

817
29.



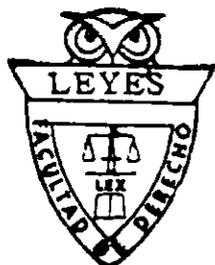
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ASPECTO JURIDICO SOCIAL DEL ABORTO Y SU
AUTORIZACION POR CAUSAS DEL SINDROME
DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA ADQUIRIDA
(SIDA)."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VARELA CANSECO RAMONA



MEXICO, D. F.

1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

257562



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGIA
GENERAL Y JURIDICA

No. L/49/97

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 VARELA CANSECO RAMONA, solicitó inscripción en este H. Seminario a mi cargo y registró el Tema intitulado:

"ASPECTO JURIDICO SOCIAL DEL ABORTO Y SU AUTORIZACION POR CAUSAS DEL SÍNDROME DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA ADQUIRIDA (SIDA)", asignándose como asesor de la tesis a la LIC. MARIA AMPARO ZUÑIGA GURRIA.

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

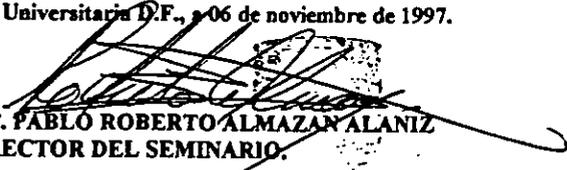
Apoyado en este dictamen, en mi carácter de Director del Seminario, tengo a bien autorizar su IMPRESION, para ser presentado ante el Jurado que para efecto de Examen Profesional se designe por esta Facultad de Derecho.

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 06 de noviembre de 1997.


LIC. PABLO ROBERTO ALMAZAN ALANIZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

merg'

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE MEXICO

LIC. MARIA AMPARO ZÚNIGA GURRÍA

Bretaña 34, Col. Zacahuitzco
Del. Benito Juárez
C.P. 03550
México, D.F.
Teléfono 539-0030
Fax 672-0257

SR. LIC. PABLO ROBERTO ALMAZÁN ALANÍS,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE SOCIOLOGÍA
GENERAL Y JURÍDICA.
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PRESENTE

Estimado Maestro,

La alumna RAMONA VARELA CANSECO, ha elaborado en este H. Seminario a su digno cargo, un trabajo de tesis intitulado "ASPECTO JURIDICO SOCIAL DEL ABORTO Y SU AUTORIZACION POR CAUSAS DEL SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA ADQUIRIDA (SIDA)", bajo la asesoria de la suscrita.

La monografía en cuestión, de la que me permito acompañar el original que me entregó la interesada, fue revisada en su totalidad y, en su oportunidad, se le hicieron las modificaciones que consideré necesarias a efecto de satisfacer los subtemas del capitulo que le fue autorizado.

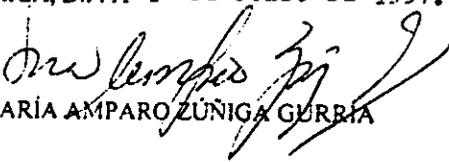
Además la investigación de referencia se encuentra apoyada en una amplia bibliografía sobre el tema, tanto Jurídica como Sociológica, reuniendo así los requisitos que marca el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado.

Por lo antes expuesto, someto a su digna consideración el citado trabajo, para que de no existir inconveniente alguno de su parte, tenga a bien autorizar que dicha monografía se imprima, para ser presentada en el Examen Profesional correspondiente.

Sin otro particular por el momento, reciba de mi parte un respetuoso saludo, reiterándome a sus órdenes, como siempre.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CD. UNIVERSITARIA, D.F. A 19 DE JULIO DE 1997.


LIC. MARÍA AMPARO ZÚNIGA GURRÍA

A la Licenciada María Amparo Zuñiga G. Gracias por haberme asesorado el presente trabajo.

A la memoria de mi padre Adolfo Várela Valladares y Madre Valeria Canseco Osorio, gracias por haberme dado la vida y comprensión durante ella, así como ayudarme a salir adelante.

A todos mis hermanos por su apoyo incondicional que me han brindado, en especial a Catarina Varela Canseco por la gran ayuda que me ha dado en el transcurso de mi vida.

A mi esposo Marcos Guadarrama Torres por la gran ayuda que he recibido de él en los momentos difíciles.

A todos mis sobrinos, en especial a mi ahijado Carlos Adolfo Arteaga Varela

Al Licenciado, Paulino Torres Cazares y esposa Adriana Jiménez, gracias por su colaboración en el presente trabajo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I.

CONCEPTOS GENERALES DEL ABORTO.

1.1.- Concepto Jurídico de la vida.	1
1.2.- Concepto sociológico de la vida.	2
1.3.- Concepto de concepción.	4
1.4.- Concepto de muerte.	8
1.5.- Concepto jurídico del aborto.	12
1.6.- Concepto sociológico del aborto.	15

CAPITULO II.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ABORTO.

2.1.- Derecho Romano.	21
2.2.- Derecho Español.	24
2.3.- Legislación Penal Mexicana.	26

CAPITULO III.

MARCO JURIDICO DEL ABORTO.

3.1.- Artículo 4º Constitucional.	35
3.2.- Artículo 14 Constitucional.	37
3.3.- Código Penal para el Distrito Federal.	38

CAPITULO IV.

EL SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA ADQUIRIDA (SIDA).

4.1.- Origen del SIDA.	69
4.2.- Qué es el SIDA.	71
4.3.- Descubrimiento del Virus de Inmunodeficiencia Humana Adquirida (SIDA).	73
4.4.- Período de incubación del Virus de Inmunodeficiencia Humana.	77
4.5.- Síntomas del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana.	79
4.6.- Formas de transmisión del Virus de Inmunodeficiencia Humana.	82
4.7.- Ley General de Salud.	83

CAPITULO V.

LA REGULACION DEL ABORTO POR CAUSAS DEL SÍNDROME DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA ADQUIRIDA (SIDA).

5.1.- El SIDA y la sociedad.	87
5.2.- Como se transmite el SIDA de madre a hijo.	91
5.3.- La regulación del aborto por causas del SIDA.	95
5.4.- Tiempo de preñez en que debe de practicarse el aborto.	97
5.5.- La adecuación de la norma a la realidad social	98
5.6.- El profesional que debe practicar el aborto.	99
5.7.- Requisitos para que proceda el aborto por causas de SIDA.	100
5.8.- Importancia de la regulación del aborto por causas del SIDA.	101
5.9.- Repercusiones sociales y jurídicas.	102

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El motivo de la elaboración de éste trabajo de tesis, es proponer se regule, el aborto por causas del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana Adquirida (SIDA) pues el Código Penal para el Distrito Federal no la contempla, ya que la figura más a fin a éste supuesto se encuentra en su artículo 334 el cual dispone la inaplicación de sanción, cuando se provoque el aborto a la mujer embarazada que corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, situación totalmente distinta a la privación de la vida del feto por causas de VIH.

El primero se tiene la certeza de que la futura madre morirá si sigue desarrollándose en su vientre, en el segundo, el estado de necesidad se da por la disminución de la vida de la mujer infectada por el virus, así como las malformaciones del producto y de su precaria vida y su costosa atención médica, situaciones muy diversas entre si que impiden a la mujer infectada abortar de acuerdo al artículo 334 del Código Penal vigente en ésta entidad bajo el principio Constitucional de que en materia penal no cabe la aplicación por simple analogía o mayoría de razón.

Nuestro derecho no puede ser sordo, ni ciego a las necesidades que día tras día vive la sociedad y debe adecuarse a las exigencias del ser humano, a fin de resolver sus problemas a través de normas generales es así como la regulación para la práctica del aborto por causas del VIH tiene que estar previsto en el Código Penal del Distrito Federal en un artículo expreso a efecto de que sus habitantes gocen de sus garantías individuales de seguridad jurídica reflejadas en la Ley ordinaria, materializando además los principios de la exacta aplicación de la Ley Penal al caso concreto.

En el capítulo primero se hace una breve explicación de lo que en general se entiende por aborto desde el punto de vista jurídico y social.

En el capítulo segundo se hace una breve exposición de lo que ha sido el aborto a lo largo de la historia de la humanidad.

En el capítulo terceros hace una breve explicación del marco jurídico del aborto.

En el Capítulo cuarto se hará una breve exposición del virus de Inmunodeficiencia Humana Adquirida (SIDA) que va desde sus orígenes, hasta las formas de transmisión del virus.

En el capítulo quinto se hará una propuesta acerca de la regulación del aborto cuando la embarazada se encuentre infectada del SIDA, haciendo mención de lo que el SIDA representa ante la sociedad, así también saber como se transmite el SIDA de madre a hijo, la regulación del aborto por causas de SIDA, el tiempo de la preñez en que debe practicarse el aborto, la adecuación de la norma a la realidad social, el profesional que deberá practicar el aborto, requisitos para que proceda el aborto por causas de SIDA así como la importancia de regular el aborto en caso de SIDA; igualmente sus repercusiones sociales y jurídicas.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El motivo del presente trabajo se da por la preocupación de esta enfermedad hasta la fecha incurable y que nos aqueja actualmente a toda la sociedad ya que en la actualidad es un virus que lleva a la muerte, a un alto número de personas que lo contraen, toda vez que no existe vacuna alguna para prevenir el SIDA, ni un tratamiento capaz de controlarlo y este sigue propagándose cada vez más al grado de que cada año se multiplica la cifra de enfermos contagiados por SIDA.

Otra de mis preocupaciones es la repercusión que tiene el VIH en mujeres embarazadas, y las consecuencias de la transmisión perinatal que son retardo en el crecimiento, anomalías craneofaciales, frente amplia, puente nasal plano, oblicuidad ocular, y labios anchos. Considero que en México han sido creados diversos ordenamientos, jurídicos y administrativos en la materia, pero sin embargo los preceptos plasmados en dichos ordenamientos son frecuentemente rebasados por los hechos que ellos mismos contemplan, y sea por el desarrollo social o por el progreso tecnológico y científico, o bien por los factores que atentan contra la salud de las personas, tal es el caso del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana Adquirida (SIDA). En tal virtud el SIDA se ha convertido en un problema de salud en nuestro país. En consecuencia el gobierno ha adoptado diversas medidas para evitar la propagación del Virus de Inmunodeficiencia Humana, tratando de garantizar el acceso a la información, implantando medidas de carácter administrativos y promoviendo la investigación científica, y que para tal efecto fue creado el Consejo Nacional para la Prevención del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (CONASIDA).

Ahora bien, ni el Gobierno ni la ciencia jurídica han enfocado el problema desde el punto de vista jurídico penal, no obstante que las consecuencias del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana Adquirida (SIDA) rebasan las disposiciones que en materia de derecho penal existen en México.

En consecuencia considero que se debe contemplar en el Código Penal para el Distrito Federal la regulación del aborto por causas del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana Adquirida (SIDA), cuando la mujer embarazada así lo solicite, ante la autoridad competente.

CAPITULO I.

CONCEPTOS GENERALES DEL ABORTO.

1.1. CONCEPTO JURÍDICO DE LA VIDA.

1.2. CONCEPTO SOCIAL DE LA VIDA.

1.3. CONCEPTO DE CONCEPCIÓN.

1.4. CONCEPTO DE MUERTE.

1.5. CONCEPTO JURÍDICO DEL ABORTO.

1.6. CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL ABORTO.

CAPITULO I

CONCEPTOS GENERALES DEL ABORTO

1.1.- CONCEPTO JURÍDICO DE LA PALABRA VIDA.

Para el jurista Raúl Goldstein, "La vida humana empieza con el feto que aún no ha nacido y que está por lo tanto, dependiendo de la madre. Expulsado del claustro materno, y una vez cortado el cordón umbilical, comienza la vida independiente".¹

La doctrina argentina dominante, se inclina por admitir el inicio de la vida, desde la implantación del óvulo fecundado en el útero materno a los catorce días.

Se dice también que el tema es interesante a fin de establecer las circunstancias del aborto, porque hasta el momento en que el embrión se adhiere a la pared del útero y recibe de él los impulsos necesarios para su desenvolvimiento, existe un cincuenta por ciento de posibilidades de que no llegue a germinar por causas naturales.

Ahora bien, si todo acto de destrucción del óvulo fecundado fuera considerado aborto, surge entonces un nuevo problema al pretender demostrar, cuándo el óvulo fecundado muere a consecuencia de maniobras abortivas y cuándo por consecuencias naturales.

El jurista Edgardo Fernández Sabate, nos dice que: "La existencia del hombre comienza con su concepción en el seno materno. Desde ese momento es totalmente persona"². ya que el seno materno es el lugar más adecuado para vivir sus primeros nueve meses y desde ese momento está dotado de posibilidades físicas y éticas, es decir, cuenta con todo su

¹GOLDSTEIN RAUL, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, 3ª Edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires 1993.

²SABATE FERNANDEZ EDGARDO, Filosofía del Derecho, Edición a cargo de Ofelia de Fernández Sabaté, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1984, Pág. 352.

código genético y todo su código ético, así, una vez que desarrolla todas las potencialidades de su código genético, se convierte en un organismo adulto, de la misma manera, cuando explícita las facultades de su código ético, llega la estatura de un ser humano.

Edgardo Fernández Sabaté considera que: "El aborto es un crimen y el más infame contra el ser más indefenso del mundo, ya que no puede gritar, no puede correr, no puede invocar sus derechos humanos"³.

No obstante, existen países ampliamente desarrollados, que se inclinan por despenalizar el aborto voluntariamente provocado en los tres primeros meses, o en las doce primeras semanas de gravidez, esto, en vista de que hay una imposibilidad científica que permite fijar el momento preciso a partir del cual se puede hablar de la existencia de la vida humana.

Así, podemos decir que la vida humana desde el punto de vista jurídico, empieza a partir de la concepción, pues la ley se rige en definitiva, por los plazos normales de gestación. Usualmente se considera el nacimiento con vida, desde que se corta el cordón umbilical, lo cual va a determinar la personalidad jurídica en casi la mayoría de los códigos, puesto que existen otros en donde la vida jurídica, en combinación con la viabilidad no se inicia sino hasta las 24 horas de nacido. Asimismo, la vida termina con la muerte debidamente comprobada, o bien con la ausencia de una persona o falta de noticias de la misma.

1.2. CONCEPTO SOCIOLÓGICO DE LA PALABRA VIDA.

El concepto de vida desde el punto de vista sociológico, se define como lo que somos, realizamos, pensamos, sentimos acerca de lo que nos pasa y nos preocupa.

Luis Recanses Siches, define a la vida en sentido propio y originario, como: "La de cada cual, vista desde ella misma, es siempre la mía, la personal, la individual"⁴, y que a veces por comodidad llamamos nuestra vida.

³ FERNANDEZ SABATE EDGARDO, Ob, cit. Pág. 352.

Así pues, la vida se encuentra compuesta por una serie de sucesos y ésta va a tener como primer atributo, el sentirse y darse cuenta, así la vida es intimidad con nosotros mismos, un saberse y darse cuenta de su existencia misma, así como asistirle y poseerle, tener agilidad en ella, e igualmente un dinamismo constante.

La vida no sólo es el sujeto, sino que es la unión entre el sujeto y el mundo, esto significa darse cuenta de los objetos que nos rodean, del mundo de cosas que nos sirven o se nos oponen, y por las cuales como sujetos pensantes nos preocupamos.

La vida por lo tanto es darse cuenta de ese mundo de cosas que nos rodean, pues nuestra vida no sólo pertenece a nosotros, sino también a todos los seres y cosas del universo, que de la misma manera forman parte de nuestro mundo, razón por la cual nosotros no existiríamos sin ellas, ya que no habría causas para el pensamiento, el deseo, la capacidad de transformación, los sentimientos, la utilidad o destrucción de los objetos.

Lo anterior quiere decir, que para poder hablar del mundo, es necesario que existamos con él y no sólo como parte suya, es decir, que le pertenezcamos como una garantía de su existencia, con el fin de formar una correlación entre nosotros y él, pues este es un conjunto de objetos con los cuales tenemos que ver de alguna manera, ya sea para aprovecharlos, transformarlos, utilizarlos o destruirlos.

El hombre en cuanto empieza su vida, toma cierta actitud ante los objetos que le rodean, la cual se manifiesta como interés o fastidio, cuidado o descuido, aprovechamiento o rechazo, conservación o destrucción. Frente a los demás seres humanos, adopta actitudes de amor, odio, amistad, simpatía o antipatía.

⁴ RECANSES SICHES LUIS, Tratado General de Sociología, Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México.

El jurista Joaquín Costa, nos dice que los científicos de nuestros tiempos, conceptúan a la vida como "el modo de una fuerza compuesta que nace a posterioridad, como un resultado de combinación de las llamadas fuerzas generales (dynamismo)⁵, e igualmente identifican a la vida con el alma, al decir que la primera es la potencia de la segunda, la que informa, mueve y sostiene el cuerpo.

El mismo autor nos dice que: "La vida no es propiedad universal del ser, sino que es una fuerza residente únicamente en los seres naturales"⁶.

Igualmente se dice que la vida va inherente a la respiración y a la circulación, y una vez dentro del mundo y orden de los seres, vida y organismo se corresponden, razón que hace de la vida, una cualidad universal propia de todos los seres. La vida del hombre se cumple en edades y la vida de la familia se refleja en la sociedad.

La vida pues, es una actividad que causa estados, hechos o posiciones de la esencia del ser que vive, ya que para que exista la vida, se necesitan una diversidad de estados como son: la niñez, la juventud y la vejez, la vida por encima de éstos, permanece, lo único que va cambiando en el individuo es su apariencia.

Así, podemos concluir que la vida desde el punto de vista sociológico, gira entorno al concepto de ella misma, esto es, como un movimiento inmanente pues dado que se mueve por sí misma, es viviente, en consecuencia, no hay vida en lo que no se mueve por sí

1.3. CONCEPTO DE CONCEPCIÓN.

La palabra concepción deriva de latín "conceptio-onis, acción y efecto de concebir. Concebir del latín concipere.- quedar preñada la hembra. Mediante la concepción se produce

⁵ COSTA JOAQUIN "La Vida del Derecho, Ensayo sobre el derecho consuetudinario, Edición 1ª, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1976, Pág. 59.

⁶ COSTA JOAQUIN. Ob, cit. Pág. 59.

la fecundación, esto es, la unión del elemento reproductor masculino con el femenino, para dar origen a un nuevo ser⁷.

Por otra parte, el doctor en derecho, José Alberto Garrone, nos dice que la palabra concepción significa "el hecho biológico de la formación de un nuevo ser en el seno materno. Marca el momento inicial de la vida humana, y asimismo da reconocimiento de la personalidad jurídica de un nuevo ser"⁸.

El Código Civil Argentino en su artículo 76, establece como época de la concepción, el tiempo comprendido entre el máximo y mínimo de duración del embarazo, que vienen siendo los ciento veinte primeros días de los trescientos de duración del embarazo, dicha época se ha fijado a partir de la experiencia científica, debido a que la concepción transcurre en el mayor misterio, siendo su proceso un secreto de la naturaleza.

*Jorge Rivero Hernández, ha señalado que la tendencia en el derecho moderno, es establecer el período legal de la concepción elaborando mediante el cálculo con base en los plazos máximos y mínimos del embarazo, pero permitiendo demostrar que la concepción ocurrió fuera de aquellos plazos por haber tenido la gestación, una duración distinta a la prevista por la ley⁹

La doctrina argentina ha coincidido en destacar la importancia de la fijación del período de la concepción, debido a la trascendencia que tiene la existencia de la persona física, ya que es necesario saber si la persona beneficiada con una donación, existía al

⁷ Enciclopedia de Derecho de la Familia, Tomo I, Directores Carlos AR. Lagomarsino, Marcelo V. Saleino, Coordinador Jorge Uriarte, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, Pág. 596.

⁸ GARRENE JOSE ALBERTO; Diccionario Jurídico, Abeledo Perrot, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986. Pág. 433.

⁹ Enciclopedia Derecho de Familia, Tomo I, Carlos AR Lagomarsino, Marcelo V. Salerno Ob, cit. Pág. 597.

momento de efectuarla o al fallecimiento del autor de la sucesión, en la que el concebido tenía derechos.

La concepción siempre ha estado ligada a la sexualidad, acto personalísimo del cual se ha dicho que el hijo es o ha sido el resultado de la copula fecundante del hombre y la mujer conducente a la concepción en el seno materno.

Con el transcurso del tiempo y el desarrollo científico, actualmente es posible la reproducción humana sin relación sexual, esto es, existe la posibilidad de que el acto procreativo o reproductor deje de concebirse como un acto íntimo personal o intransferible de una pareja, para convertirse en un acto pluripersonal y en el cual un laboratorio desempeña un papel de mediador indispensable.

Así, nos encontramos frente a dos opciones, la concepción en el seno materno por inseminación artificial y la concepción mediante la fertilización del óvulo in vitro.

En el caso de la inseminación artificial, la concepción ya no guarda relación alguna con la cohabitación o el acceso carnal. Por otro lado, si durante la fertilización del óvulo los embriones no fueron implantados en forma inmediata, utilizando el procedimiento de congelación, sería imposible determinar la fijación del momento de la concepción, a partir del cálculo del tiempo de duración del embarazo.

El artículo 54 del Código Civil Argentino, establece que el concebido o persona por nacer es absolutamente incapaz de hecho, ya que por su situación no puede realizar actos jurídicos, y su aptitud para adquirir derechos es limitada. Por ejemplo, el mismo Código en su artículo 64, establece que la capacidad del concebido, se limita a la capacidad de adquisición de bienes por donación o herencia únicamente.

*Busso sostiene que la persona por nacer, tiene la aptitud de ser titular de aquellos derechos específicamente determinados por la ley¹⁰.

¹⁰ Enciclopedia de Derecho de Familia, Tomo I, Directores Carlos AR Lagomarsino, Marcelo V. Salerno, Coordinador General Jorge A. Uriarte. Ibid., Pág. 601.

En cuanto a alimentos se refiere, en Argentina el concebido puede demandar la prestación alimentaria a las personas obligadas; por ejemplo, la madre puede reclamarlos en su nombre al otro progenitor y a los parientes obligados.

Por lo que se refiere a los beneficios emergentes de leyes sociales, el hijo por nacer tendrá derechos a indemnizaciones provenientes de accidentes de trabajo y de fallecimiento de su progenitor. Por lo que respecta a seguros, el concebido puede ser beneficiario de seguros de vida. En cuanto a las obligaciones, éstas se encuentra vinculadas a sus representantes, en virtud de su incapacidad absoluta de hecho.

El ordenamiento jurídico en Argentina, establece que la persona existe desde su concepción en el seno materno, sin embargo, Freitas nos dice "que no concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona"¹¹.

Lo anterior quiere decir, que se atribuyen derechos a las personas por nacer, siempre y cuando estén representados por un curador, ya que éstos si son considerados "personas", pues la nada no se representa.

Asimismo el artículo 74 del Código Civil Argentino nos dice, que si el concebido muere antes de estar completamente separado de la madre, será considerado como si nunca hubiera existido.

"El jurista Orgaz expresa que es indudable que la vida humana comienza con la concepción, pero otra cosa es establecer desde cuándo existe persona humana"¹², es decir, desde la concepción hay vida humana, pero persona, existe desde el nacimiento, pues el concebido depende absolutamente de su madre y forma parte de su cuerpo hasta el momento de separarse del vientre.

¹¹ Enciclopedia del Derecho de Familia, Lot, Cit. Pág. 603.

¹² Enciclopedia de Derecho de Familia, Tomo I, Carlos AR Lagomarsino, Marcelo V. Salemo, Ob cit. Pág. 604.

Cabe hacer mención, que la doctrina de la Iglesia Católica, nos dice que el ser humano, debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción, razón por la cual a partir de ese mismo momento, se le deben reconocer sus derechos como tal.

Lea Mónica Levy nos dice, que cualquiera de las posiciones que se adopten : "El reconocimiento de los derechos del individuo desde su concepción y el respeto a la dignidad humana, deben constituir el basamento ético y moral de toda elaboración jurídico legislativo."¹³

1.4.- CONCEPTO DE MUERTE.

La palabra muerte tiene varios sinónimos, como son: fallecimiento, defunción, deceso, pero aún no se ha llegado a una definición unánime de su verdadero concepto.

Se dice que la muerte es el acto vital y jurídico, que se inicia con la concepción, el derecho protege al concebido, por lo tanto, la vida comienza con la concepción y se mantiene durante toda su existencia.

El Código Civil en su artículo 22, establece la protección del concebido al decir: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un ser es concebido entra en protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código",¹⁴ y lo mismo va a ocurrir en el Código Penal, al brindarte protección al concebido en su artículo 329, donde se tipifica el aborto como delito, estableciendo así, penas al que de muerte al producto de la concepción.

Así, se puede decir que la muerte es pues la abolición total y permanente de las manifestaciones de vida, tanto en su forma fisiológica como cerebral.

¹³ Enciclopedia de Derecho de Familia, Tomo I, Carlos AR. Lagomorsino, Marcelo v. Salerno, Ibid Pág. 607.

¹⁴ Código Civil para el D.F., 63ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. Av. México 1994, Pág. 47.

La fisiología se refiere a la muerte de las células, es decir, en cuanto al funcionamiento de los pulmones, corazón, etc.; y la neurológica se refiere a la abolición de las reflexiones tales como reflejos al dolor, temperatura, sentidos, esto es, a la defunción de la masa cerebral.

Se considera que hay cuatro tipos de muerte que son: biológica, jurídica, social, médica y legal.

Muerte Biológica.- Está señalada por la detención definitiva e irreversible del funcionamiento cardíaco, y a causa del paro la circulación sanguínea y cese de la oxigenación, hay una pérdida de auto estima cardíaco y ausencia de respiración.

Muerte Jurídica.- Es el cese definitivo de la condición de un ente humano de existencia visible con el código Civil, como final de su existencia, por consiguiente el fin de la personalidad jurídica, ya que al derecho sólo le interesa la conclusión de la capacidad de obrar, imposibilidad de poder hacer y participar en situaciones legales, es decir, al morir se pierde la capacidad jurídica de poder ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

Aunque el concebido no tiene personalidad jurídica, la ley lo protege, garantizándole así el derecho a vivir intrauterinamente, por consiguiente, es sujeto de derechos aunque no de obligaciones.

Muerte Social.- Es la caducidad definitiva o cese definitivo de toda posibilidad de intercomunicabilidad del individuo con su mundo circundante.

Muerte Médico Legal.- "Es la abolición definitiva y permanente de las funciones vitales de un organismo"¹⁵.

¹⁵ DR. TORRES TORIJA JOSE, Medicina Legal, Sexta Edición, Editor y Distribuidor, Francisco Méndez Oteo, Librería de Medicina, México 1970, Pág. 51.

La muerte es una suspensión temporal o transitoria se considera un estado de muerte aparente.

Igualmente se dice que la abolición funcional, no es completa desde el primer momento en que se presenta la muerte, esto en virtud de que la muerte del organismo no coincide con la muerte de todas las células que lo integran.

La muerte desde el punto de vista médico legal, se clasifica en: súbita, que es aquella que sobreviene en un estado de salud aparentemente bueno, es decir, de manera repentina.

En ella no se presenta ningún agente exterior al que se pueda aplicar una relación de causa y efecto; muerte violenta, es aquella que se presenta más o menos rápidamente y que tiene como causa manifiesta, un agente exterior, siendo este factor la diferencia entre la muerte súbita y la violenta.

Los doctores José Alcocer Poza y Mario Alva Rodríguez, nos dicen que se considera muerte desde el punto de vista médico legal, a "la abolición completa, definitiva e irreversible de las funciones vitales"¹⁶.

Ellos consideran que la muerte se clasifica en: real, que viene siendo la definición que fue citada en el párrafo anterior; aparente, que es la producida por alguna descarga eléctrica y tiene ciertas particularidades, por lo que en estos casos, el médico debe insistir en los procesos de resucitación.

Muerte súbita.- Se le denomina muerte sospechosa o visita de Dios y es como anteriormente se dijo, repentina pudiéndose presentar en cualquier persona.

Así, se dice también que la muerte violenta se clasifica en tres y son:

¹⁶ ALCOCER POZO JOSE, ALVA RODRIGUEZ MARIO, Medicina Legal Conceptos Básicos, 1ª Edición, Editorial Limusa, México 1993, Pág. 75.

Muerte Violenta o Accidental: En este tipo ,se dice que no ha tenido concurrencia ninguna voluntad humana buscando dicho resultado, sino que se presenta por la exteriorización de una violencia de la naturaleza. como ejemplo de ella tenemos a las inundaciones, temperaturas extremas o caída de un rayo.

La Muerte Violenta Suicida: En este tipo de muerte, nos encontramos con que hay un agente encargado de poner en marcha el mecanismo traumático causante de la muerte, pero veremos que se trata de la propia víctima y que al destruirse va a escapar de toda responsabilidad penal.

La Muerte Violenta Criminal: "La violencia extraña al organismo causante de la muerte, es debido a alguien ajeno a quien la desencadena activamente"¹⁷ y que en ocasiones lleva la intención de producir un resultado. Una vez detectado este tipo de muerte, deben seguirse las investigaciones médico legales y judiciales, con lo que deberá de averiguarse la responsabilidad penal.

Así finalmente podemos decir, que el concepto de muerte es el fin de los signos de vida, como son, latido cardiaco, respiración, pérdida de los reflejos, manifestándose en todos los órganos y los tejidos, por lo que habrá una falta de respuesta a todo estímulo, inclusive de dolor, ausencia de movimientos musculares espontáneos, dilatación de pupilas, colapso total de la dilatación arterial y un electroencefalograma nulo.

Pero para comprobar que efectivamente hay muerte, deben de darse los siguientes resultados: una pérdida total de todo sentido de ambiente, una debilidad total de los músculos, detención espontánea de la respiración, un colapso de la presión sanguínea en el

¹⁷ QUIROZ QUARON ALFONSO, Medicina Forense, 6ª Edición, Editorial Pomúa, S.A., México 1990.pag 505.

momento en que dejó de ser mantenida artificialmente, un trazado absolutamente lineal del electroencefalograma.

Así, podemos decir que la vida del feto dentro del claustro materno, se ha de presumir en todo embarazo, por ser normal su viabilidad y no estimarse la muerte del mismo durante su gestación, a no ser que expresamente se precise porque su concurrencia resulta excepcional, de tal manera que el aniquilamiento realizado en cualquier mujer embarazada, se produce sobre el producto, pero considerando que éste deberá hacerse antes de que el feto se empiece a formar; Cuando el aniquilamiento se realiza a solicitud de la madre, éste no deberá sancionarse.

1.5.- CONCEPTO JURÍDICO DEL ABORTO.

La palabra aborto proviene del latín *ab*, cuyo término encontramos como "abortus", que proviene del prefijo *ab-* que significa privación; y del sufijo *ortus-* que quiere decir nacimiento, en consecuencia la palabra aborto quiere decir, acción de abortar, esto es, parir antes del tiempo en que el feto haya logrado su completo desarrollo, esto se aplica en general a todo lo que nace antes del tiempo indicado por la naturaleza y "hablando en general, hay aborto siempre que el producto de la concepción es expelido del útero de la madre, antes de la época determinada por la naturaleza, pero la ley no entiende el aborto, sino la expulsión provocada y premeditada del producto de la concepción, antes del término natural de la preñez. Hay pues aborto natural o espontáneo o aborto voluntario, y provocado. El primero, es efecto de la acción de causas predisponentes o determinantes que obran por sí mismas, independientemente de la voluntad o intención de persona alguna. El segundo, es efecto de algún medicamento que se tomó o de alguna operación que se hizo con el objeto de procurarlo"¹⁸

¹⁸ ESCRICHE JOAQUIN, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia I, México Cadenas Editor y Distribuidor, 1978, Pág. 26

El aborto nos remite también al término obstétrico, por lo que procederé a dar la definición desde el punto de vista de la obstetricia y posteriormente daré la conceptualización médico legal.

Obstéricamente, el aborto es la expulsión del producto de la concepción cuando aún no es viable, esto es, dentro de los primeros cinco y medio o seis meses de embarazo, por lo que la expulsión del producto dentro de los tres últimos meses se considera parto prematuro, ya que después de los seis meses hay viabilidad. Acerca de esto el profesor Francisco González de la Vega nos dice: "en obstetricia., por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea, hasta el final del sexto mes de embarazo, la expulsión en los tres últimos meses se denomina parto prematuro por viabilidad del producto. Desde cierto punto de vista el concepto médico obstétrico, es más amplio que el concepto jurídico delictivo, porque aquél no toma en cuenta como éste, la causa del aborto; el ginecólogo denomina aborto, tanto al espontáneo por causas patológicas, como el provocado, terapéutico o criminal. Desde otro punto de vista, el lenguaje obstétrico, es más restringido porque se refiere a la época de no viabilidad del feto. Este concepto Médico no tiene aplicación jurídica"¹⁹

Desde el punto de vista médico legal, que es una disciplina que auxilia al derecho, mediante conocimientos, principalmente medios para resolver cuestiones de carácter legal, éste se limita denominar delito de aborto, a aquellos casos en que puede ser constitutivo de un ilícito, como la expulsión prematura, voluntariamente provocada del producto de la concepción, por lo que la medicina no señala la edad cronológica del feto, ni la aptitud para que éste pueda vivir fuera del claustro materno.

Varios tratadistas de medicina forense como: Alfonso Quiroz, Salvador Martínez Murillo entre otros, coinciden en manifestar que el aborto es la expulsión prematura voluntariamente

¹⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, Vigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1992, Pág. 128.

provocada del producto de la concepción, esto independientemente de las circunstancias de viabilidad, edad de formación regular que termina con la muerte del feto y consecuentemente con el embarazo.

Por otra parte, vemos que el lenguaje de la obstetricia es más restringido, ya que se refiere a la época de la no viabilidad del feto. Sin embargo, el artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal, habla de la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de su preñez, por lo que no contempla la figura de expulsión del producto. Para este Código la muerte del producto es suficiente para la comisión del delito de aborto, ya que la expulsión es a veces tardada y en algunos casos no llega producirse, quedando el producto muerto dentro de la matriz de la madre.

Nuestro Código Penal de 1871, define el aborto como la extracción y expulsión del producto de la concepción, provocada por cualquier medio sea cual fuere la época de la preñez, toda vez que se hiciera sin un estado de necesidad. De la misma manera cuando ha comenzado el octavo mes de embarazo, se le da el nombre de parto prematuro, siendo éste igualmente castigado con las mismas penas del aborto.

El Código Penal de 1929, conserva la misma definición, pero agrega que la extracción o la expulsión debía interrumpir la vida del producto.

Así, podemos decir que el concepto jurídico de la palabra aborto, es privar de la vida al producto de la concepción en el tiempo normal, es decir, sacarlo del útero o matriz antes del tiempo necesario para nacer, sin tomar en cuenta el origen que lo ocasionó.

Por lo anterior se establece que existen dos formas de llevar a cabo la maniobra abortiva; una provocado por la naturaleza, esto es, en donde no interviene la voluntad del hombre, sino que se da como resultado espontáneo o natural y tiene lugar principalmente

dentro de los tres primeros meses de preñez, dándose por la extrema rigidez de las fibras de la matriz, la hipersensibilidad de éste órgano, el relajamiento de la boca, pues con ello se puede contraer una serie de enfermedades, que sea cual sea influye indiscutiblemente en el aborto.

Por otro lado tenemos los medios abortivos en los que interviene la mano del hombre, que son en realidad los que interesan al derecho penal, éstos se pueden llevar a cabo con la utilización de técnicas diversas entre las que encuentran: La dilatación forzada del cuello del útero, la acción directa de algún instrumento para rasgar las membranas o herir al nuevo ser, el uso del celeno atizonado que produce contracciones directas al útero, los enemigos como la ruda o la sabia. Pero estos medios, rara vez producen el efecto que se proponen en la persona que los usa, pues por el contrario, la mayoría de ellos, suelen alterar la salud de la madre hasta llegar a la muerte en muchas ocasiones.

Así, podemos decir que un concepto jurídico del aborto, es la privación del nacimiento a la vida que se encuentra en el útero de la madre, salvo en los casos permitidos por el mismo Código.

1.6. CONCEPTO SOCIOLOGICO DEL ABORTO.

Las personas que se oponen a la práctica del aborto nos dicen, que todo ser humano deberá gozar de protección jurídica desde su concepción hasta su muerte, pues el ser humano es sujeto de derechos por sí mismo y no porque así lo quieran sus padres o la misma sociedad.

Existe una postura acerca del aborto la cual opina que el hecho de que el ser en gestación se encuentre dentro del cuerpo de la madre, no quiere decir que forme parte biológica o existencial de ella, en consecuencia ésta no puede disponer del feto como si fuera una parte de sí misma.

Se dice también, que el niño aunque no haya nacido ya está en relación con la sociedad y que las personas que se consideran socializadas, no pueden erigirse sin atentar

Se dice también, que el niño aunque no haya nacido ya está en relación con la sociedad y que las personas que se consideran socializadas, no pueden erigirse sin atentar contra los principios de derecho, por lo cual no tienen derecho a negarle la vida a un ser que está en formación, ya que el artículo 14 constitucional, establece la garantía de audiencia, esto es, antes de que sea privado de la vida, ya al feto se le niega toda posibilidad de ser oído porque es su representante legal quien amparada, en argumentos endeables, pretende hacer tal privación y al mismo tiempo que la ley justifique la privación de la vida de un ser indefenso.

Se dice que las personas que están a favor del aborto, sugieren que éste se despenalice, la oposición por su lado dice que el aborto no puede ser despenalizado, pues al igual que éste, el robo, el homicidio o la drogadicción proliferan e invaden a la sociedad y no por ello se van a despenalizar todos los delitos.

Por otra parte, las mujeres que están a favor del aborto, proponen "que se despenalice, salvo en los casos en que se realice sin el consentimiento de la mujer embarazada"²⁰.

"La razón o motivo de estas mujeres se fundamenta en que un estado laico, las consideraciones morales no son lo suficientemente fuertes para mantener leyes que no cumplen con lo establecido, y que por el contrario ocasionan la muerte prematura de las mujeres embarazadas"²¹. En sí, estas mujeres proponen por un lado, la despenalización del aborto, salvo en los casos en que se realice sin el consentimiento de la mujer embarazada y por el otro, la gratuidad del aborto, dado que debe realizarse como un servicio más por parte de los hospitales estatales al considerar las anteriores medidas, suponen se solucionara un problema social y de salud pública, ya que si se hiciera una investigación a profundidad, se vería que miles de mujeres se ven orilladas al drama del aborto clandestino,

²⁰ DE LA BARRERA SOLORZANO LUIS, El Delito de Aborto 1ª Edición, Editorial, Miguel Angel Porrúa, México, 1991, Pág. 60.

²¹ DE LA BARRERA SOLORZANO LUIS, El delito de aborto, 1ª edición, Editorial Miguel Angel Porrúa, México 1991, Pág.60

que deberá ser reformado el Código Penal, a efecto de eliminar el aborto voluntario y sancionar el que se haga sin el consentimiento de la madre. Igualmente se deberá establecer en la Legislación Sanitaria, que el servicio se prestará gratuitamente en hospitales que pertenezcan al gobierno, así como una educación adecuada sobre relaciones sexuales y el SIDA.

Se dice que el aborto clandestino en México, se practica en 800 mil casos cada año y de los cuales 110 mil son inducidos y más de mil muertes, la mortalidad femenina es a causa de abortos, razón por la cual se considera que la mujer, debe tener el derecho de terminar con un embarazo no deseado, que afectará su propia vida, la del bebé y la de la misma sociedad.

Por lo anterior, las reformas que se efectuaran al respecto en el Código Penal, deberán responder a las peticiones de las mujeres, dado que el aborto no es un delito, es un grave problema de salud pública, si observamos que una quinta parte de mujeres que recurren al aborto clandestino mueren y otras más queda afectadas de salud física y psíquica, muchas veces esto se debe a su estado de ánimo como lo establece Leandro Azuara Pérez al decir que "la menstruación, el embarazo, el parto" ²² son factores que determinan su conducta criminal.

El aborto en México se ha practicado desde la época prehispánica y en todos los estratos sociales y actualmente se practica en 800 mil casos aproximadamente al año constituyéndose así, en un grave problema de salud precisamente por las condiciones en las que se lleva a cabo, trayendo esto como consecuencia la muerte de cuatrocientas mexicanas las cuales mueren por embarazos o partos esto debido a la mala alimentación, complicación en el embarazo, por la situación del SIDA y enfermedades sexuales, tomando en cuenta diversas estadísticas se plantea que en México los abortos clandestinos generan ganancias de

²¹ DE LA BARRERA SOLORZANO LUIS, El delito de aborto, 1ª edición, Editorial Miguel Angel Pomúa, México 1991, Pag.60

²² AZUARA PEREZ LEANDRO, Sociología, Editorial Pomúa S.A. México 1977, 1ª edición Pag 297

720 millones de pesos anuales, se dice también que en la actualidad el 17.8 % de las mujeres mexicanas en edad fértil han experimentado un aborto, como consecuencia estos son más peligrosos y por las posibilidades de que provoquen la muerte, a consecuencia de esto 1,000 mujeres fallecen en México ya sea por complicaciones en el embarazo entre las que se destacan las hemorragias, infecciones y la perforación uterina.

Nuestro país cuenta con un sistema legal que penaliza el aborto, pero éste no se aplica dada la censura que existe sobre el mismo y que conlleva a su clandestinidad. Respecto al aborto hay una ideología puritana que no corresponde a gran parte de mujeres y hombres, asimismo hay un marco religioso que llega a obstaculizar su tratamiento, por lo cual la iglesia misma destruye los valores que según quiere salvaguardar.

Por otro lado, no hay una adecuada atención médica que ofrezca los servicios necesarios como lo es el servicio médico hospitalario para una correcta práctica del aborto en los casos en que la mujer así lo solicite.

Igualmente se considera que el aborto, es un grave problema de salud pública y que debe ser enfrentado con madurez, dado que también implica un problema de justicia social. Las mujeres que sufren o mueren por complicaciones del aborto, son aquellas que no cuentan con recursos suficientes para una buena práctica del mismo

Para concluir, este capítulo se propone que se actualice el Código Penal, adicionando un artículo más donde se establezca la regulación del aborto, en aquellos casos en los que la madre y el producto se encuentren infectados de SIDA.

Procurando que no nazcan niños que en un futuro no muy lejano sufran porque la madre no los quiere o porque se encuentren infectados de SIDA, razón por la cual no es conveniente que se restrinja al derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y su vida, pues si se mira de un punto moralista, cada mujer debe tomar la decisión de abortar o no, de acuerdo a sus valores y a las circunstancias en que se encuentre, por lo que no se obligará a abortar a quienes no se abstengan de hacerlo, sin embargo de requerirlo se practicará en condiciones sanitarias y psicológicas adecuadas para la mujer decidida y no cuente con los recursos suficientes para practicarlo

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ABORTO

2.1.- Derecho Romano

2.2.- Derecho Español

2.3.- Legislación Penal Mexicana

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ABORTO

2.1.- EL DERECHO ROMANO.

Durante muchos años el Derecho Romano, no consideraba existente a un hijo antes de que éste saliera del claustro materno, se estipulaba entonces: "... que nazca el hijo y que nazca vivo sin que se quiera dar a entender que no ha de nacer en parte vivo y en parte muerto"²³

Por lo anterior, podemos darnos cuenta que la antigua Legislación Romana, no se interesaba por la vida fetal sino que reconocía derechos y obligaciones únicamente en el ya nacido, consecuentemente, no se sancionaba el delito de aborto.

Igualmente se creía que el feto formaba parte de la mujer, pues era considerado como una viscera más de su organismo. De esta manera, si la mujer abortaba no hacía más que disponer libremente de su cuerpo. Sin embargo, el uso de sustancias abortivas en ciertos casos, se castigaba con las mismas penas señaladas por el uso de venenos, por lo cual se dice que el aborto no era considerado como delito sino como un acto inmoral.

Es pues el Cristianismo, el que logra en Roma dar un giro debido a su presencia. Y cambia el criterio respecto al aborto equiparándolo con el homicidio, estableciendo así una condena para aquel que lo provocara en forma violenta a una mujer que se encontrara embarazada y en caso de que llegara a morir tenía que pagar vida por vida.

²³ ESCRICHE JOAQUIN, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, México 1979, pag 25.

“Ya en la época del Cristianismo y ante la difusión de las prácticas abortivas, en Roma la Iglesia reacciona y considera el aborto una modalidad del homicidio, si bien es cierto con una diferencia muy curiosa, si se trataba de un varón debía realizarse antes de los cuarenta días de la concepción, o antes de los ochenta, si el embrión era femenino, esto porque se consideraba que el alma no se había infundido en el cuerpo, considerando por ello atenuante.

Como se puede observar ni en la época de la República o del Imperio, fue calificado el aborto como un delito grave, ya que no se asimilaba al concebido como persona de derecho sino hasta comprobar su supervivencia. Es por eso, que hasta la época de Severo y Antonio se sanciona el aborto con el destierro, pero aún con todo esto, lo que se protegía no era la vida del feto, sino el hecho de cometerse en contra del marido, consecuentemente si se practicaba con el consentimiento de éste, el aborto quedaba impune.

En Roma las mujeres en quienes se llegaba a practicar el aborto como consecuencia del divorcio, se les imponía la pena de “confiscación y destierro, salvo en los casos en que él hubiese ocasionado la muerte de la mujer era entonces cuando se llegaba hasta la pena capital, en el dígesto la mujer era castigada con el destierro”²⁴ Igualmente en el Cristianismo cuando el feto era viable, la penalidad era la muerte, pues se decía que se había matado a un alma que no había sido redimida por el bautismo, pero en caso contrario las penas eran pecuniarias, excepto en Las Partidas en las que desterraba de la isla al abortador por un tiempo de cinco años.

Lo anterior se debió a la influencia de la Filosofía Estoica, pues ellos fueron los que consideraron al feto como parte de las vísceras del cuerpo de la mujer, por lo cual se decía que se debían adoptar dichas normas, para una impunidad absoluta del autor de la expulsión o

²⁴ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Ob. Cit. Pag 22. 25 PA

la muerte del producto de la concepción, pero posteriormente se introdujo una concepción que consideraba punible al aborto, cuando éste se cometiera sin consentimiento, ya que se consideraba un atentado contra el padre sobre sus derechos de paternidad o contra la integridad de los derechos de la madre, por lo que se llegó a considerar al aborto como un crimen contra el padre dado que éste era el dueño y señor de la vida de los de su casa.

Pero se llegaron así a los tiempos de Severo y Antonio, en los que el aborto se sancionaba con penas extremas al grado de aplicar la muerte para la persona que lo practicara, como era el caso de la mujer que por interés económico o por beneficiar a los familiares de su esposo, lo llevara a cabo.

En la Epoca Medieval, interviene la Iglesia *y logra la separación entre la época de impunidad y de la punibilidad del aborto²⁵ Es pues el Derecho Canónico, el que da el carácter de delito grave al aborto provocado voluntariamente y a él se debe la distinción entre "Corpus Formatum" y "Corpus Informatum", señalada por San Agustín para establecer la procedencia o improcedencia de la asimilación del hecho de aborto al de homicidio, con base en esto, se decía que el feto dejaba de ser parte de las vísceras de la mujer para convertirse en un cuerpo apto para albergar el alma, razón por la cual el aborto se comparaba con el homicidio.

Igualmente, Roma trató de luchar en contra del aborto no aumentando las penas, sino mediante medidas que excitaban a los médicos denunciar los abortos que en su profesión conociesen²⁶ . para tal efecto fue crada la ley especial del 24 de junio de 1927, ésta fue transcrita en el artículo 103 de la Ley Sanitaria. En el informe que el médico diera, debía de manifestar por qué causas se daba el aborto y si era espontáneo o provocado.

²⁵ PAVON VASCONSELOS FRANCISCO, Lecciones de Derecho Penal (parte especial), Editorial Pomúa S.A. 1982, pag 320.

²⁶ JIMENEZ DE ASUA LUIS, Libertad de amar y Derecho a morir, Ensayo de un Criminalista sobre eugenesia, eutanacia, 7ª Edición, Ediciones de Palma; Buenos Aires, 1984, pag 267.

En efecto, el artículo 165 de nuestro Código Penal de 1930, establece la obligación del Médico de denunciar todo caso que pueda presentar los caracteres de un delito por el que deba procederse de oficio, por lo cual se dice que Roma fomenta más la charlatanería y pone en peligro la vida de la mujer, ya que el aborto se llega a practicar sin la ayuda del médico.

2.2.- EL DERECHO ESPAÑOL

La antigua Legislación Española contaba con el fuero, que castigaba con muerte o ceguera a aquellos que mataban a sus hijos antes o después de nacidos. De la misma manera se castigaba el aborto violento causado por un tercero, adoptando la distinción entre feto formado y feto no formado, con el fin de sancionar más severamente al primero. Esta distinción no aparece al sancionarse el aborto no violento, el consentido y el causado por la propia mujer, castigándolo con pena de muerte y en algunos fueros municipales, se castigaba con la muerte en el fuego.

Las Partidas siguieron la distinción canónica sobre la animación del feto con penalidad de muerte o destierro en sus causas, esto es, al feto vivo o no vivo, esto con la única finalidad de poder graduar la pena, cuando el feto se encontraba animado, es decir, con almas se imponía la pena de muerte y cuando no se encontraba animado se castigaba con el destierro a una isla.

Durante el siglo XVIII, cuando se inicia un fuerte movimiento intelectual en contra de la exagerada penalidad del aborto, se decía que era preferible darle muerte al producto a que el bebé llegara a la miseria segura junto con su madre. Es así, como todas las legislaciones han aceptado la disminución de la pena.

Se dice que: El feto o embrión cuya muerte o disociación es el objeto deseado, por el que hace abortar, pertenece a la especie humana, pero no es todavía un hombre sino una esperanza²⁷, es pues una expectativa incierta en su realización.

Sin embargo es el nacimiento, el que proporciona al producto de la concepción la verdadera personalidad humana, biológica y jurídica, debido, a que el recién nacido es ya autónomo de la madre, por tal razón, en España se ha considerado que la vida de un infante es un bien de mayor categoría, que la vida en gestación.

El Código de 1822, establece que el aborto es una amenaza penal distinta al homicidio, igualmente estipula una sanción al que se realiza con el consentimiento de la madre y por la misma mujer embarazada. Los Códigos de 1848, 1870, 1928 y 1932 se han venido regulando en forma análoga.

En el Código Penal Español de 1944, la represión penal del aborto no protege a la persona, pues se considera que el feto no lo es, es decir es un sujeto carente de derechos y obligaciones, se protege un futuro ser humano, igualmente tutela la vida y la salud de la madre, ya que éstas son puestas en grave peligro de vida, a consecuencia de las maniobras abortivas e igualmente protegen el interés nacional de prevenir la disminución de la natalidad.

De acuerdo al Código Penal Español, comete el delito de aborto "el que sabiendo el estado del embarazo de la mujer causa la muerte del feto o impide el proceso de gestación"²⁸ y dependiendo de qué manera haya obrado el sujeto activo va a ser la pena, ya sea con el consentimiento o sin él por parte de la mujer, dicho Código, tipifica el aborto agravado por el resultado de las lesiones causadas a la mujer o por las circunstancias del autor, ya sea médico, persona con título farmacéutico o sin él, basta con el hecho de que se dedicare a esa

²⁷ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, *Ibidem*. pag 123.

²⁸ GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE, Ob. Cit, pag 29.

actividad, así también nos encontramos con que en España se castiga el aborto intencional o culposo y que es el ocasionado violentamente, a sabiendas del embarazo de la mujer, pero sin el propósito de causarlo.

Asimismo se encuentra tipificado el aborto honoris causa que se practica para impedir la deshonra de la mujer.

Es pues así, como vemos que los españoles a través del Fuero Juzgo, castigaban el aborto causado por un tercero ejerciendo la violencia a un feto animado y a un feto no animado, imponiendo sobre el primero mayor pena, pero en caso de que se lo llegara a practicar la propia mujer, la castigaban con la pena de muerte y son las partidas las que sancionan "todas las formas de aborto, manteniendo la distinción entre feto vivo y no vivo"²⁹ que fin de graduar la pena, recordando que es el Código de 1822 donde se establece que el aborto es una amenaza penal distinta al homicidio.

2.3.- EL ABORTO EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

Según la jurista Kholer, "en el Derecho Penal Azteca, el aborto era castigado con la muerte y se aplicaba tanto a la mujer como al que la ayudara"³⁰, ya que se consideraba un grave delito que afectaba a la sociedad.

De lo anterior se deduce, que a diferencia del Derecho Romano en el Derecho Penal Azteca, el aborto se consideraba como un delito grave que afectaba los intereses de la comunidad, pues se creía que se atentaba contra la misma sociedad, al privar a ésta de un miembro más.

²⁹ FONTAN BALESTRA CARLOS, Tratado de Derecho Penal, tomo IV, Parte especial, 2ª Edición, Aboledo Perrot, Buenos Aires, pag 220.

³⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, 5ª edición, Pomúa, S.A. México 1992, pag 19.

El primer Código Penal Mexicano elaborado en el año de 1871, y al cual se le conoce también con el nombre de Martínez de Castro, sancionaba el aborto en su artículo 569, donde se decía que el aborto era "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. Cuando ha comenzado ya el octavo mes de Embarazo, se da también el nombre parto prematuro artificial, pero se castigaba con las mismas penas del aborto"³¹.

Así vemos que el Código Penal de 1871, al definir el aborto en su artículo 569, no nos dice nada acerca de la muerte del producto de la concepción, sino que simplemente considera delito a la extracción del mismo, estableciendo que si éste nacía a los ocho meses como sucede en muchas ocasiones, se consideraba delito de aborto, mencionándose también un estado de necesidad por medio del cual se podría practicar. Finalmente estipulaba que el parto prematuro artificial se castigaría con las mismas penas que el aborto, por lo que se consideraba que al establecerse esto, se dejaba sin protección a la madre, al médico que la asistiera o a cualquier otra persona que la atendiera.

Asimismo, el Código Penal de 1871 en su artículo 570 establece que "se tendrá como necesario un aborto cuando de no efectuarse, corra la mujer embarazada peligro de morir 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".³²

Como podemos observar en dicho artículo, nos encontramos con la presencia del aborto terapéutico, mismo que no es punible por existir una causa de estado de necesidad, lo que actualmente se encuentra regulado por nuestro Código.

El artículo 571; establece que "el aborto solo se castigará cuando se haya consumado".

³¹ DE LA BARRERA SOLORZANO LUIS, *Ibidem*. Pag 17.

³² ESCRICHE JOAQUIN, *Ob Cit*. Pag 30.

El artículo antes referido, establece en forma tajante, que únicamente se castigará el aborto una vez que se haya consumado, por lo que cualquier tentativa de aborto no era sancionada.

El artículo 572 establecía que "el aborto causado por culpa sólo de la mujer embarazada no es punible. El causado de otra persona, solamente se castigará si aquella fuere grave y con las penas señaladas en los artículos 199 a 201, a menos que el delincuente sea médico cirujano, comadrona o partera, pues en tal caso se tendrá esa circunstancia como agravante de cuarta clase y se suspenderá al reo en el ejercicio de su profesión por un año".³³

De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo de éste artículo, nos encontramos en el caso del aborto no penado, ya que establece que cuando es causado por la sola culpa de la mujer embarazada no será castigado. Así podemos ver que éste precepto, se encuentra establecido en el vigente Código Penal de 1931, estipulando igualmente el aborto sufrido, pues considera que si éste se produce a consecuencia de otra persona, sólo se castigará si la culpa fuere grave de acuerdo al artículo 16 del Código Penal de 1871, correspondiendo al juez que conoce del caso, dar su calificación al respecto, estableciendo además que si el aborto lo llegare a practicar algún médico, comadrona o partera, se les suspenderá de su actividad durante un año, al considerar que el acto se cometió por negligencia.

Asimismo, el artículo 573 establece que "el aborto intencional se castigará con dos años de prisión, cuando la madre lo procure voluntariamente o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- 1.- Que no tenga mala fama.
- 2.- Que haya logrado ocultar su embarazo.
- 3.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima"

³³ ESCRICHE JOAQUIN, Diccionario Mexicano razonado de Legislación y Jurisprudencias mexicanas por el Lic. Antonio de J. Lozano I. Balleca y compañía, su sucesión, Editores México 1905, pag. 30.

En este artículo encontramos establecido el aborto honoris causa, esto es, que "se efectúe con el propósito de ocultación de deshonra sexual"³⁴, mismo que se puede llevar a cabo como aborto procurado, cuando la misma madre realiza o consciente que le realicen maniobras abortivas, pero además pide requisito para su consumación que la madre no tenga mala fama, que haya logrado ocultar su embarazo, o bien que el producto sea fruto de una unión ilegítima.

El artículo 574 del Código Penal de 1871, nos decía que "si faltaren las circunstancias primera o segunda del artículo arriba mencionado o ambas, se aumentara un año más por cada una de ellas. Si faltare la tercera, por ser el embarazo fruto de matrimonio, la pena será por cinco años de prisión concurren o no las otras dos circunstancias".³⁵

En este precepto nos podemos dar cuenta que se sancionaba a las personas cuando practicaban sin causas de honor, ya que vemos que cuando el producto era fruto de un matrimonio se sancionaba con más penalidad.

El artículo 575 reza "El que sin violencia física ni moral hiciera abortar a una mujer sufrirá cuatro años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, y aunque lo haga con consentimiento de aquella".³⁵

En este artículo, vemos que se castiga a la persona que practique el aborto a la mujer embarazada, estableciendo que sea sin violencia física o moral, instituyendo así el aborto sufrido en caso de no haber autorización de la mujer y aborto consentido si hubiera consentimiento por parte de ésta.

³⁴ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Código Penal Comentado, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 1992, pag 447

³⁵ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, ob CIT, pag 441.

Por otro lado el artículo 576, establecía que el que causare el aborto por medio de la violencia física o moral, sufrirá seis años de prisión si previó o debió preveer ese resultado. En caso contrario, se le impondrán cuatro años de prisión.

En este artículo, nos encontramos que se sanciona el aborto sufrido, es decir, cuando la mujer es víctima del delito de aborto, aunque el causante haya tenido o no la intención de obtener dicho resultado.

El artículo 577, nos dice que "Las penas de que hablan los artículos anteriores, se reducirán a la mitad:

1.- Cuando se pruebe que el feto estaba ya muerto. Cuando se emplearen los medios de ejecutar el aborto.

2.- Cuando éste se verifique salvándose la vida de la madre y del hijo.

En este artículo, vemos que se reduce la pena a la mitad de lo establecido para cada caso, previendo el nacimiento prematuro penado como aborto, aún cuando se salve la vida del producto.

El artículo 578 establece que "si los medios que alguno empleare para hacer abortar a una mujer causaren la muerte de ésta, se castigará al culpable según las reglas de acumulación, si hubiere tenido intención de cometer los delitos, o previó o debió preveer ese resultado. En caso contrario, la falta de estas tres circunstancias se tendrá como atenuante de cuarta clase de un homicidio simple, conforme a la fracción décima del artículo 42"³⁷

³⁶ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Ibidem, pag 441.

³⁷ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Lot. Cit, pag 449

ARTICULO 42.- Son atenuantes de cuarta clase:

Haberse propuesto un mal menor que el causado, a no ser en los casos exceptuados en la fracción I del artículo 10.

Artículo 10. "La presunción de que un delito es intencional, no se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes excepciones:

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar el daño que resultó; si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho y omisión en que consistió el delito, si el reo había previsto esa consecuencia o ella es efecto ordinario del hecho y omisión y está al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a quebrantar la ley, fuera cual fuere el resultado".³⁸

En este artículo, nos podemos dar cuenta que contempla al delito de homicidio como consecuencia de la práctica del aborto.

El artículo 579, establece si el que hiciere abortar incondicionalmente una mujer, en los casos de los artículos 575 y 576, fuere médico, cirujano, comadrona, partera o boticario, se le impondrá las penas que aquellos señalan, aumentadas en una cuarta parte. En el caso del artículo 578 se le impondrá la pena capital y la de 10 años de prisión en el de la fracción único de dicho artículo .

Como nos podemos dar cuenta, en el artículo anterior se establece la penalidad para el médico partero, comadrón o boticario, agravándolo a pena de muerte o diez años de prisión según el caso , de acuerdo con la hipótesis descrita.

³⁸ ESCRICHE JOAQUIN, Ibidem, pag 32.

Como nos podemos dar cuenta, en el artículo anterior se establece la penalidad para el médico partero, comadrón o boticario, agravándolo a pena de muerte o diez años de prisión según el caso, de acuerdo con la hipótesis descrita.

Como punto final, referente al Código de 1871, tenemos el artículo 580 que establece que en todo caso de aborto intencional, si el reo fuere alguna de las personas mencionadas en el artículo anterior, quedaría inhabilitado para ejercer su profesión y así se expresará en la sentencia.

Se deduce del artículo antes citado, que se sentenciará al médico, cirujano, comadrón, partera o boticario, imponiéndoseles una suspensión respecto de su actividad en la sentencia que se dicte.

En el Código Penal de 1929 se siguieron los mismos pasos del Código de 1871, como ejemplo de ello tenemos que aún en este Código no se reglamentaba la tentativa del delito de aborto, ya que se consideraba que éste sólo era punible hasta que se hubiere consumado totalmente.

Por otra parte observamos, un cambio al establecer el Código de 1929 al que sin violencia física ni moral, hiciere abortar a alguna mujer. Se le aplicarán tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare siempre que lo hagan con consentimiento de ella y cuando faltare éste la prisión será de cuatro años. Y al que causare el aborto por medio de la violencia física o moral, se le aplicaran seis años de prisión si previó o debió preveer dicho resultado y en caso de no ser así, la sentencia será por cuatro años.

Ahora bien, por lo que refiere al aborto sin violencia física o moral, este Código hace una distinción tomando en cuenta el consentimiento de la mujer para la imposición de la pena.

Por lo que respecta al aborto sufrido sin violencia, éste permanece sin modificación alguna. En los casos de aborto culposo o por imprudencia de la mujer, así como el realizado por estado de necesidad, permanecen íntegras las reglamentaciones como se establecieron en el Código de 1871.

En el Código Penal de 1931 (actualmente vigente), se establece nuevamente el aborto honoris causa tal como aparecía en el Código de 1871 y que el de 1929 no contemplaba.

Este Código también castiga la tentativa de aborto y desaparece el hecho de establecer el aborto sólo cuando se haya consumado, igualmente se estipula el permiso para llevar a cabo el mismo, cuando el producto sea resultado de una violación.

CAPITULO III

MARCO JURIDICO DEL ABORTO.

3.1.- Artículo 4º Constitucional.

3.2.- Artículo 14 Constitucional.

3.3.- Código Penal para el Distrito Federal.

CAPITULO III
MARCO JURIDICO DEL ABORTO

3.1.- ARTICULO 4º CONSTITUCIONAL.

El Artículo Cuarto Constitucional, en su tercer párrafo establece que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos".³⁹

El artículo anterior en su párrafo cuarto establece que "toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación las Entidades Federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la Fracción XV del artículo 73 de esta Constitución".⁴⁰

Empezaremos por decir que uno de los problemas más agudos con los que se encuentra México es el alto crecimiento demográfico, que surge desde mediados de este siglo, este es ocasionado por el alto número de nacimientos y el decrecimiento de las defunciones, esto debido a los progresos médicos y a la acción de los programas de Seguridad Social.

La Constitución otorga al hombre y a la mujer la libertad de tener los hijos que ellos decidan pero impone la obligación de procrear con un sentido de responsabilidad, ya que los hijos requieren de educación, de salud, de cariño de cuidados y de una vida digna decorosa que garantice su cabal desarrollo e intelectual libre de enfermedades graves que arriesgan su persona poniendo en peligro tanto su existencia como su vida.

³⁹ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, MC.Graw Hill, pag 4.

⁴⁰ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ob Cit. Pag 4

Los hijos necesitan de atenciones, esto a fin de formar hombres y mujeres sanos, fuertes, equilibrados y felices la tarea no es tan fácil, de aquí que el Artículo en comento señale que cuando se decida tener un hijo deberá de ser responsablemente. La maternidad no debiera ser un acto producto del azar, si no un resultado de un deseo cuyas consecuencias, estén el hombre y la mujer dispuestos a enfrentar con entusiasmo la importancia que alcanza tener un hijo para ellos y para el país más aún cuando este niño venga con SIDA. Por lo cual la obligación de los padres para satisfacer las necesidades de los hijos y de preservar su salud físico y psíquica se encuentra reconocida en el precepto constitucional desde el año de 1980

Tenemos que se encuentra a cargo del Estado proporcionar al hombre y mujeres los servicios informativos adecuados sobre como debe planearse la familia adecuada, los preservativos que existen, así como dar información sobre la enfermedad del siglo, el SIDA. Para lo cual el estado se vale de diversas instituciones como el Sistema de Desarrollo Integral de la Familia, el Instituto Mexicano del Seguro Social, la Secretaría de Salubridad y Asistencia, Secretaría de Educación Pública, CONASIDA, etc.

Pero el Estado no interviene sobre las decisiones que tome la mujer o la pareja sobre si tener un hijo infectado de SIDA o no, sino que deberán ser las mismas personas las que deberán tomar dicha determinación.

Igualmente tenemos en la Constitución que por reformas estableció en el párrafo cuarto, La garantía individual del derecho a la salud, consistente en que todo ser humano tiene en México ese derecho, el cual en realidad no se da como debiera ser.

En la Constitución debido a las reformas en su artículo 4° se estableció la garantía individual a la salud, la cual goza todo gobernado frente al Estado, aunque esta en la realidad no se da en total dimensión.

Las enfermedades transmisibles y degenerativas como el SIDA, que afectan las facultades físicas y emocionales del hombre, privándolo de su existencia e igualdad frente a sus congéneres. Esta garantía no solo se refiere a ser atendido medicamento en caso de alguna enfermedad si no que debe de comprender también la medicina preventiva, o sea recibir ayuda para evitar perder la salud mediante la orientación en materia medica familiar para preservar la integridad física del individuo en la sociedad, disminuyéndolo.

Finalmente diremos que el artículo Cuarto Constitucional dada su redacción nos permite interpretarlo en sentido tal que permita el aborto cuando la mujer que así lo desee ya que reconoce el derecho a elegir el número de hijos deseados, y el espaciamiento entre ellos mismos, bajo las condiciones de libertad e información que tiene todo gobernado

3.2.- ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL.

El artículo 14 Constitucional establece que "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, si no mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".⁴²

La garantía de audiencia y legalidad que consagra este artículo tiene su antecedente inmediato en el artículo 14 de la Carta Magna de 1857.

Sin embargo la otorgada al hombre en su vida libertad, posesiones y derechos es relativamente reciente en la historia y esta surge porque con demasiada frecuencia las autoridades arbitrariamente , abusando del puesto que tenían y sin ningún procedimiento imponían a las personas las más duras penas; al carecer de los medios jurídicos para defenderse.

⁴² GONGORA PIMENTEL GENARO Y ACOSTA ROMERO MIGUEL, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1992, pag 321.

El artículo 14 establece un conjunto de derechos y es base y garantía para hacer efectivo el juicio de amparo.

También tenemos que a ningún habitante que transite por la República o se encuentre permanentemente en ella podrá ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades o posesiones si no mediante juicio o sea una controversia ante una autoridad competente quien resolverá mediante la aplicación del derecho.

Para esto deberá el juicio seguirse ante un tribunal previamente establecidos, igualmente se cumplirá con un procedimiento esto es con las formalidades y trámites judiciales según sea el caso.

Ahora bien, existe una corriente mayoritaria que sostiene que el concebido no se le puede privar de su garantía de audiencia, ya que no es persona, porque no existe todavía, y el artículo 14 constitucional dice que a ninguna persona se le debe de privar de la vida, postura que será analizada con posterioridad en este estudio.

Así mismo dicho numeral contempla en la garantía fundamental de que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no éste decretada exactamente aplicable al delito de que se trate.

3.3.- CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal vigente define al delito de aborto como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez al establecer que es la muerte del producto de la concepción nos da a entender que presupone que existe la vida del producto de la concepción y al respecto el tratadista Carlos Fontain Balestra en su libro tratado de Derecho Penal nos dice en "El aborto en cambio, el objeto de la protección penal es la vida del feto, ser concebido pero no nacido, una esperanza de vida humana que se convertirá en tal, al terminar el proceso de gestación y comenzará su nacimiento".⁴³

⁴³ FONTAN BALESTRA CARLOS, Ibidem, pag 240.

Este autor al igual que la Legislación Penal Mexicana coinciden en señalar que el bien jurídico protegido en el aborto es el producto de la concepción durante el tiempo de que dure la preñez, ya que la tutela termina con el nacimiento.

"En verdad el interés que realmente es ofendido por este hecho criminológico es la vida humana⁴⁴, es pues un ser viviente propio verdadero el cual va creciendo con el paso de los meses y llega a tener su propio cuerpo, ya que durante la gravidez se mueve y tiene su propio latido cardíaco, es así como la gestación es el bien jurídico protegido en el Código Penal como se encuentra establecido en el artículo 328.

Asimismo el jurista Enrique Cárdena Arizmendi, menciona que "conforme a nuestra legislación no existe ninguna duda que la vida o existencia del producto de la concepción es el bien que pretende salvaguardar por medio de la figura⁴⁵ a un cuando no adquiriera existencia autónoma. Nuestra ley se separa terminantemente de aquellas posturas que consideran al embrión o feto como viscera de la madre o una esperanza de vida. La conducta que lo integra, matar presupone que el concebido tiene vida y que merece protección esta se inicia con el fenómeno biológico de la concepción y termina en el momento en que se inicia el nacimiento⁴⁶

Como vemos estos autores coinciden en señalar que el único bien tutelado en el delito de aborto es la vida del producto de la concepción, embrión o feto, pero hay sin embargo quienes piensan que además del producto de la concepción, se protege a la madre, al padre y a la propia sociedad. Como es el caso del jurista Francisco González de la Vega, quien manifiesta que el objetivo doloso de la maniobra no es otro que atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes protegidos a través de la sanción son La vida del ser en

⁴⁴ JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, México, 6ª Edición, Porrúa S.A. 1984, pag 184.

⁴⁵ CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE, Apuntamiento de Derecho Penal, México, Cárdenas editorial, 1976, pag 101.

⁴⁶ CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE, Ob. Cit, pag 101.

formación, el derecho a la maternidad, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad, la acción antijurídica puede reconocer como posibles sujetos pasivos, aparte del huevo, embrión o feto, a la madre cuando no ha prestado su consentimiento al padre a la sociedad el atentado consiste en la supresión de la maternidad o gestación, es decir, en la muerte del producto de la concepción".⁴⁷

Así nos podemos dar cuenta que de acuerdo a lo establecido en el artículo 329 al definir el aborto como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez el bien jurídico protegido es la vida del producto de la concepción o el huevo, embrión o feto y su desarrollo durante todo el período de gestación e igualmente lo protege cuando la madre ha sido víctima del aborto, esto es cuando no ha otorgado su consentimiento, estando en este supuesto es agredido su derecho a la maternidad, he aquí por lo que se considera que el derecho a la maternidad también es protegido, así mismo cuando el padre no ha otorgado su consentimiento a la práctica del aborto se ve afectado en sus derechos, así resumiendo diremos que la Legislación Mexicana protege primeramente al feto, en segundo término a la madre y en tercer término al padre.

Ahora bien, para que exista el delito debe de existir una conducta, pero señalando que no cualquier conducta es constitutiva de delito si no que esa conducta debe ser típica ya que esta va a ser el elemento esencial del delito ya que sin ella no se configura el delito, es decir debe de haber una acción o una omisión, que sancione las leyes del delito de que se trate ya que no se podrán imponer penas por simple analogía, pero no debe de confundirse el tipo penal como la tipicidad ya que el tipo es la descripción que hace el estado sobre determinada conducta en el precepto penal y la tipicidad, tenemos que es la adecuación de la conducta específica a la descripción legal formulada. Como consecuencia, para que el delito de aborto sea constitutivo,

⁴⁷ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, los Delitos, vigésimo quinta edición, Editorial Porrúa, 1992, pag 131.

debe adecuarse a la conducta del tipo establecido en el artículo 329 del Código Penal que dice: aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Así, tenemos que para la integración de este tipo de delito se requiere en primer lugar que exista la vida del producto de la concepción ya que va a ser el bien jurídico protegido, en segundo lugar que exista el cuerpo de la mujer embarazada, así también tenemos que deben existir los sujetos tanto pasivo como activo, y que el aborto se realice en cualquier momento de la preñez, esto es que en el momento que se atentó contra él se haya destruido esa vida como consecuencias de las maniobras abortivas practicadas en el vientre de la madre, sin importar así el medio empleado para alcanzar el fin deseado va a ser que es la muerte del producto de la concepción. Estos medios podrán ser introducción de aparatos, legrados, cirugías o bien los medios morales que aunque es muy difícil de probar se debe de mencionar, así tenemos que los resultados de la utilización de estos medios puede ser la expulsión provocada del producto de la concepción.

Del análisis que se hace del artículo 329 del Código Penal tenemos que la única constitutiva del delito es la muerte del producto de la concepción, y la integración de esto constitutiva es la conducta voluntaria encaminada a dar muerte al producto de la concepción, no importando el medio empleado para producir tal resultado.

Debe tratarse pues de un feto vivo, ya que el delito consistirá en causar su muerte pero no es indispensable que la muerte que se produzca en el claustro materno, si no puede ser que el feto sea expulsado con vida y morir posteriormente como consecuencia provocada por el aborto.

Como consecuencia la muerte del producto es el acontecimiento por el que se consuma el delito de aborto, ya que de otra manera existiría una tentativa de aborto ya que no se consuma la conducta realizada con el propósito de dar muerte al producto.

Si la conducta voluntaria se adecua a cualquiera de los tipos establecidos en los artículos 330, 331 y 332 del citado Código entonces tendremos la integración de la conducta o hecho voluntario al tipo establecido en el delito del aborto.

Uno de los problemas contemplados en los artículos 330, 332, 333 y 334 del Código Penal se da clasificación del delito de aborto y que al respecto Pavón Vasconcelos Celestino Potet Petit y Mariano Jiménez Huerta, lo clasifican de acuerdo a la penalización del aborto y así tenemos que dentro del aborto penado encontramos el aborto consentido cuando la mujer es participe, el aborto procurado cuando la mujer es el agente principal y el aborto sufrido cuando la mujer es víctima y así mismo dentro del aborto no penado tenemos al aborto terapéutico, cuando corre peligro la vida de la madre, el aborto culposo o por imprudencia de la mujer cuando por no tener el cuidado necesario se causa el aborto. Asimismo tenemos dentro de los abortos no penados al realizado por causas de violación.

El aborto penado existe en tres tipos contemplados en los artículos 330 y 332 en relación con el artículo 329 del Código Penal, y que son aborto consentido procurado y sufrido.

Por el aborto consentido tenemos que se encuentran contemplados el artículo 330 párrafo primero y 332.

Artículo 330. "Al que hiciera abortar a una mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuera el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella"⁴⁸

⁴⁸ CODIGO PENAL PARA EL D.F., Pag 113.

Artículo 332. Se le impondrá de seis meses a un año de prisión a la madre que consienta en que otro lo haga abortar si concurren estas tres circunstancias.

- I Que no tenga mala fama.
- II Que haya logrado ocultar su embarazo.
- III Que este sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de estas circunstancias mencionadas se le aplicará de uno a cinco años de prisión.

Ahora bien, por aborto consentido entendemos que es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, realizado por un tercero al que la mujer embarazada le otorga su consentimiento para que realice sobre ella las maniobras abortivas o aplique los medios adecuados para alcanzar el fin propuesto.

Pero para que de este tipo de aborto es necesario que la mujer preste claramente su consentimiento para que se le haga abortar ya que no bastara que tolere la práctica de las maniobras abortivas y como consecuencia del consentimiento tenemos que debe de tener una cooperación y auxilio hacia la práctica de la ejecución del delito.

El consentimiento debe ser prestado voluntariamente por la mujer, por lo que no deberá mediar ningún vicio de la voluntad, deberá reunir las condiciones psíquicas bastantes para determinar que cuenta con el necesario discernimiento de sus actos, e igualmente será necesario que el consentimiento se haya otorgado para destruir el producto de la concepción, ya que si se prestó para acelerar el parto y el tercero da muerte al feto este será un aborto sufrido.

Como es la mujer la que debe prestar su consentimiento para que se de la figura se desprende que la misma no da lugar a cometerse culposamente, ya que el consentir indican la comunidad de voluntades que se encaminan a un fin.

El aborto es delito por estar contemplado en los artículos 329, 330 y 332 del Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora bien, por lo que respecta a la conducta del sujeto activo tenemos que es de ACCION o de OMISION, es de ACCION cuando el sujeto activo del delito realiza los actos encaminados a producir la muerte del producto de la concepción o utiliza los medios idóneos para procurar ilegítimamente el aborto, y es de COMISION por OMISION, en cuanto el agente o sujeto activo omite la realización en cuanto fuere posible para evitar el aborto, y la mujer embarazada consienta esa omisión

De acuerdo al RESULTADO es MATERIAL por que deja un resultado externo que en el caso del aborto sería la muerte del producto de la concepción misma que depende de la conducta criminosa del sujeto activo.

Por el DAÑO que causa, es de LESION porque deja un resultado externo que en el caso es directo y efectivo en el bien jurídico protegido que en este caso sería la vida del producto de la concepción.

Por su DURACION es INSTANTANEO porque la acción que lo consuma se perfecciona en un solo instante o momento, ya que el delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Porque tan pronto se produce la destrucción del bien jurídico tutelado, que en este caso sería la vida del producto de la concepción se agota.

Por el ELEMENTO SUBJETIVO O CULPABILIDAD ES DOLOSO porque existe una voluntad conciente del sujeto activo para realizar el hecho típico y antijurídico. Es típico porque se encuentra dispuesto por la ley y antijurídico porque es contrario a derecho.

Por su ESTRUCTURA O FUNCION, es SIMPLE porque la lesión jurídica es única, en este caso sería la vida del producto de la concepción que es el bien jurídico protegido.

POR EL NUMERO DE ACTOS ES UNISUBSISTENTE, porque por la realización de un solo acto constituye por si solo un delito.

POR EL NUMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN ES PIURISUBJETIVO porque para la consumación del delito de aborto el tipo requiere de dos o más sujetos para la integración.

Por la forma de PERSECUSION es de oficio.

Por la MATERIA es del fuero común.

LOS ELEMENTOS POSITIVO Y NEGATIVOS DEL DELITO DE ABORTO CONSENTIDO.

La conducta en este tipo de delito de aborto consentido, puede presentarse el comportamiento humano en su doble aspecto positivo o negativo, esto es de acción y omisión, pudiéndose realizar el aborto consentido por movimiento corporal o bien por una inactividad, así tenemos que la conducta del sujeto activo puede consistir tanto en la realización de actos o por empleo de los medios idóneos para procurar ilegalmente el aborto y por lo que respecta a la omisión en dejar de hacer lo que debería con consentimiento de la mujer para evitar el aborto.

Para llevar a cabo el comportamiento positivo o negativo, que es el que integra a la conducta del sujeto activo hay que mencionar los medios por los cuales se lleva a cabo, al respecto hay una contravención de opiniones ya que algunos tratadistas que dicen que son tres los medios empleados y que estos son: los Físicos, Químicos y Morales, pero hay quienes dicen que los medios morales como son sustos o disgustos no son los típicamente adecuados para producir el aborto.

La controversia se debe a que el Código Penal no indica el medio con el que deba de ser provocado el aborto, si no que únicamente nos dice que sea realizado por el hombre, por consiguiente, lo deja a la interpretación de los distintos tratadistas como el jurista Celestino Porte Petit Candaudap quien nos dice que "los medios deben ser físicos, químicos y morales"⁴⁹, pero hay también quien considera que solo son físicos y químicos ya que los medios morales son muy difíciles de probar dentro de los medios físicos tenemos las abdominales masaje uterino, aplicación de sonda en la cavidad uterina, intervención quirúrgica como una operación cesárea, golpes en el abdomen etc.

Como medios químicos tenemos que son la inyección de determinadas sustancias que tiene eficacia abortiva, como lo es el centeno de camezuelo, la ruda, la sabina, medicinas, brebajes o venenos.

Ahora bien los medios morales como la sugestión hipnótica, una emoción imprevista o un susto o disgusto son dos medios que frecuentemente se presentan pero en la práctica son muy difíciles de probar.

⁴⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, Editorial Jurídica Mexicana, México 1962 pag 221.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

En el aborto consentido puede presentarse el caso en que no exista delito cualquiera de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta como son la fuerza física exterior irreversible o vis absoluta, la causa de fuerza mayor o vis mayor y los movimientos reflejos, haciéndose mención que si no hay conducta no hay delito.

TIPICIDAD.

Para que exista la tipicidad se requiere que el hecho o sea la muerte del producto de la concepción consentido por la madre se adecua a los tipos establecidos en los artículos 330 y 332 del Código Penal.

ELEMENTOS DEL TIPO.

Los elementos que integra y deben comprobarse para la existencia de la tipicidad son:

1.- EL BIEN JURIDICO, tutelado en el aborto el bien jurídico protegido por la ley penal es la vida del producto de la concepción.

2.- OBJETO MATERIAL, el objeto material en este tipo de delito es de el producto de la concepción.

3.- LOS SUJETOS.

El sujeto activo es aquel que lleva a cabo el aborto esto es la tercera persona que interviene aplicado uno de los medios adecuados para la práctica del aborto.

Así tenemos que la mujer embarazada es otro de los sujetos activos ya que otorga su consentimiento y coopera colocándose esta en posición obstétrica o bien lo realiza con movimientos corporales.

De acuerdo al número de sujetos que integran el delito es plurisubjetivo, ya que para su integración se requiere de dos sujetos activos que son el que realiza directamente el aborto y la mujer embarazada que lo consiente e incluso hasta coopera para su realización.

EL SUJETO PASIVO. En esta figura delictiva el sujeto pasivo es el producto de la concepción, quien a su vez es el objeto material porque sobre él recae la acción del sujeto activo.

ATIPICIDAD. Esta se puede presentar por la falta del objeto material o por falta de objeto jurídico que sería el producto de la concepción esto es que la mujer no estuviera embarazada o bien que los medios aplicados para producir el aborto no fueran las idóneas con lo que se daría la tentativa imposible de aborto, en otras palabras la integración de la conducta al tipo o bien porque el producto de la concepción ya se encontrará muerto con anterioridad.

ANTI JURICIDAD. Siendo típico el hecho y no estando protegido por alguna causa de justificación, esto es que para que sea punible un acto este debe ser ilegítimo, por consiguiente el aborto constituye un delito, solo cuando el hecho que lo produce sea ilegítimo, esto es que la antijuricidad en el delito de aborto es la violación del valor o bien protegido que sería la vida del producto de la concepción.

Causas de justificación considero la única causa que de justificación que existe en el aborto consentido es la del aborto terapéutico o sea el estado de necesidad.

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. Para que un sujeto sea culpable del delito de aborto consentido debe ser imputable esta debe tener la capacidad de querer realizar el acto o entender que la realización del acto es ilícito.

La inimputabilidad puede presentarse al establecerse cualquiera de las causas previstas en el artículo 15, Fracción VII del Código Penal y que al respecto establece padecer el inculcado al cometer, la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retrasado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comisión o comprensión excepto, en el caso que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencionado imprudencial.

CULPABILIDAD. La culpabilidad es nexo intelectual y emoción que liga al sujeto con su acto es dable solo a dolo directo, ya que el resultado que sería la muerte del producto de la concepción coincide con el propósito del agente.

En un aborto consentido la forma de culpabilidad que se presenta es dolosa.

Un elemento psicológico se origina del acuerdo de voluntad entre el ejecutor y la mujer embarazada sobre el hecho criminoso que se presenta en el ejecutor como voluntad de ocasionar el aborto o de tolerarlo por lo que el dolo en la mujer se presenta al tolerarlo y no oponerse a él, considerando la esencia del aborto consentido es indudable que no puede presentarse la segunda forma de culpabilidad, la culpa.

Aborto honoris causa o aborto con móvil de honor. Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el artículo 332 Constituyendo un tipo especial privilegiado.

Se estima por algunos juristas que este tipo de aborto produce una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta, así tenemos que el jurista Jiménez de Asúa nos dice que se ha debatido mucho si el aborto honoris causa entra dentro del estado de necesidad, o si queda fuera de él. Como es el caso de la madre que se procuró el aborto para salvar el propio honor, según este autor este problema debe plantearse de otro modo al no poderse encuadrar dentro del estado de necesidad, pues piensa que es un caso sentimental que se refiere a la no exigibilidad de otra conducta, es decir a la esfera de la culpabilidad, ahora bien Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que doctrinariamente, dentro de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta encuadra en forma perfecta el aborto honoris causa acción superior al deber de no delinquir, originándose al aspecto negativo de la culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

Se trata indudablemente de salvar el honor sexual por lo que Raniere nos dice que la atenuante pueda ser aplicada es necesario que el fin de la conducta sea el de salvar el honor o más bien dicho de evitar el deshonor pero su aplicación se necesita que la mujer no haya sido difamada en su moralidad sexual ya que de lo contrario no habría una honestidad que salvar.

1.- Las particularidades del aborto consentido por móviles de honor tenemos que "es un delito especial privilegiado porque se forma agregando al tipo fundamental o básico otro requisito teniendo vida autónoma.

2.- Contiene un elemento esencial especial psíquico consistente en la existencia de motivos particulares; abortar por móviles de honor.

3.- Por tanto no puede hablarse de un aborto culposo por móviles de honor, en cuanto que el móvil de honor implica forzosamente la intención.

4.- La mujer que consiente en el aborto, solamente puede ser la que esta embarazada, pero que obra por móviles de honor⁵⁰

LA INCULPABILIDAD.

Se puede presentar en el aborto consentido el aspecto negativo de la culpabilidad por error de licitud en el estado de necesidad putativo y por no exigibilidad de otra conducta.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

En el caso del aborto consentido no concurren condiciones objetivas de punibilidad y por lo tanto tampoco un aspecto negativo.

⁵⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO Ibidem, pag 233.

PENALIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La pena dependerá de la clase de aborto consentido el artículo 330 del Código Penal para el D.F., señala de uno a tres años de prisión para el que realice el aborto con consentimiento de la mujer en cinta y en el aborto consentido honoris causa establece en el artículo 332 que se impondrá a la madre que consienta en que otro la haga abortar la pena de seis meses a un año de prisión.

En el aborto consentido sin móviles de honor establecido en la segunda hipótesis del artículo 332 establece una penalidad de uno a cinco años de prisión.

Además se establece una penalidad adicional para el tercero que practique el aborto si es facultativo médico cirujano, comadrona o partera, que consiste en la suspensión de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión establecido en el artículo 331 del Código Penal.

Por lo que se refiere a la excusa absolutoria existen autores que como Celestino Porte Petit nos dice que no funciona la excusa absolutoria, pero sin embargo en el aborto por violación si funcionan las excusas absolutorias.

TENTATIVA.

El delito de aborto consentido se admite la tentativa pues se pueden realizar todos los actos encaminados a producir la muerte del producto de la concepción y por causas ajenas a la del sujeto activo del delito no se llegue al resultado deseado.

CONCURSO DE DELITOS.

Se puede presentar tanto el concurso real como el concurso ideal.

PARTICIPACION.

Se puede presentar la autora intelectual, la autoría material, la coautoría y la complicidad.

ABORTO PROCURADO.

Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el art. 332 del Código Penal, mismo que establece se impondrá de seis meses un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto si concurren estas tres circunstancias.

- I.- Que no tenga mala fama.
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo.
- III.- Que este sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de estas circunstancias se le aplicaran de uno a cinco años de prisión.

Aborto procurado también llamado propio o autoaborto, y que es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, llevado a cabo por la propia mujer, ya que ella misma es la que se aplica los medios abortivos.

En función de su gravedad. Es delito porque se encuentra contemplado en el artículo 329, 332, del Código Penal, según la forma de conducta del sujeto activo es de acción o de omisión.

Es material porque del resultado que deja es externo que en este caso de aborto sería la muerte del producto de la concepción misma que depende de la conducta criminosa.

POR EL DAÑO QUE CAUSA.

Es de lesión porque causa un resultado externo directo y afectivo en el bien jurídico protegido que en este caso es la vida del producto de la concepción.

POR SU DURACION.

Es instantáneo porque la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento ya que el delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos, porque tan pronto se produce la destrucción del bien jurídico tutelado que en éste caso la vida del producto de la concepción, se agota por el elemento subjetivo o culpabilidad.

Es doloso porque existe una voluntad consiente del sujeto activo para realizar el hecho típico y antijurídico, es típico porque se encuentra descrito en el Código Penal y es antijurídico porque va en contra de lo ordenado por la ley.

POR SU ESTRUCTURA O FUNCION.

Es simple porque la lesión jurídica es única, que en este caso sería la vida del producto de la concepción que es el bien jurídico protegido.

POR EL NUMERO DE ACTOS.

Es unisubsistente porque para la realización de un solo acto constituye un delito y es pluñsubsistente porque se puede dar el caso en que sean varios los actos que lo constituyen como lo es el caso de que este tomando alguna substancia química por varias ocasiones.

POR EL NUMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN.

Es unisubjetivo porque para la consumación del delito de aborto procurado el tipo requiere solo de la ejecución por parte de la mujer para su integración.

POR LA FORMA DE PERSECUCION.

Es de oficio.

Por la materia.

Es del fuero común

ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE ABORTO PROCURADO.

La conducta de este tipo de delito de aborto procurado puede presentarse el comportamiento humano voluntario en su doble aspecto positivo y negativo, es decir de acción y de omisión como quedo establecido en la clasificación en orden a la conducta pudiéndose realizar el aborto por movimientos corporales del agente que en este caso lo será la propia mujer embarazada, o por el empleo de los medios idóneos para procurarse ilegalmente el aborto o por una inactividad en el caso de la omisión, se realiza por comisión por omisión cuando deja de hacer lo que debiera hacerse para evitar que se produzca el aborto.

Los medios empleados para este tipo de aborto son los físicos, químicos y morales.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Puede presentarse el aspecto negativo de la ausencia de conducta en el caso que no exista el delito de aborto procurado, puede presentarse cualquiera de las hipótesis, ya sea fuerza física exterior irresistible o vis absoluta, así como el caso de fuerza mayor o vis mayor o bien movimientos reflejado.

TIPICIDAD.

Para la integración de la tipicidad se requiere que el hecho, o sea la muerte del producto de la concepción realizada por la propia mujer embarazada sobre sí misma. Se adecua a lo establecido en el artículo 332 del Código Penal.

Los elementos que integran la tipicidad y que deben probarse para su existencia son:

- 1.- El bien jurídico protegido en el delito de aborto procurado.

Así como en el aborto consentido el bien jurídico tutelado es la vida del producto de la concepción lo es también en el aborto procurado, pero hay autores que consideran, que no es la vida del producto de la concepción, si no que también lo es la paternidad, o sea el derecho que tiene el padre a la descendencia, así como también el interés demográfico de la colectividad.

EL OBJETO MATERIAL.

El objeto material en el delito de aborto procurado es la vida del producto de la concepción.

SUJETOS EN EL ABORTO PROCURADO.

De acuerdo a que el delito del aborto procurado solo requiere de la presencia de la mujer es indudable que solo existe el sujeto activo que es la mujer, pero existen autores que consideran que el sujeto pasivo es el propio producto de la concepción, pues además de ser el objeto material, es sobre el en quien recae la acción delictuosa.

ATIPICIDAD.

En este tipo de delito pueden presentarse la atipicidad por falta de objeto material o bien tutelado, es decir que la mujer no se encontrara embarazada, que estando, el producto ya estuviera muerto al aplicar los medios o que los medios para producir el aborto no fuera las idóneos y por consecuencia no se producirá la muerte del producto de la concepción y en tal caso solo estaríamos ante una tentativa de aborto.

ANTI JURICIDAD.

Siendo típico el aborto procurado y no estando protegido por ninguna causa de justificación entonces será antijurídico.

Es decir que para que sea punible un acto este debe ser contrario a derecho, por lo tanto el aborto procurado constituye delito solo cuando el hecho que lo produce sea legítimo, esto es que la antijuricidad en el aborto procurado es la violación o valor protegido por la ley que sería privar de la vida al producto.

Pero la única causa de justificación sería la del estado de necesidad o sea el aborto terapéutico, esto es cuando se encuentra en peligro la vida de la mujer y la del producto de la concepción.

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Para que un sujeto sea culpable del delito de aborto procurado debe de ser imputable, esto se debe tener la capacidad de querer realizar el acto y de entender que la realización de ese acto es ilícito.

La inimputabilidad puede presentarse al establecerse cualquiera de los casos previstos en el artículo 15, Fracción II.

CULPABILIDAD.

Como la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, es dable solo el dolo directo ya que el resultado que sería la muerte del producto coinciden con el propósito del sujeto activo.

INCULPABILIDAD.

En el aborto procurado puede presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad por error de licitud, o por el caso de estado de necesidad o bien por la no exigibilidad de otra conducta en el caso de aborto procurado por causa de honor.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

En el aborto procurado no se presentan las condiciones objetivas de punibilidad en consecuencia tampoco su aspecto negativo.

PUNIBILIDAD.

En el aborto procurado en su art. 332, del Código Penal establece la punibilidad o penalidad en dos supuestos, así tenemos que para el aborto procurado con móviles de honor establece una pena de seis meses a un año de prisión y para el aborto sin móviles de honor se establece en la parte final del art. 332, del citado Código Penal una pena de uno a cinco años de prisión.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Algunos tratadistas consideran que en el aborto procurado no existen las excusas absolutoria, pero sin embargo hay quienes consideran que si existe en el caso del aborto cuando el embarazo es resultado de una violación.

TENTATIVA.

Existe la tentativa en el aborto procurado ya que la mujer puede realizar todos los actos encaminados a producir la muerte del producto y por causas ajenas a ello no se llegue al fin deseado.

ABORTO SUFRIDO.

El aborto sufrido se encuentra contemplado en el art. 330 del Código Penal, mismo que establece "al que hiciere abortar a una mujer 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"⁵¹

⁵¹ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Lot. Cit, pag 254.

Del anterior artículo vemos que se desprenden dos tipos de aborto sufridos, el que es sin violencia y el aborto sufrido con violencia.

CONCEPTO DEL ABORTO SUFRIDO.

El aborto sufrido es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez sin el consentimiento de la mujer embarazada.

CLASIFICACION DEL ABORTO SUFRIDO.

En función de su gravedad.

Es un delito ya que se encuentra contemplado en el art. 330 del código Penal.

Según la forma de la conducta del sujeto activo.

Es de acción o de omisión, es de acción cuando el sujeto activo del delito realiza los actos o aplica los medios encaminados a producir la muerte del producto de la concepción, y es de comisión por omisión en cuanto al agente o sujeto activo, omite la realización de cuanto fuere posible para evitar el aborto sin el consentimiento de la mujer embarazada o bien mediante violencia física o moral.

DE ACUERDO AL RESULTADO.

Es material porque deja un resultado externo que en el caso de aborto sufrido sería la muerte del producto de la concepción que depende de la conducta criminosa del sujeto activo.

POR EL DAÑO QUE CAUSA.

Es de lesión porque causa un resultado externo directo y afectivo en el bien jurídico tutelado que en este caso sería la vida del producto.

POR SU DURACION.

Es instantáneo porque la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, ya que el delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos, porque tan pronto se produce la destrucción del bien jurídico tutelado que en éste caso sería la vida del producto de la concepción, se agota.

POR EL ELEMENTO SUBJETIVO O CULPABILIDAD.

Es doloso porque existe una voluntad conciente del sujeto activo para realizar el hecho típico y antijurídico. Es típico porque se encuentra descrito en el Código Penal, y es antijurídico porque va en contra del derecho.

POR SU ESTRUCTURA O FUNCION.

Es simple porque la lesión jurídica es única que en este caso sería la vida del producto de la concepción, que es el bien jurídico protegido.

POR EL NUMERO DE ACTOS.

Es unisubsistente porque para la realización de un solo acto constituye por si solo un delito.

POR EL NUMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN.

Puede ser unisubjetivo o plurisubjetivo, dependiendo de la cantidad de sujetos que intervengan en la comisión del delito.

POR LA FORMA DE PERSECUSION.

Es de oficio por la materia.

Es del fuero común.

ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE ABORTO SUFRIDO.

LA CONDUCTA.

En este tipo de aborto que se presenta cuando la mujer es la víctima, puede presentarse el comportamiento humano en su doble aspecto el de acción y el de omisión, como ya quedó establecido en la clasificación en orden a la conducta, pudiéndose realizar el aborto sufrido por movimientos corporales del agente o sujeto activo, o bien por el empleo de los medios idóneos para procurarse el aborto ilegal a la mujer embarazada, también puede ser producido por la inactividad en el caso de la omisión, cuando el sujeto activo deja de hacer lo que debería para evitar que se produzca el aborto.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Aquí puede presentarse el caso de que no exista delito cualquiera de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta como lo es la fuerza física exterior irresistible o vis absoluta, la causa de fuerza mayor o vis mayor y los movimientos reflejos.

TIPICIDAD.

Para la integración de la tipicidad, se requiere que la muerte del producto de la concepción se de en ausencia del consentimiento por parte de la madre, esto es que se adecue a lo establecido por el art. 330 del Código Penal parte final.

Los elementos de la tipicidad y que deben comprobarse para su integración son tres:

1.- El bien Jurídico.

En el aborto sufrido el bien jurídico protegido es la vida del producto de la concepción y el derecho a la maternidad.

EL OBJETIVO MATERIAL.

el objeto material en el delito de aborto sufrido es el producto de la concepción, así como también la mujer embarazada que ve frustrada la esperanza de la maternidad.

SUJETOS.

El sujeto activo es en primer término aquel que lleva a cabo el aborto, es decir la tercera persona que interviene aplicando los medios adecuados para producir el aborto.

De acuerdo al número de personas que lo integran puede ser bien uno solo o varios los que lo realicen.

SUJETO PASIVO.

Los sujetos pasivos en el aborto sufrido son dos uno el producto de la concepción y otra la madre que ve frustrada su maternidad.

ATIPICIDAD.

Esta figura puede presentarse por falta del objeto material que sería el producto de la concepción, es decir que la mujer no se encontrara embarazada o ya sea que los medios utilizados para producir el aborto no fueran las idóneas, por lo que se dará una tentativa de aborto en otras palabras la no integración de la conducta al tipo establecido en el art. 330 parte final del Código Penal, o bien porque el producto de la concepción ya haya estado muerto al momento de realizar la maniobra abortiva.

ANTI JURICIDAD.

Siendo típico el hecho y no estando afectado por alguna causa de justificación, esto es que para que sea punible el acto debe ser ilegítimo por lo consiguiente el aborto sufrido se constituye es decir que la antijuricidad sería la privación de la vida al producto de la concepción así como también el derecho a la maternidad.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

En el aborto sufrido nos encontramos en el aspecto negativo al establecer el art. 334 el aborto terapéutico, teniendo en cuenta que el aborto debe llevarse a cabo sin el consentimiento de la mujer, pues la propia ley lo deja a criterio del médico que la atiende oyendo la opinión de otro médico.

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Para que la persona que comete el delito de aborto sea culpable debe ser imputable, para esto se debe tener la capacidad de querer realizar el acto o entender que su realización es ilegítima.

En relación a la inimputabilidad el sujeto deberá de encontrarse siempre en la hipótesis previstas en la fracción II del art. 15 del Código Penal.

CULPABILIDAD.

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto en consecuencia se presenta solo el dolo directo ya que el resultado que sería la muerte del producto coincide con el propósito del agente o sujeto activo.

IN CULPABILIDAD.

En el aborto sufrido puede presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad que es la inculpabilidad por error de tipo o error de licitud, o sea un estado de necesidad putativo.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

En este tipo de aborto no existen las condiciones objetivas de punibilidad y por consiguiente tampoco su aspecto negativo.

PUNIBILIDAD.

La penalidad del aborto sufrido contemplado en el art. 330 del Código Penal, se presenta en los supuestos.

Para el aborto sufrido cuando falte el consentimiento de la mujer y sin violencia la prisión será de 3 a 6 años y si mediare violencia física o moral la prisión será de 6 a 8 años. Pero además el art. 331 establece una pena para el tercero que practique el aborto, esto es que si el aborto lo practica un médico, comadrón o partera se le suspenderá de su profesión de dos a cinco años.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En el aborto sufrido no existen excusas absolutorias aspecto negativo de la punibilidad.

TENTATIVA.

En el delito de aborto sufrido se admite la tentativa ya que se pueden realizar todos los actos encaminados a producir la muerte del producto y por causas ajenas al sujeto activo no se da el resultado deseado.

CONCURSO DE DELITO

Pueden presentarse tanto el concurso real como el concurso formal.

PARTICIPACION.

Se puede presentar la autoría intelectual, la autoría material, la coautoría y la complicidad.

Por otro lado tenemos a los tipos de aborto no penados y estos son el aborto terapéutico, aborto culposo o por imprudencia de la mujer y el aborto que proviene del delito de violación.

El estado considera que estos tipos de aborto no deben de estar penados ya que no constituyen delito por estar la presencia de algún aspecto negativo de delito.

Aborto Terapéutico, este tipo de aborto se establece en el artículo 334 del Código Penal mismo que establece "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 fuere posible y no sea peligrosa la demora"⁵²

En este tipo de aborto se menciona que existe un conflicto de intereses protegidos por el derecho mismo que son por una parte la vida del producto de la concepción y por otra la vida de la mujer embarazada, y el conflicto surge cuando a juicio del médico que le sirve o asiste considera que la madre corre peligro de muerte si no se le llegará a practicar el aborto, como vemos el legislador resuelve este problema, estableciendo el artículo 334 en el cual deja a juicio del médico oyendo la opinión de otro médico que resuelva el problema sobre la continuación interrupción del embarazo.

Una de las situaciones de necesidad resueltas por un tercero es el aborto terapéutico, cuando una mujer embarazada se haya aquejado de una dolencia incompatible con el embarazo (tuberculosis, infecciones renales), el médico puede suspenderlo sin responsabilidad estos casos conocidos son teóricamente con el título de estado de necesidad, constituye una causa justificante que se define diciendo: situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegido.

⁵² CODIGO PENAL PARA EL D.F. Ob Cit. Pag 93

"La estimación de la vida de la madre y del niño se presentan con urgencia en los aborto propiamente dichos".⁵³

Hay autores que piensan que el consentimiento debe ser otorgado por propia mujer o sus familiares pero el Código Penal, deja a juicio del médico ya que es facultativo que tiene conocimientos y que solo él es quien sabe el peligro en que se encuentra la madre y él decidirá si prosigue el embarazo o no. Francisco Pavón Vasconcelos dice "De las causas de justificación recogida en nuestra legislación se puede presentar, el estado de necesitada, a esta justificación se refiere el artículo 334 del Código Penal al no sancionar el aborto terapéutico practicado ante la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada. El conflicto de bienes surgidos por motivos de la situación de peligro que caracteriza el estado de necesidad, entre la vida transitoria del producto y la de la futura madre, se resuelve en la ley mediante el criterio de preponderancia de interés admitiendo la responsabilidad de sacrificar el bien menor".⁵⁴

Aborto culposo o por imprudencia de la mujer a este tipo de aborto lo encontramos establecido en el artículo 333 del Código Penal mismo que establece No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada.

Como podemos dar cuenta en este tipo de aborto el legislador considera no someter a proceso penal ni sancionar a la mujer que por su torpeza o imprudencia sería injusto reprimirla.

Se ha pensado que solo en casos excepcionales existe motivo fundado para excusar de pena a la mujer que por su propia imprudencia se produce su propio aborto y en ellos el espíritu del legislador indica como origen de excusa, la circunstancia de que la mujer es la primera en lamentar el hecho frustrativo de sus esperanzas de maternidad, resultando injusto

⁵³ JIMENEZ DE ASUA LUIS, Ibidem, pag 318

⁵⁴ PAVON VASCONSELOS FRANCISCO, Ob Cit, pag 341.

agregar el dolor, motivo de la pérdida del fruto en perspectiva, el escándalo y la vergüenza de un proceso y de la aplicación de una pena

Existe un conflicto en este precepto de acuerdo a la interpretación realizada por los diferentes tratadistas, pero la mayoría coincide en señalar que la frase solo por imprudencia de la mujer, debe interpretarse en que la mujer no haya tenido ni la más remota intención en que el aborto se produzca de tal manera que si junto con la madre coexiste la imprudencia de un tercero, el aborto no será punible pues la excusa absolutoria abarca también al tercero.

Pudiera darse la imprudencia del tercero conjuntamente con la mujer embarazada no por ello será punible el aborto, pues la excusa absolutoria esta configurada en la ley en consideración con la maternidad involuntariamente frustrada.

Otro tipo de aborto no penado es el que proviene del delito de violación.

A este tipo de aborto, lo encontramos contemplado en la segunda parte del artículo 333 del Código Penal, en donde dice no es punible el aborto, cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Este tipo de aborto puede presentarse como aborto consentido o aborto procurado pero en ningún momento como aborto sufrido ya que si no existe la voluntad de la mujer va en contra de la ley ya que la mujer es la que va a decidir si se practica o no el aborto, pero también puede darse el caso de que la mujer sea menor de edad, retrasada mental o idiota, es cuando le corresponde al representante legal dar autorización para la práctica del aborto.

los linfocitos T4 infectado, siendo pues el virus meramente indirecto en la destrucción de dichos linfocitos.

En favor de esta hipótesis se observa en los enfermos de SIDA reacciones autoinmunitarias, como la presencia de anticuerpos, en fin el virus puede multiplicarse en linfocitos inmaduros de la Médula Osea, probablemente impedir así la regeneración de las células T4 destruidas.

Mc. Graw Hill anuncia que a un no se conoce con precisión lo que ocurre cuando el virus penetra en el organismo de un individuo, ni cuales son las células que se infectan es muy posible que cambie dependiendo de la vía de entrada del virus, si penetra directamente al torrente circulatorio como en el caso de las transfusiones sanguíneas o si lo hace a través de las mucosas.

La progenital viral replicada en estas células del síndrome y linfocitos T4 cooperadores y T. efectoras. La disminución progresiva de estos linfocitos determinará al humano deficiencia celular característica de los pacientes con SIDA desarrollándose entonces la enfermedad.

El provirus integrado ADN de la célula infectada puede permanecer latente, silencioso, durante un tiempo variable hasta que algún cofactor lo active y se inicie con ello reapiación viral entonces el individuo pasa de la fase de portador asintomático a la fase clínica inicial como compleja relacionada al SIDA. Aún no se conocen los factores que activan al provirus latente induciendo a la multiplicación viral, pero existe evidencia epidemiológica y clínica que indican en diferentes agentes incluyendo a las toxinas y a los virus del herpes, de citomegalovirus del hepatitis, de la leucemia, etc., son capaces de lograr el desarrollo del virus del VIH, así como a la enfermedad⁵⁰

⁵⁰ MC GRAW HILL, Diccionario, Enciclopedias de Ciencias, 4ª edición, Editorial Mc Graw, 1987, México, pags 1529 y 1554.

Como vemos al diagnóstico de la infección es sinónimo de muerte, sin embargo la infección en adultos indica que la infección por el VIH es usualmente crónica y que diez años después de la infección el cuarenta y ocho por ciento ha desarrollado la enfermedad y el cincuenta y dos por ciento permanecen asintomáticos.

En la actualidad no se puede precisar que todo infectado por el VIH, desarrollará la enfermedad, por otra parte tenemos que una vez detectado el SIDA la vida, promedio es de 2 años con grandes variaciones por lo que la supervivencia promedio en adultos a partir de la infección por el VIH es de 12 años, pero habiendo la posibilidad de que este esquema se amplíe con diversos esquemas terapéuticos.

4.5.- SINTOMAS DEL SINDROME DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA.

Los síntomas en esta enfermedad son muy variables, estas se encuentran en relación con las diferentes infecciones o con los tumores que es posible encontrar y también son su localización en el organismo.

Así tenemos que se presenta una fiebre a los 38 grados centígrados que evoluciona en forma prolongada o reducida, se presenta un adelgazamiento que se sobrepasa más del 10% del peso inicial del enfermo, estas son las formas más frecuentes.

Hay ciertos organismos que se infectan con mayor facilidad que otros y presentan ciertos síntomas propios, dentro de ellos encontramos a los pulmones que resultan afectados en por lo menos un 90% de los casos de SIDA, de un momento a otro de la evolución de la enfermedad. La neumocistosis inicia la enfermedad en alrededor del 50% de los casos, así mismo se presenta una tos seca y persistente acompañada de una dificultad respiratoria

llamada disnea; ésta representa la versión más frecuente de la infección pulmonar, en el caso de una neumocistosis, los síntomas pulmonares no pueden observarse y el diagnóstico no puede afectarse si no en presencia de una prolongada fiebre.

El sistema nervioso y el cerebro. Los dolores de cabeza pueden ser índice o de una meningitis debida a ciertos hongos o a ciertos virus. Un daño ocasionado por una infección o por un tumor del cerebro puede ocasionar problemas de lenguaje, problemas de conducta, problemas psiquiátricos que pueden llegar hasta la demencia y parálisis hay un daño a los ojos debido al citomegalovirus ocasionando problemas de vista que pueden llegar hasta la ceguera de un ojo o de ambos, la investigación de este tipo de agresiones del HIV dirigidas al cerebro se efectúa mediante una punción para extraer el líquido lumbar y por medio de un examen con Scanner.

En el aparato digestivo, el síntoma que se observa con mayor frecuencia es la diarrea, muy variable en cuanto a la cantidad, que puede llegar a varios litros de evacuaciones líquidas cada día, esto puede ocasionar un estado de desnutrición y un considerable adelgazamiento en cuestión de días, la brusquedad del germen responsable se lleva a cabo mediante el análisis de las evacuaciones, en las cuales se trata de encontrar parásitos o microbios.

Si este examen resulta negativo, entonces será necesario tomar algunas muestras a nivel intestino y del colón, por medio de un examen endoscópico, esto quiere decir que se introduce un tubo que permite ver directamente.

En algunos casos raros puede tratarse de dificultades dolorosas de la deglución y en ocasiones de repetidos vómitos en estos casos se trata de una infección del esófago debida a ciertos hongos (cándida), esto puede descubrirse con ayuda de un tubo que permite observar directamente la mucosa del esófago.

La mucosa se trata de la boca o de las de órganos genitales o del ano, que quizá tenga que ver con ciertas infecciones causadas por hongos que se desarrollan a nivel de la boca un algodoncillo, esto es un depósito de membranas redondeadas y de color blancuzco sobre la lengua y del paladar la infección causada por virus engendra ulceraciones crónicas a veces profundas debidas al virus herpes o leucoplasias, es decir una especie de verrugas situadas sobre la lengua, esas debidas al virus Epstein Barr. Hay otros tumores que también pueden observarse a nivel del paladar o de las encías, casi siempre se trata de tumores de Kaposi.

La piel en este sitio se encuentran regularmente los tumores de Kaposi y estos presentan algunas manchas diseminadas sobre el cuerpo, o también abarca la totalidad del revestimiento cutáneo, también se observan ciertas infecciones virales, como son ulceraciones crónicas del herpes, varicela, o un tipo de herpes zoster, diseminado, hay también reacciones alérgicas o hay ciertos medicamentos que contienen sulfamidas, causan reacciones de este tipo en más del 50% de los casos así pues vemos que los medicamentos causan susceptibilidad.

En la mayor parte del tiempo estas reacciones se traduce en una erupción rojiza de la piel que causa comezones que desaparecerán en cuestión de días se continua un tratamiento, y en casos raros, estas reacciones pueden ser muy severas, con la formación de ampollas en la piel, la aparición de pequeñas verrugas llamadas moluscos, que son la consecuencia de la infección producida por un papilomavirus también se observa una resequedad en la piel, sin que hasta la fecha se haya encontrado una explicación en cuanto a su origen.

4.6.- FORMAS DE TRANSMISION DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA.

"En cuanto a lo que se refiere a los canales de contagio cabe mencionar el trato sexual, el sanguíneo, por vía de transfusiones, trasplantes, inyecciones, odontología y demás la transferencia de progenitora a hijo y por infección de placenta durante la etapa fetal o la del torrente sanguíneo durante el alumbramiento o de secreciones de órganos sexuales o mamarios de la madre⁶⁰.

Por vía sexual este se presenta cuando existe intercambio de líquidos corporales tales como semen, secreciones vaginales y sangre, entre una persona infectada y otra sana ya sea entre homosexuales o heterosexuales esta forma de transmisión va aumentando conforme al número de parejas que se vaya teniendo.

Por transfusión sanguínea, esta forma se presenta cuando un donador infectado de SIDA dona sangre a un individuo sano, también se presenta cuando se utilizan agujas no esterilizadas que contengan el virus.

Otras de las formas de transmisión es la perinatal, en donde una madre con VIH puede contagiar a su hijo durante el embarazo el parto o menos frecuente en la lactancia a través de la leche.

El VIH, solo puede transmitirse a través de alguna de estas formas que son directas por lo que toda persona que se exponga así corre grave riesgo de contraer este mal.

⁶⁰ ZUCHERINO RICARDO MIGUEL, El Sida frente al Derecho y la humanidad, El caso Maldonado Quiroga, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1992, pag 54

Como vemos la vida sexual representa la forma más frecuente de contagio en todo el mundo y que es la más difícil de detener por que se encuentran involucrados hábitos y conductas profundamente arraigadas que involucran con lo más íntimo del ser humano que es su sexualidad, se sabe que el riesgo aumenta de manera proporcional al número de coitos con personas infectadas, este contagio va a depender de la concentración del virus en los fluidos corporales, del volumen y del tipo de práctica sexual que se tenga.

Las heridas son idóneas para que el virus penetre al organismo, ya sea en el pene, la vagina, el recto o la boca, se dice que es frecuente que durante el coito anal se dañe la mucosa que cubre el recto, provocando con esto laceraciones en este, y en el pene que penetra, de tal manera que las secreciones sexuales pueden quedar en contacto con las partes lesionadas permitiendo la entrada del virus.

4.7.- LEY GENERAL DE SALUD.

La Ley General de Salud señala como enfermedad transmisible al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) para lo cual establece que la Secretaría de Salud llevará a cabo programas o campañas temporales o permanentes para la erradicación de esta enfermedad ya que es un problema real y potencial, e igualmente señala que "será obligatoria la notificación inmediata a la autoridad sanitaria mas cercana de los casos en que se detecte la presencia del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de anticuerpos de dicho virus en alguna persona"⁶¹ ya sea por personas que ejerzan la medicina o que realicen actividades afines, así como los laboratoristas o encargados de unidades médicas, etc.

⁶¹ LEY GENERAL DE SALUD, Editorial Sistas, S.A. DE C.V., México 1996, pag 34

Así el artículo 134 de la Ley General de la Salud que forma parte del capítulo II de la misma, relativo a las enfermedades transmisibles establece en su parte conducente: la Secretaría de Salud y los gobiernos de las autoridades federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia realizarán actividades de vigilancia, epidemiología, de prevención y control de la siguiente enfermedad del síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA, las demás que determina el consejo de salubridad, los tratados y convenios internacionales.

Las minas para la prevención y control de las enfermedades transmisibles y degenerativas como el VIH también deberán ser observadas por los particulares y no exclusivamente por las instituciones de salud u organismos afines cuyo objetivo sea la información a la comunidad para evitar estos males.

El artículo 139 de la Ley General de Salud establece las medidas de prevención y control de las enfermedades transmisibles serán:

- 1.- La confirmación de la enfermedad por medios clínicos disponibles.
- 2.- El aislamiento.
- 3.- La observación.
- 4.- La aplicación de sueros y vacunas.
- 5.- La descontaminación microbiana o parasitaria.
- 6.- La destrucción o control de vectores reservorios y fuentes de infección.
- 7.- La inspección de pasajeros que puedan ser portadores.
- 8.- Las demás que determine la Ley.

La prevención y control de enfermedades como el SIDA no sólo recae en las autoridades sanitarias sino en todas aquellas que tengan conocimiento de ella, tendrán la obligación de combatirlas coordinándose con la Secretaría de Salud, en base a las normas técnicas que dicte la misma y de acuerdo a las medidas que estime necesarias.

La Secretaría de Salud coordinara sus actividades con otras dependencias federativas o estatales para la investigación, prevención y control de las enfermedades transmisibles, según lo dispone el artículo 141 de la Ley General de la Salud.

Los particulares, profesionistas, técnicos y auxiliares de la salud tienen el deber de tomar las medidas indispensables para evitar la propagación de las enfermedades transmisibles aplicando todos los recursos a su alcance para salvaguardar la salud individual y colectiva del país.

Por otra parte los derechos de los individuos afectados por una enfermedad transmisible como el SIDA también se encuentran enunciados en esta Ley de la Salud, donde en su artículo 51 prescribe. Los derechos que tendrán los usuarios de los servicios de la salud para obtener prestaciones médicas oportunas, de calidad idónea con la atención profesional y ética responsable bajo un trato respetuoso.

Estos derechos son el resultado derivado de la garantía individual que contemplada en el artículo 4° Constitucional que reglamenta esta Ley ordinaria en beneficio de todos los gobernados incluyendo entre ellos a los enfermos de SIDA, los cuales disfrutaran de un trato digno por parte de los trabajadores de la salud, quienes los deberán atender oportunamente y con responsabilidad, evitando la propagación del virus a terceras personas como son cónyuges e hijos quienes son los más propensos a adquirir esta enfermedad realizando los estudios clínicos para detectar el virus y en su caso evitar la procreación de individuos afectados con este mal, proporcionándole la información necesaria para la toma de decisión en caso de concepción, disminuyendo así el nacimiento de personas infectadas de SIDA.

La mujer tarda cuando mucho un mes y medio en darse cuenta de que se encuentra embarazada ; en el caso de la mujer infectada de SIDA, esta sabe de antemano que el producto de dicha concepción tiene muchas posibilidades de nacer infectado, por lo que cuenta con un período de mes y medio, es decir un lapso de 45 días para poder determinar si aborta o no. Se considera el mejor tiempo de gestación para abortar, ya que existe un menor riesgo sobre la salud de la mujer y un menor sufrimiento en el producto si se equipara en caso de nacer infectado de SIDA.

5.5.- LA ADECUACION DE LA NORMA A LA REALIDAD SOCIAL.

En nuestra Legislación Penal Mexicana, no se encuentra regulado el aborto por causa del SIDA, ni mucho menos se alude a este supuesto a pesar del alto índice de casos que actualmente se han dado, en la sociedad mexicana; es por eso que el Código Penal para el D.F. se encuentra rezagado frente a la realidad social, careciéndose de los instrumentos jurídicos necesarios, para resolver las cuestiones legales que conlleva practicar la interrupción del embarazo cuando el producto de la concepción se encuentra infectado por el VIH, o la madre corre el peligro de desarrollar más rápidamente el SIDA y en personas que lo sufrén agravarían aún más esta enfermedad, acortando su vida. Por lo tanto es evidente la necesidad de normar el aborto por causa del VIH, a efecto de dar seguridad jurídica, tanto a la mujer infectada, como a las personas que van a intervenir en el desarrollo de cierta conducta, evitando ser sancionadas por los órganos del estado y sus leyes penales, a través de las disposiciones expresas en el Código Penal para el D.F. que contemplen la despenalización de los sujetos activos que lleven a cabo las maniobras abortivas, dentro del capítulo VI del Título Décimo Noveno relativo a delitos contra la vida e integridad personal, logrando con ello la certeza del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, y la no aplicación de las penas privativas de libertad y suspensión del ejercicio de su profesión, tratándose de médicos, cirujanos, comadrón o parteras cuando practique la expulsión del feto infectado por el VIH.

Al regular el aborto por causas del SIDA, el legislador trasladaría nuestras garantías individuales plasmadas en los artículos 4° y 14 de la Constitución Política del país a la legislación secundaria, en cuanto a que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y de que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por la Ley exactamente aplicable al delito de que se trate, es decir, las maniobras abortivas tendrían como único fin la protección de la salud de la madre y de la sociedad así como de no sufrir los sujetos activos pena alguna por analogía o mayoría de razón por posibles confusiones de los diversos tipos de aborto sancionados por la Ley.

5.6.- EL PROFESIONAL QUE DEBERA PRACTICAR EL ABORTO.

Es bien sabido que la cifra negra del aborto se ha incrementado, dado que representa un negocio fructífero para quien lo practica, exponiendo así la salud y hasta la vida de la mujer en muchas ocasiones.

Esto se debe a que la mujer sabe de antemano que el aborto se encuentra sancionado y por miedo de cometer un ilícito, solicita a un médico la práctica clandestina de dicho acto. Cuando se trata de un médico honesto que goza de gran prestigio, difícilmente se prestará a efectuarlo, pues ello implicaría poner en riesgo su reputación e involucrarse en problemas de tipo penal al pasar por alto la prohibición del aborto. Aún teniendo conocimiento del riesgo que corre el producto al haber sido engendrado por una mujer infectada de SIDA no lo practicará.

Las circunstancias anteriormente planteadas frustran las esperanzas de la mujer preñada, sobre la justa pérdida de un ser que esta destinado a sufrir igual que ella, debido a esto se ven en la necesidad de buscar soluciones poco confiables, acudiendo a personas con escasa experiencia y mínimo instrumental para llevar a cabo un aborto tal como es, las comadronas o parteras y en su caso consultorios conocidos como "de mala muerte", donde la

atención médica se da en condiciones insalubres. En casos extremos la madre puede llegar a practicarse el aborto, situación que por ende implica riesgos de trascendencia incalculable como la pérdida de la vida misma.

Debido a todos los peligros a que están expuestos tanto la madre como el producto de la concepción, el Código Penal tendría que establecer que el profesional para llevar a cabo un aborto de una mujer infectada de SIDA y que puede que también el producto se encuentre infectado del mismo mal debe ser un médico titulado, con especialidad en ginecología de igual manera deberá establecerse el lugar para practicarlo y las condiciones de salubridad e higiene en que deberá encontrarse el hospital así como contar con el equipo necesario que se utilizará todo ello con el fin de realizarlo bajo el menor riesgo posible para la salud de la mujer infectada de SIDA que resulte embarazada.

5.7.- REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL ABORTO POR CAUSA DE SIDA

Los requisitos para acreditar que proceda el aborto por causa del SIDA deben ser: certificado médico, en el cual se conste que la mujer efectivamente esta embarazada, igualmente el examen clínico, en el cual se describa la enfermedad, tiempo de la preñez en que se encuentra el producto de la concepción, así como las consecuencias a que se expone el mismo en caso de llegar a nacer de una madre con SIDA.

Los requisitos antes mencionados deben ser indispensables ya que no basta el hecho de que una mujer afirma que esta embarazada e infectada de SIDA y que por lo tanto desea abortar. Para hacer legal y efectiva una certificación en un caso de estos, debe considerarse la adición de un artículo más al Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Décimo Noveno relativo a delitos contra la vida y la integridad corporal, en su capítulo VI "Aborto" para que quede como sigue: No será punible el aborto por causa de SIDA practicado por los sujetos activos que en el intervengan, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

I.- Que se acredite que se encuentra infectada de SIDA la mujer embarazada.

II.- Acreditar el tiempo de la preñez en que se encuentra el producto mismo que no deberá ser mayor de 90 días, a excepción de que la mujer fuera retrasada mental o idiota, el cual deberá ser antes de 180 días .

III.- Que se demuestre que el feto se encuentre infectado del virus, a través del estudio del líquido amniótico.

IV.- Que se practique la interrupción del embarazo por un médico titulado con la especialidad de Ginecología

5.8.- IMPORTANCIA DE LA REGULACION DEL ABORTO EN CASOS DE SIDA.

Como se ha hecho mención anteriormente, nuestro sistema jurídico penal vigente, no contempla nada al respecto al aborto por causas de SIDA, es por eso que surge la preocupación de plantear la posibilidad de regular el aborto en estos casos, pues como ya se dijo en capítulos que precede, una mujer que resulta embarazada y esta infectada de SIDA puede traer al mundo un ser igualmente infectado, asimismo esta se ve en la necesidad de acudir a medios poco confiables para lograr la práctica de un aborto, debido a la falta de apoyo legal que solicita en este caso, arriesgando su salud e inclusive la vida misma

Otra de las razones por las que la mujer infectada desea abortar, se fundamenta en las posibles malformaciones con las que nacerá su hijo. Todo esto resulta de gran trascendencia para tomar en cuenta la posibilidad de que la mujer víctima del SIDA, pueda practicar el aborto en pleno uso del derecho que le otorga la constitución, en los artículos 4° y 14 Constitucional podrá acudir con un médico particular, o una Institución Pública e inclusive al propio CONASIDA, para obtener la información correspondientes y le sea practicado en condiciones óptimas el aborto.

5.9.- REPERCUSIONES SOCIALES Y JURIDICAS.

Las repercusiones sociales que tendría el adicionar otro artículo más al Código Penal regulando el aborto por causas de SIDA. Serían más benéficas que perjudiciales ya que como se ha visto en otros países que han despenalizado el aborto este ha desaparecido casi en su totalidad, obteniéndose así mayores ventajas que inconvenientes ya que se ha demostrado que al no considerarse como un delito y convertirse en un hecho común y corriente se acabaría con la actividad mercantilista de comadrones, parteras y doctores que cobran en exceso su práctica justificándose que se exponen mucho al hacerlo máxime cuando la madre se encuentra infectada de SIDA, ya que este tipo de aborto no se encuentra tipificado por lo tanto estarían infringiendo la ley por lo que pueden ser privados de su libertad.

Otra de las repercusiones sociales importantes es la referente a que las mujeres de mejor posición acudirán a un médico de prestigio o inclusive saldrán de México hacia otro país en que no se sancione el aborto para practicárselo, siendo que una mujer de posición económica baja, por su carencia de recursos acudirá con una comadrona o partera, sin los conocimientos necesarios para la realización del acto y el lugar muy seguramente será insalubre sin el equipo y asistencia médica que necesita una persona infectada de SIDA, lo que es obvio que una mujer sin recursos sufrirá mayores riesgos ella misma y de infectar a otras personas al abortar que una mujer con recursos económicos más o menos elevados, ya que con ello se tendrán los cuidados necesarios para que no muera en el momento del aborto o infecte a otros individuos.

Otra de las repercusiones que tendría la regulación del aborto por SIDA sería la practica de este de una manera controlada por conducto de especialistas con el equipo necesario, se reduciría el número de muertes maternas por abortos mal realizados.

Así también nos damos cuenta de que los niños infectados de SIDA necesitan más asistencia médica y psiquiátrica mayor que la población en general, debido al rechazo de la sociedad de estas personas, y por ello también representan mayores gastos tanto para sus familiares y los sistemas de salud del país. Aunado al hecho de que su calidad y duración de vida es precaria debido a la ausencia de medicamentos que hagan reversible la enfermedad.

Teniendo así la familia conductos antisociales como verse en la necesidad de cometer ilícitos para comprar medicamentos para el enfermo de este mal y no solamente eso, si no también caer en posibles depresiones morales que los llevará hasta matar al niño y suicidarse ellos mismos, lo que se evitaría si la madre pudiera recurrir al aborto sin ningún tipo de presión penal.

Las anteriores consecuencias son agravadas al interior de la familia del enfermo y por las situaciones emocionales negativas que repercuten en ello, al ver minar la salud de sus parientes rápidamente y sin esperanza alguna, lo cual conlleva en muchas ocasiones a la anticipada privación de la vida del enfermo, con el auxilio de sus seres queridos e incluso al suicidio de estos, acontecimientos que bien se podrían evitar con la regulación del aborto por causas del SIDA en los términos y condiciones descritas en el presente trabajo en cuanto a la adecuación de nuestras normas jurídicas penales a la realidad social.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas la regulación del aborto por causas de SIDA traería el pleno ejercicio de nuestras garantías individuales contempladas en los artículos 4° y 14 Constitucional, dentro de nuestra Legislación Penal, otorgando a todo gobernado seguridad jurídica en la interrupción del embarazo por causa del VIH, evitando legalmente el ejercicio de la acción penal en contra de las personas que intervenga, no sancionando dicha conducta, coincidiendo la norma penal al caso concreto.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La vida desde el punto de vista jurídico empieza con la concepción y termina con la muerte, pero es hasta el nacimiento cuando se determina la personalidad jurídica.

SEGUNDA.- Desde el punto de vista sociológico, la vida se conceptúa como lo que somos, pensamos, sentimos y hacemos.

TERCERA.- La concepción se inicia con la unión del elemento reproductor masculino con el femenino, es decir por medio de esta unión se va a formar un nuevo ser en el seno materno, 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 legales respectivos, siendo representado por su madre al sólo tener la capacidad de goce el producto.

CUARTA.- La muerte jurídicamente es la pérdida de la capacidad jurídica de ejercer derechos y cumplir obligaciones, desde el punto de vista social es la culminación de toda persona en la sociedad.

QUINTA.- Aborto significa la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

SEXTA.- El artículo Cuarto Constitucional otorga a las personas el derecho de tener a los hijos que ellos deseen y el espaciamiento que deberá haber entre ellos, así como el derecho a la salud.

SEPTIMA.- El bien jurídico tutelado por la figura del aborto es la protección de la vida del producto durante la preñez del ser en gestación de acuerdo al artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal.

OCTAVA.- El VIH es la enfermedad que afecta la capacidad que tiene el organismo para combatir cualquier tipo de infección.

NOVENA.- El VIH una vez que es adquirido es irreversible y presenta una mortalidad del 100% una vez que se presenta los síntomas más graves.

DECIMA.- El período de incubación del virus del VIH es de aproximadamente diez años y el período de vida a partir de que empieza a desarrollarse es de dos años.

DECIMO PRIMERA.- Las formas de transmisión de SIDA son por vía sexual, transfusiones de sangre, transplante, odontología y de madre a hijo por vía placenta.

DECIMO SEGUNDA.- Es evidente la necesidad de regular en el Código Penal para el D.F. el aborto por causa de SIDA, ya que este se encuentra rezagado frente a la realidad social

DECIMO TERCERA.- El lapso en que debe de practicarse el aborto no deberá ser mayor a tres meses de gestación en casos de SIDA, pues se corre el peligro de que la madre fallezca al momento de realizarse.

DECIMO CUARTA.- Por la materialización de sus garantías individuales contempladas en el artículo 14 Constitucional en la legislación secundaria como es el Código Penal donde se daría la exacta aplicación de la Ley Penal al caso concreto, y se evitaría resolver por simple analogía o mayoría de razón en el caso que nos ocupa.

DECIMO QUINTA.- La persona que debe de practicar el aborto debe ser un médico con especialidad en ginecología y obstetricia.

DECIMO SEXTA.- Al regularse el aborto por causas de SIDA en el Código Penal para el Distrito Federal se deberán establecer también ciertos requisitos como son:

- a) Constancia médica cierta de sufrir la enfermedad del VIH
- b) Certificado médico en el que conste que efectivamente se encuentre embarazada la mujer
- c) Las posibles consecuencias de malformación y precaria salud que va a tener el producto
- d) El tiempo de la preñez para practicar el aborto no debe ser mayor a tres meses.
- e) La persona que practique el aborto debe ser, un médico titulado con especialidad en ginecología.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Alcocer Pozo José Alva Rodríguez Mario, Medicina Legal, conceptos básicos, Primera Edición, Editorial Limusa, México 1993.
- 2.- Azuará Pérez Leandro, Sociología, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México 1977.
- 3.- Cardona Arismendi Enrique, Apuntamientos de Derecho Penal, México, Cárdenas, Editorial 1976.
- 4.- Costa Joaquin, La vida del derecho, Ensayo sobre el derecho consuetudinario, Primera Edición, Editorial Elista SRL Argentina, 1976.
- 5.- De la Barrera Solorzano Luis, El Delito del Aborto, Primera Edición, Editorial Miguel Angel Porrúa, México 1991.
- 6.- Ely Chinoy, Introducción a la Sociología conceptos básicos y aplicables, Ediciones Pargas Traducción Dario Julio Canten, 39 Edición en México 1985.
- 7.- Enciclopedia del Derecho de la Familia, Tomo I, Directores Carlos A.R. Lagomarsino, Marcelo V. Saleimo, Coordinador, Jorge Uriarte, Editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1986.
- 8.- Escriche Joaquin, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I México 1979.
- 9.- Escriche Joaquin, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Mexicanos por Lic. Antonio de J. Lozano, J. Ballesta y compañía su sucesión, Editores México 1905.

10.- Fontan Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal, tomo IV, Parte Especial Segunda Edición Aboledo Perrat, Buenos Aires.

11.- Garrone José Alberto, Diccionario Jurídico, Aboledo Perrat, Tomo I, Editorial Aboledo Perrot, Buenos Aires Argentina 1986.

12.- Goldstein Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología 3ª Edición Ampliada y Actualizada, Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires 1993.

13.- González de la Vega Francisco, Código Penal comentado, Décima Edición, Editorial Porrúa México 1992.

14.- González de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, Vigésima Quinta Edición, Editorial Miguel Angel Porrúa, México 1991.

15.- Gongora Pimentel Genaro y Acosta Romero Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1992.

16.- Gran Enciclopedia Larousse, Tomo I, Editorial Planeta, S.A. Barcelona 1963.

17.- Jiménez de Asua Luis, Libertad de Amar y Derecho a morir, Ensayo de un criminalista sobre Eugenesia 7ª Edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1984.

18.- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, México Sexta Edición, Porrúa, S.A., México 1984.

19.- Martínez Roaro Marcela, Delitos Sexuales, Sexualidad y Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

- 20.- Mc. Graw Hill, Diccionario, Enciclopedia de las ciencias, Cuarta Edición, Editorial Mc. Graw 1987.
- 21.- Mirko Grmek, Historia del SIDA, Traducción Mastrangelo, Editorial Siglo Veintiuno, México 1992.
- 22.- Padilla Guillermo, El SIDA Información Básica Prited In México 1993.
- 23.- Pavón Vasconcelos Francisco, Lecciones de Derecho Penal, (Parte Especial) Editorial Porrúa, S.A., México 1982.
- 24.- Peart Ma y Armontroug, o The Acquired Inmune Deficiencia rame and Infection of Homosexualidad Edt. York Medical 1989, Traducido por Kursa México.
- 25.- Porte Petit Candaudap Celestino, Dogmática sobre los Delitos contra la vida y la Salud. Personal, Editorial Jurídica Mexicana, México 1972.
- 26.- Quiroz Quaron Alfonso, Medicina Forense Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México.
- 27.- Recanses Siches Luis, Tratado General de Sociología vigésima Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
- 28.- Rozembaum Willy, Primera parte alerta general, Asistencia Pública de París, El SIDA en preguntas, Editoriales S.A. DE C.V., México.
- 29.- Sabate Fernández Edgardo, Filosofía del Derecho, Edición a cargo de Ofelia de Fernández Sabate, Ediciones de Palma Buenos Aires, 1984.

30.- Torres Torija José, Medicina Legal Sexta Edición. Editor y distribuido Francisco Méndez Oteo, Librería de Medicina México 1970.

31.- Willian F. Ogburn y Meyer f. Nlrmkft Sociología Traducción del Inglés José Bugada Sánchez E. Aguilar Edición Española 1971.

32.- Zucherino Ricardo Miguel, El SIDA Frente al derecho y la humanidad, el caso Maldonado Quiroga, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1992.

33.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos McGaw Hill, México 1987.

34.- Código Penal para el Distrito Federal 51ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1994.

35.- Código Civil para el Distrito Federal 63ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1994.

36.- Ley General de Salud, Editorial Sistas, S.A. de C.V., México, 1994.