en definitiva a la mujer un trato digno un respeto a su libertad en una decisión que sobre todo a ella incumbe.³⁹⁴

Por ello, la gran mayoría de las infracciones podrían quedar en el campo administrativo-sanitario sancionador, desde luego con responsabilidades personales y pecuniarias.³⁹⁵

2.2.1. Antecedentes

I. Documento elaborado en 1976 por el "Grupo interdisciplinario para el estudio del aborto en México".³⁹⁶

Dicho grupo se encontraba conformado por setenta y dos profesionales destacados en las diferentes áreas, concentrados para estudiar, dentro de dicho marco, el fenómeno del aborto inducido en nuestro país. El grupo se encontraba auspiciado por el gobierno federal a través de la Secretaría general del Consejo Nacional de Población. Se llegó a las siguientes conclusiones:³⁹⁷

La perspectiva correcta y adecuada, dentro de la cual se debe considerar en cualquier tipo de tratamiento el aborto inducido, dentro de la concreta situación en la que se practica en nuestra sociedad es en la de un servicio de salud pública, sus secuelas negativas y sus nefastas repercusiones, inciden precisamente en detrimento del bienestar físico y psicológico de gran número de mujeres mexicanas y en el desajuste de la sociedad en su conjunto. La práctica del aborto en México esta determinada y caracterizada por una contradicción entre la realidad social y la estructura ideológica, jurídica y religiosa.

El aborto se ha practicado entre nosotros desde la época prehispánica, en todos los estratos sociales y se sigue practicando actualmente en un número estimado de ochocientos mil al año. Se ha constituido en un problema de salud pública de urgente y necesaria

³⁹³ *Ibidem*, p. 215.

³⁹⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, Sevilla, 1985, p. 66.

³⁹⁵ Ibáñez, *op. cit.*, p. 219.

³⁹⁶ *Informe del grupo interdisciplinario para el estudio del aborto en México*, en Barreda, *op. cit.*, p. 62.

³⁹⁷ Barreda, *op. cit.*, p. 62.

solución, precisamente por las condiciones en que se práctica: un sistema legal que lo penaliza, pero el cuál no se aplica, una ideología puritana que no corresponde al comportamiento real de una gran parte de mujeres y hombres, un mercenarismo discriminatorio que afecta fundamentalmente a los sectores mas desvalidos socioeconómicamente, un marco religioso que obstaculiza su correcto tratamiento, destruyendo así, los valores que dice, pretende salvaguardar, un cúmulo de información amarillenta que, por fortuna, no penetra ni logra manipular la mentalidad de vastos sectores de la población mexicana, cuyo único móvil es el ilegítimo beneficio económico de los prevaricadores de la salud del pueblo, una inadecuada atención que redunda en las primeras causas de morbi-mortalidad materna, una clandestinidad que conduce al auto engaño y la autocondenación de todos nosotros.

Estas contradicciones imponen ya una urgente y adecuada decisión por parte del Estado. Debe pues el estado cumplir con la necesaria tarea de ofrecer los servicios y recursos sanitarios, hospitalarios, jurídicos, administrativos, humanos, etc., requeridos para la práctica adecuada y prevención correcta del aborto inducido en México.

Finalmente, se dijo que:

la decisión y responsabilidad moral de inducir un aborto compete exclusivamente a la mujer y al personal calificado que lo realice en el libre ejercicio de sus propios e individuales principios.

Debe suprimirse de la legislación mexicana actual toda sanción penal actual a las mujeres que por cualesquiera razón o circunstancia decidan abortar y al personal calificado que lo practique, cuando exista voluntad expresa de la mujer. Deben también expedirse las normas técnicas sanitarias pertinentes para que la presentación del servicio se realice en optimas condiciones.

II. El catorce de septiembre de 1976 el "Movimiento Nacional de Mujeres" entregó a Pedro Ojeda Paullada, entonces coordinador del decenio de la mujer, un documento en el que fija su postura frente al aborto y en donde se plantea que es necesario:

- a) Reformar el Código Penal a efecto de eliminar toda pena al aborto voluntario.
- b) Castigar el aborto sólo cuando se practique en contra de la voluntad de la mujer.
- c) Reglamentar la práctica del aborto en la legislación sanitaria.
- d) Promover investigaciones científicas tendientes a desarrollar contraceptivos mas eficaces y seguros para la salud de la mujer.
- e) Impartir a todos los niveles y a todas las edades, una adecuada orientación sexual.
- f) Reformar el código civil, a fin de que se amplíen los casos de investigación de paternidad.³⁹⁹

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 63.

III. El 29 de noviembre de 1979, presentaron los diputados del Partido Comunista de la cámara respectiva, las iniciativas de reformas al Código Penal, cuyo artículo 329, quedaría de la siguiente forma:

aborto punible es la muerte del producto de la concepción después de doce semanas de embarazo.³⁹⁹

Asimismo, se pretendía introducir en dicha iniciativa reformas a la Ley general de salud. Para la formulación de este proyecto se tomaron en cuenta experiencias de otros países, así como los estudios realizados por el grupo interdisciplinario de 1976.⁴⁰⁰

IV El trece de diciembre de 1979 el Partido Acción Nacional, presentaba la "Iniciativa anti-aborto", proponía entonces una adición al artículo cuarto constitucional, que consistía en lo siguiente:⁴⁰¹

todo ser humano, por su dignidad gozará de protección jurídica desde su concepción hasta su muerte.⁴⁰²

La exposición de motivos expresaba lo siguiente:

El ser humano, aún no nacido es sujeto de derecho por sí mismo y no por que resulte deseable a sus padres o a la sociedad, no obstante que el ser en gestación se encuentre dentro del cuerpo de la mujer embarazada, no es parte biológica ni existencia de su madre, por lo que en consecuencia no puede disponer de él como si fuera parte de su propio cuerpo.⁴⁰³

Desde el punto de vista jurídico, este partido considera que la iniciativa de reforma es violatoria de la Constitución, ya que:

El artículo catorce constitucional establece la garantía de audiencia antes de poder ser privado de la vida, la libertad o de los derechos, y en la especie al afectado en su vida y en sus derechos, se le niega toda la posibilidad de ser oído por que es precisamente su representante legal quién amparado en argumentos endebles, pretende hacer tal privación y pretende que la ley justifique la privación de la vida de un ser indefenso.⁴⁰⁴

En nuestra opinión el feto o embrión no puede ser susceptible del derecho de audiencia.

Cabe notar que este partido considera que el aborto ha de ser en todo caso un delito. Doce años después su pensamiento sigue igual.

IV Durante el año de 1980 se presentó la iniciativa de la coalición de izquierda, conocida como "Ley de maternidad voluntaria"⁴⁰⁵

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁰⁰ García Ramírez., *op. cit.*, p. 121.

⁴⁰¹ Barreda., *op. cit.*, p. 58.

⁴⁰² *Idem*.

⁴⁰³ *Idem*.

⁴⁰⁴ *Idem*.

⁴⁰⁵ Barreda, *op. cit.*, p. 60.

Dicha iniciativa propone básicamente que se despenalice el aborto voluntario y que sólo se sancionen los casos en que se realice sin el consentimiento de la mujer embarazada.

El argumento central de esta propuesta, es que en un Estado laico las consideraciones morales son insuficientes para mantener leyes que no cumplen con su cometido, sino que por el contrario ocasionan la muerte prematura de miles de mujeres cada año. Las medidas básicas, que proponía dicha iniciativa, fueron las siguientes:

- a) Despenalización del aborto voluntario.
- b) Gratuidad del aborto, ya que consideran que debe realizarse como un servicio mas de los hospitales del Estado.

En dicha propuesta finalmente se concluye que el aborto debe ser visto como un problema social y de salud pública, ya que actualmente las mujeres se enfrentan a muchos problemas de carácter social, psicológico, de salud, etc. y todo esto sin la posibilidad legal de escoger el momento y la oportunidad de un embarazo deseado y asumido libremente.

V "Plan de acción para la integración de la mujer al desarrollo".

Este proyecto fue presentado por el Consejo Nacional de Población, dependiente de la Secretaría de Gobernación, en el año de 1982. En este documento se calificó al aborto como un grave problema social de salud pública que perjudica a un gran número de mujeres y pone en peligro su bienestar, y en muchos casos su vida, debido a su carácter clandestino e insalubre. Este proyecto fue desechado sin explicación oficial.⁴⁰⁶

VI. Para concluir mencionaremos un documento que se publicó en diversos periódicos de circulación nacional. Es una proclamación en favor de modificaciones legislativas al aborto, fue suscrito por cientos de mujeres distinguidas de varias posiciones ideológicas y dedicadas a diferentes actividades, el texto dice:⁴⁰⁷

Implica un serio problema de justicia social ya que las que mueren o sufren complicaciones son mujeres que no tienen los medios económicos para pagar el precio de un aborto ilegal. También hay que considerar el que nazcan miles de niños no deseados, en ambientes hostiles con las mínimas condiciones afectivas para desarrollarse, nuestras leyes ya permiten el aborto, en ciertas condiciones, (...) se necesita permitirlo en todo el país por otra circunstancia: la voluntad de la mujer. Esta comprobado en todas partes del mundo que cuando una mujer esta desesperada por abortar, lo hace a pesar de todo tipo de prohibiciones. Cada mujer que enfrenta un embarazo no deseado tendrá que tomar la decisión de abortar o no de acuerdo a sus valores o circunstancias. Despenalizar el aborto y convertirlo en un servicio de salud, no obligará a abortar a quienes no quieran hacerlo. En cambio permitirá llevarlo a cabo en condiciones sanitarias y psicológicas adecuadas a las mujeres que de todas maneras están decididas a hacerlo y que al carecer de recursos,

⁴⁰⁶ Proyecto de plan de acción para la integración de la mujer al desarrollo. México, 1982, p. 55, en Barreda., *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰⁷ La Jornada, 5 de abril de 1989, p. 16.

arriesgan su salud y muchas veces la vida. Lo deseable es que ninguna mujer se vea orillada a abortar, para lograrlo habría que garantizar una amplia y efectiva educación sexual y la existencia de anticonceptivos que no fallen. Como esto no ha sido posible hasta ahora, vemos el aborto como último recurso y a su despenalización como una posible solución.⁴⁰⁸

Entre los países que han recogido este sistema podemos mencionar a Dinamarca, Inglaterra, Francia, Suecia, Italia.

2.2.2. Propuesta legislativa.

Por las razones antes expuestas, creemos que una maternidad libre y responsable únicamente puede ser garantizada mediante el sistema de plazo. Por ello proponemos este sistema como base para reformar la legislación del aborto en México.

Las bases normativas para la despenalización del aborto voluntario son condiciones que encarnan un equilibrio entre el derecho a la libre maternidad y factores como el período de decisión, la salud de la madre y el desarrollo progresivo del feto, que se ajustan a un delicado régimen legal, ya que el aborto, aun siendo libre, debe ser controlado y tutelado por los servicios de salud de las instituciones públicas del Estado.⁴⁰⁹

La autorización del aborto voluntario bajo el sistema de plazos lleva consigo un obligado y detallado régimen legal, que comprende diversos períodos o fases, cada uno con diferentes cuestiones: el período de formulación de la petición de la mujer, el del control previo e intervención de instituciones públicas y privadas, el de los asesoramientos y consultas sanitarias, asistenciales y jurídicas, el de la realización del aborto y finalmente el tratamiento posterior al aborto. Todos estos períodos y normas, ajustados a los principios de salud y libertad, son susceptibles de variaciones y matices dentro del respeto fundamental a la libre maternidad.⁴¹⁰

La realización de éste sistema, requiere la creación de instrumentos legales e infraestructura, como serían:⁴¹¹

a) La reglamentación en la Ley General de Salud de los requisitos que deben cubrir las personas que practican el aborto.

b) Adaptación y en su caso creación de infraestructura hospitalaria. El servicio debe prestarse en forma gratuita en hospitales de la Federación o de los Estados, así como en organismos descentralizados tales como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado, sin que ello implique una afectación a la economía del Estado, ya que la cantidad de dinero que actualmente se gasta en atender a las mujeres que llegan a las

⁴⁰⁸ *Idem.*

⁴⁰⁹ Pérez Carrillo, *op. cit.*, p. 19.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 56.

instalaciones de los servicios de salud públicos por complicaciones de aborto supera los gastos para una adecuada realización del aborto.

c) Instrumentación de la campaña de prevención.

d) Creación de instituciones de asesoramiento a mujeres embarazadas para que estén en mejor posibilidad de decidir respecto a su estado.

2.2.2.1. Prevención del aborto

En nuestro medio, medularmente represivo se ha educado a base de ocultamiento de la información, esta ha sido una mala educación sexual, pero al fin y al cabo, una forma de educar (...) esto hace indispensable una reforma radical en la educación sexual que se imparte, que además de conducir a los jóvenes a una vida mas plena (...)]prevenga el embarazo no deseado y el aborto con todas sus consecuencias negativas.⁴¹²

Con la actual legislación no se procura una acción preventiva ni siquiera a nivel de educación sexual o de salud reproductiva, pues desgraciadamente cuando se acude a un hospital ya existe un problema grave causado por una intervención abortiva inadecuada.

No basta reformar la legislación en materia de aborto. Antes es necesario un programa permanente de educación sexual intensa, clara y completa, desde edad temprana y a todos los niveles. El aborto es algo que nadie desea, no es un método de prevención, tampoco es algo a lo que se pueda acudir con la mayor facilidad, es un último recurso en caso de una maternidad no deseada. Con base en una educación sexual adecuada esperamos que la práctica del mismo pueda disminuir.

Algunos estudiosos dedicados a la medicina consideran al aborto semejante a una enfermedad endémica.⁴¹³ Por consiguiente plantean la aplicación de tratamientos propios para esta clase de enfermedades.

La doctora Blanca Ordóñez expuso la conveniencia de utilizar el sistema preventivo de Lavell y Clark que ataca los tres niveles de la enfermedad, estos son:⁴¹⁴

1.- Prevención primaria.

A) Tiende a disminuir la frecuencia del aborto voluntario por medio de una adecuada educación sexual que evite el embarazo no deseado.

B) Difusión de los programas de planificación sexual.

⁴¹² Azaola., *op. cit.*, p. 55.

⁴¹³ Dicese por comparación con las enfermedades habituales, de actos o sucesos que se repiten frecuentemente en un país, que están muy vulgarizados o extendidos. Dicese de la endemia: cualquier enfermedad que reina habitualmente, o en épocas fijas en un país o comarca. Diccionario de la Real Academia de la lengua española., *op. cit.*, p. 628.

⁴¹⁴ Pérez Crillio, *op. cit.*, p.32.

C) Protección específica:

- a) Da a conocer la metodología anticonceptiva
- b) Proporciona los métodos anticonceptivos adecuados.

2.- Prevención secundaria

A) Busca prevenir complicaciones y secuelas perjudiciales, como consecuencia de esto, los períodos de incapacidad física y los de permanencia en el hospital disminuyen.

B) Previene oportunamente a la población sobre los riesgos y peligros del aborto.

C) Detecta los abortos inducidos en sus primeras fases previniendo así las complicaciones y las secuelas nocivas.

D) Proporciona servicios médicos de buena calidad y provee de recursos sanitarios indispensables para garantizar la adecuada atención a los pacientes, la disminución de la morbi-mortalidad y el cálculo efectivo de las incapacidades médicas que se otorguen.

3.- Prevención terciaria.

A) Procura evitar el uso repetido de este servicio por parte de una misma paciente.

B) Incorpora en forma inmediata a las pacientes a los programas de planificación familiar post-aborto.

Finalmente, Pérez Carrillo -con vista en los objetivos antes planteados⁴¹⁵- afirma que con la puesta en marcha de la prevención se reduciría el número de mujeres que mueren por abortos clandestinos y en la misma medida se reducirían los daños físicos y mentales sufridos por éstas. También se lograría un mayor desarrollo de la libertad legal de la mujer o de la pareja, se cumpliría el objetivo de reducir el deterioro económico de los particulares y por la misma razón del Estado.⁴¹⁶

⁴¹⁵ *Vid, supra*, Cap. IV, 2. "Las alternativas"

⁴¹⁶ Pérez Carrillo., *op. cit.*, p. 44.

2.2.2.2. Proyecto de reforma al Capítulo Sexto del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

Pérez Duarte propone que el tema del aborto no se ubique en el capítulo referente a los delitos contra la vida y la integridad de las personas, en su opinión:

Es necesario contemplar un título independiente en el que se sancione todas las prácticas que atenten contra los derechos reproductivos.⁴¹⁷

Nosotros consideramos que las penas y los tipos que a continuación enunciaremos sí deben ubicarse en el capítulo referente a los delitos contra la vida y la integridad de las personas, puesto que atentan en contra de dichos bienes jurídicos.

Según ésta misma autora, las reformas a la legislación del aborto deben ser de carácter federal y no quedar a la discreción de las legislaturas estatales, ya que el problema del aborto -sobre todo en el ámbito de la salud- es claramente de carácter nacional. Esto podría realizarse a través de la Ley General de Salud, que es reglamentaría del artículo 4º constitucional, y que de acuerdo al artículo 133 de nuestra carta magna tiene supremacía sobre la legislación local.⁴¹⁸

Nuestra propuesta para reformar el capítulo sexto del Código penal es la siguiente:

**CAPITULO SEXTO
ABORTO**

Artículo 329. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

La definición del aborto será la misma, mas esto no implica, como hasta ahora, la definición del aborto punible.

Artículo 330. Al que hiciere abortar a una mujer sin su consentimiento se le aplicarán de tres a seis años de prisión, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

Se impondrá una pena equiparable a la del aborto sufrido sin violencia a aquél que obtenga el consentimiento de la mujer embarazada por medio de engaños o aprovechándose del error en que ésta se encuentre.

Incorporamos el aborto sufrido que actualmente contempla nuestro Código Penal en el artículo 330, segunda parte. Agregamos la hipótesis del

⁴¹⁷ Pérez Duarte., *op. cit.*, p. 33.

⁴¹⁸ *Ibidem.*, p. 176.

consentimiento obtenido por medio de engaños, como nos lo sugirió Sergio García Ramírez, pues consideramos que se trata en realidad de un aborto sufrido y que no podríamos dejar desprotegida a la mujer en estos casos.

Artículo 331. Cuando algún profesional de la salud o auxiliar de éste practique un aborto contraviniendo alguno de los requisitos previstos por el reglamento respectivo, se le suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión

Cuando alguno de los sujetos antes mencionados practicare un aborto sin el consentimiento de la madre o lo obtenga por medio de engaños, además de la pena que contempla el artículo anterior se le suspenderá definitivamente en el ejercicio de su profesión.

La frase "profesional de la salud o auxiliar de éste" fue tomada del proyecto de reformas que García Ramírez hizo al presente capítulo, ya que nos parece lo más correcto,⁴¹⁹ además de tener una base normativa en la ley general de salud. Por otra parte, consideramos de suma importancia que todos aquéllos que se dediquen a la práctica del aborto cumplan rigurosamente cada uno de los requisitos que se consignan en el reglamento respectivo, esto es principalmente en protección de la salud de la mujer que acude a realizarse un aborto. Por ello incorporamos la pena prevista actualmente en el artículo 331 del Código Penal vigente. Cabe aclarar que esta pena se impondrá, sin perjuicio de que el incumplimiento de algún requisito pudiera dar lugar a otro delito, o bien de aquellas acciones de carácter civil que pudieran surgir.

Consideramos que además de las reformas al presente capítulo, así como del reglamento respectivo que a continuación analizaremos, es necesario que en el marco de la ley general de salud existan disposiciones concretas que permitan a la mujer acceder gratuitamente a los centros de salud para interrumpir un embarazo no deseado en las mejores condiciones posibles.

⁴¹⁹ García Ramírez, *op. cit.*, p. 125. *Vid supra*, Cap. IV., 2.1.2. "Propuesta legislativa..."

2.2.2.3. Bases para reglamentar el acceso a la práctica del aborto voluntario.

Consideramos que las condiciones y los requisitos que se deben cubrir para la práctica del aborto, son los siguientes:

1.- El servicio para la práctica del aborto se debe prestar en forma gratuita y debe ser cubierto por las instituciones de salud del Estado, así como por organismos descentralizados, como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado.

Las instituciones de salud privadas sólo se verán obligadas a practicar un aborto en casos urgentes y cuando de lo contrario corra peligro la vida de la mujer embarazada.

Para que las Instituciones privadas puedan practicar el aborto voluntario requerirán de un permiso otorgado por la Secretaría de Salud. Este permiso lo obtendrán únicamente aquellas instituciones que cuenten con el equipo y el personal capacitado para ello y que cumplan con los demás requisitos previstos para la Ley General de Salud. En el caso de que el hospital carezca de atención psicológica, podrá remitirlo a cualquier otra institución que cuente con dicho servicio, la cuál tendrá la obligación de entregar una constancia a la institución que practicará el aborto.

Las instituciones privadas que practiquen el aborto tendrán la obligación de reportar mensualmente a la Secretaría de Salud, el número de abortos inducido, realizados en su institución.

Se aplicarán sanciones administrativas a las instituciones que practiquen el aborto sin el permiso de la Secretaría de Salud., sin perjuicio de aquellas acciones de carácter civil o de carácter penal que pudieran originarse.

2.- La mujer debe acudir a dicho centro de salud, donde:

A) Se certificará que existe un embarazo.

B) El médico deberá certificar que el tiempo de gestación no excede de tres meses. Esto solamente es válido, para todos aquéllos casos que no se encuentran dentro de las excepciones que el artículo 3º consigna.

Hemos incorporado este requisito ya que consideramos que el aborto se debe realizar en un plazo máximo de tres meses, por las razones antes expuestas.⁴²⁰

C) En caso de ser un matrimonio o de probarse el concubinato, se le notificará al padre, el cuál tendrá el derecho a oponerse siempre y cuando

⁴²⁰Vid supra, Cap. IV., 2.2. "Sistema de Plazo."

demuestre que cohabita con la madre y que ha cumplido puntualmente con sus obligaciones, de acuerdo a la ley civil. Para ello contará con un término que no exceda el ya establecido para realizar todos los trámites del aborto voluntario, según el inciso "G" de este apartado.

Sobre la declaración que la mujer haga respecto a su estado civil se realizará una investigación de carácter administrativo en un término breve y sin exceder el ya mencionado. Los encargados de realizar dichas averiguaciones serán las autoridades del registro civil a solicitud de los trabajadores sociales de los hospitales.

El artículo 4º, párrafo segundo de nuestra Constitución consigna, entre otras garantías, que:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Hemos analizado ya lo que esta garantía implica.⁴²¹ Sin embargo es conveniente reiterar que la igualdad del hombre y de la mujer ante la ley implica que ambos tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, por lo que la procreación no puede ser la excepción. Por otra parte, el párrafo tercero del artículo 4º constitucional nos dice que:

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

Estudiamos ya lo que esto significa;⁴²² aquí cabe preguntarse: si dicha libertad es para toda persona, ¿podrá ejercerse en lo individual? si la respuesta es afirmativa, entonces en nombre de dicha libertad, la mujer que no desea tener un hijo podría practicar libremente el aborto voluntario sin necesidad de autorización del cónyuge. Sin embargo, existen ordenamientos que están llamados a reglamentar los preceptos que la Constitución impone. Tal es el caso del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal, que en el artículo 162, segundo párrafo, del capítulo II denominado de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, reproduce el tercer párrafo del artículo cuarto de nuestra Constitución, y agrega:

Por lo que toca al matrimonio, este derecho se ejercerá de común acuerdo por los cónyuges.

De lo anterior podemos concluir que respecto a los hijos de un matrimonio toda decisión deberá tomarse de común acuerdo, es decir, por ambos padres.

Por otra parte y en opinión de García Ramírez la determinación de incluir la autorización del padre para la práctica del aborto -y aún más sancionarlo cuando esto no ocurre-

⁴²¹ *Vid supra*, Cap. II, 3.1. "Marco constitucional."

⁴²² *Vid supra*, Cap. IV., 2.2. "Sistema de Plazo."

(...) deriva de que el padre y la madre son corresponsables por el embarazo y la procreación, y por lo mismo deben ser tomados en cuenta por el régimen penal del aborto.⁴²³

Y que en caso contrario se estaría

(...) soslayando el derecho y el deber que incumben al otro en una decisión que afectó en común a la pareja (...)»⁴²⁴

Finalmente considero que si las mujeres estamos luchando por que se reconozcan nuestros derechos, no debemos con base en ello desconocer los de los hombres. Como he explicado anteriormente, no considero que la despenalización del aborto voluntario tenga como base el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, creo que la problemática del aborto va mucho más allá.⁴²⁵ El advenimiento de un nuevo ser al matrimonio es algo que debe decidirse en conjunto, pues en caso contrario, nuestro mundo podría convertirse de hoy en adelante en un lugar donde la procreación, la existencia de la población, la descendencia y la continuación de la vida dependan únicamente de la voluntad de la mujer. Esto sería totalmente injusto, como lo es que la descendencia sea sólo fruto de la imprudencia o la mala suerte y como lo sería que el hombre que ha abandonado a una mujer, que no ha contraído obligaciones con ella por medio del matrimonio o que no las ha cumplido, tuviera derecho a decidir si nace o no un nuevo ser.

D) Un médico explicará a la mujer en que consistirá la intervención y las posibles consecuencias y/o complicaciones de la misma. Resolviendo también las dudas que pudiera tener al respecto.

E) Posteriormente se remitirá a la mujer con un psicólogo de la misma institución para que se asegure de que el consentimiento de ésta se encuentra libre de vicios⁴²⁶, asimismo, se le orientará acerca de las dudas que tenga al respecto y se le brindará apoyo psicológico.

F) La mujer se comprometerá a someterse, con posterioridad a su intervención, al método anticonceptivo que desee, el cuál deberá ser proporcionado por la institución que la este atendiendo. En caso de que la mujer se oponga a ello se realizará el aborto pero no podrá acudir nuevamente a alguna de las instituciones autorizadas si llegara a requerir de un segundo aborto; siempre y cuando no se trate de las excepciones del apartado 3.⁹

⁴²³ García Ramírez, *op. cit.*, p. 124.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 134.

⁴²⁵ *Vid supra*, Cap. III, 1.7. "Derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo."

⁴²⁶ De acuerdo al artículo 1812 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. De tal forma que el psicólogo tratará de asegurarse de que el consentimiento de la mujer que acude para solicitar un aborto se encuentre libre de vicios.

G) Concluidos los anteriores requisitos se practicará la intervención adecuada y se le proporcionará la hospitalización necesaria. Todo lo anterior deberá realizarse en un termino no mayor a quince días naturales, o aquél que no exceda del período de tres meses en que se permite el aborto.

H) Después de la intervención la mujer deberá acudir con el medico que la atendió para que éste certifique su evolución. También, si lo desea, podrá acudir con el psicólogo a su cargo.

3º -En caso de faltar uno sólo de estos requisitos no podrá llevarse a cabo el aborto, por ninguna institución autorizada. Sin embargo, la practica del aborto terapéutico y del aborto que se realiza cuando el embarazo es producto de una violación podrá hacerse efectiva sin necesidad de que concurren los siguientes requisitos:

A) El plazo de los tres meses.

B) La notificación al cónyuge o concubino.

C) Someterse a algún método anticonceptivo con posterioridad a la práctica del aborto.

Finalmente quedará también exento de los requisitos A) y C) el aborto que se practique cuando exista el riesgo probado de que el producto de la concepción nazca con anomalías físicas o mentales que le ocasionen alguna incapacidad o invalidez.

4º. Para que se practique el aborto cuando el embarazo ha sido producto de una violación es necesario que medie denuncia del hecho, así como algún medio de prueba.

5º. Se considera aborto terapéutico cuando la salud de la mujer embarazada corre el riesgo de sufrir una lesión de las consignadas en los artículos 291 y 292 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, o bien cuando de continuar el embarazo corra el riesgo de sufrir una alteración psíquica que la imposibilite a continuar con su vida normal; a juicio de dos médicos especializados, por último, se considerará aborto terapéutico cuando de continuar con el embarazo se ponga en grave riesgo la vida de la mujer embarazada a juicio del médico que la asista.

2.2.2.4. Posibles consecuencias o resultados de la puesta en practica del sistema de plazo.

Según Pérez Carrillo, de elegirse la alternativa de la despenalización del aborto voluntario, bajo el sistema de plazo, se obtendrían como beneficios los siguientes:⁴⁷

⁴⁷ Pérez Carrillo., *op. cit.*, p. 36.

A) La reducción del número de muertes a causa de abortos, dado que la principal causa de muerte en las mujeres que practican un aborto es la falta de condiciones higiénicas y profesionales.

Se prevé que en caso de aplicarse este sistema, la mujer podría acudir a instituciones o servicios médicos que estarían en posibilidad de realizar tales prácticas en mejores condiciones de higiene y en las etapas menos peligrosas del embarazo, lo cual evitaría las altas tasas de morbi-mortalidad materna. Al respecto, según un estudio realizado sobre los índices de mortalidad y las condiciones de legalidad del aborto en algunos países del norte de Europa -en donde se dieron los primeros pasos hacia la liberalización de las leyes del aborto durante los años treinta- se obtuvieron los siguientes resultados:

En Suecia se produjo un declive espectacular de la mortalidad a lo largo de tres décadas, pues durante el periodo 1946-1948 se detectaron doscientas cincuenta -muertes- por cada cien mil abortos legales; en cambio, durante el periodo 1964-1979 se detectaron 2.4, por cien mil abortos. Una serie comparable es la de Dinamarca, ya que pasa de 195 -muertes- por cien mil abortos practicados en el período 1940-50 a 1.6 por cien mil abortos durante el período 1967-1980 y cada vez disminuyen mas.

⁴²⁹

B) Como consecuencia de lo anterior se lograría una disminución tanto en los daños físicos como mentales que surgen en virtud de la práctica del aborto clandestino y de la imposición de la maternidad.

De acuerdo con información psicológica, el aborto puede considerarse como una forma de evitar los daños psíquicos que la imposición del embarazo y la maternidad producirían a la mujer, por otra parte, la mujer no se sentiría desvalorada en su dignidad por la práctica de un aborto efectuado ante el desamparo de una ley.

C) Es presumible que de practicarse el aborto en las mejores condiciones de higiene, el tiempo para la recuperación de la mujer sería menor y de ahí que se pueda esperar una disminución del ausentismo en el trabajo.

D) La clandestinidad en la práctica del aborto se vería reducida por que el personal autorizado por la ley sanitaria, lo practicaría legalmente. Definitivamente no podemos asegurar que ésta pueda desaparecer en su totalidad.

Es así como según Pérez Carrillo la despenalización del aborto, junto con la prevención colman los objetivos antes planteados:

La prevención reduciría en gran medida el número de mujeres que mueren por causa de un aborto mal practicado, así como la clandestinidad, los daños físicos y mentales que

⁴²⁹ Tietze., *op. cit.*, p. 168.

produce el aborto realizado en estas condiciones, reduciría también el deterioro económico de los particulares y del Estado, finalmente logra en gran medida un mayor desarrollo a la libertad legal de la mujer o de la pareja.⁴²⁹

La práctica legal del aborto lograría reducir en gran medida el número de mujeres que mueren por causa de un aborto mal practicado, reduciría la clandestinidad, los daños físicos y mentales que produce el aborto realizado en estas condiciones, el deterioro económico de los particulares y del Estado, finalmente logra en gran medida un mayor desarrollo a la libertad legal de la mujer o de la pareja.

Otras consecuencias de practica legal del aborto, serían las siguientes:⁴³⁰

- 1.- Proporciona a la población recursos médicos y técnicos mas eficaces y seguros.
- 3.- Concentra a la población femenina y preferentemente a la pareja, en centros médicos y asistenciales, con la idea de extender el conocimiento y responsabilidad emocional de la vida sexual y contribuir a la resolución integral de algunos problemas de salud pública del país.
- 4.- Previene los abortos de repetición, facilitando el uso de medidas anticonceptivas temporales o definitivas.
- 5.- Estimula la práctica del aborto por personal médico y paramédico calificado.
- 6.- Evita el nacimiento de hijos no deseados que generan conflictos en la familia, en la sociedad y en el aspecto íntimo y emocional de la madre, siendo éste el indicador de una cadena interminable con todas sus consecuencias.
- 7.- Implementa las posibilidades para que los padres puedan ejercer su capacidad de decisión íntima con respeto y dignidad.
- 8.- Aumenta inicialmente el numero de abortos legales, por que salen a la luz muchos clandestinos.

Como podemos observar, con la puesta en práctica del aborto voluntario bajo el sistema de plazo, se obtienen diversas consecuencias de carácter positivo, pero son de resaltar: la disminución de la morbi-mortalidad materno-infantil, la oportunidad de que la madre pueda ejercer su derecho a una maternidad libre y responsable, la posibilidad de que la clandestinidad pueda desaparecer y que la mujer pueda ser escuchada y orientada en relación a su maternidad, y finalmente la oportunidad de que algún día todos los hijos puedan ser deseados y como consecuencia de ello poder satisfacer sus principales necesidades, para tener en un futuro gente mas satisfecha y feliz.

⁴²⁹ Pérez Carrillo, *op. cit.*, p. 38.

⁴³⁰ Azaola., *op. cit.*, p. 30.

Detrás de palabras antiguas se esconden experiencias nuevas, nos corresponde dotar al síntoma "aborto" de una potencialidad terapéutica, actualmente inexistente, transformar el veneno en fármaco, la derrota del pensamiento en un ensanchamiento de la racionalidad.⁴³¹

⁴³¹ Veggetti- Finzi, *op. cit.*, p. 74.

CONCLUSIONES

1.- El aborto voluntario no siempre ha sido un delito, su tipificación como tal ha dependido de la época, el lugar y la cultura en la que se realiza. Los conocimientos mas antiguos que tenemos acerca del marco jurídico del aborto nos revelan que en un principio sólo era punible el aborto sufrido. Algunos atribuyen el comienzo generalizado de su punibilidad al advenimiento del cristianismo en el que se dio un trato muy severo al que practicara un aborto; así mismo, se atribuye el fenómeno de penalización o despenalización del aborto voluntario a la política demográfica imperante en cada país. La atenuación general de las penas al que practicara un aborto comenzó con la etapa de la Ilustración; actualmente, el mundo está viviendo una etapa de paulatina despenalización del aborto voluntario.

2.- Existen diferencias entre la definición jurídica del aborto y la médica. La primera ha recogido una descripción mas amplia del aborto, entendiéndolo como: *la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez*, lo que otorga una protección al producto desde el momento de la implantación del óvulo en el útero, hasta el alumbramiento.

3.- El tipo delictivo de aborto protege al producto de la concepción; al que consideramos como: *una entidad viva de origen humano con el potencial inherente y activo para desarrollarse hacia una persona humana si se dan las condiciones favorables*.⁴³² Cabe aclarar que esta entidad es no sólo de origen humano, sino también de naturaleza humana. Este concepto desaprueba implícitamente la teoría de que al realizar un aborto se está cometiendo un homicidio, puesto que aún no se conceptúa a esta entidad como un ser humano, teoría que tampoco ha recogido nuestro Código penal, en el que se estableció un tipo especial denominado "aborto;" en este caso al sujeto que practica un aborto se le impone una pena menor a la del homicidio.

4.- En nuestra legislación la práctica del aborto es punible con excepción de: aborto causado por imprudencia de la madre, aborto que se práctica cuando el embarazo es el resultado de una violación, y aborto terapéutico, que se realiza cuando la mujer corre el riesgo de morir si continúa el embarazo. La práctica del aborto en numerosos casos puede ampararse en la-excluyente de responsabilidad de no exigibilidad de otra conducta, estado de necesidad y ejercicio de un derecho y sin embargo, no se reconoce de esta manera y se obstaculiza el acceso de la mujer que se encuentra en estos casos a los servicios de salud.

5.- El Código Penal para el Distrito Federal atenúa la pena cuando se realiza el aborto con móviles de honor, sin contemplar factores mucho más importantes, como son los factores médicos, eugenésicos, socioeconómicos, psicológicos y otros de apreciable importancia que orillan a muchas parejas a realizar un aborto y que se escapan de lo que el legislador ha contemplado. Algunos de estos móviles han sido

⁴³² Ver, nota 37.

contemplados por ciertos estados de la República, tomándolos en cuenta para atenuar o exceptuar de punibilidad la práctica del aborto.

6.- Los índices de la práctica clandestina del aborto en México son muy altos y los daños a la salud son proporcionales a aquellos. La mortalidad es el resultado de gran parte de estos abortos. Las mujeres que tienen recursos económicos suficientes practican el aborto en nuestro país bajo las mejores condiciones de salud, o bien, recurren al "turismo abortivo," evadiendo así, no sólo la pena, sino también el riesgo. Consideramos que todas las mujeres deben tener el derecho de acceder a la practica del aborto en las mejores condiciones de salud, sin importar su condición económica.

7.- Diversos organismos Internacionales, como la O. M. S., así como algunos foros de carácter internacional, han llegado a la conclusión de que la situación jurídica que prevalece en cada país determina las condiciones de salud en que se realiza el aborto. Se concluye que en aquellos países en que el aborto voluntario no es un delito, el riesgo de la salud disminuye considerablemente; sin embargo, han recomendado la práctica del aborto voluntario como un medio excepcional de interrupción del embarazo. También recomiendan que a la par de la legalización, en su caso, se adopten programas de prevención y se desarrolle una infraestructura adecuada para este tipo de intervenciones.

8.- La realidad jurídica demuestra que en la práctica no existe la persecución penal del aborto. En estos casos no se cumplen los fines de la pena y sin embargo, se impide el tratamiento adecuado del problema aborto.

9.- El artículo cuarto constitucional señala en el párrafo tercero que: *toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de los hijos.* Asimismo, consigna en el párrafo cuarto, que *toda persona tiene derecho a la protección de la salud.* El tipo de aborto consignado en nuestro Código Penal va en contra de estas garantías.

10.- Entre los derechos humanos se ha reconocido, el derecho a la calidad de vida, a la salud, a la libre maternidad y sexualidad. Muchas mujeres no pueden ejercer estos derechos debido a que la práctica del aborto voluntario se considera un delito.

11.- Con base en diversas encuestas realizadas en México, se concluye que el 82%, en promedio, de la población sexualmente activa, considera que la decisión del aborto compete únicamente a la mujer o, en su caso, a la pareja.

12.- Nuestro objetivo es eliminar todas las consecuencias negativas del aborto practicado en la clandestinidad y hacer valer los derechos de la mujer ya consignados en diferentes ordenamientos; es por ello que

proponemos un sistema para realizar el aborto con la condición del plazo, ya que consideramos que el sistema de indicación no sería suficiente para garantizar el derecho a la libre procreación.

13.- No consideramos al aborto como un método anticonceptivo, sino como la solución última al problema de una procreación, que debido a una serie de circunstancias propias de cada mujer o de cada pareja, no es deseada.

14. - Uno de nuestros objetivos es intentar abatir la práctica del aborto a través de la prevención del mismo por medio de campañas permanentes de educación sexual abierta y de asesoramiento al respecto. Sin embargo, cuando una mujer, o en su caso una pareja ha tomado la decisión de practicar un aborto, consideramos como lo más conveniente la intervención del Estado en todo momento; proponemos reformar el capítulo sexto de nuestro Código Penal referente al tema del aborto, así como un reglamento de la Ley General de Salud en el que se consignen las bases para acceder a la práctica del aborto y a través del cual se establezca que la realización del mismo es gratuita. Finalmente en nuestra propuesta de reforma al Código Penal consideramos que el aborto sufrido debe ser punible siempre.

15.- Con la despenalización del aborto voluntario, parecería elevarse el número de abortos practicados en una comunidad, debido a que muchos abortos que actualmente se realizan en la clandestinidad se practicarían a la luz del día.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta, Mariclaire, *El aborto en México*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Alcides de Almeida, J., *Aborto consensual. Estudio de Derecho penal e de política criminal*. Lisboa (s.e.) 1964.
- Alvear T. De, Marcelo, *Diccionario de ciencias médicas Stedam*, Buenos Aires, Editorial Médica Panamericana, 1993.
- Azola, Elena y Nahmad, Salomón, "Proyecto de análisis socioantropológico sobre el aborto en áreas rurales e indígenas" *El problema del aborto en México*, México, Editorial Porrúa, 1980
- Barajas Montes de Oca, Santiago, y Madrazo, Jorge "Artículo cuarto constitucional", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Procuraduría General de la República, 1994.
- Barreda Solorzano, Luis de la, *El delito de aborto, una careta de buena conciencia*, México, Inacipe-Porrúa, 1991.
- Beristáin Antonio, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, Editorial Cuadernos para el diálogo, 1977.
- Carranca y Trujillo, Raúl, *Código Penal anotado*, México, Editorial Porrúa, 1993.
- Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, México, Editorial Porrúa, 1982.
- Clarke, Linda "Abortion: a rights issue" *Birthrights, law and ethics at the beginnings of life*. London and New York, Edited by Robert Leo and Derek Morgan, 1995.
- Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, parte especial*, Barcelona, Editorial Bosch, 1972.
- Fellini, Zulita, *El problema del aborto en México y en el derecho comparado. Tres ensayos sobre ¿un crimen?*, México, UNAM, 1985.
- Galindo Garffas, Ignacio, *Derecho civil, parte general, personas, familia*. México, Editorial Porrúa, 1990.
- García Marín, José María, *El aborto criminal en la legislación y en la doctrina. Pasado y presente de una polémica*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid 1980.
- García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1971.
- García Ramírez, Sergio, *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981.
- García Vitoria, Aurora, *El tipo básico de aborto*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1981.
- Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal. Parte especial*, Bogotá, Editorial Temis, 1955.
- González de la Vega, Francisco, *Derecho penal mexicano. Los delitos*, México, Editorial Porrúa, 1975.
- González de la Vega, Francisco, *El Código Penal comentado*, México, Editorial Porrúa, 1974.

- González, Juliana, "Notas sobre el concepto filosófico de la vida", *Seminario Salud y Derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales, num. 13, 1991.
- Grela, Cristina, y Francés Kissling, et al., *Mujeres e Iglesia, sexualidad y aborto en América Latina*, México, Distribuciones Fontamara, 1989.
- Gutiérrez Adriano, Manuel, *Ensayos jurídicos, moral y derecho. Despenalización del aborto*, México, Universidad Autónoma de Tabasco, 1995.
- Heinrich Jeschek, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1991.
- Huerta Tocildo, Susana, "Criterios para la reforma del delito de aborto", *Cuadernos de política criminal*, Madrid, núm. 8, 1979.
- Ibañez y García Velasco, José Luis, *La Despenalización del aborto voluntario en el caso del S XX*, Editorial Siglo XXI, España, 1992.
- INEGI, *Anuario Estadístico de los Estados Unidos Mexicanos*, México, INEGI, 1996.
- Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Editorial Trillas, 1982.
- Jiménez Blanco, José, *El aborto, una interpretación sociológica*. España, Editorial Siglo XX, 1990.
- Jiménez de Asa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Santander, Editorial Historia nueva, 1982.
- Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal mexicano*, tomo I, México, Editorial Porrúa, 1983.
- Landrove Díaz, Gerardo, *Política criminal del aborto*, Barcelona, Bosh, 1976.
- Lara Ponte, Rodolfo, "Artículo cuarto constitucional" *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, tomo I, México, H. Cámara de Diputados, 1994.
- Leal María, Luisa, "Aborto, otra forma de desincriminación de la mujer" *El problema del aborto en México*, México, Editorial Porrúa, 1980.
- Lüttger Hans, *Medicina y derecho penal*, Madrid, España, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.
- Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Teoría legalista del delito*, México, Editorial Porrúa, 1989.
- Marquez Piñeiro, Rafael, *Derecho penal, parte general. México*, Editorial Porrúa, 1987.
- Martínez, José Agustín, *Comentarios al Código de defensa social*, T.VII, La Habana, 1949.
- Martínez Murillo, Salvador, *Medicina legal*, México, Editorial Francisco Méndez Oteo, 1989.
- Martínez Roaro, Marcela, *Delitos sexuales*, México, Editorial Porrúa, 1975.
- Mateos Cándano, Manuel, Azaola, Elena, et. al., (coordinación, Luisa María Leal) *El problema del aborto en México*, México, Editorial Porrúa, 1980.
- Mesa Velasquez, Luis Eduardo, *Obstetricia Forense "El aborto"*, Uruguay.

- Mir Puig, Santiago, *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, España, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983.
- Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Teoría legalista del delito*, Editorial Porrúa, México, 1989.
- Moreno, Antonio de P. *Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial*, México, Editorial Jus, 1965.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, s.e. Sevilla, 1985.
- Muñoz Conde, Francisco, *Estudio sobre política demográfica, planificación familiar y aborto*, s. e. Sevilla, 1987.
- Natali, Susana E., "Análisis sociodemográfico del aborto" *El problema del aborto en México*, México, Editorial Porrúa, 1980.
- Núñez, Leopoldo, y Paloma Cabrera, Yolanda, *El aborto en México*. Ponencia presentada en el ciclo de actualización "Grandes problemas de salud en México", México, UNAM, septiembre de 1989.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, *Lecciones de Derecho Penal*, México, Editorial Porrúa., 1975.
- Pérez Carrillo, Agustín, y Nettel, Ana Laura, *Modelo de política legislativa, aplicación al caso del aborto en México*, México, Editorial Trillas, 1982.
- Pérez Duarte, Alicia Elena, *El aborto, una lectura de derecho comparado*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- Pérez Palacios, Gregorio "El principio de la vida humana desde el punto de vista biológico" *Seminario Salud y Derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales, num. 13, 1991.
- Porte Petit Candaudap, Celestino, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, Estudio comparativo con los códigos penales de las entidades federativas*. México, Editorial Jurídica Mexicana, 1969.
- Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal. Tomo I, infracciones contra las personas*. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1962.
- Quiróz Cuarón, Alfonso, *Medicina forense*, México, Editorial Porrúa, 1993.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1992.
- Rivera, Vicente y Melo Vázquez, *El aborto sus consecuencias*. UNAM, México 1994.
- Rodríguez Devesa, Jose María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Madrid, (s.e) 1980.
- Rojas Nerio, *Medicina legal*, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1971.
- Rojas Nerio, *Obstetricia Forense*, "El aborto," México, Editorial Porrúa, 1976.
- Serra Limón, Francisco, *Aborto legal*, México, Editorial Aguilar, México Joven, 1989.
- Tietze, Christopher, *Informe mundial sobre el aborto*, Madrid, España, Ministerio de Cultura de la Mujer, 1987.

Torres Nieto, Carlos, *Programa de estudios comparativos del aborto inducido y uso de anticonceptivos en América Latina*, Bogotá, Editorial Médica Panamericana, 1972.

Vela Treviño, Sergio, *Teoría del delito, culpabilidad e inculpabilidad*. México, Editorial Porrúa, 1980.

Vietes Moldes, A. *El aborto através de la moral y de la ley penal*, Editorial Reus, Madrid 1953.

HEMEROGRAFIA

Alan Guttmacher Institute, "La realidad del aborto clandestino, en Latinoamérica" Circle, México, núm. 2 (julio de 1994.)

Bonifaz A. Leticia, "El aborto. Análisis Filosófico-Jurídico" Revista mexicana de justicia, num.4, Vol. IV (octubre-diciembre 1986.)

Fem, "El aborto y la legislación mexicana", México, vol. 1, núm. 2, (enero-marzo de 1977.)

García González, Jose Antonio "Constitución, vida y aborto, su formulación progresiva en el Estado social y democrático de derecho." Revista de estudios políticos, Centro de estudios constitucionales, España, Nº 38 (Marzo-abril 1984)

Circle, "De mujer a mujer: enfermeras y trabajadoras sociales ante los dilemas reproductivos" México, 1996.

Circle, "Las mujeres y el desarrollo", México, num. 2. (julio 1994.)

Langer Ana y Family Care International, "Iniciativa para una maternidad sin riesgos en América latina y el caribe." Datos sobre México, Circle Nueva York, 1993.

Ortiz Ortega, Adriana "Aborto ¿El tema de mayor controversia internacional?" Boletín Salud reproductiva y sociedad, México, año II, núm. 4 (septiembre-diciembre de 1994.)

Ortiz, Ortega, Adriana, "La primera legislación del aborto en México", Ciencias, México, núm. 27, (julio de 1992.)

Otero, Andrés, "Todos tienen derecho a la vida. Hacia un concepto constitucional de persona" Iustitia Italia, Giuffrè Editore, 1994.

Saucedo, Irma y Lerder, Susana, "La salud reproductiva en el contexto de la conferencia Internacional sobre población y desarrollo." Boletín salud reproductiva y sociedad, México, año II, núm. 4 (septiembre-diciembre de 1994.)

Stith Richard, "El feto en la jurisprudencia constitucional occidental" Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad católica de Chile, Volumen 16, 1989.

Trujillo Campos, Jesús Gonzalo, "La tutela penal de la salud o integridad orgánica del embrión o feto." Criminalia México, Año XLIV, Nos 4-6 (abril-junio 1978.)

Veggetti-Finzi, Silvia, *El aborto una derrota del pensamiento*, Debate feminista, México, año 2, vol. 3, (marzo de 1991.)

William K. Jones, "Rumpelstiltskin Revisited: The Inalienable Rights of surrogate Mothers" Harvard Law Review, Volumen 99, number 8, (June 1986.)

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Actas del VII Congreso de las Naciones Unidas, para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1951.

Informe presentado en el IX Congreso Internacional de la Haya, "Delitos contra la familia y la moralidad sexual". Agosto de 1964, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Septiembre 1964.

Declaración universal de los derechos humanos.

PERIÓDICOS

Excelsior, 13 de enero de 1991
Excelsior, 19 de noviembre de 1996

La Jornada, 5 de abril de 1989.
La Jornada, 16 de agosto de 1994.
La Jornada, 17 de agosto de 1994.
La Jornada, 6 de septiembre de 1994.
La Jornada, 9 de septiembre de 1994.
La Jornada, 8 de octubre de 1994.
La Jornada, 11 de septiembre de 1995.
La Jornada, 12 de septiembre de 1995.
La Jornada, 7 de febrero de 1997.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal.

Código Penal del estado de Chiapas.

Código Penal del estado de Morelos.

Código Penal del estado de Tlaxcala.

Código Penal del estado de Veracruz.

Código Penal del estado de Guerrero.

Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal.

Ley General de Salud

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Publicado en el "Diario Oficial de la Federación" de 20 de febrero de 1985.

JURISPRUDENCIA

Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, sexta época, volumen IX.

Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, séptima época, volumen 169-174, cuarta parte.

Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, octava época, tomo VIII.

Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, octava época, tomo I, segunda parte-1.