

879309
34
2eje

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE.

Escuela de Derecho Incorporada a la
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO.
Clave 8793-09.

DESPENALIZACION DEL ABORTO Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO.

Presenta:

JUAN JOSE MIRANDA SALGADO.

Celaya, Gto.

Octubre de 1994.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

**... CON AGRADECIMIENTO
A MI ESCUELA Y MAESTROS.**

**CON CARÍÑO A MIS PADRES,
HERMANOS, ESPOSA E HIJO.**

INDICE.

INDICE .

Pág.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO.- EL DERECHO A LA VIDA.

1.-La presentación del problema.....	4
2.- La vida como valor fundamental.....	9
3.- El derecho a la vida y sus restricciones.....	16
4.- El derecho a una vida digna de ser vivida.....	20

CAPITULO SEGUNDO.- LA DOGMATICA JURIDICA Y EL ABORTO.

1.-Concepto y fijación del bien jurídico tutelado.....	25
2.- Tipos de aborto.....	30
3.- Legislación o liberación del aborto.....	35
4.- El feto como "pars viceserum matris" o "status praenationis".....	41

CAPITULO TERCERO.- DEL ABORTO.

1.- El derecho reproductivo.....	45
2.- Causas por las que la mujer aborta.....	50
3.- La religión y el respeto absoluto del engendro.....	56
4.- Reflexiones sobre el delito de aborto.....	61

CAPITULO CUARTO.- DESPENALIZACION DEL ABORTO Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

1.- Abortos impunes:- necesario, terapéutico, eugenésico, en ejercicio de un derecho.....	65
2.- El desuso de una norma penal.....	75
3.- Despenalización del aborto y la excusa absolutoria.....	78

4.- La despenalización en México. Caso del Estado de Chiapas.....80

CONCLUSIONES.....87

BIBLIOGRAFIA.....90

INTRODUCCION.

INTRODUCCION.

El delito de aborto es sin duda el estudio necesario de una ambivalencia:- la corriente ética y la corriente jurídica, que por cierto, como dos líneas paralelas no van a converger en un punto determinado. El solo título "El aborto y excusas absolutorias" es significativo de una discusión general sobre este ilícito, no se espere que vayamos a apoyar alguna postura sobre favorecer o rechazar el aborto, si en cambio, puede esperarse un planteamiento objetivo y conciso.

Así pues, el trabajo de tesis enmarca cuatro capítulos:- en el primero de ellos, habremos de descubrir desde el punto de vista filosófico lo que para el derecho representa el respeto a la vida humana, sabiendo desde luego, que es precisamente la vida el valor fundamental y sine qua non del destinatario de una norma penal, más no podemos desconocer que ese derecho tiene sus restricciones y limitaciones habida cuenta que ni siquiera el titular puede disponer de su vida misma por cuanto al Derecho importa la preservación de la misma por encima de cualquier circunstancia. Pero también bajo una premisa "el derecho a una vida digna de ser vivida" es la encomienda en este punto.

Para asumir una posición en la problemática del aborto se impone el conocimiento de la trascendencia legal de ese fenómeno, porque aún esta en discusión el dilucidar la objetividad tutelada o bien jurídicamente protegido, bien que sea, la vida de un ser de incipiente formación, bien que sea el derecho a la maternidad, o bien -porque no- el derecho a la paternidad. También es importante descubrir cuales tipos de aborto la legislación reconoce en el agente activo como de mayor antisocialidad, sobre todo por que así es como empiezan a surgir la ideas de despenalizar el aborto, por eso el subtítulo "Legislación o liberación del aborto", terminando con el análisis jurídico del feto como entidad de protección penal. Este capítulo es el planteamiento dogmático del aborto.

Un tercer punto de esta tesis, esta destinado al estudio de las repercusiones sociales y éticas del aborto, la ratio essendii del derecho reproductivo connatural al ser humano y del que sólo es una decisión particular o de la pareja lo que a la postre da génesis a un nuevo ser. Es siempre, por lo general la mujer el sujeto pasivo de la conducta del aborto, por obvias razones, pero también es cierto que las causas que la orillan a tomar una resolución tan importante son tan disimbolos como aquellas que una vez la hicieron aceptar la cópula o resistir la misma en otros casos, el siempre propósito de ocultar un embarazo no deseado o aún más no buscado son causa del aborto, pero no puede dejar de desconocerse que la sociedad juega un papel y donde incluso la misma mujer puede verse como una víctima de ese delito. La religión es otro factor que obliga casi siempre al respeto absoluto del feto y en ninguna circunstancia admite su posible eliminación, y es así, porque allí se exigen conductas heroicas que el derecho esta muy lejos de pedir. En suma serán algunas reflexiones ético-sociales de este delito.

Un último capítulo será exclusivamente destinado al análisis de la despenalización del aborto y de las excusas absolutorias, porque si el derecho no exige a la mujer que tenga vocación de héroe o de mártir, bien puede suceder que en aras de preservar una vida -no de mayor valía- que representa ya un factor de necesidad para terceros, como el cónyuge o los hijos, en tales casos sea mejor el sacrificio de una incipiente vida a la ya hecha. Más en estos tiempos de avance tecnológico en el campo de la medicina, es esta disciplina la que puede ayudar en gran medida a evitar el embarazo en principio o bien a la salvaguarda de la vida ya hecha, lo que consecuentemente ha provocado el desuso de la norma prohibitiva contenida en el aborto, ya algunos Estados de la República han visto esa posibilidad, el más reciente y polémico es el ocurrido en Chiapas, del que habremos de dedicarle algunas líneas.

En suma, este trabajo de tesis puede ser clasificado entre aquellas corrientes que ven al aborto como un "delito sin víctima" por cierto, no tomado en un sentido de rigurosa dogmática penal, más bien se trata de una designación aproximada que alude a una de las características que habrán de ser expuestas, en donde hay una estrecha relación con los valores éticos que ponen en tela de juicio los valores jurídicos cuando el Derecho ha sido, es y será un *mínimum de minimum* de moral. En esta tesitura la controversia sigue abierta.

CAPITULO I.

CAPITULO I.- EL DERECHO A LA VIDA.

SUMARIO I.- 1.- La presentación del problema. 2.- La vida como un bien de valor fundamental. 3.- El derecho a la vida y sus restricciones. 4.- El derecho a una vida digna de ser vivida.

1.- LA PRESENTACION DEL PROBLEMA.

La vida humana es una creación diaria, siempre pendiente de un delgadísimo hilo, porque puede verse interrumpido por la intervención de un tercero o bien por voluntad propia o bien por el consentimiento de quien en su seno lleva la semilla del futuro, particularmente nos referimos al problema del aborto.

El aborto no es un concepto unívoco. Médicos y juristas entienden dos cosas diferentes, lo cuál no sólo provoca problemas de comunicación sino que, además, contribuye considerablemente a la existencia de obstáculos para la toma de desiciones estrictamente jurídicas.

No es aventurado pensar que una forma sencilla para empezar a resolver la controversia sobre este tema sería que el lenguaje jurídico acalara el médico, pues es en esta ciencia donde se señalan o deberán señalarse los límites de acción para estas intervenciones. Es cierto que con ello no se soluciona totalmente el problema dado que todavía existen conceptos en los cuales no hay acuerdo, la viabilidad por ejemplo, sin embargo, detenernos a definir claramente nuestro tema es ciertamente un intento de acotación que aporto para un debate que parece interminable.

El aborto es considerado como el último y no deseado recurso en el ejercicio del derecho a una maternidad responsable, consciente, libre y voluntaria como parte de los

derechos reproductivos de la mujer, como un recurso de control de la sexualidad femenina, como un recurso para alcanzar metas de política de población, como un atentado a la salud de las mujeres que se ven forzadas a realizarlo en la clandestinidad, como un problema económico, o simplemente como un pecado.

Vemos pues, que la sola mención del vocablo aborto implica un número indefinido de referentes cuya aplicación dependerá de las personas que estén interactuando en un momento determinado. Así se explica el debate que existe y la necesidad de una toma de posición frente a este problema que atañe a la sociedad por entero.

El tema del aborto es tan viejo como la humanidad, los conflictos suscitados por su práctica, en cualquiera de los órdenes, el jurídico, el social, el familiar, y el psíquico, que penetra hasta linderos de la mente difícilmente escuadrinables, ha sido visto desde perspectivas diametralmente opuestas por los pueblos y sociedades, obedeciendo a las costumbres, cultura y religión, si ésta puede ser tratada al margen del contenido cultural, corolario ha sido la distinta connotación contemplada en igualmente distintas legislaciones.

El conflicto para la aplicación de leyes, y en el caso específico para la aplicación de las penas a los encontrados responsables de las prácticas abortivas, también ha provocado no pocas controversias, involucrándose aspectos morales y sociológicos, cuya elaborada y numerosa cantidad de elementos ha producido enredada madeja, dejando indefinido un claro camino a seguir para su tratamiento. El debate desde su origen: determinar si existe vida o vida humana desde el momento de la fecundación del óvulo; si esto es así, a partir de cuando debe considerarse protegido jurídicamente al producto, o en caso contrario, cuáles han sido los distintos argumentos tendientes a probar la no existencia de vida humana en la que alienta las primeras células germinadas en el seno materno.

Determinar si se considera al feto como ser vivo y humano marca el principio del camino para analizar el aborto. Ya antes lo había afirmado Carrancá y Rivas que "todo empezó, en cuanto el aborto, con especulaciones de orden ético y filosófico"(1). Si las conclusiones llevan a afirmar que no hay vida humana, aunque vida en términos generales sería muy difícil negar su existencia, y atendiendo a que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida, como se verá más adelante, no podría darse de ninguna manera el ilícito.

La mayor parte de nuestra legislación en materia de aborto, define a éste como la muerte del producto de la concepción. Llama la atención a mi modo de ver, el término producto que definitivamente no es sinónimo de ser humano, pues que la expresión "producto" indica algo indeterminado, cualquiera cosa hasta con mucha imaginación puede significar ser humano, pero no precisamente esto.

Ahora bien, si el delito de aborto esta insertado dentro del capítulo de aquellos que afectan a la vida y la integridad física, valdría preguntarse porque no se define como la muerte del ser humano en cualquier momento de la preñez. Será acaso, por la inseguridad genética y lógicamente jurídica, de que el gestado sea un verdadero ser humano, mientras que referirse al término: "producto", es bastante ambiguo.

Creo que aunque suene atrevido, el cuestionamiento de preguntarse hay vida humana desde el momento de la concepción, o si solo hay vida humana hasta que ésta es viable fuera del útero, se convierte en la sustentación metafísica, moral y en consecuencia jurídica para el aborto.

"Una evidencia que no puede ser eludida es: en el problema del aborto una conjugación de distintos valores de nuestra sociedad. En esta intrincada red de valores e intereses, la posición

a defender y, por tanto, el punto central de la argumentación que aquí se tratará, es su reivindicación como un derecho a la mujer. El aborto constituye un problema que revela las grandes desigualdades que existen en México: es un privilegio para quienes pueden pagar condiciones seguras desde el punto de vista médico e higiénico, pero representa una situación humillante y altamente peligrosa para las mujeres que carecen de recursos económicos, de información, o de accesos a servicios de salud con una mínima calidad.(2)."

Dentro del marco jurídico del país, toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos, lo cuál implica tanto el no tenerlos, como el tenerlos más allá de los límites que fijen las políticas de población gubernamentales, y por eso, algunos autores califican de inconstitucionales las normas del derecho penal que lo castiga, pues reprimen la libre decisión de la maternidad y, al hacerlo, colocan a la mujer en una situación de riesgo para su vida y salud o para el bienestar físico y mental de ella o de su familia.

Ahora bien, para entender en toda su amplitud las diferencias de las políticas criminológicas en torno a la libre interrupción del embarazo, es necesario tener presente que el aborto no es un tema estrictamente penal. Simplemente el derecho penal lo ha recogido porque no están resueltos todos los aspectos socioeconómicos que se tejen alrededor. Al decir de García Ramírez, esto significa que el derecho penal no crea, en sí mismo, la ilicitud de la conducta, simplemente recoge el resultado de la valoración social. Afirma "no es cuestión de juristas el capítulo del aborto. Lo es, en todo caso, de quienes hacen la ley, de políticos; pero más todavía , éstos inclusive habrán de explorar en la fuente material: la circunstancia, la historia, la necesidad, el hecho social, la razonada convicción o el acuerdo sentimental, los propósitos generales. De todo ello emergerá, resuelto, el tema de licitud, que el jurista trabajará simplemente en la tipificación o en la destipificación penal, en la penalización o despenalización."(3).

Así, el derecho a la vida no es un absoluto sin planeación ni concierto. No es indiferenciado ni incondicional. El respeto a la vida y el derecho a la vida están necesariamente referidos a vida humana en un contexto de plenitud. Esta afirmación lleva a replantear el sentido de la maternidad misma pues solo en este ejercicio se pueden establecer los nuevos parámetros que una sociedad tan compleja y heterogénea, como la nuestra, requiere hoy en día.

Parámetros que finalmente abandonen los esquemas patriarcales que pretenden dominar a la mujer y su capacidad reproductora, adecuándola a las necesidades económicas del Estado, en vez de educar a la población, varones y mujeres, en la línea de una paternidad y maternidad responsables, lo cual implica una real y eficiente educación de la sexualidad humana y sus consecuencias.

Podemos llegar inclusive a reflexiones sobre la vida y el derecho a la vida, puestas en el plano de la cotidianeidad, nos remiten, en el contexto de la maternidad voluntaria, a una doble focalización del problema: la vida ya formada de la mujer embarazada y la expectativa de vida del cigoto, del embrión o del feto, dependiendo del grado de avance de la gestación, se plantea así la necesidad de la defensa de la vida de ambos personajes, pero también un calidad de vida que refleje el desarrollo de las potencialidades humanas tanto de la mujer como del posible nuevo ser.

Condiciones que sólo pueden darse , en el caso de la mujer, si ella esta realmente consciente de lo que significa la maternidad, si la asume como un compromiso vital, si recibe el apoyo de su entorno social y, por el lado del nuevo ser, las condiciones para su desarrollo se darán si es deseado en el núcleo de su propia familia, independientemente de su estructura, si como consecuencia de ese deseo, recibe el afecto y los cuidados que requiere en las primeras etapas de su vida humana.

La forma de vida, la calidad de la vida, sobre todo su calidad moral, ha de contar tanto o más que la vida misma. No basta asegurar la vida como un hecho natural, ha de asegurarse la humanidad de esta vida y las posibilidades de una existencia humanizada.

El derecho punitivo del Estado sanciona el aborto privando de la libertad a quienes en el hecho delictivo tienen intervención, solo que esa sanción puede verse eliminada en los supuestos de las excusas absolutorias siempre se cumplan las exigencias de la ley penal, porque el derecho no puede ir más allá de poner en peligro la vida de los seres humanos, dado que es eso lo que a la postre fomenta la clandestinidad y por ende la muerte de muchas mujeres.

Aquí, habremos de ser más claros en la descripción, requisitos, condiciones e hipótesis que permitan a la mujer o a la pareja decidir la práctica del aborto, pero ya visto como una necesidad social -claro siempre y se cumplan las exigencias legales- y no como una conducta delictiva.

2.- LA VIDA COMO VALOR FUNDAMENTAL.

"Cuando aparece el hombre, antes de adoptar una postura antropocéntrica, esto es, que sea él mismo el centro de su pensamiento, adopta la postura cosmológica, que va a consistir en preguntarse por las causas eficientes de todo cuanto le rodea, es decir del cosmos. Y en este sentido podemos mencionar a filósofos como a Thales de Mileto, Anaxímenes o Anaximandro, que creyeron encontrar aquellas causas en el "agua", en el "aire" o en el "apeiron".(4).

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

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

Los valores no tienen existencia autónoma e independiente, siempre necesitarán de un portador concreto o de un depositario para usar la terminología de Frondizi. Un soporte en el que puedan darse los valores existencialmente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado y ante tal cuestionamiento, el artículo 4 constitucional que establece el derecho a una maternidad libre responsable e informada, también consagra el derecho a la salud. Aun sin pretender proporcionar una interpretación basada en la hermenéutica constitucional que ligaría definitivamente el ejercicio descrito en el párrafo cuarto de este numeral (derecho a la salud) al señalado en el párrafo primero (derecho a una maternidad libre, informada y responsable), se puede afirmar que el aborto practicado en las condiciones derivadas de su clandestinidad es un riesgo para la salud de las mujeres y un costo muy elevado para el Estado que se ve precisado a atender las complicaciones de los abortos clandestinos.

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

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

Condiciones que pone en tela de juicio el derecho a la protección de la salud consagrado, para toda la población, en el mencionado artículo 4to. constitucional. Derecho definido por las normas reglamentarias y los planes de desarrollo cuyo conjunto considera a la salud como un estado de vida específico que abarca los aspectos físicos y mentales de varones y mujeres.

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

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

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

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

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

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

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

La vida es entonces el valor fundamental para el Derecho porque alrededor de esta circunda el resto de la axiología. La vida del ser enclaustrado en el seno materno es vital para la madre y "reflexionar sobre la maternidad -a través del síntoma del aborto- significa reconocerse parte de la naturaleza unida a ella por un cordón que no puede ser cortado impunemente". (5)

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

Solo así, aspiraríamos a un sistema normativo integral en lo que al punto se refiere.

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

sólo se iluminan sus rasgos valiosos, cuando aparece en relación con una conciencia que siente valores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Peró cuando la fuerza sexual, sobre la cual reposa la existencia de la sociedad, está deteriorada y su ejercicio recae en un daño interviene el derecho en la cual esta

intervención en el derecho de libertad de la actividad genésica debe ser limitada dentro de las más estrechas fronteras. Toda eugenesia sistemática, que regule la procreación humana, significa la destrucción de una de las libertades originarias y primarias del hombre, destrucción que tiene que llevar a una devastadora despersonalización y degradación.

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

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

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

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

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

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

Luego, para quienes sostienen que el derecho a la vida y sus restricciones debe proponerse como la reivindicación de los derechos de la mujer "se compele a buscar un significado propio para la maternidad, un significado a partir de los proyectos de cada mujer y no de las necesidades políticas de los gobiernos y de los gobernantes. Un significado en que el centro fundamental sea la experiencia vital de la mujer que decide ser madre y no los intereses de grupos específicos. En este sentido se deben rechazar todos los medios tendientes a limitar la experiencia de la maternidad libre y responsable, ya sea aquellos que pretenden impedir la interrupción voluntaria del embarazo no deseado, como aquellos tendientes a imponer controles a la capacidad reproductiva de las mujeres sin tomar en cuenta estos deseos, anhelos y proyectos de vida". (8).

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

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

4.- EL DERECHO A UNA VIDA DIGNA DE SER VIVIDA.

El derecho a la vida es, la piedra de toque, el foco en donde se concentran las políticas y las manipulaciones sobre la interrupción de un embarazo no deseado.

Las estrategias de los grupos que se oponen a la interrupción voluntaria del embarazo se enfocan, por la confusión entre cigoto, embrión y feto con un bebé para fundamentar el derecho a la vida manipulando muy hábilmente las emociones de la opinión pública, pues la imagen de un bebé recién nacido provoca en el ánimo de las personas el anhelo de proteger, y despierta ira e indignación la sola posibilidad de que ese ser indefenso sufra daño.

Este tipo de argumentaciones deben ser contestadas en el sentido de que a través de la defensa de la maternidad libre y responsable se está propiciando la dignificación de la vida humana, se está revalorando el nacimiento de un nuevo ser desde la toma de conciencia de las consecuencias y alcances que tiene la vivencia de una sexualidad con miras a la procreación. Quedo manifiesto que la maternidad no se considera como una fatalidad que gravita sobre toda mujer al contrario la maternidad sólo debe llegar cuando así lo ha decidido y en las mejores condiciones posibles pues éstas serán las que propicien el sano desarrollo del nuevo ser concebido en un ambiente de amor y anhelo por su llegada.

Debe quedar precisado que la definición de vida y del derecho a ella es un problema ético, más que médico, más que jurídico. Sin embargo, es cierto que ni la medicina ni el derecho actúan en un ámbito de neutralidad ética, al contrario estamos acostumbrados a un tipo de reflexión ética en la cual se encuentra preestablecida una imagen de la persona y de las colectividades humanas y, junto con ella, un modelo de estructuras conductuales a las cuales se puede recurrir como

referente para evaluar o juzgar los comportamientos, los hechos y las acciones.

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

La vida humana se nos presenta como un fenómeno maravilloso, difícil de explicar y prácticamente imposible de definir en términos universalmente válidos. No obstante, las perspectivas desde las cuales se aborda la vida como problema persisten en una indignación que no intenta restarle calor; lejos de eso, manifiesta un asombro revalorizado y reconociendo la relevancia de aquellos puntos en los que el sentido común y la moral no suspenden su ánimo.”(9)

Ahora bien, desde el punto de vista ético, una persona reconocida en sí misma y por sí misma, con su propia dignidad y unicidad ontológica, amada y deseada aún antes de nacer será capaz de amar a otros seres, entonces el derecho a la vida, desde el punto de vista ético, tiene que tener por referente precisamente a esta vida de dimensiones cualitativas y no cuantitativas, un derecho que no baste para asegurar la vida como un simple hecho natural, es preciso garantizarla en un entorno que permita las formas más intensas de vivir y potenciar la vida humana, un entorno que garantice la humanidad de esa vida y las posibilidades de vivirla provechosamente como persona humana.

Ya acertadamente González Juliana asegura que la vida humana es vida ética y vida histórica, es en sí misma y en la comunidad con una dinámica propia. Es una vida que se construye día a día y textualmente afirma “vivir para el hombre -y para la mujer- no sólo es manifestar,

nutrir y reproducir la vida; no solo es realizar las funciones vitales. Vivir para el hombre y la mujer es hacer su propio ser y deshacerlo; la vida conlleva la posibilidad de "ser más" o de "ser menos", "ser así" o "de otro modo". Y estas variantes implican la opción en que el hombre y la mujer se juegan su propio ser. Su misma libertad los determina a realizar o no su propia humanidad" (10). Lo que sencillamente es la dignificación de la vida humana.

No podemos como antaño, sacralizar la vida al grado de tomar una actitud pasiva y fatalista ante ella, ni tampoco exaltarla como un simple fin en sí misma, porque también importa la manera de vivir, la "sobre vida" que se monta sobre la vida natural: el orden moral e histórico de la vida humana. El cómo se vive, la calidad de vida, es tan determinante de la vida como la vida misma, de ahí podemos y debemos planificar la vida.

Estas reflexiones sobre el derecho a la vida y la vida, puestas en el plano de la cotidianidad, nos remiten, en el contexto de la maternidad voluntaria, a una doble focalización del problema: la vida ya formada de la mujer embarazada y la expectativa de vida del cigoto, del embrión o del feto, dependiendo del grado de avance de la gestación.

Es decir, una calidad de vida que refleje las condiciones expresadas líneas arriba para que permita el desarrollo de las potencialidades humanas tanto de la mujer como del posible ser, condiciones que solo se pueden dar en tratándose de la mujer si esta consciente de lo que significa la maternidad, si la asume como un compromiso vital y por el lado del nuevo ser, las condiciones se darían si es deseado en el núcleo de su propia familia independientemente de su estructura, si es cuidado cuando mayor necesidad lo tiene, si recibe apoyo económico etc., lo que a la postre se vuelve un desarrollo psico-social adecuado.

Y, como ya en otro punto de este apartado se dijo: no basta asegurar la vida como hecho natural, sino debemos atender sobre todo a la calidad de vida que se brindaría a ese nuevo ser, en atención a que debemos procurarle los medios necesarios para que tenga un desarrollo pleno en el abanico de posibilidades y expectativas que la vida misma le otorga a todo ser humano.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.***CAPITULO PRIMERO.***

- 1).- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl., Derecho Penal Mexicano Parte General ., Editorial Porrúa, S.A. México, 1988, Pág. 469 y S.S.
- 2).- Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena., El Aborto., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1993, Pág. 39.
- 3).- García Ramírez Sergio., Cuestiones Criminológicas y Penales Contemporáneas., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, Pág. 115.
- 4).- Peralta Sánchez Jorge., Pena de Muerte, Aborto y Eugenesia., Editorial Joaquín Porrúa, S.A., México, 1988, Pág. 11.
- 5).- Ob. Cit., Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena., Pág. 40.
- 6).- Stern Alfred., La Filosofía de la Historia y el Problema de los Valores., Editorial Eudeba, 3a. Edición, México, Pág. 241.
- 7).- Ob. Cit., Peralta Sánchez ., Pág. 42.
- 8).- Ob. Cit., Pérez Duarte y Noroña., Pág. 24.
- 9).- Ob. Cit., Peralta Sánchez Jorge., Pág. 20.
- 10).- González Juliana., Notas Sobre el Concepto Filosófico de Vida., CNDH., Colección Manuales, Núm. 13, México, 1991, Pág.40

CAPITULO II.

CAPITULO II.- LA DOGMATICA JURIDICA Y EL ABORTO.

SUMARIO II: 1.- Concepto y fijación del bien jurídico tutelado.2.- Tipos de aborto.3.- Legislación o liberación del aborto.4.- El feto como "pars viscerum matris" o "status praegnationis".

1.- CONCEPTO Y FIJACION DEL BIEN JURIDICO TUTELADO.

Con el problema del aborto, se han pretendido colocar los derechos reproductivos, a la salud y sobre el propio cuerpo de la mujer, frente al derecho a la vida del feto y el derecho del padre a la descendencia.

A pesar de que la definición del bien jurídico protegido en un tipo penal tan controvertido no es unívoca, en casi todos los tratados de derecho penal se tiene coincidencia de que la objetividad tutelada en el aborto es "la vida en formación", aunque por supuesto, pueden encontrarse opiniones en el sentido de que "el derecho a la descendencia del padre" puede ser la motivación de esa protección, otros más señalan que, con la prohibición del aborto, se tutela la salud de la madre por cuanto ya es una vida "hecha" y no en "dato" como la del producto.

De hecho normalmente se encuentra la definición del delito de aborto en el capítulo correspondiente a los delitos contra la vida. Excepciones también las tenemos en otros países en donde su idiosincrasia les permite una nueva ubicación sistemática, por ejemplo en Bélgica e Italia, la primera, sitúa al aborto en los ilícitos que atentan contra el orden familiar y la moral pública, mientras que en el segundo, se ubica en aquellas conductas que transgreden la integridad y la salud de la estirpe, como puede verse es en síntesis la protección a la maternidad lo que importa.

Así, sostener que es la vida -según muestra legislación- el bien protegido es volver a la añeja discusión relativa a la definición del momento en que empieza la vida y por ende

regresar al problema de la animación fetal, que ahora es referida al concepto de viabilidad y vida en sí misma, discusión frente a la cual el derecho no tiene una respuesta pues que no la puede dar ahí donde la filosofía, la biología y la medicina todavía no se ponen de acuerdo.

Al hablar del derecho a la vida, radical importancia desde luego cobra el hecho de saber cuándo se inicia la vida de las personas. Como ya ha quedado establecido, la personalidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, sin embargo, no podemos dejarnos llevar sólo por esta afirmación, porque para la legislación civil, se le tiene por nacido al ser ya concebido. La vida se inicia con la concepción y tiene tanto derecho a vivir el ser que esta en el seno de su madre como el que ya nació.

Gutiérrez y González afirma "que el derecho a la vida no surge sino hasta que el ser humano nace, antes no se puede decir que se tiene ese derecho, debido a que todavía no se es persona, así el no nacido todavía no es persona. Dicho ser no tiene, ni en caso de tenerlo podría ejercitarlo, el derecho a obtener la vida, pero el concebido no es indiferente para el Derecho, pues sí establece en su favor determinadas protecciones y expectativas de Derecho para ese futuro ser, como el prohibir el aborto" (11).

Para este autor el derecho a la vida se genera con el nacimiento, pero que ese derecho no lo tiene el concebido y que tampoco hay un "derecho a obtener la vida".

En nuestro concepto, la vida del ser humano principia desde la concepción y no desde el momento del nacimiento, toda persona tiene por el simple hecho de existir el derecho a vivir y por lo tanto el concebido ya tiene ese derecho, tan es así que bastaría ver la mayor parte de nuestras legislaciones en materia civil para arribar a esa conclusión, luego entonces, si debe ser la vida -

a partir de la concepción- el bien jurídicamente protegido en el delito de aborto.

Tan sólo habría que hacer hincapié en que la personalidad que ya existe para el concebido, esta sujeta a una condición resolutoria negativa de que no nazca vivo y viable, sin que por ello se quiera decir que el concebido no tiene derecho a vivir.

A juicio del sustentante, la aseveración de Gutiérrez y González en el sentido de que el derecho no le reconoce al concebido un derecho a la vida, ni tampoco a obtener la vida, sí lo protege y le otorga una serie de expectativas de derecho, prohibiendo el aborto. La imprecisión consiste en que el Derecho no le reconoce derecho a la vida pero sí lo protege prohibiendo el aborto, el cual consiste en quitarle la vida a dicho ser.

Si esa idea es aceptada, es claro que la persona humana no tiene derecho ninguno en privar de ese derecho a vivir a otro ser, al contrario se tiene la obligación moral, jurídica, de llevar a cabo todos los medios ordinarios para conservarla.

Sin embargo, veamos la opinión autorizada de otros autores para estar en la aptitud de tomar una postura. Así, Jacques Monod afirma "pretender que un feto de algunas semanas sea ya una persona humana no corresponde a la antropología, ni a la sociología ni a la biología, sino a la metafísica. Hay una confusión cuasideliberada que quiere hacernos creer que el aborto relativamente precoz equivale al infanticidio...trátase de un error monstruoso...pienso que la personalidad humana esta ligada a la actividad del sistema nervioso central, esto es a la conciencia. Pues bien anatómica y biológicamente un feto de algunas semanas no puede tener fenómenos conscientes, ya que carece de sistema nervioso central". (12)

Por su parte, Francois Jacob señala "hace más de 25 siglos que religiosos y laicos se esfuerzan por resolver el problema (del comienzo de la vida) sin encontrar solución, y ello porque el problema esta mal planteado. Para nosotros es evidente que la vida no comienza nunca, sino que continúa. Continúa desde hace, por lo menos, tres mil millones de años. Un espermatozoide aislado o un óvulo no esta menos vivo que un óvulo fecundado. Entre un óvulo y un recién nacido no existe ningún momento privilegiado, ninguna etapa decisiva que confiera súbitamente dignidad a la persona humana. Lo que sucede es una evolución progresiva, una serie de reacciones y de síntesis a través de las cuales se modela al ser humano. Quién tiene entonces derecho a decidir cuándo ha de ser interrumpido el embarazo? Ciertamente que ni el biólogo, ni el médico, ni el obispo ni el juez..Reprimir un aborto significa prohibir a la mujer, cualesquiera que sean sus creencias, el decidir cuantos hijos tendrá y cuándo los tendrá. Dejar libre a cada uno para tomar esa decisión no obligará nunca a nadie a abortar" (13).

A pesar de todo ello García Ramírez connotado penalista señala muy claramente que las soluciones que se den a los problemas sociopolíticos que el aborto generan, dependerán, en mucho o en todo, del señalamiento que se haga del bien jurídico protegido y de las prioridades que se señalen entre los diferentes intereses y valores dentro del análisis de las contradicciones que se plantean entre el producto de la concepción, lo que éste representa y significa y lo que son y significan los otros factores colocados en el extremo contrario.

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

comunidad acepta como válidas.

Desde el análisis de la relación entre los dos géneros, la desigualdad de la mujer es patente por cuanto que no tiene un poder de decisión y disposición sobre su propio cuerpo y más concretamente sobre el ejercicio de la maternidad, pero a pesar de ese factor, es pertinente apuntar que un cambio de enfoque del bien jurídico que tradicionalmente se considera protegido por la criminalización del aborto, debe dar preferencia a la calidad de la experiencia materna, y, por lo tanto a la calidad de la nueva vida.

Es a las nuevas generaciones de hombres, mujeres y parejas a quien compete reivindicar y buscar el verdadero significado de la maternidad, un significado a partir de los proyectos y deseos de cada mujer y no a las necesidades políticas de los gobiernos y de los gobernantes. Un significado en que el centro fundamental sea la experiencia vital de la mujer que decide ser madre, pero por encima de esto cuidar la vida de un nuevo ser.

En suma, debe ser la vida del concebido el objeto de la más amplia protección por parte del ordenamiento jurídico.

De esta manera es que, la vida seguirá siendo un bien jurídico de trascendencia y jerarquía que es merecedor de tutela no sólo en su autónoma existencia sino también en su fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez.

Es pues, el aborto en la legislación punitiva mexicana un delito contra la vida humana, son a nuestro juicio inoperantes las concepciones jurídicas de que es un derecho reproductivo, a veces de la paternidad o un derecho a la descendencia, porque negar la existencia de la

vida como el principal objeto de la tutela penal resultaría una incongruencia lógica, habida cuenta que sin vida en un ente físico no podría entonces haber un destinatario de esa protección.

Por ello la afirmación de que la vida en gestación se convierte en el bien jurídico tutelado, ya con acierto la ley sustantiva penal lo define como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", forja con el verbo matar el núcleo y la esencia del tipo, por eso la intranscendencia de las afirmaciones -que más adelante se verán- de que el embrión es una viscera de la madre, una esperanza de vida, un órgano de los que integran la naturaleza fisiológica de la mujer, una masa de sangre o un trozo de carne sin hacer.

Y, así como lo sostiene Jiménez Huerta "para la ley penal el concebido tiene existencia, pues el núcleo del tipo -muerte- presupone vida" (14). Consecuentemente no puede negarse que el feto es un ser vivo y en esa vitalidad presente, aunada a la posibilidad de futura vida independiente y autónoma, hállese en forma suficiente, el objetivo del delito a quién voluntariamente la destruye.

El feto se convierte así en el objeto de la protección penal en la medida que es un embrión de vida humana.

2.- TIPOS DE ABORTO.

Es de especial importancia mencionar los tipos de aborto con la finalidad de diferenciar las diversas hipótesis fácticas del delito de aborto.

Encontramos el aborto procurado que es cuando la mujer es el agente principal o sujeto activo primario, en donde ella efectúa sobre sí misma las maniobras dirigidas a

producir la muerte del ser en estado de gestación; el aborto consentido cuando la mujer es partícipe, en la que la madre faculta a otro para que practique sobre ella maniobras abortivas; y el sufrido, cuando la mujer es víctima, ya que la conducta del sujeto activo al propio tiempo que daña la vida del feto o embrión, lesiona también otros bienes jurídicos pertenecientes a la madre, pues se la priva del primero sin tomar en cuenta sus deseos o en contra de su exteriorizada voluntad.

Para obtener una mejor comprensión del párrafo antes mencionado daré de una explicación de manera breve cada uno de esos tipos. Iniciando primeramente con el aborto procurado como ya se vio debe haber la determinación dolosa del sujeto activo, la madre, para lograr su objetivo, y no ser auxiliada por terceros, porque de lo contrario se estaría en la hipótesis del aborto consentido, visto en el apartado anterior.

El resultado, para poder ser clasificado convenientemente, puede presentarse como instantáneo, dado que la consumación se agota en un solo acto; material, al producirse una mutación en el mundo fáctico por la muerte del producto, y, por último, resultado al causarle la muerte y destruir el bien jurídico protegido.

A diferencia del aborto consentido, en donde el tipo exige la presencia de dos sujetos, en el aborto procurado, el tipo sólo requiere la voluntad de uno solo: la madre embarazada, cuya voluntad se dirige a procurar por los medios idóneos la muerte del embrión. Puede hablarse de un delito propio, exclusivo o especial. En cuanto a que el tipo lo realiza un solo sujeto se trata de un delito, individual o de sujeto único.

Los medios son los requeridos por el tipo de aborto consentido. Aclarando que los medios físicos o químicos deben ser manejados o administrados en forma exclusiva sólo por la mujer grávida sin intervención de terceros.

A lo que toca el aborto consentido se sostiene que la mujer en estado de gravidez no sólo debe participar con simple tolerancia para que se configure el tipo; debe además de dar su consentimiento, cooperar con los procedimientos abortivos o con movimientos corporales o cuando menos colocándose en posición obstétrica. El consentimiento de la madre debe ser voluntario, no debe ser arrancado por medios violentos, físicos o morales, ni tampoco obtenerse por métodos engañosos; si se diera la concurrencia de cualquiera de estos medios, obviamente se presentaría una figura delictiva distinta al aborto, donde la madre sería la víctima, no uno de los agentes activos. Debe en consecuencia el consentimiento emanar libremente.

El tipo del aborto consentido hace alusión a la necesidad de la existencia de un hecho, con todas sus manifestaciones; sólo admite su comisión a través de una acción, franca, abierta y decidida, donde la voluntad de los agentes activos se dirija a provocar la muerte del producto de la preñez.

Parece muy clara la descripción del tipo en cuanto al resultado se refiere. Si el resultado es la mutación del mundo exterior, en este caso esa mutación externa, física, se produce cuando se provoca la muerte al producto de la concepción, interrumpiendo naturalmente el proceso fisiológico del embarazo.

A su vez el tipo exige que entre las maniobras abortivas o la conducta, exista un nexo indudable, directo e idóneo, para obtener el resultado, exigiendo la necesaria relación de causalidad. Por lo que respecta al resultado, el aborto consentido es instantáneo, porque la destrucción de la vida del producto se consuma en un solo momento.

El aborto consentido requiere para su existencia de un presupuesto

indispensable: el embarazo. Entiéndase de que la mujer se encuentre encinta, en estado de gravidez, como requisito indispensable. La falta de presupuesto haría imposible la realización de la conducta criminosa, del hecho descrito por el tipo, y por lo tanto no podría hablarse de la comisión de un delito.

Al exigirse la concurrencia de dos o más sujetos violadores del precepto penal, para la debida tipificación, el aborto consentido es un delito plurisubjetivo, colectivo, de concurso necesario o pluripersonal.

Los medios para provocar el aborto, son cualesquiera que provoquen la muerte del embrión. Puede hablarse de medios físicos, cuando concurren para provocar la muerte del sujeto pasivo, movimientos o prácticas mecánicas valiéndose de instrumentos adecuados, introducidos en el útero para lograr la consecución de la conducta típica. Desde luego, la muerte de la víctima puede provocarse por medios químicos. Existiendo una cantidad considerable de sustancias abortivas que al originar alteraciones en la química sanguínea y en el sistema glandular provocan contracciones de matriz que terminan con la existencia del producto.

Por otro lado, dado que para la configuración de esta figura se hace como presupuesto necesario el consentimiento de uno de los sujetos, de manera indubitable, no puede perpetrarse más que mediante forma dolosa y no por la culposa en su comisión ya que La voluntad debe ser consciente, libre, con intención clara de provocar la muerte del producto; el dolo consiste en el libre otorgamiento del consentimiento.

En lo que corresponde al aborto sufrido, en este tipo, la mujer es víctima, al igual que al producto de la concepción; la conducta delictiva lesiona derechos de la madre, le inflige desde luego lesión física y, además, provoca la muerte del producto. Esta es la forma más grave de

aborto, donde la peligrosidad del sujeto activo se presenta con mucha mayor fuerza. En donde la conducta que desarrolla la madre permite la presencia de la violencia física o moral a través de medios violentos.

Los requisitos del hecho son un elemento material, previo a la realización del hecho y necesario para la existencia de la muerte del producto. En cuanto a los medios, pueden ser los físicos, los químicos y los morales, de manera descrita a las del aborto consentido.

Ante tales situaciones esto revela el dramatismo del hecho. a pesar que los ordenamientos legales castigan con prisión a las o responsables de esta conducta, en la práctica se presenta independientemente de la amenaza de la sanción. Los hechos manifiestan la necesidad de adecuar las normas a la época, tratando de hacer respetar los valores sociales, pero comprendiendo los profundos motivos de las conductas en los casos de aborto.

Sintetizando no es posible aceptar la despenalización total del aborto porque se rompería con los valores sociales, al autorizarse a destruir una vida sólo a merced de la voluntad de la madre. siendo el bien jurídico tutelado la vida del embrión, se daría licencia para segarlo; Tampoco parece adecuado, ante un panorama social distinto al que existía en la década de los años treinta, mantener cerrados los ojos al cambio, a circunstancias distintas que han provocado un avasallamiento de las normas, poniéndolas en peligro de falta de su aplicación por imposibilidad; el número de abortos al año es tan impresionante que la lógica aconseja profundizar en sus orígenes y tratar de regularlos para encontrar adecuadas soluciones y hacerlas; una legislación en ese sentido siempre podría actuar con eficacia, realismo y justicia.

3.- LEGISLACION O LIBERACION DEL ABORTO.

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

Por lo que se impone como dice Carrancá y Trujillo, pensar que el dilema al que se enfrenta el jurista es "por una parte, el de aplicar leyes vigentes con más vigor, si esto es posible o bien, por otra parte, el de revisarlas, reformarlas, abrogarlas y promulgar nuevas leyes de acuerdo con las necesidades humanas de hoy en día" (15). En otras palabras llegar a un derecho como producto o resultado de dos coordenadas, que son los ideales de justicia y de las circunstancias concretas de la realidad histórica del hombre en sociedad.

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

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

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

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

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

En este sentido el Dr. Jurgen Baumann dice: "mi convicción es que la bondad de una norma, por tanto también de una norma penal, debe juzgarse según los resultados de su aplicación. La norma no existe para sí misma y el orden no debe ser conservado por el orden mismo. Una norma penal debe mejorar la situación dada, si provoca más daños que utilidad, entonces ella ha de ser reexaminada, habremos de partir a la búsqueda de nuevas posibilidades de protección a la vida en formación" (16).

Tal vez le asista la razón a Mac-Lean y Esternos al afirmar que el aborto

como la prostitución, es un fenómeno social inevitable, existirá siempre con la ley y contra la ley.

En el fondo de la cuestión, se dice que, "no radica en la problemática sobre si debe abolirse o reglamentarse el aborto, no la disyuntiva es diferente: o reglamentarismo o clandestinidad, o se reglamenta el aborto o se acepta el aborto clandestino" (17).

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

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

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

La eficacia de un determinado orden normativo no depende tan sólo del poder que tenga el Estado para aplicarlo, esta eficacia esta condicionada por el reconocimiento que la comunidad a la que ha de ser aplicada, le dé a todo el sistema jurídico o a una norma en particular.

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

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

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

Lucero González proporciona el testimonio de las mujeres sentenciadas por este delito:- una de ellas, una mujer de más de 81 años que ayudó a una menor a interrumpir su

embarazo y fue denunciada por el padre de ésta, quien a su vez fue enviada al Consejo Tutelar para Menores, la otra mujer, con otros tres hijos más que llegó a la cárcel por no tener dinero para obtener el beneficio de la libertad caucional.

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

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

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

Los abortos mal atendidos son un problema que afecta un gran número de

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

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

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

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

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

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

4.- EL FETO COMO "PARS VISCERUM MATRIS" O "STATUS PRAEGRATIONIS".

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

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

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

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

El feto será una "pars viscerum matris"? Se puede mencionar para esta teoría que desde luego que el feto aún no es una vida humana.

La defiende Klotz-Forest, afirmando que el feto hasta el nacimiento no es más que una parte de la madre, "pars viscerum matris"; que forma parte de su cuerpo y en consecuencia le pertenece como sus entrañas, y lógicamente la madre tiene el derecho de rehusar las maternidades que la causalidad le impone"(18).

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

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

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

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

CITAS BIBLIOGRAFICAS.**CAPITULO SEGUNDO.**

- 11).- Gutiérrez y González., Trasplante de Organos y Tejidos., CNDH., México, 1982, Pág.47.
- 12).- Monod Jacques y Jacob Francois., Aborto con Resultado de Muerte o Lesiones Graves., Universidad Complutense, Madrid, España, 1977, Pág.20.
- 13).- Ob. Cit. Monod y Jacob., Pág.22.
- 14).- Jiménez Huerta Mariano., Derecho Penal Mexicano., Editorial, Porrúa, S.A., Tomo II, México, 1984, Pág.184.
- 15).- Ob. Cit. Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas., Pág. 524.
- 16).- Baumann Jurgen., El Amparo de la Vida en Formación., Ponencia, Pág. 2.
- 17).- Lean Mac y Esternos Roberto., La Eugenesia en América., Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM., México, Pág.71.
- 18).- González de la Vega Francisco., Derecho Penal Mexicano., Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, Pág.122.

CAPITULO III.

CAPITULO III.- DEL ABORTO.

SUMARIO: 1.- El Derecho reproductivo. 2.- Causas por las que la mujer aborta. 3.- La religión y el respeto absoluto del engendro. 4.- Reflexiones sobre delito de aborto.

1.- EL DERECHO REPRODUCTIVO.

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

"Y, si no, basta advertir que en la declaración de los Derechos Humanos de 1948, ya se reconoce el derecho a casarse y fundar una familia y el derecho a los cuidados y asistencia especial para la maternidad y la infancia, luego, también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales ya indican que el Estado tiene el deber de protección antes y después del parto al igual que la protección a niños y adolescentes, estos son los ordenamientos más ejemplificados del reconocimiento a los derechos reproductivos."(19)

Así, se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles que les asegure, la salud y el bienestar, permitiendo pensar que la responsabilidad en la atención y cuidados hacia los hijos se dará con mayor eficacia cuando el embarazo es deseado reconociéndose a la familia la protección por la misma sociedad y por el Estado, en donde éste, tomará las medidas apropiadas respecto a las

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

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

En el contexto del derecho al propio cuerpo, ya el eminente jurista mexicano Sergio García Ramírez señala: "con todo hay referencias biológicas inevitables, en el aborto sólo la mujer puede ser claustro para la fecundación, la preñez y el alumbramiento. Así, cuando la naturaleza impone una función a la mujer, que morfológica y fisiológicamente no puede otorgar al varón, ¿La reduce también, a un deber inderogable, a una limitación en el gobierno de su cuerpo, que lo es también por sus consecuencias, en el manejo de su vida? La respuesta afirmativa dio génesis ahora, al tipo penal del aborto"(20).

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

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

Ejemplo de ello es la institución de la filiación y las presunciones que la sustentan. Por lo que se refiere a la maternidad, ésta es siempre cierta, en cambio, la paternidad sólo se

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

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

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

cuenta con un principio de reconocimiento a través del artículo 4to. constitucional, faltando definir exactamente la extensión de estos derechos para concluir, de una vez por todas, el debate sobre el aborto a pesar de que nos pueda resultar muy obvio que si toda persona tiene el derecho fundamental de tomar esta decisión del cómo y cuándo se ha de ser padre o madre, decisión trascendental para sí y para la comunidad en que si vive, entonces la mujer tiene derecho a interrumpir un embarazo no deseado.

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

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

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

"A pesar de todo ello, en muchos aspectos válidos y legítimos, toda mujer si tiene el derecho a controlar su propio cuerpo; pero al mismo tiempo que ese derecho es: únicamente parcial y no absoluto, es sobre todo unilateral. El aborto, desde cualquier estándar lógico, biológico e incluso teológico es por lo menos, la destrucción de un cuerpo humano independiente."(21).

2.- CAUSAS POR LAS QUE LA MUJER ABORTA.

Se debe responder inicialmente una pregunta ¿porqué abortan las mujeres? por que no desean continuar con el embarazo y las respuestas a este porque surge con esa contestación en virtud de que le son inculcadas a cada mujer un caudal de mensajes que dan un valor tan alto al hecho de ser madres que, si una mujer no lo es, su misma existencia es cuestionada. Aun ahora, una mujer adulta sin hijos es, para la sociedad, una mujer incompleta. Tanto como lo es aquella que siendo madre, no convive con sus infantes.

Estas razones y sin razones, orillan a las mujeres a tener hijos en aras de un instinto materno el cual, sorpresivamente para muchas desaparece en el instante en que cargan, ahora en brazos, a ese hijo que llevaron durante nueve meses en el útero, y se dan cuenta de que no tienen ni la más remota idea de qué hacer para que deje de llorar o cuando descubren cuán doloroso puede ser, en los primeros momentos, amamantar, por más que les hayan dicho todas las ventajas de la lactancia materna y se sepan de memoria las ideas sublimes que se han tejido en torno.

Con esto no se pretende argumentar en contra de la maternidad, sino simplemente se pretende evidenciar la irracionalidad e inconsciencia que existe detrás de este hecho biológico que conlleva uno de los compromisos de vida más esenciales para el ser humano, el que debiera existir entre madre e hijo, y se pretende hacerlo con el fin de explicar las verdaderas causas por las cuales las mujeres, en determinadas circunstancias, se ven precisadas a recurrir al aborto para interrumpir el embarazo no deseado. Causas matizadas, por miedo a un compromiso desconocido o no deseado. Causas que han sido, devaluadas, porque no se reconoce la capacidad de cada mujer para decidir por sí misma cuándo y cómo quiere ser madre, y es la sociedad, la que suplanta esa voluntad a través de prácticas y costumbres, como los programas de planificación familiar y la tipificación del aborto como un delito.

Prácticas y costumbres contradictorias en sí mismas porque a través de ellas la sociedad impone el cómo y el cuándo de los embarazos, pero cada mujer debe asumir y enfrentar sola su maternidad desde la concepción, pasando por el parto, la crianza y hasta el cuidado del desarrollo vital de ese niño que nació. Un proceso difícil, incierto, complejo. Por eso, algunas no se consideran capaces o no pueden o no quieren vivirlo y recurren a la interrupción de su embarazo, cuando éste llegó sin desearlo e, incluso, habiendo tomado todas las precauciones que se recomiendan para evitarlo.

Efectivamente, el gran número de factores es tan amplio como, circunstancias psicológicas, económicas, de salud, sociales e inclusive morales.

En cuanto a los económicos los costos psicosociales de obtención y utilización de la anticoncepción pueden ser altos para algunas mujeres, particularmente en las culturas en las que el machismo predomina la sexualidad femenina se reprime y la maternidad es un valor cultural central. Además que ante un embarazo no deseado, muchas mujeres viven un periodo de adaptación y resignación; otras recurren a comportamientos desesperados a fin de abortar, a menudo poniendo en peligro su vida. Pero al encontrarnos ante una diversificación de informaciones y respuestas, hay una que es unánime, a ninguna mujer le gusta abortar ni desea hacerlo, ni siquiera le es indiferente. Si lo hace, es porque se encuentra en un estado de necesidad tal que recurre a la intervención a pesar de todas las restricciones y todos los riesgos existentes.

Incluso se señala que las mujeres que se ven precisadas a interrumpir un embarazo no deseado atraviesan, al hacerlo, por una experiencia que no sólo les afecta a ellas en lo personal, sino también a los familiares más cercanos, por una experiencia-conflicto que es estructural y desestabilizadora.

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

Así de lo antes mencionado, es el sustento de la demanda de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo y sobre el número y espaciamiento de sus hijos, bajo la utilización de los siguientes factores:

a) Impunidad real del aborto. Este argumento tiene que ver con la convicción con que se persigue la acción penal contra quienes realizan prácticas abortivas. Si bien no es posible dar cifras exactas, por la clandestinidad que envuelve a estas prácticas, es evidente su impunidad real. Ya se señaló que la desesperación frente a un embarazo no deseado es tan grande que la mujer no encuentra obstáculos en una norma punitiva, ni en los riesgos reales que implica la intervención abortiva clandestina, ni en los sentimientos de culpa. de todas maneras, las mujeres siguen recurriendo al aborto como el último y desesperado recurso para evitar una maternidad que, por razones que cada una valora, no están ni preparadas ni capacitadas para atender. Este hecho es reconocido en la sociedad con mayor comprensión tácita que, lo cual explica la casi nula represión legal real.

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

b) Evolución del criterio político-criminal. Los penalistas y criminólogos más destacados del mundo explican esta evolución a partir de aspectos técnicos-penales, empezando por la conceptualización del delito. Con esta idea Jiménez Huerta, explica que, para que con una conducta sea considerada como delito, es preciso que la comunidad la considere peligrosa, que perturbe en todos los ciudadanos la idea de seguridad, de tal suerte que así se explica la desincriminación del aborto o su despenalización, por la existencia de otro tipo de motivaciones e intereses dentro de la comunidad que orientan la política criminal del Estado en distinto sentido.

En el caso del aborto, resulta que en donde se le ha desincriminado total o parcialmente, se dio un ajuste en la escala de valores de la comunidad en la cual la interrupción voluntaria de la preñez ya no ofende las normas culturales ni es considerado como un peligro para la seguridad de la propia comunidad. Así, el legislador, a través de una correcta aplicación de la política criminal, se haya visto precisado a reorientar las normas correspondientes. En este sentido, la revaloración realizada señala que atañe exclusivamente a la mujer embarazada tomar la decisión de abortar o no, y al Estado le atañe cuidar que cada mujer que se enfrente a este problema, tenga información y atención adecuada para no poner en peligro ni su salud ni su vida.

En el marco de esta lógica estructural, es recomendable que debiera ser punible el aborto que se realiza en contra de la voluntad de la mujer embarazada o bajo condiciones inadecuadas.

c) El problema de salud pública. Sin lugar a dudas, éste es el punto de cuestionamiento de la penalización del aborto con mayor objetividad. Ya que si bien, no se puede desconocer que el número de mujeres que año con año mueren a causa de abortos mal practicados es muy

elevado y de las que sobreviven a tales prácticas, otro gran número tiene complicaciones que afectan seriamente su salud y corren el riesgo de secuelas que pueden llevarles a la esterilidad definitiva. Son muchas las mujeres que acuden a los servicios médicos con graves complicaciones (perforaciones de útero, quemaduras vaginales, hemorragias severas), derivadas de abortos mal practicados, solicitando se salve su vida.

Por lo que los abortos mal atendidos son un problema de salud pública que se presenta de manera más dramática en los sectores de población de escasos recursos. "Estas mujeres por carecer de medios, se autoproducen el aborto con agujas de tejer, pócimas de alto grado de toxicidad, o mediante la colocación en la zona vaginal de pastillas de permanganato, las cuales, al quemar las paredes de la vagina, les provocan hemorragias serias y complicaciones graves, sin producirles el aborto."(22).

Las alternativas que se han propuesto y que consideró son aceptables para solucionar este problema de salud pública son dos: la prevención de los abortos a través de campañas efectivas de educación sexual e información de los métodos anticonceptivos idóneos, y la concreción de una política desincriminadora del aborto que brinde a las mujeres la posibilidad de acceder a una atención adecuada, segura e higiénica, política que ha de llevarse a cabo, de manera articulada, dentro del Sistema Nacional de Salud.

d) El problema económico-social. El aborto clandestino es, además, un hecho que fácilmente se convierte en un problema económico para el propio Estado, debido al alto costo que significa la atención médica de las complicaciones derivadas de estas intervenciones. Por ello es estimable que, aunque hubiera una mayor afluencia de gestantes solicitando la interrupción de su embarazo, si se les atiende en los periodos más peligrosos y de manera eficiente, el tiempo de atención, de días-cama y de servicios médicos prestados, sería menor que el empleado hasta ahora en la atención

de las complicaciones de abortos mal practicados y, en consecuencia, el costo económico para el Estado sería también mucho menor.

Así mismo, se estima que la despenalización del aborto no requiere de una gran inversión económica, pues con las instalaciones que ya se tienen se puede prestar el servicio en condiciones adecuadas y se reduciría considerablemente el gasto que el Estado croga en perseguir la clandestinidad, cuando se llega a dar, y la atención de las complicaciones que se originan en esas circunstancias. A estos considerandos si se suma lo relacionado a las mujeres que acceden a un aborto con los recursos suficientes que puedan realizarlo, sin ningún riesgo, en condiciones higiénicas adecuadas en clínicas u hospitales de reconocida calidad por su atención y servicios, por personal especializado en atención ginecoobstétrica, pero pagando precios altísimos por la intervención; aquellas que no tienen recursos son las que arriesgan su vida y su salud en manos de personas inexpertas y quienes se enfrentan a condiciones higiénicas deplorables. Esto nos indica de una discriminación social por causas económicas que no debería existir. Aunando otro factor como lo es el todas estas causas colocan a la mujer en una tensión psicoemotiva insostenible; en un específico y real estado de necesidad que, puede conducir a un excluyente de responsabilidad, a la no exigibilidad de otra conducta.

Por lo tanto, estos factores deben tomarse seriamente en cuenta en cualquier elaboración de políticas incriminadoras del aborto porque atañen directamente a la libertad de decidir sobre cada proyecto de vida en el que se incluye el disfrute de la sexualidad y la responsabilidad frente a la reproducción.

3.- LA RELIGION Y EL RESPETO ABSOLUTO DEL ENGENDRO.

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

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

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

Y en cuanto al tema , otro dogma ha queda impreso en las conciencias del pueblo, aquello de "tienen que aceptar todos los hijos que Dios les mande". Como si Dios quisiera a

miles de seres humanos carentes de lo más indispensable para sobrevivir, por falta de responsabilidad no de Dios, sino de una paternidad responsable y razonada.

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

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

Actualmente parece que la iglesia se ha olvidado por lo menos en parte, de seguir dogmatizando con la facilidad que lo hacia tiempo atrás ya que ahora acepta aportaciones de otras doctrinas tanto sociales como religiosas. Las acepta por lo menos para analizarlas y discutir las, y no adopta posturas antes comunes para ella, como lo era el de sentirse con el monopolio de la verdad, no sólo en lo teológico sino inclusive en lo científico.

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

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

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

En base a esta concepción la Iglesia, condena determinadamente el aborto, imponiendo la pena máxima con que cuenta, a los infractores de esta prohibición "la excomunión" a todos a aquellos que hayan puesto o prestado un concurso verdaderamente necesario y eficaz para el aborto (médicos, enfermeras, etc.). Cuyo significado de la pena es quedar "fuera de la Iglesia", y esta situación se complica, cuando la propia Iglesia nos dice que no hay salvación fuera de la misma."(23).

Incluso no justifica la duda que pudiera existir en torno de si el engendrado en sus primeros días, es un verdadero ser humano, y de acuerdo a esta duda practicar el aborto. Más recientemente esta postura ha sido ratificada por el Papa Juan Pablo II al considerar al aborto en declaraciones que ha hecho, como una de las más grandes violaciones a los derechos del hombre.

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

Pensar que todos los inconvenientes de los abortos que se llaman

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

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

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

En el campo de las ideas, debe rechazarse "la ideología materialista que despoja a la persona humana de su dimensión trascendente y la reduce a un simple instrumento para el logro de fines materiales y políticos. Debe actuarse contra el erotismo y contra la pornografía, las cuales con su industria oscurecen los valores más altos de la persona humana y reducen la sexualidad a una simple función biológica.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la posición de la religión es clara " aunque hubiese duda sobre la cuestión de si el fruto de la concepción es ya una persona humana, es objetivamente un pecado grave el atreverse a afrontar el riesgo de un homicidio, es ya un hombre aquel que está en camino de serlo"(24).

4.- REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE ABORTO.

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

"Como datos que sorprenden de lo maravilloso que resulta el material genético, se menciona el cálculo de un genetista quien calculó que el volumen que ocuparían los óvulos de donde provino una población de 2 500 millones de seres humanos, sería apenas de unos 3 500 cm³ y que los espermatozoides que los fecundaron ocuparían el espacio de medio comprimido de una aspirina."(25).

La materia prima es pues más que suficiente para procrear miles de billones de seres humanos. Queda al hombre bajo esta concepción usar de su libertad y decidir, en base a una responsabilidad genuina, cuándo podrá ser un verdadero padre y cuándo será consciente de no poder serlo y en este caso existiendo la libertad se podrá hablar de responsabilidad. Porque la libertad, debe

entenderse, "como el hecho de no estar sometido al principio de causalidad y que por este hecho el hombre es responsable de sus actos."(26).

Porque en el proceso de la fecundación no creamos vida, no sacamos de la nada la vida, sino sólo se transmite; como cuando se enciende un fósforo no se esta creando el fuego sino sólo iniciando un proceso fisico y quimico que inevitablemente bajo ciertas condiciones fisicas se produce. Así como no se puede responsabilizar, a alguien que por negligencia ponga en marcha este proceso con consecuencias inevitables como un "incendio" (su responsabilidad para con este hecho sería relativa por existir la negligencia o descuido), así también se piensa que en determinados casos el hombre o mujer no son "responsables del proceso de fecundación". Por ejemplo las fecundaciones que se llevan al cabo como consecuencia de un estado de embriaguez, de drogadicción; por problemas psicológicos, como tomar el acto sexual como mecanismo de compensación, sea por el hombre o por la mujer, el estado de locura, etc.

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

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

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

El aborto quizás sería admitido -eugenésico- cuando se trate de tener en el mundo hijos agravados por la herencia dadas por el carácter congénito o taras orgánicas e intelectuales de los padres, porque entonces valdría decir si es correcto prolongar una vida en esas circunstancias, no sería acaso mayor crimen un ser desvalido ante un mundo cruento en su realidad. Ello podría bien ser una razón de peso para su aplicación en un marco de protección legal.

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

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

*CITAS BIBLIOGRAFICAS.**CAPITULO TERCERO.*

- 19).- Ob. Cit. Pérez Duarte y Noroña., Pág. 47.
- 20).- Ob. Cit. García Ramírez., Pág. 102.
- 21).- Ob. Cit. Pérez Duarte y Noroña., Pág. 50
- 22).- Ob. Cit. Pérez Duarte y Noroña., Pág. 37.
- 23).- Ob. Cit. Peralta Sánchez., Pág. 89.
- 24).- Ob. Cit. Peralta Sánchez., Pág. 90.
- 25).- Ob. Cit. Peralta Sánchez., Pág. 100.
- 26).- Ob. Cit. Peralta Sánchez., Pág. 101.

CAPITULO IV.

CAPITULO IV.- DESPENALIZACION DEL ABORTO Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

SUMARIO: 1.- Abortos impunes:- necesario, terapéutico, eugenésico, en ejercicio de un derecho. 2.- El desuso de una norma penal. 3.- Despenalización del aborto y la excusa absolutoria. 4.- La despenalización en México. Caso del Estado de Chiapas.

1.- ABORTOS IMPUNES:- NECESARIO, TERAPEUTICO, EUGENESICO, EN EJERCICIO DE UN DERECHO.

La mayor parte de los países en el mundo están ya decididos a evitar el costo social e individual de la clandestinidad en las prácticas abortivas, tan es así que se han generalizado dos grandes corrientes permisivas o mejor dicho, desincriminatorias del aborto y que son:-

a) El llamado sistema de plazos:- donde quede establecida la libertad de la gestante para someterse a la intervención abortiva dentro del primer trimestre de la gestación. Además de esa libertad, deben darse los apoyos necesarios para la mujer embarazada, sea como información legal y médica que pueda requerir en tales condiciones, a fin de que ella misma pueda valorar la situación, las dificultades y los riesgos de la intervención, y decida si interrumpe o no el embarazo.

En esas condiciones, estamos en presencia de un real estado de necesidad que hace imperativa la intervención.

b) Sistema de indicaciones:- aquí, se establecen una serie de causas concretas de tipo médico, social o económico, por las cuáles se autoriza la interrupción del embarazo. Es un sistema fundado en el reconocimiento de la existencia de estados de necesidad suficientemente graves por los cuales debe atenderse a la mujer para evitar males mayores"(27).

A veces, también algunos más encuentran dentro de este último sistemas de indicaciones:-

1) Indicaciones médicas:- ligadas a la existencia de un peligro real para la salud o la vida de la madre. En estos casos, la definición de salud que se utiliza es la, proporcionada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), es decir, el estado general de bienestar de las personas.

2) Indicaciones eugenésicas: ligadas al diagnóstico de posibles malformaciones o problemas genéticos y congénitos del embrión o feto.

3) Indicaciones sociales: vinculadas estrechamente con la situación personal de la mujer embarazada y de su familia. En ellas se consideran todos los problemas de tipo económico, psicológico o de relaciones que indiquen la imposibilidad real de la gestante de continuar con el embarazo o de atender el parto y la crianza de la niña o niño que naciere.

4) Indicaciones éticas: ligadas a la existencia de una conducta delictuosa como causa del embarazo, en la que la gestante fue víctima.

Además de éstas, en algunos países se empiezan a señalar también algunas indicaciones que tienen que ver con la voluntad de la mujer en la concepción. Por ejemplo, se encuentran ordenamientos que permiten el aborto cuando el embarazo tuvo su origen en cualquiera de las manipulaciones de fecundación asistida (inseminación artificial o fecundación in vitro) sin el consentimiento de la gestante, o cuando el uso de anticonceptivos fue ineficaz).

El Código Penal declara impune el delito en estudio "cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corre peligro de muerte" y "cuando el embarazo sea resultado

de una violación". La primera encuentra su razón de ser en la situación jurídica de un estado de necesidad y la segunda en el ejercicio de un derecho.

Una vez comprendido la impunidad del tema que se trata se dará pauta a la explicación de los mismos, a efecto de comprender las razones por las que dejaremos sin sanción aquellos casos especialísimos del aborto.

En la necesidad del aborto el ordenamiento jurídico resuelve el conflicto surgido entre dos vidas humanas con el sacrificio de la del hijo en aras de la de la madre, pues en tanto que la del primero es una vida embrionaria o en gestación, la de la madre se halla en plenitud fecunda. Empero, es voluntad de la ley que el tercero que intervenga para resolver el conflicto suscitado, tenga los conocimientos precisos para captar el peligro de muerte que el embarazo implica para la progenitora, así como también la técnica terapéutica necesaria para provocar el aborto, sin riesgo para aquella.

Pero aquí, podemos advertir el parteaguas de las dos corrientes en la teoría del delito, la concepción causalista y la finalista. Ciertamente, para la primera, estaremos ubicados en el tema del estado de necesidad que a su vez constituye el elemento negativo de la antijuridicidad, y puede ser que nos resulte válido proteger la vida de la madre sobre la del hijo, empero, la definición legal de ese instituto jurídico dice "salvaguarda del bien mayor sobre el de menor entidad" y entonces es de preguntarse ¿vale más la vida de la madre que la del hijo? o es que acaso no es la vida el mismo bien y valor en ambos casos.

En tanto, la concepción finalista del delito asegura que ante el conflicto de bienes de igual jerarquía, la solución que se propone es otra. Hablamos de lo que se llama estado de necesidad exculpante (recordemos que en el causalismo nos referimos a un estado de necesidad justificante a nivel de la antijuridicidad) en donde al plano de la culpabilidad hayamos que el que obre en

esas condiciones lo hace inmerso en la única salida posible a su problema, dicho de otro modo, es la inexigibilidad de otra conducta, esto es, una resolución que para entonces no encontraba reflejo en el sistema causal -explicativo- tradicional.

Claro que estas referencias, las vemos gráficamente en el plano de la teoría del delito, pero que bien encuentran eco en una realidad tan patética como lo es el aborto.

La dificultad, en el aborto necesario, surge cuando el que interviene en el conflicto no es un médico pero sí, una comadrona o partera(o), que posee los conocimientos terapéuticos y la técnica precisa para provocar el aborto. No obstante en el artículo 227 del Código Penal del Estado de Guanajuato pueden intervenir para solucionar la situación de necesidad creada y cuyo fundamento se halla plasmado en este indicativo. Asimismo el artículo 226 del citado Código establece que la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si no tiene mala fama, si ha logrado ocultar su embarazo o si éste es fruto de unión ilegítima se la aplicará una sanción menor, atenúa su penalidad constituyendo un tipo privilegiado en inteligencia de que el Código no admite en esta especie que opere la no exigibilidad de otra conducta como causa excluyente de responsabilidad.

La doctrina por su parte no es unánime en reconocer la naturaleza del aborto consentido cuando el embarazo lo provocó un delito, concretamente la violación. El Código del Estado mencionado en su articulado 228, declara que no es punible el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación. Existen dos corrientes al respecto para darle el lugar debido en este tipo de condiciones. Una corriente acepta que en el caso se presenta un estado de necesidad para salvar el honor sexual de la mujer víctima de la violencia. Otros como Mariano Jiménez Huerta, aseguran estar frente al ejercicio de un derecho, y algunos más frente a una excusa absolutoria.

Tampoco en cuanto al aborto en ejercicio de un derecho se refiere el ordenamiento jurídico en la época actual no puede ser sordo, ciego, e insensible ante la dramática situación psicológica en que se halla inmersa la madre que ha sido fecundada en una violación y que por repulsa a su violador, al acto antijurídico por él perpetrado y a las consecuencias que éste ha dejado en sus entrañas, procura su aborto o consiente en que otro se lo produzca." Habida cuenta que la mujer fecundada no se le puede exigir que respete la vida embrionaria ante tan odiosa circunstancia porque sería exigir más de lo que humanamente el orden jurídico puede y debe hacer, imponerla, con la amenaza de una pena ya que si propugna el derecho a una maternidad libre y la facultad de remover las consecuencias inmediatas e inmanentes dejadas por la violación sufrida, es intuitivo que el ejercicio de este derecho en forma primigenia compete a la mujer".(28)

En el aborto terapéutico el dilema surge entre los valores de conflicto, a saber: la vida de la madre, por una parte, y la vida del hijo, por la otra, debe ser resuelto por los progenitores, no por la ley penal, lo mismo que ocurriría en cualesquiera de los otros supuestos del llamado "estado de necesidad", en que entran en conflicto bienes o valores jurídicos trascendentes y se sacrifica uno en aras del otro.

Como un mero afán didáctico. En nuestro derecho penal existen, como en todos, una serie de causas excluyentes de responsabilidad penal a través de las cuales se legitima una conducta que, en otras circunstancias se encuadraría en un tipo penal específico. Particularmente el estado de necesidad de acuerdo a nuestra conceptualización del delito es una causa de exclusión de la antijuridicidad, que obliga a valorar la conducta -hasta entonces- considerada penalmente relevante para deducir que la madre actúa con justificación, pero también es el argumento que en dado caso consolida la demanda por una maternidad libre y voluntaria.

Por otra parte, ante un embarazo no deseado, la mujer no tiene otro recurso que ejercer su derecho a interrumpir el mismo a través del aborto, pero no sólo hay que justificar la razón del aborto sino además es el Estado quien debe ser obligado a proporcionar los servicios correspondientes de manera tal que la mujer no arriesgue ni su vida ni su salud en el ejercicio de ese derecho.

Hace más de medio siglo que los argumentos relativos a declarar impunes ciertas conductas abortivas como:- el miedo a la deshonra, el derecho a la mujer a deshacerse de un feto que no está aún separado de ella y que constituye una posición de su cuerpo, son posiciones que van agobiadas del gusto de la época y hoy serían difícilmente mantenibles como técnica jurídica.

El tema debe a mi juicio ser abordado más científicamente. La impunidad del aborto puede defenderse:-

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

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

c) en que la pena es impotente para evitar el aborto.

d) una razón práctica, la necesidad de proteger la vida de numerosas mujeres que se hacen abortar contra el derecho legislado, a todo riesgo.

Ya en esta centuria, en Francia el doctor Klotz- Forest "apoya en que el feto no es una persona y en que las prácticas anticoncepcionales no pueden ser perseguidas. El feto es parte integrante de la madre, y puede aniquilarlo, como destruye su propia existencia suicidándose." (29).

Mientras que en Alemania, Eduardo Ritter Von Liszt parte de la concepción tedesca "en que el delito es un ataque a un bien jurídico, niega que el feto es un interés de la comunidad, porque la vida del feto no representa ciertamente un interés ético y familiar, como se ha querido, sino un interés demográfico" (30).

Y, por otra parte, la medicina propone la impunidad del aborto ejecutada por el facultativo y conforme a las reglas del arte médico, fundándose en que cada año mueren un número aterrador de mujeres por maniobras abortivas. "Ello quiere decir que sólo la amenaza penal es importante para evitar la interrupción provocada del embarazo." (31).

Una parte del orden social postula la necesidad de reconocer la legalidad del aborto "en ciertas condiciones y como medida transitoria, para proteger la vida de la embarazada soltera" (32). Esto solo lleva como afán el evitar las persecuciones sociales que sobre ella caen, por lo que el aborto permitido legalmente evitaría ser lesivo para su salud, para la fecundidad futura, y a menudo mortal. "El aborto debe ser aceptado dentro de ciertos límites, de acuerdo con la medicina y con la ley" (33).

No es este punto el ideal para tratar los abortos necesarios, terapéutico, eugenésico o en ejercicio de un derecho, pues que ya en el título "tipos de aborto" lo tratamos, aquí anuncio las razones que han llevado a los legisladores a considerarlas como impunes.

Particularmente, sigo considerando que el aborto siga figurando en el repertorio de delitos, pero con mayor entusiasmo, lo soy, de la búsqueda de medios profilácticos de evitarle.

Por otra parte retomando una de las situaciones de necesidad resueltas por un tercero, es el aborto terapéutico en donde la estimativa de la vida del niño y de la madre se presenta con poca urgencia en los abortos propiamente dichos (aborto desde el punto de vista médico) pero que adquiere mayores proporciones polémicas en el aborto en su acepción jurídica, que comprende incluso los casos de destrucción del feto próximo a nacer o en trance de abandonar el claustro materno (embriotomía), puesto que en estas hipótesis avanzadas el hijo ya vive y está presto a tener independencia del cuerpo de la madre.

Los argumentos de varios autores en este caso dicen, refiriéndose algunos de modo particular a la embriotomía que hay un conflicto de bienes, claramente determinado, entre la existencia de la madre y la del niño: una de las vidas debe ser sacrificada en pro de la otra, y como aquí se trata de un supuesto de necesidad propiamente dicho, el conflicto ha de ser resuelto por las leyes que gobiernan este problema. La mayoría, sustentando la existencia de un conflicto de derechos, piensa que la vida del feto, inconsciente y desconocido, debe sacrificarse en holocausto de la madre, que es el ser más importante, rodeada de afectos, y cuya salvación preferirían todos.

Pero en la actualidad, estas discusiones no son tan vivas como hace años, pues los grandes progresos de la asepsia hacen posible, con menos riesgo, la operación cesárea, a la cual -y no a la embriotomía- acudirá el médico en el parto anormal, salvando de este modo la vida del hijo y de la madre, cuando esto sea factible por las circunstancias del caso. Pero si no lo permitiesen las condiciones de la parturienta, debilitada o enferma, o el parto tuviera lugar en un pueblo desprovisto de instrumental o falto de un cirujano hábil, habrá que acogerse aún a la embriotomía, poniendo a salvo la vida de la madre, que es, sin disputa, el ser más importante, del que, por lo general, necesitan otras personas, como pudieren serlo en su lance el marido y los hijos anteriores.

Por otro lado es conveniente resaltar que ante una situación devengada de ello se demandará el consentimiento de los padres o en su caso del marido para la práctica del aborto científico sería un escrúpulo exagerado y contraproducente en virtud de que concurriría un amor maternal descomunal, porque puede suceder que la madre prefiera morir ella a que impidan el nacimiento de su hijo, y un móvil concupiscente puede guiar al marido, que, para asegurar la trasmisión de una cuantiosa herencia o la evasión de una paternidad responsable, opta por la muerte de ella mejor que por el despedazamiento del futuro sucesor.

Así, es conveniente advertir que el médico cuando comprueba un verdadero caso de peligro para la vida de la madre, y no haya medio hábil para practicar una pubiotomía o una cesárea sin riesgo, debe apelar al otro procedimiento, sin previa autorización de los nombrados. Lo que hace el médico es dirimir un estado de necesidad, en que no es preciso consentimiento alguno de las partes en el momento que se salva un interés superior, como lo es la vida de la madre, que prepondera sobre la subsistencia del feto.

En resumen, una de las situaciones de necesidad resueltas por un tercero es el aborto terapéutico, que ocurre cuando el médico puede interrumpir sin responsabilidades el embarazo, en los casos, que técnicamente se conocen como verdaderos "estados de necesidad", que ciertamente constituyen 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 protegidos.

También por otra parte, como ya lo dijimos "la interrupción del embarazo con miras eugénicas persigue una recta finalidad:- impedir el nacimiento de infelices seres tarados con una enorme carga degenerativa" (34).

Así, el aborto eugénico sólo puede aparecer cuando el fruto de la concepción sea deficiente mental o físicamente, pero nunca sería una práctica más amplia, ya que la interrupción del embarazo si no tiene carácter definitivo en las prácticas esterilizadoras y preventivas de los embarazos en ese grado de dificultad. Aunque en casi la mayor parte de los países europeos como Hungría, Suiza y en Alemania como en América lo es el Brasil, condenan este tipo de aborto, al que inclusive no legitiman y asostienen: "no pasa de ser una de las muchas trouvailles de esa pretenciosa charlatanería que lleva el nombre de eugenesia" (35).

Debo confesar que intimidado por el tremendo problema de la herencia y la genética me mostre reservado, y más bien cauteloso de estas prácticas abortivas por indicación eugénica, porque para algunos podría representar una conducta que quizás rayará en la intención de convertir a la naturaleza humana en una raza perfecta o vías de ser perfectible, lo cual no haría mirar hacia la cultura del nacionalsocialismo de Hitler, más queda ahí el apunte para la reflexión.

En cuanto a tratar el aborto como el ejercicio de un derecho, creo que es aconsejable trasladarnos a la idea primaria ya vista en otros puntos de este trabajo, porque a veces el decidir sobre la interrupción del embarazo no es sino producto del ejercicio de un derecho, aunque como ya lo habíamos descrito, la discusión es saber :- si es que se trata de un derecho de la madre, exclusivamente, de la pareja, o también del padre.

En este orden de ideas, damos por reproducidos los comentarios ya vistos en otros puntos de la investigación.

2.- EL DESUSO DE UNA NORMA PENAL.

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

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

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

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

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

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

“Vale destacar que particularmente entre algunos autores chilenos, está muy difundida la necesidad de legalizar el aborto, como medio de combatirlo, aunque esto suene a paradoja. Es el doctor Juan Marín quien resume así el pensamiento chileno: el aborto es aceptable como recurso final, que siempre deberá evitarse, pero si se llega el caso imperativo tendrá que ser hecho por persona competente y con toda la dignidad de un acto quirúrgico, como cualquier otro” (36)

Pero defender la legitimidad del aborto no quiere decir que éste desaparezca del repertorio de delitos, aunque ciertamente como sostiene Miguel Becerro de Bengoa “ve en la legalización del aborto la única tabla de salvación de la mujer soltera embarazada.” (37)

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

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

Luego entonces, como ya se precisó, si la normatividad que regula el aborto son normas que han perdido su vigencia o bien que han caído en desuso, entonces cabría hacerse las preguntas que a continuación enlistamos :-

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

A quién favorece, la clandestinidad del aborto?

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

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

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

Y, si advertimos que su desuso es proveniente de su escasa aplicación,

creo llegamos a una afirmación sin base sólida, porque lo que interesa no es tanto punir el aborto, sino en cambio, evitarlo, tanto en las conductas que llegan a la autoridad como en aquellas que operan en el anonimato.

3.- DESPENALIZACION DEL ABORTO Y LA EXCUSA ABSOLUTORIA.

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

Por otro lado, las valoraciones culturales y jurídicas que han sufrido innovaciones por doquier, en forma inquietante, hasta el extremo de que dijerase que el delito de aborto, en mayor o menor escala, va dejando de ser un hecho que ofenda los ideales valorativos de la comunidad y, por ende, antijurídico. Así que, no obstante lesiona el bien jurídico de la vida del embrión

o feto, consideraciones que se juzgan trascendentes en el momento histórico actual y también originan que dicha lesión no implique una ofensa para los ideales valorativos de la comunidad; estas consideraciones, motivan el espectacular panorama que de Occidente a Oriente ofrece el mundo en que vivimos.

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

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

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

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

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

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

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

De esta suerte, bajo esa premisas es que algunos autores piensan en la necesidad de "abolir ese precepto penal, no sólo por inútil, sino para salvar al derecho del desprestigio que sobre él cae cuando se le incumple metódicamente o se le aplica tan sólo contra los desheredados" (38).

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

Por eso a la manera de Luis Jiménez de Asúa "partidario, pues, de que el aborto siga figurando en el repertorio de los delitos, lo soy, con mayor entusiasmo, no sólo de que se busquen medios profilácticos para evitarle, sino que se dulcifique la penalidad y se establezcan excepciones justificativas o excusantes" (39).

4.- LA DESPENALIZACION EN MEXICO. CASO DEL ESTADO DE CHIAPAS.

Antes de hacer referencia a la legislación chiapaneca, es importante retomar el marco jurídico constitucional en que nuestro país ubica los derechos a la salud y al ejercicio responsable de la maternidad y paternidad.

La legislación nacional se encuentra sustentada en cuatro principios

fundamentales:- la integración al desarrollo económico; el derecho a la maternidad y paternidad responsables; la protección a la familia; y la promoción de la mujer. Factores que son visibles en lo dispuesto por el nuevo artículo 4 constitucional. Aunque posteriormente, en el año de 1983 se aumento con el derecho a la regulación del derecho de protección de la salud y la obligación del Estado para fijar bases a través de las cuales la población tenga acceso a los servicios a la salud.

Entonces, a partir del dispositivo constitucional es claro que cualquier persona tiene libertad para decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, lo que refleja un marco congruente con nuestro sistema penal.

Particularmente en el caso del Estado de Chiapas, se observa en principio que el Código Penal de 1938 establecía una penalidad atenuada para el aborto eugenésico; el de 1984, lo despenalizó, siempre y cuando se obtuvieran las opiniones de otros médicos, además del que asistía a la mujer embarazada, cuando esto fuera posible y no fuese peligrosa la demora.

En el Código Penal chiapaneco de 1938 se consideraba que era una circunstancia atenuante el hecho de que la mujer tuviera una familia numerosa si carecía de fondos suficientes para mantenerla, tanto así que penalizaba el aborto de 3 meses a 2 años de cárcel.

Luego, el 1 de agosto de 1962, se reformo esa disposición para incrementar la pena de 1 año a 2 años de prisión, y finalmente en el año de 1984 se eliminó esta causa de atenuación de la pena.

Del análisis de estos antecedentes, efectivamente se desprende que el legislador chiapaneco ha hecho una serie de esfuerzos a lo largo de la historia para atender los casos de estado de necesidad de la mujer frente a los embarazos no deseados.

Y, es así, como el nuevo Código se insertó en esta línea y retoma las corrientes más nuevas de tratamiento de la desincriminación del aborto, si bien no llega a la total despenalización, pues la interrupción voluntaria del embarazo es un delito sancionado con una pena de prisión que puede ser de 1 año a 3 años de encarcelamiento, y si existen agravantes de 6 a 8 años de prisión.

La verdad es que la nueva redacción del artículo 136 de este ordenamiento punitivo contiene un listado de situaciones desincriminadoras que ya han sido observadas en países con una tradición de respeto a los derechos humanos reconocida ampliamente, como en Europa. Las indicaciones a que se hizo mención, son éticas (cuando el embarazo es resultado de una violación), terapéuticas y eugénicas.

Además permite -aunque lo repite del texto constitucional- que la mujer decida sobre el número y espaciamento de sus hijos, y que la mujer soltera lo haga también bajo su más estricta responsabilidad y con libertad en su decisión.

Pero se señala que en todos los casos, el aborto deberá practicarse dentro de los primeros noventa días de gestación y previo dictamen de dos médicos, a menos que sea peligrosa la demora.

Es claro que en esa normatividad, se sigue un sistema mixto de desincriminación del aborto. Establece un límite temporal dentro del cual puede realizarse la interrupción del embarazo, fijado con la evidente finalidad de evitar riesgos para la salud y la vida de la gestante y la posible viabilidad del feto.

Igualmente determina un listado de indicaciones o causas específicas que

fueron especialmente valoradas por el legislador chapaneco como estados de necesidad suficientes para privilegiarlos sobre cualquier otro considerando.

"Estos considerandos no implican una falta de respeto al derecho a la vida, ni desincriminación alguna hacia sectores específicos de la población, pues el capítulo relativo al aborto, así como el resto del código, respeta el carácter general que debe prevalecer en toda norma. Afirmación que debe interpretarse en el sentido de que se empieza a formar una estructura a través de la cual la mujer puede ejercer su derecho a la maternidad libre y responsablemente asumida, sin los problemas y riesgos graves que conlleva un embarazo no deseado, y no en el sentido de que todas las mujeres deben abortar." (40).

Es cierto, que faltaría en el Estado de Chiapas en su marco jurídico, la obligación a cargo del propio Estado, de dar información y asesoría a la población en general y a las mujeres embarazadas, en lo particular, sobre los riesgos de las interrupciones voluntarias del embarazo, sobre planificación familiar, uso y riesgo de los anticonceptivos, etc., así como las normas para regular la asistencia y servicios que debe dar el sector salud, a fin de que la estructura estuviera entonces si completa.

A pocas semanas de la publicación de este ordenamiento, el entonces gobernador del Estado Patrocinio González Garrido en conferencia de prensa informo a la comunidad chapaneca y a la Nación en general, de esta nueva perspectiva sobre el tratamiento del aborto. Inmediatamente se desató la polémica a lo largo del país.

El propio gobernador sostuvo ante la prensa:- "es qué vamos a dejar que las mujeres sean más que meros animalitos? así las queremos ver y tratar?. Aquí a los 12 años comienzan a traer hijos al mundo. Y no paran... cuál es el futuro de esas criaturas?, desnutridos desde el

vientre materno. Lesionados en la vida por falta de proteínas. Niños sin cerebro. Niños sin inteligencia. Esto es lo que queremos?. Pero las mujeres indígenas de Chiapas se hieren en su embarazo hasta con plumas de pavo. Lo que es terrible. Y no queremos encarar el problema. En Chiapas ocurren 200 mil abortos cada año." (41).

El resultado a esa problemática, fue una solución inusual en un sistema político y jurídico como el nuestro:- la suspensión del capítulo relativo al aborto, en tanto, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, si es o no atentatorio contra algún derecho. Suspensión que a la postre se ha convertido en definitiva, pues no hubo el pronunciamiento esperado en pro o en contra.

En cierto sentido se puede entender, porque este organismo no decide de una vez por todas el debate, pues sea cual fuese su decisión, crearía nuevamente polémicas y conflictos aún mayores por el reconocimiento que la propia Comisión se ha ganado, lo que seguramente afectaría el resto de sus tareas.

Esto es una realidad que no se puede soslayar, pero que debe movilizar en forma más coordinada a las mujeres para alcanzar sus objetivos. Aún sin ese pronunciamiento, porque la verdad es que es la mujer a quien debe interesar en primera instancia.

Por eso, para concluir el punto, debemos decir que en todo el país, desde los años sesenta han existido diferentes momentos político-legislativos en los que han surgido propuestas para reformar los capítulos correspondientes al aborto tendientes a presentar alternativas a los problemas que se generan por su práctica clandestina. Algunas de ellas prosperaron, otras no.

Una reforma sustancial requiere de tiempo y de un cambio a nivel de la educación cultural, social, política e inclusive en el plano de la sexualidad.

*CITAS BIBLIOGRAFICAS.**CAPITULO CUARTO.*

- 27).- Ob. Cit. Pérez Duarte y Noroña., Pág. 41.
- 28).- Ob. Cit. Pérez Duarte y Noroña., Pág. 49.
- 29).- Ob. Cit. Peralta Sánchez., Pág. 96.
- 30).- Jiménez de Asúa Luis., Libertad de Amar y Derecho a Morir., Ediciones Depalma, Séptima Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 272.
- 31).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág. 272.
- 32).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág. 274.
- 33).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág. 275.
- 34).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág. 280.
- 35).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág. 282.
- 36).- Marín Juan., El Delito de Aborto., Imprenta Lux, Valladolid, España, 1971, Pág. 20.
- 37).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág. 277.
- 38).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág. 278.
- 39).- Tratado de Derecho Penal., Editorial Porrúa, Tomo IV, México, 1976, Pág. 469.
- 40).- González Llana José., El Aborto Provocado y la Ley del 24 de enero de 1941., Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España, 1941, Pág. 238.
- 41).- Declaraciones Aparecidas el 13 de enero de 1991, en el periódico nacional Excelsior.

CONCLUSIONES.

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

Desde luego, que en tratándose del aborto, llegar a una conclusión definitiva es atreverse a hacer afirmaciones que carezcan de una base sólida, sin embargo, a fuerza de querer ser definitorio en el trabajo habremos de señalar precisiones que son importantes y a las que sin duda nos venimos haciendo referencia durante la investigación.

1.- Debe considerarse que sólo debe haber un aborto sancionado, el que se realiza en contra de la voluntad de la mujer. Esta postura es congruente con los postulados constitucionales e internacionales sobre la reproducción y la salud. Con ella se pretende evitar todo tipo de practicas de control poblacional en las que no se cuente con el consentimiento informado de las mujeres.

2.- Para evitar conflictos de interpretación, el capítulo del aborto no debe estar dentro del rubro de los delitos contra la vida y la integridad de las personas, sino que en un apartado especial sería necesario contemplar un punto "de los derechos reproductivos". Esta propuesta iría acompañada de un marco normativo en que se valoren los conceptos de la maternidad y la paternidad.

3.- Los conceptos sobre filiación deberían ser replanteados para dar cabida a la responsabilidad de la madre y del padre.

4.- En el marco de la Ley General de Salud, deben existir disposiciones que permitan a la mujer acceder gratuitamente a los centros de salud del Estado para interrumpir un embarazo no deseado en las mejores condiciones posibles. Esto sería darle a la mujer la posibilidad de decidir sobre su propia maternidad, sobre el cómo y cuándo debe ser madre.

5.- La mujer es sujeto de cambio social, no simple pieza al servicio de un poder estatal patriarcal.

6.- Los casos de no punibilidad del aborto serían seis hipótesis, a saber :-

a) la sola imprudencia de la mujer embarazada.

b) que el embarazo sea resultado de un hecho delictivo en el que la mujer hubiese sido víctima, sin necesidad de obtener sentencia sobre el delito y bastando la sola comprobación de los hechos.

c) cuando el embarazo se hubiese producido en condiciones que excluyan la posibilidad de conocimiento o consentimiento de la mujer acerca del hecho mismo de la fecundación o de la identidad del padre.

d) cuando se practique con el consentimiento del padre y de la madre, en su caso, y exista razón suficiente, a juicio de dos médicos, para suponer la existencia de razones eugénicas.

e) cuando se practique con el consenso del padre y la madre dentro de los siguientes 60 días siguientes a la concepción siempre que obedezca a causas graves, y que la mujer tenga ya hijos.

f) también cuando con el acuerdo de los padres, en su caso, dentro de los 60 días siguientes a la concepción se haya producido el embarazo a pesar de que la mujer hubiese utilizado métodos anticonceptivos bajo la prescripción médica para evitar el embarazo.

7.- No será tampoco punible el aborto cuando éste sea producto de la inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la mujer.

8.- Urge un cambio en la política criminal legislativa para darle un nuevo tratamiento al aborto, no incrementando su sanción, si en cambio exigiendo, la utilización de medios profilácticos de mejor acceso y resultado para la población.

9.- La implantación de un sistema de educación sexual sin inhibiciones, tapujos, ni falsedades en el discurso del tema, esto es, una educación sexual más científica.

10.- El reconocimiento a los derechos reproductivos de la mujer a nivel del texto constitucional, dentro del mismo artículo 4 de la ley suprema.

Por todo lo tratado, considero que son inaceptables las condiciones en las que muchas mujeres recurren a la práctica clandestina del aborto, aquí, hago un llamado a la sociedad para que se asuma un compromiso firme para dignificar la vida y la salud de la mujeres. Reconozco que esto requerirá de muchos esfuerzos y recursos.

Habrà de tenerse mucha disposición para preservar en la lucha porque la mujer viva y ejerza plenamente sus derechos, en particular, el derecho a un embarazo y parto sin riesgos.

Queda de este modo abierta la discusión, aunque por cierto, interminable, quizás también, inmutable, pero a la vez sana y con esa propuesta normativa planteada a lo largo de los diez puntos de conclusiones.

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFIA.**D).- TEXTOS.**

- 1).- Blázquez Niceto, EL ABORTO; NO MATARAS., Editorial Bac, España, Madrid., 1977.
- 2).- Carrancá y Rivas Raúl., EL DRAMA PENAL., Editorial Porrúa, 1a. Edición, México, 1982.
- 3).- Carrancá y Trujillo Raúl., DERECHO PENAL MEXICANO., Editorial Porrúa, 23a. Edición, México, 1977.
- 4).-García Ramírez Sergio.,CUESTIONES CRIMINOLOGICAS Y PENALES CONTEMPORANEAS. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981.
- 5).- González Llana José., EL ABORTO PROVOCADO Y LA LEY DEL 24 DE ENERO DE 1941. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España, 1941.
- 6).- González de la Vega Francisco.,DERECHO PENAL MEXICANO, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.
- 7).- Gutiérrez y González., TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS., Comisión Nacional de Derechos Humanos., México, 1982.
- 8).- Jiménez de Asúa., LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR., Editorial Depalma, 7a. Edición, Buenos Aires Argentina, 1992.
- 9).- Jiménez Huerta Mariano., DERECHO PENAL MEXICANO., Editorial Porrúa, S.A. 6ta. Edición, Tomo II, México, 1984.
- 10).- Mac-Lean y Estenos Roberto., LA EUGENESIA EN AMERICA, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM., México.
- 11).- Marín Juan., EL DELITO DE ABORTO., Imprenta Lux, Valladolid, España, 1971.
- 12).- Monod Jacques y Jacob Francois., ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE O LESIONES GRAVES., Universidad Complutense, Madrid España, 1977.

- 13).- Peralta Sánchez Jorge., PENA DE MUERTE, ABORTO Y EUGENESIA., Editorial Joaquín Porrúa, México, 1988.
- 14).- Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena., EL ABORTO., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
- 15).- Stern Alfred., LA FILOSOFIA DE LA HISTORIA Y EL PROBLEMA DE LOS VALORES., Editorial Eudeba, 3a. Edición, México.

II).- OTRAS FUENTES.

- 1).- Baumann Jurgen., EL AMPARO DE LA VIDA EN FORMACION., Ponencia.
- 2).- Declaraciones Aparecidas el 13 de enero de 1991, en el periódico Excelsior.
- 3).- González Juliana., NOTAS SOBRE EL CONCEPTO FILOSOFICO DE LA VIDA., Seminario Salud y Derechos Humanos., CNDH, Colección Manuales, Núm 13, México, 1991.
- 4).- González Lucero., LA PENALIZACION DEL ABORTO., Política y Cultura, Núm. 1, México, 1992.

III).- LEYES Y CODIGOS.

- 1).- Guiza Alday Francisco Javier., CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO., Ediciones Atenas, Celaya, Gto. 1993.