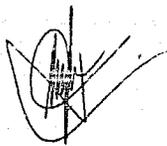


870109

17
24



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA

**INCORPORADA A LA U.N.A.M.
FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS CON
FALTA DE ORIGEN**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

JESUS VALENTIN FIGUEROA VILLANUEVA

BAJO EL TEMA DENOMINADO:

**"NECESIDAD DE REFORMAR
EL ARTICULO 229 DEL CODIGO PENAL
PARA EL ESTADO DE JALISCO"**

GUADALAJARA, JAL., MAYO DE 1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

S U M A R I O

INTRODUCCION I

CAPITULO I

"CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LOS DELITOS"	1
1.1.- LA TIPICIDAD	5
1.2.- LA ANTIJURICIDAD	6
1.3.- LA PUNIBILIDAD	7
1.4.- LA CULPABILIDAD	8
1.5.- CLASIFICACION DE LOS DELITOS	11

CAPITULO II

"ANTECEDENTES DEL ABORTO"	17
2.1.- ANTIGUEDAD	18
2.2.- EDAD MEDIA	20
2.3.- MEXICO	23

CAPITULO III

"CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL ABORTO"	27
3.1.- SUPUESTO LOGICO NECESARIO	29
3.2.- PRIVACION DE LA VIDA	32
3.3.- CAUSA EXTERNA COMO SEGUNDO ELEMENTO	33
3.4.- ELEMENTO MORAL COMO TERCER ELEMENTO	34

CAPITULO IV

"TIPOS DE ABORTO"	36
4.1.- ABORTO CONSENTIDO	36
4.2.- ABORTO SUFRIDO	37
4.3.- ABORTO PROCURADO	38
4.4.- ABORTO HONORIS CAUSA	38
4.5.- ABORTO NO PUNIBLE	40

CAPITULO V

"TELEOLOGIA DEL DELITO DEL ABORTO"

45

CAPITULO VI

"ETIOLOGIA"

52

CONCLUSIONES

59

BIBLIOGRAFIA

64

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

Uno de los problemas que ha caracterizado a nuestra época, por el alto índice que ha ido teniendo lo es el del ABORTO.

Aunque la práctica del feticidio, como se ha denominado también, como veremos se ha tenido desde la antigüedad y en diferentes lugares en el mundo, dando cada quien su punto de vista, siempre se ha considerado como un mal que aqueja a la humanidad. Son diversas las razones que como causa se han esgrimido, entre las más socorridas encontramos desde la pobreza, la vanidad en las mujeres, los convencionalismos sociales, hasta el peligro que corre la madre de perder la vida en el momento del parto, razón por la cual, esta última causa, entre otras ha dado lugar al llamado ABORTO TERAPEUTICO, del cual habla el Artículo 229 párrafo segundo del Código Penal para el Edo. de Jalisco, y preceptuando el mismo: **NO ES PUNIBLE EL ABORTO CULPOSO CAUSADO POR LA MUJER EMBARAZADA, NI CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION. TAMPOCO LO SERA CUANDO DE NO PROVOCARSE EL ABORTO, LA MUJER EMBARAZADA CORRA PELIGRO DE MUERTE O GRAVE DANO A SU SALUD, A JUICIO DEL MEDICO QUE LA ASISTA.**

II

OYENDO EL DICTAMEN DE OTRO MEDICO, SIEMPRE QUE ESTO FUERE POSIBLE Y NO SEA PELIGROSA LA DEMORA.

nótese que el Código de referencia en el Artículo citado no especifica qué tipo de médicos han de dictaminar respecto a la gravedad de la situación que involucra a la madre por su estado de gravidez, tan sólo habla de médicos, refiriéndose a no especialistas en dicha materia, y como es bien sabido, su virtud de tan amplia y vasta materia, la misma para su estudio se ha dividido en especialidades, una de ellas lo son la ginecología y la obstetricia y en virtud de la importancia que tienen los valores protegidos por el delito tipificado como aborto, considero que a efecto de proteger dichos valores, debe exigirse que nuestro Código punitivo establezca en lo referente a la configuración del llamado aborto terapéutico, la necesidad que el mismo sólo sea considerado así cuando concurren las opiniones y dictámenes de médicos especialistas en la materia, o sea ginecólogos, lo anterior por considerar que éstos estarán en mayor posibilidad técnica e intelectual de emitir un dictamen mas acercado a la necesidad de tal medida, constituyéndose así, en una aduana que de alguna manera limitará el número de abortos que por esta razón se practican en nuestro país.

III

Es decir, casos hay en los cuales por no tener un acercamiento al conocimiento técnico e intelectual por parte de los galenos que intervienen, se emiten dictámenes con opiniones ligeras en torno la aplicación de tal medida abortiva, lesionándose con ello los valores que tal figura protege y ante tal realidad es que he querido proponer a la consideración de ustedes el presente tema, ya que pienso que con la propuesta que formulo en mi conclusión, podríamos evitar el sacrificio de seres indefensos, los cuales por la errónea opinión de médicos en general les es privada la vida aún antes de nacer. Y evitar así que otros bienes que son asimismo protegidos por el Derecho.

Espero en este trabajo, que como tesis presento a vosotros, su comprensión y benevolencia ya que por la naturaleza del mismo es de suyo profundo y extenso, y mi intención en el mismo es mostrar tan sólo, en forma breve, una fórmula técnicamente jurídica de impedir, aunque sea en mínimo porcentaje la comisión de tan atroz delito, ya que no pretendo con tal propuesta se crea que la misma se constituya en la solución absoluta que diere fin a tan abominable práctica.

IV

Pretendo con ello dar pie a posteriores investigaciones que sienten firmes convicciones en nuestros legisladores en el sentido que propone a efecto de que sea llevado a cabo como iniciativa de ley la reforma al precepto que nos ocupa como tema central de este trabajo de tesis.

MUCHAS

GRACIAS

CAPITULO I.

CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LOS DELITOS

En cada época y cada lugar se ha tenido un concepto diverso de Delito, a tal grado que lo que ayer fue considerado como tal, hoy puede no serlo y viceversa, asimismo, lo que en un lugar puede ser reputado como delictuoso, en otro distinto puede no serlo.

Así pues, a efecto de dar un poco de claridad y uniformidad a este concepto, me permito manifestar a ustedes la opinión de diversos autores que esgrimen doctrinalmente este concepto.

Así entonces, el maestro FRANCISCO CARRARA (1), autor clásico, definió al delito como: "LA INERACCION DE LA LEY PENAL DEL ESTADO, PROMULGADA PARA PROTEGER LA SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS, RESULTANTE DE UN ACTO EXTERNO DEL HOMBRE, POSITIVO O NEGATIVO, MORALMENTE IMPUTABLE Y POLITICAMENTE DANOSO".

Por su parte el LIC. FERNANDO CASTELLANOS (2), nos dice refiriéndose a Beling, que éste fue el primero en definir al delito como: "UNA ACCION TIPICA, ANTIJURIDICA, CULPABLE Y SOMETIDA A UNA ADECUADA SANCION PENAL Y QUE LLENA LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD".

(1).- "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL" Parte Especial Tomo II, P. 60
BUENOS AIRES ARGENTINA

(2) "ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE DERECHO PENAL" Ed. Buenos P. 122

MEZGER (3), en ese mismo orden de ideas, pero un poco más lacónico, lo define como: "UNA ACCION TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE".

Influenciados por las Ciencias Naturales y por el método inductivo y empírico, los Positivistas se limitaron a repetir que el Delito es un hecho natural regido por diversos factores de la naturaleza, y que pueden ser de carácter físico, social o antropológico, pero sin hacer o proponer una definición del mismo, aunque quien lo caracterizó fue uno de sus máximos exponentes, particularmente GAROFALO (4), al decir que el Delito es: "LA VIOLACION DE LOS SENTIMIENTOS DE PIEDAD Y DE PROBIDAD EN LA MEDIDA INDISPENSABLE PARA LA ADAPTACION DEL INDIVIDUO A LA COLECTIVIDAD".

Y para DON LUIS JIBENEZ DE ASUA (5), el delito es: "EL ACTO TIPICAMENTE ANTIJURIDICO, CULPABLE, SOMETIDO A VECES A CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD, IMPUTABLE A UN HOMBRE Y SOMETIDO A UNA SANCION PENAL".

En términos generales y desglosando las anteriores definiciones podemos decir que el Delito es una conducta humana

(3).- "TRATADO DE DERECHO PENAL" Madrid 1955, P. 156.

(4).- Ob. Cit.-CASTELLANOS TENA, FERNANDO.

(5).- "LA LEY Y EL DELITO" Ed. A. BELLO, P. 256
CARACAS, VENEZUELA, 1945.

acción u omisión típica, esto es, que se encuadre en el molde que el legislador consideró como ilícito y plasmó en la norma promulgada como ley penal, y que dicha conducta deba de carecer de una justificación y analizar si existe capacidad intelectual y volitiva del agente, esto es culpabilidad, agregando que es entonces donde como consecuencia se le imputa a dicha conducta una sanción de carácter penal, desde luego.

Para varios autores, la noción de Delito la suministra tan sólo el Código Penal, como Ley Positiva Mexicana, mediante la imposición de una pena para la omisión o comisión de ciertos actos, así el Código Penal para el Estado de Jalisco, en su Artículo 5 dice: "EL DELITO ES EL ACTO U OMISION QUE CONCUERDA EXACTAMENTE CON LA CONDUCTA QUE, COMO TAL, SE MENCIONA EXPRESAMENTE EN ESTE CODIGO O EN LAS LEYES ESPECIALES DEL ESTADO".

Respecto a esta definición legal, podemos decir, que la misma obedece a integrar como elemento descoliante precisamente la tipicidad, aunque, desde luego podamos apreciar la integración de la conducta como acción u omisión, y que a diferencia del Código para el Distrito Federal, éste no se refiere tan sólo a la "CONDUCTA. ES DECIR, ACCION U OMISION QUE SANCIONAN LAS LEYES PENALES", con las consabidas críticas que tal definición ha recibido por parte de los autores, al manifestar éstos que no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito.

IGNACIO VILLALOBOS, piensa igual sobre lo anterior y señala que estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso.

Así pues, como podemos apreciar, en los elementos integradores del Delito no existe uniformidad de criterio en la doctrina. Mientras unos autores señalan un número, otros lo configuran con más elementos, surgiendo de esta forma las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, etc.

El LIC. CASTELLANOS TENA (6), señala cuatro elementos esenciales o substanciales del delito, a saber: **CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD, ESTA ULTIMA REQUIERE DE LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO NECESARIO.** Ahora bien, cabe señalar que la Teoría del Delito es extensa, y el propósito que nos mueve en esta parte introductora de nuestros primeros temas de este trabajo de tesis es tan sólo hacer un esbozo de ello, por lo que a fin de evitar desviaciones que pudieran perdernos del propósito que nos motiva, mencionaremos solamente algunas generalidades.

Así pues, al referirnos a la conducta, podemos decir que está realizada por el Agente o Sujeto Activo del Delito, consiste o puede consistir en una acción o una omisión, esto es un hecho o

(6).- Op. Cit. p. 172

quehacer positivo o en un no hacer claro que al referirnos al desplazamiento de un movimiento corpóreo por parte del agente, como conducta positiva, hemos de encontrar además de la concurrencia de los elementos que le vinculan con el resultado dañino y la relación de causalidad, la existencia de los demás elementos substanciales que la doctrina comprende y que la ley y la jurisprudencia nos detalla. Así pues, en los siguientes apartados haré referencia a dichos elementos substanciales.

1.1.- LA TIPICIDAD

LA TIPICIDAD ES LA ADECUACION DEL HECHO A LA DESCRIPCION QUE DE EL HACE LA NORMA. POR LO QUE SE DICE QUE LA TIPICIDAD ES EL MODO DE MANIFESTACION DE LA ANTIJURICIDAD RESPECTIVA DEL HECHO.

En nuestra CARTA MAGNA, el elemento tipicidad, queda consagrado en el Artículo 14 como corolario a los viejos principios "NULUM CRIMEN SINE LEGE" (No hay crimen sin ley) y "NOLA POENA SINE LEGE" (No hay pena sin ley).

Al analizar la definición del delito, el MAESTRO SEBASTIAN SOLER (7), dice que: "ES LA EXPRESION TIPICAMENTE CONTENIDA EN ELLA, DEBE REFERIRSE A TODOS LOS ELEMENTOS ESENCIALES EN EL SENTIDOS QUE NO TODAS LAS ACCIONES, NI TODO ILICITO, NI CUALQUIER

(7).- "DERECHO PENAL ARGENTINO" TOMO I., p. 275

CULPABILIDAD, NI LA ADECUACION A CUALQUIER FIGURA, SON VALIDOS PARA LLEGAR A LA CONSUMACION DEL DELITO, ESTO ES A LA PENA, SINO SOLO AQUELLAS FORMAS DE ACCION, DE ANTIJURICIDAD, DE CULPABILIDAD Y DE ADECUACION, QUE CONCURRIENDO EN UN CASO DADO, INCIDEN TODOS Y SIMULTANEAMENTE SOBRE EL MISMO HECHO HACIENDO PERFECTA Y UNITARIA SU SUBORDINACION A UN TIPO LEGAL". En estas condiciones estamos frente a una exigencia que en la dogmática jurídica se ha denominado con la palabra tipo, que no es más que lo descrito concretamente por la ley en sus diversos articulados y a cuya realización va ligada la sanción legal.

También así puedo concluir y manifestar a ustedes, lo que la dogmática jurídica ha señalado a través de la voz unánime de los autores, en el sentido de que la tipicidad es el encuadramiento de la conducta realizada o llevada a cabo por el agente de conformidad al tipo descrito por la ley.

1.2.- LA ANTIJURICIDAD

Este es un concepto negativo, se acepta comúnmente como antijuricidad lo contrario a derecho. FERNANDO CASTELLANOS (8), citando a CARRANCA, RAUL, dice que: "EL DELITO ES LA INFRACCION DE LA LEY PENAL DEL ESTADO". Empero, que el concepto de lo antijurídico no se aclara. ERNESTO MAYER Y CARLOS BINDING, ambos citados por CASTELLANOS TENA (9), manifiestan respectivamente:

(8).- Op. Cit. p. 166

(9).- Op. Cit. p. 243

"ES LA CONTRADICCION DE LAS NORMAS DE CULTURA RECONOCIDAS POR EL ESTADO" y que "EL DELITO NO ES LO CONTRARIO A LA LEY, SINO MAS BIEN ES EL ACTO QUE SE AJUSTA A LO PREVISTO EN LA PEY PENAL" y "QUE LA NORMA CREA LO ANTIJURIDICO, LA LEY CREA LA ACCION PUNIBLE; DE UNA MANERA MAS EXACTA, LA NORMA VALORIZA, LA LEY DESCRIBE".

Pienso que el término antijuricidad, que aparentemente crea problemas en cuanto a su significación o sentido puede ser designado como AUSENCIA DE FACULTAD O DEBER JURIDICO, esto es que lo antijurídico es simple y sencillamente una ausencia de facultad o deber jurídicamente establecidos. Así el verdugo que priva de la vida a un reo no es penalmente responsable del delito de homicidio, desde el momento que cumple con un deber jurídico; esto es porque en su conducta no aparece la ausencia de facultad o deber jurídico para conducirse en sentido contrario a la norma.

1.3.- LA PUNIBILIDAD

Es la referencia que hace la ley a un hecho delictivo para aplicar como consecuencia de una conducta, una pena. Es el acento que distingue al delito de otros hechos condicionantes de diversas sanciones jurídicas. Así, lo que constituye la nulidad o inexistencia o reparación del daño, como consecuencia jurídica en el incumplimiento de una hipótesis normativa de naturaleza civil, lo es la pena, que como consecuencia el Estado impone a

la infracción penal.

1.4.- LA CULPABILIDAD

LA CULPABILIDAD ES UN ELEMENTO CARACTERISTICO DE DELITO QUE DESCANSA SOBRE LOS SUPUESTOS DE IMPUTACION Y RESPONSABILIDAD.

La imputación es la referencia que la norma hace de un delito a un sujeto determinado, así la pena imponible se lo aplicará al sujeto causante de un delito que obró con dolo o culpa, siendo éstos referentes a la conciencia del agente, que requiere de una capacidad psicológica, esto es, cierta idoneidad espiritual que lo ponga en aptitud de ser sujeto de delito cuya omisión se le atribuye, así para que una pena se imponga a una persona se requiere que el hecho condicionante de esa pena, esto es el Delito sea referible e imputable a dicha persona.

Se requiere que el individuo imputable e imputado tenga el deber jurídico de responder, de dar cuenta a la sociedad del delito cometido y reputado como delito. Se exige que el agente además de imputado sea responsable, ahora bien, es indispensable para que la culpabilidad pueda exigirse e integrarse que no exista a favor del agente responsable e imputado, física o moralmente una causa de exclusión de la culpabilidad.

El jurista LUIS JIMENEZ DE ASUA (10), define el DOLO: "COMO LA

PRODUCCION DE UN RESULTADO ANTIJURIDICO, CON CONCIENCIA DE QUE SE QUEBRANTA EL DEBER, CON CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO Y DEL CURSO ESENCIAL DE LA RELACION DE CAUSALIDAD EXISTENTE ENTRE LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD HUMANA Y EL HECHO DAÑINO COMO RESULTADO DE LA CONDUCTA DEL AGENTE, CON VOLUNTAD DE REALIZAR LA ACCION Y CON REPRESENTACION DEL RESULTADO QUE SE QUIERE".

La culpa es un concepto jurídico penal que representa los requisitos necesarios para que un delito no cometido intencionalmente o dolosamente, pueda ser puesto a cargo de su autor, esto es que el autor de una infracción penal haya causado sin la intención de producir el resultado dañino, pero obrando con imprudencia, impericia o negligentemente.

La preterintencionalidad, implica que el resultado dañino va más allá que la intención deseada, esto es que no se quería el resultado causado por parte del agente.

Desde luego que ahora pretendo dar una ligera noción de los elementos que constituyen el delito tomando en cuenta su definición substancial, independientemente de la legal, y de ahí que se haya hecho mención a estos elementos que lo constituyen

(10).- "LA LEY DEL DELITO"

Ed. A. Bello p. 459, CARACAS VENEZUELA, 1945

a la luz de la doctrina dominante, también así, cabe señalar que a cada uno de los elementos mencionados, los cuales podríamos indicarlos como elementos positivos, tiene al lado de sí un elemento o mas bien un aspecto negativo, esto es a la conducta como elemento positivo, le corresponde la ausencia de conducta como elemento o aspecto negativo; a la tipicidad, ausencia de atipicidad o de tipo; antijuricidad, la imputabilidad.

Ahora bien, en este trabajo de tesis, nuestro propósito no es el de cubrir todos y cada uno de dichos aspectos, sino como ya ha quedado señalado, tan sólo es el de hacer mención de los mismos en forma breve. Y por ahora, sólo nos resta agregar que para que el delito se dé, esto es, se configure, necesario es que se den todos los elementos positivos, ya que, la presentación de cualquiera de los aspectos negativos anula al delito.

Líneas más adelante utilizaremos las anteriores explicaciones en relación al tema central que ahora nos motiva y que aprovechando la ubicación de este primer tema, me permitiré referirme a ustedes en torno a algunos criterios de clasificación de los delitos.

1.5.- CLASIFICACION DE LOS DELITOS

FERNANDO CASTELLANOS TENA (11), clasifica a los delitos de la siguiente manera:

"POR LA CONDUCTA DE LA GENTE: Los delitos se clasifican en delitos de acción y delitos de omisión. Los delitos de acción se cometen mediante una acción positiva, violándose una ley prohibitiva; los delitos de omisión, consisten en una abstención, esto es la inejecución de algo ordenado por la ley, y a su vez estos últimos se subdividen en delitos de simple omisión y en delitos de comisión por omisión.

Los de simple omisión consisten en la falta de actividad ordenada por la ley, y los de comisión por omisión, son aquéllos en los que el agente decide positivamente no actuar para producir un resultado".

Tomando en cuenta el resultado, sigue anotando el autor antes mencionado: "SE DIVIDEN EN DELITOS FORMALES Y MATERIALES SIENDO LOS PRIMEROS, AQUELLOS EN LOS CUALES NO ES NECESARIO UN RESULTADO MATERIAL, SINO QUE SE AGOTA EL TIPO PENAL EN EL MOVIMIENTO CORPORAL O EN LA OMISION DEL AGENTE; Y LOS MATERIALES, SON LOS DELITOS EN LOS CUALES PARA SU INTEGRACION SE REQUIERE A PRODUCCION DE UN RESULTADO OBJETIVO O MATERIAL".

Así también nos manifiesta el ya multicitado autor (12), que en cuanto al daño que causan, los delitos pueden ser: "DE LESION Y DE PELIGRO. LOS DE LESION son aquéllos que causan un daño efectivo en intereses protegidos por la norma jurídica. LOS DE PELIGRO no causan efecto directo, pero ponen en peligro los bienes tutelados por el derecho".

Continúa el mismo autor ya citado, que por su duración los delitos se clasifican en INSTANTANEOS, CON EFECTOS PERMANENTES, CONTINUADOS Y PERMANENTES.

LOS INSTANTANEOS, son aquéllos en los cuales la acción que los consuma se perfecciona en un solo momento; LOS DE EFECTOS PERMANENTES, son aquéllos en los que la conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, permaneciendo las consecuencias nocivas del mismo; LOS CONTINUADOS, se dan varias acciones y una sola lesión jurídica y en LOS PERMANENTES, hay continuidad en la acción violatoria de un bien jurídicamente protegido.

También, los delitos pueden ser dolosos o culposos, en relación a la culpabilidad. SON DOLOSOS, como ya se dijo, cuando se dirige la voluntad a la realización del hecho típico y anti-jurídico previendo el resultado y además aceptándolo. EN LOS CULPOSOS, se requiere el resultado penalmente tipificado, pero resulta éste por el obrar sin las precauciones necesarias, el

(12).- Ib. IDEM

Código Penal llama a los primeros dolosos o intencionales y a estos últimos imprudenciales o culposos.

Por el número de bienes lesionados se dividen **DELITOS SIMPLES O COMPLEJOS**. SON SIMPLES aquéllos cuya lesión jurídica es única; y **COMPLEJOS** a aquéllos en los cuales se unifican dos o más infracciones dando nacimiento a una nueva figura delictiva.

Por la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho delictivo pueden ser **UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS**.

Por la persecución de los delitos se dividen en delitos de **QUERRELLA O PERSEGUIBLES DE OFICIO**, siendo los primeros aquéllos en los cuales es necesaria una acusación o denuncia formulada ante la autoridad por parte del ofendido o su representante; y **LOS DE OFICIO**, son aquéllos en los cuales la autoridad está obligada a actuar por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

Antes de dar por concluido el presente tema, particularmente en lo referente al concepto del delito, me permitiré anexar a ustedes un breve cuadro sinóptico, en el cual, desglosaré el delito que como tema central de este trabajo de tesis nos ocupa, esto es del aborto, tomando tan sólo en consideración una de sus modalidades, como lo es el del consentido, y para ello me

auxiliaré de los lineamientos que nos proporciona en su obra la
SRA. MARCELA MARTINEZ ROARO (13).

Así pues, para efecto de lo anterior, propongo a ustedes el
siguiente cuadro:

1.- HECHO

a).- LA CONDUCTA

Acción
Comisión por
omisión (sólo en
el aborto sin con-
sentimiento)

CLASIFICACION

EN
ORDEN

A : b).- EL RESULTADO

Material
De daño
Formal (sólo en
el s.a.)
Instantáneo

2.- TIFICIDAD

a).- OBJETO JURIDICO
TUTELADO

La vida del pro-
ducto de concep-
ción.

b).- OBJETO MATERIAL

El cuerpo de la
mujer embarazada.
PROPIO: La mujer
embarazada que
consiente.

**ELEMENTOS
DE
TIPO**

a).- ACTIVO

Común: El tercero
que hace abortar.
Plurisubjetivo

b).- SUJETOS

Personal, con
calidad.

c).- PASIVO

El producto de la
concepción.

d).- REFERENCIA TEMPORAL

Cualquier momento
de la preñez.

CLASIFICACION	ESPECIAL PRIVILEGIADO
EN	AUTONOMO
ORDEN AL	NORMAL
TIPO :	DE FORMACION LIBRE

3.- ANTIJURICIDAD

LO CONTRARIO A DERECHO

4.- IMPUTABILIDAD

CAPACIDAD DE QUERER Y ENTENDER EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL.

5.- CULPABILIDADDOLOSO
DOLOSO Y CULPOSO EN EL SUJETO ACTIVO**6.- PUNIBILIDAD**DE CUATRO MESES A UN AÑO PARA EL SUJETO ACTIVO PROPIO.
DE CUATRO MESES A UN AÑO PARA EL SUJETO ACTIVO COMUN.CIRCUNSTANCIAS QUE DEBERAN
CONCURRIR PARA EL SUJETO

ACTIVO PROPIO

- 1.- Que no tenga mala fama
- 2.- Que haya logrado ocultar su embarazo
- 3.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.
- 4.- Que el aborto se practique dentro de los primeros cinco meses.

Si falta una circunstancia se duplicará la pena; y si faltan dos o más, se podrá triplicar.

Si se trata de abortador habitual, la prisión será de dos a cinco años, o se si trata de persona ya condenada por aborto.

CAPITULO II.**ANTECEDENTES DEL ABORTO**

Menester es hacer referencia, aunque sea breve a la cuestión histórica del delito que nos ocupa, esto tiene la particular importancia de que así nos podemos enterar que esta conducta ilícita tipificada y sancionada en nuestro código, aunque con leves penas ahora, ha sido en otros tiempos y en otros lugares objeto de atención de los legisladores pretéritos propios y extraños, pero sobre todo es importante porque en un intento de regulación normativa justa y eficaz de la conducta humana, es pertinente indagar cuáles han sido las causas que han provocado tal proceder, y si las mismas han sido medidas a la luz de las leyes de la misma manera en cuanto a su gravedad o liviandad posible.

Esto es, prudente es observar la balanza de la justicia a través del tiempo, según los criterios variables que la Geografía e Historia Humana nos han dado.

Nuestro propósito es dejar aunque sea la idea de los tratos que en otras épocas y lugares se les ha dado a los infractores ahora de este delito que es el "ABORTO"

Así pues, solo referiré, de acuerdo al contexto planteado una breve semblanza de la Antigüedad, de la Edad Media y de nuestro país que es México. Veamos pues:

2.1.- ANTIGÜEDAD

Según el decir de SALVADOR MARTINEZ MURILLO (14), "EN EGIPTO HUBO EPOCA EN QUE EXISTIO DEVOCION MISTICA POR EL QUE HABRIA DE NACER, CONSIDERANDOSE A LA CONCEPCION COMO UN MISTERIO DIVINO, TODAVIA MAS; SI LA MUJER DELINQUIA ESTANDO EMBARAZADA, POR ESTE SOLO HECHO SE SUSPENDIA EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA".

Lo que pone de manifiesto que en tal lugar, el legislador se erigió en un verdadero protector de la natalidad, y el mismo autor (15), líneas adelante nos dice: "ENTRE LOS HEBREOS SUCEDIA ALGO PARECIDO QUE ENTRE LOS EGIPCIOS, SI ALGUNO RINERE O MIRIERE A ALGUNA MUJER, Y ESTA ABORTARE, PERO SIN HABER MUERTO, SERIA CASTIGADO CONFORME A LO QUE IMPUSIEREN Y JUZGAREN LOS ARBITROS, QUE EN CAMBIO ENTRE LOS GRIEGOS EL ABORTO ERA IMPUNE Y HASTA POSKIAN UNA TECNICA AVANZADA SOBRE LA TECNICA ABORTIVA Y QUE EN ROMA HUBO UNA EPOCA EN LA QUE CONSIDERABA AL FETO COMO PARTE INTEGRANTE DE LA MADRE, POR LO QUE PODIA DISPONER A SU LIBRE ALBEDRIO DE SU PRODUCTO, SIN TENER EL MAS LEVE CASTIGO".

Por su parte FRANCISCO CARRARA (16), que en ROMA: "SOLO SOMETIAN A CASTIGO A LA MUJER CASADA QUE EN FORMA DOLOSA SE HUBIERA PROCURADO EL ABORTO, CUANDO EL ESPOSO SE QUEJABA DE ELLO, PUES, EN ESTE CASO CONSIDERABAN COMO OBJETO DEL DELITO DE LESION, EL DERECHO QUE TIENE EL ESPOSO SOBRE LA PROLE ESPERADA".

(14).- "MEDICINA LEGAL" MARTINEZ MURILLO SALVADOR
FCO. MARTINEZ OTTE, EDITOR Y DISTRIBUIDOR
P. 231 y sig., MEXICO

(15).- Op. Cit.

(16).- Op. Cit.

FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA (17), nos comenta asimismo que: "EN ROMA, DURANTE LOS PRIMEROS TIEMPOS FUE CONSIDERADO GRAVE INMORALIDAD EL ABORTO PROVOCADO DE UN FETO" y vierte también así, comentarios que no podemos soslayar, diciéndonos el citado autor (18), "QUE EL DELITO DE ABORTO PROVOCADO HA SUFRIDO INTENSAS TRANSFORMACIONES JURIDICAS EN EL TRANSURSO DEL TIEMPO Y EN LOS DISTINTOS LUGARES. EN UN PRINCIPIO IMPUNIDAD ABSOLUTA; DESPUES, PENALIDAD EXAGERADA; POSTERIORMENTE ATENUACION A LA SANCION; EN LA EPOCA PRESENTA VIGOROSA TENDENCIA A DECLARAR IMPUNIDAD EN LOS ABORTOS EFECTUADOS A SOLICITUD DE LA MADRE, EN CLINICAS ADECUADAS Y POR FACULTATIVOS ESPECIALMENTE AUTORIZADOS (SIC) O, AL MENOS LICITUD DE CIERTOS ABORTOS, POR CAUSAS EUGENESICAS, DE MISERIA, DE FAMILIA NUMEROSA, ETC., SIEMPRE QUE SE PRACTIQUE HIGIENICAMENTE POR ESPECIALISTAS FACULTADOS (SIC), NO FALTANDO QUIENES ABOGUEN POR ESTATUIRLO COMO OBLIGACION EN ALGUNOS CASOS".

Pudiésemos parecer inatendible que existan criterios que otorguen pros a la práctica del aborto, que los recomienden y hasta que lo exijan. Y la incertidumbre cae ante nosotros, ¿Cómo es posible que la "fetocidia" se acepte así entre nosotros los humanos ? ¿ Por qué esa tendencia a recomendar y hasta exigir nuestra destrucción ? ¿Suicidio Social ? ¿ Egoísmo ?

(17).- "DERECHO PENAL MEXICANO"
Ed. Porrúa, p. 127 y 128
MEXICO

(18).- Op. Cit. p. 120 al 124

Cuántas cuestiones saltan a nuestra mente que quisiéramos encontrar en ellas una explicación de tal proceder, la política, los gobiernos, las tendencias, los partidos políticos, el hambre, la miseria, etc.

Cuantos factores asaltan de golpe de nuestra mente, buscando una pretendida explicación, que dé luz y oriente nuestros sentidos, pero todo choca con la barrera del Derecho Natural que impide que las justificantes de tal conducta, aunque la ley positiva o vigente así lo entienda.

Pero continuemos cronológicamente con nuestro boceto histórico observando ahora a la Edad Media.

2.2.- EDAD MEDIA

Dentro de la escasa bibliografía que encontramos en relación a este ilícito, dentro de la época que ahora nos corresponde comentar, la aportación que el LIC. ANTONIO DE P. MORENO (19), al manifestar que: "CUELLO CALON HACE NOTAR QUE EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL, ABUNDAN LAS DISPOSICIONES ENCAMINADAS A LA REPRESION DEL ABORTO. EL FUERO JUZGO TRATABA DE LOS QUE DAN ABORTIVOS, DE LAS MUJERES QUE LOS TOMAN, DE LOS QUE HIEREN A LAS MUJERES EMBARA-

(19).- "CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO"
EDITORIAL JUS, p. 271
MEXICO

ZADAS HACIENDOLAS ABORTAR, CASTIGANDO ESTOS HECHOS CON LA PENA DE MUERTE. EN LAS PARTIDAS APARECE LA DISTINCION ENTRE LA MUERTE DEL FETO VIVO CON ALMA. QUE SE CASTIGABA CON LA PENA DE MUERTE; Y LA DEL FETO NO ANIMADO, QUE SE CASTIGABA CON DESTIERRO EN UNA ISLA".

Por su parte FRANCISCO CARRARA, en su programa (20), hace mención en nota de pie de página al comentar sobre el feticidio: "... Como en este asunto del aborto provocado por la mujer misma. No sólo mediante el artículo final les impuso CARLOS V a los jueces criminales, a manera de disposición general, que en todo caso de duda, consultaran a los jurisperitos y a las mas próximas facultades de derecho acerca del modo más conveniente para resolver el procedo..., y continúa, esa providencia fue el vehiculo mediante el cual, poco a poco fueron espontáneamente introduciéndose en la práctica criminal alemana las elaboraciones de la doctrina penal, merced a los dictámenes de los jurisperitos que con las distinciones y limitaciones de la teoría pudieron mitigar la aspereza primitiva de los castigos". Líneas más adelante comenta el mismo autor (21): "ALGUNOS PRINCIPIOS CRISTIANOS, POR REACCION CONTRA LA TOLERANCIA PAGANA, ELEVARON AL SUMO GRADO EL CASTIGO DE ESTE DELITO, LOS LEGISLADORES CRISTIANOS SIGUIERON, EN SU MAYORIA LA DOCTRINA DE LOS SANTOS PADRES Y EN ESPECIAL LA DE SAN AGUSTIN. DECLARARON DE HOMICIDIO A LA JOVEN QUE SE HA PROCURADO EL ABORTO".

(20).- "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL"
PARTE ESPECIAL, VOL. I ED. TEMIS, BOGOTA 1957
p. 338, 339 y 340

(21).- Op. Cit. p. 358

Otros legisladores distinguieron la pena según el sexo del feto, duplicándola cuando se tratara del femenino, como lo hizo la ley Alemana.

Otros legisladores conminaron a la pena pecuniaria cuyo pago anual debe repetirse hasta la séptima generación, pero gran parte de los legisladores castigaban indistintamente el aborto, con la pena de muerte.

En Francia, donde se le daba a este delito el nombre de ENCISE, el edicto de 1566, lo conminaba con pena capital; en tanto que, los juristas franceses sostenían el título de homicidio, se mostraban excepcionalmente benignos con este delito, admitiendo la excusa del peligro de la honra; por el contrario, en España, el Fuero Juzgo no conminaba sino fustigación, pero las partidas elevaron la pena hasta de muerte, si se trataba de feto animado, si era inanimado le inflingían destierro temporal.

Así, podemos encontrar en autores diversos sus aportaciones históricas que a manera de comentario nos hacen en torno a este delito específicamente, y tratándose de nuestro país, como es conocido en cuanto a los aspectos históricos puede dividirse en varias etapas o épocas: LA EPOCA PREHISPANICA, LA COLONIAL Y LA INDEPENDIENTE.

Así pues, a continuación, dentro del siguiente subtema haré referencia a las etapas antes citadas.

2.3.- MEXICO

Según MODESTO NAVARRO MACIAS (22), quien cita en su tesis, refiriéndose al Derecho Penal Azteca, que: "EL ABORTO EN EL DERECHO PENAL AZTECA SE SANCIONABA CON LA MUERTE, TANTO A LA MUJER COMO AL QUE LA AYUDABA". En el Derecho Azteca, el aborto era un delito que agredía los intereses de la comunidad. La penalidad fue tan drásticamente aplicada como gesto de organización social de los Aztecas, debe ser traducida en relación con otros datos atingentes confirmando la conclusión indicada a la mencionada organización, y estos datos vienen a ser, el acentuado sentido de comunidad de la organización azteca, siendo más en las ciudades; la importancia que todo nacimiento tenía y gran ceremonial que ese acompañaba; el respeto que la mujer embarazada merecía, que se atestigua, entre otras cosas, por el hecho de que la que moría al dar a luz, gozaba del favor de determinados dioses.

Durante la colonia, cabe señalar, que en nuestro país, en lo que se refiere a la aplicación de las leyes, estas eran, particularmente las españolas, hasta que CARLOS V ordenó la creación de las llamadas leyes de indias que fueron las que se aplicaron durante dicha época, sin olvidar que todo aquello que no las contradijere se permitía la aplicación de los usos y costumbres autóctonas.

(22).- TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO
"DEBE SER PUNIBLE O NO EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO ES RE-
SULTADO DE UNA VIOLACION" U.A.G. sin fecha p. 14

Así pues, decimos con MODESTO NAVARRO (23), que: "EL ABORTO, ERA UN DELITO POCO FRECUENTE DURANTE LA COLONIA, Y ANTES, DURANTE LA EPOCA PRECOLONIAL VINO A AUMENTAR DESPUES". "Esto se justifica con que el delito, se haya ligado a todo cambio social, económico y político, teniendo todo esto lugar en el coloniaje. Las costumbres nuevas y los usos buenos y malos, hicieron su aparición, y entre ellos, posiblemente fue el aborto mas frecuente que antaño...., puede conjeturarse que el delito de aborto no era castigado en la forma severa establecida por la ley, sino por usos y prácticas que influían en las sentencias dictadas según las circunstancias de cada caso".

En el México Independiente, esto es a partir de 1821 y previo a este año, es pertinente decir que la situación sociopolítica del país era irregular, esto es, que la inestabilidad privaba en todos los órdenes y que la tarea legislativa era casi nula, mas todavía que las querencias políticas así lo exigían. Por ello es que, siguiendo a RAUL CARRACA Y TRUJILLO (24): "ESCASA LEGISLACION, A LA VERDAD, PARA ATACAR A LOS INGENTES PROBLEMAS QUE EN MATERIA PENAL EXISTIAN, LOS QUE SOLO PODIAN HALLAR CAUCE LEGAL EN LOS TEXTOS HEREDADOS DE LA COLONIA Y CUYA VIGENCIA REAL SE IMPONIA, NO OBSTANTE, LA INDENPENDENCIA POLITICA".

(23).- Op. Cit. p. 15

(24).- "DERECHO PENAL MEXICANO"

Parte General. Ed. Porrúa, México, 13a. Ed. 1980
p. 122

Así pues, era realmente la legislación española la que siguió aplicándose en el nuevo estado, que ahora nos ha tocado como residencia, y también así, en virtud de que, en la Constitución de 1824 se estableció que se adoptaría la forma de Estado Federal y se habían señalado cuales eran las partes integrantes de la Federación, a las que denominó Estados o Territorios, y a todo esto sumaba nuevos problemas administrativos y legislativos a los antes existentes, pues imperaba el nacimiento de legislaciones locales a la par que la Federal.

Así fue como el Estado de Veracruz, tomando como modelo próximo el Código Penal Español de 1822 y haciéndola algunas modificaciones, promulgó el primero de los Códigos Penales Mexicanos en 1835. Es hasta el año de 1871, cuando se creó el primer Código Penal Federal, como obra del Secretario de Instrucción Pública, LIC. ANTONIO MARTINES DE CASTRO, mismo Código que comenzó a regir a partir del 1.º de Abril de 1872, el cual, mantuvo su vigencia hasta 1929 y en 1931 el día 13 de Agosto se promulgó el Código vigente ahora en materia federal y en lo concerniente a los Estados, como resultante del régimen federal con que se formalizó nuestro país, como Estado naciente en 1824 y obtener facultades legislativas cada una de las entidades surgidas entonces, es que, esto dio origen a las legislaciones penales actuales, y así el Estado de Jalisco, promulgó su primer Código Penal en el año de 1933 y que entró en vigor el día 5 de Julio de ese mismo año y el vigente que fue promulgado a los dos días del mes de Agosto de 1962, y del cual, particularmente nos referiremos en capítulo que trataré mas

adelante, al comentar los dispositivos que se refiera al tema que nos atañe.

Nada más permitánnos indicar que en los Códigos de 1871 y 1929 tipificábase el delito de Aborto, proporcionando su elemento material y objetivo: Extracción y expulsión provocada del producto de la concepción en cualquier época de la preñez, Las maniobras abortivas eran las constitutivas del delito y no la muerte del producto de la concepción, como en Código actual el delito lo constituía el aborto mismo, aún cuando el feto pudiera vivir fuera del claustro materno. Bajo el régimen legal actual la tutela jurídica es la vida del feto.

Bien, ahora que casi a grandes rasgos hemos comentado parcialmente algunos antecedentes del Delito de Aborto, pasemos a nuestro siguiente capítulo, que se refiere al CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ABORTO.

CAPITULO III.

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ABORTO

El término A B O R T O, significa desde el punto de vista gramatical (25): "ACCION DE ABORTAR, ESTO ES, PARIR ANTES DE TIEMPO, O BIEN, PROVOCAR DE MODO EXPRESO LA INTERRUPCION DEL EMBARAZO".

El anterior significado nos da una idea genérica en relación a dicho concepto, pero el alcance del mismo es variable, ya que, desde el punto de vista obstétrico tiene un sentido, que difiere en cuanto a sus elementos, al sentido que al mismo concepto se le atribuye desde el punto de vista médico-legal; y de igual manera el sentido jurídico delictivo, modifica su alcance en relación a los demás.

Así, desde el punto de vista obstétrico, implica la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, esto es, la acción de parir antes de tiempo, se presenta hasta el final del sexto mes de embarazo, y desde el punto de vista después de dicho término el producto es viable y se le denomina, ya no aborto sino parto prematuro, esto es, que el producto tiene la posibilidad de sobrevivir fuera del seno materno.

(25).- "DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO"
Ediciones Larousse
México 1983. p. 5

Aquí el alcance del concepto queda determinado atendiendo al ámbito temporal, circunscrito dentro del término de seis meses, probablemente porque a ese parecer, el desarrollo físico del feto aún es tal, que elimina la posibilidad de lograr fuera de dicho seno materno.

En relación a la acepción médico-legal, el criterio determinante del alcance de este concepto, lo es, en cambio un factor de maniobrabilidad de la conducta humana, esto es, un elemento que consiste en el **ANIMUS OPERANDI**.

También así, al término **ABORTO**, suele dársele un sentido jurídico-delictivo, implicando la expulsión del producto y como resultado de ello la muerte del feto, no así la maniobra abortiva y desde este punto de vista lo que se sanciona es la intención de causar la muerte, el **Animus Necandi** y no el **Operandi**.

Así, el Artículo 227 del Código Penal para el Estado de Jalisco, nos define al delito de Aborto, como: "**LA MUERTE DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION EN CUALQUIER MOMENTO DE LA PRENEZ**".

Partiendo del concepto legal del delito de aborto ya mencionado, que por cierto, es definida en iguales términos por el Código Penal para el D.F., en su Artículo 329, nos referimos a los elementos materiales que es necesario se presenten para que legalmente podamos hablar de la existencia de una conducta como delito, ya que, para la legislación mexicana, el aborto no significa la maniobra abortiva en sí misma (expulsión del feto

del seno materno) sino su consecuencia: muerte del feto, y como lo cita RENE GONZALEZ DE LA VEGA (26), al citar a FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA, al señalar que: "LOS BIENES TUTELADOS POR LA FIGURA, LA VIDA DEL SER EN FORMACION, EL DERECHO DE LA MATERNIDAD EN LA MUJER, EL DERECHO DEL PADRE A LA DESCENDENCIA Y EL INTERES DEMOGRAFICO DE LA COLECTIVIDAD".

Así pues, haremos referencia a los elementos materiales que lo integran:

3.1.- SUPUESTO LOGICO NECESARIO

Para que exista el delito, es necesario que la mujer esté encinta, y que su preñez esté probada, esto es, la preexistencia de la vida del producto, que presupone el embarazo de la mujer y la vida del producto, porque de acuerdo con la definición legal la acción consumativa del delito consiste en la privación de la vida del producto de la concepción.

Ahora bien, como señala FCO. GONZALEZ DE LA VEGA (27), "EL FENOMENO BIOLOGICO DE LA PRENEZ O GESTACION SE INICIA EN EL INSTANTE MISMO DE LA CONCEPCION, POR LA FECUNDACION QUE HACE EL ESPERMATOZOIDE DEL OVULO FEMENINO, Y TERMINA CON EL NACIMIENTO REGULAR DEL PRODUCTO O CON SU EXPULSION O DESTRUCCION PREMATURA".

(26).- "COMENTARIOS AL CODIGO PENAL"

Ed. Porrúa, México. p. 439

(27).- "DERECHO PENAL, MEXICANO"

Ed. Porrúa. p. 131

En la práctica no es posible determinar con exactitud la iniciación de la preñez, hasta en tanto no se pueda establecer un verdadero diagnóstico clínico de observación auscultación y palpación de la mujer o de las pruebas de laboratorio.

Ahora bien, respecto de este presupuesto o supuesto lógico necesario, que es el embarazo o preñez, es interesante observar lo señalado por FCO. CARRARA (28): "CUANDO LA MUJER NO CONSIENTE EN EL ABORTO PROCURADO, LOS SUJETOS PASIVOS DEL DELITO SON DOS: LA MUJER A QUIEN SE LE HA OCASIONADO EL ABORTO, Y EL FETO A QUIEN SE LE HA DADO MUERTE PERO CUANDO LA MUJER ES LA MISMA LA QUE PROCURA EL ABORTO O LO CONSIENTE. ENTONCES EL UNICO SUJETO PASIVO DEL DELITO ES EL FETO, POR LO TANTO, ES PRECISO QUE EL FETO EXISTA, PORQUE NO PUEDE HABER DELITO CONTRA LO QUE NO TIENE ENTIDAD". Anteriores afirmaciones, que independientemente de relacionar ideas con el aborto imposible o putativo, como delito imposible de aborto y que el mismo es sancionable como tentativa si se reúnen los requisitos de ésta, o bien, si las maniobras abortivas atentan la salud o causan la muerte de la mujer, puede estarse en presencia de los delitos de lesiones u homicidios, las mismas nos obligan a referirnos a las ideas sostenidas por A. AMBROSOLI (29), en el sentido de: "... SOSTENER QUE ESTE DELITO NO DEBE MANTENERSE ENTRE LOS QUE NO OFENDEN LA VIDA HUMANA, SI NO ENTRE LOS QUE VAN CONTRA EL ORDEN DE FAMILIA, AL CONSIDERAR QUE EL OBJETO DE ESTE DELITO LO QUE ES EL IMPEDIMENTO DE QUE LA

(28).- Op. Cit. p. 342

(29).- CITADO POR FRANCISCO CARRARA EN LA OBRA CITADA. p. 340

PRENEZ LLEGUE A SU TERMINO OPONIENDOSE A LEYES FISIOLÓGICAS". Y el propio FRANCISCO CARRARA, al no aceptar tales consideraciones, en cuanto al objeto del delito en cuestión, espera al objetar lo anterior (30): "QUE FISIOLÓGICAMENTE, PUEDE DISCUTIRSE SI ES UNA VIDA DISTINTA DE LA DE LA MADRE, Y DEJEMOS QUE LOS MEDICOS DISCUTAN A ESTE RESPECTO; A NOSOTROS NOS BASTA QUE HAYA UNA VIDA HEREDADORA DE SER RESPETADA Y PROTEGIDA ÚNICAMENTE CON RELACION ASI MISMA, SIN TENER EN CUENTA NINGUNA CONSIDERACION ACERCA DE LA FAMILIA; Y ESA VIDA NO PUEDE SER INCIERTA. NADIE DUDA QUE EL FETO SEA UN SER VIVIENTE Y DESAFIO A NEGAR ESTO, SIENDO ASI, QUE A DIARIO SE LE VE CRECER Y VEGETAR. PODRA SER, SI SE QUIERE, UNA VIDA ACCESORIA, AGREGADA A OTRA VIDA DE LA QUE APARTARA, UN DIA PARA VIVIR VIDA PROPIA, PERO NO PUEDE NEGARSE QUE SE AUN SER VIVO, Y DE ESTA MANERA, EN ESA VITALIDAD PRESENTE, ACOMPAÑADA DE LA PROBABILIDAD DE UNA VIDA FUTURA, INDEPENDIENTE Y AUTONOMA, SE ENCUENTRA DE MODO SUFICIENTE EL OBJETO DE DELITO DE QUIEN PERVERSAMENTE EXTINGUE".

Argumentos que nos hacen pensar que la vida humana es algo serio que debe ser protegida por el legislador en todo caso, y particularmente exigir en caso de conflicto respecto de esas dos vidas, la de la madre y la del hijo, como requisito mínimo, que dicho conflicto y solución sean determinados en forma simple por un médico o una comadrona, sino que tal conflicto quede establecido en forma seria y científica por un médico especialista, esto es, un ginecólogo, robustecido el dictamen por

(30).- Op. Cit. p. 341

otro médico también especialista, precisamente por la necesidad que debe existir en el legislador de procurar normativamente la protección y respeto a esa vida del feto o de la madre merecedora de ser respetada y protegida, teniendo también, respeto y relación con la familia de esa vida.

Ya que "razonamientos" de tal naturaleza son esgrimidos por el legislador para "justificar" su pérdida, cuando se refiere a la "causa de itoñor", como atenuante en la penalidad al sujeto activo de este delito, esto es a la madre, que por razones no de la familia en sí, sino sociales, le tolera y casi permite impunemente la acción criminosa que aquí comentamos. En fin, pasemos ahora al primer elemento de este delito:

3.2.- PRIVACION DE LA VIDA

La muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, constituye el elemento externo o material. FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA (31), establece que: "EN LA INTEGRACION DE ESTA CONSTITUTIVA POCO INTERESA LA EDAD CRONOLOGICA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION, HUEVO, EMBRION O FETO; TAMPOCO INTERESAN LAS CIRCUNSTANCIAS DE SU FORMACION REGULAR O IRREGULAR O SU FALTA DE APTITUD PARA LA VIDA EXTERNA. BASTA QUE EL PRODUCTO QUE VIVIO Y FUE MUERTO SEA COMPROBADO MEDICO-LEGALMENTE.

(31).- Op. Cit. p. 131

3.3.- CAUSA EXTERNA, COMO SEGUNDO ELEMENTO

Y continua diciendo: "SI LA MUERTE DEL PRODUCTO ES LA UNICA CONSTITUTIVA MATERIAL DEL DELITO, ELLO IMPLICA, ADEMAS DEL EMABARAZO, LA MANIOBRA ABORTIVA QUE PUEDE CONSISTIR EN LA EXTRACCION VIOLENTA Y PREMATURA DEL PRODUCTO, SU EXPULSION PROVOCADA O SU DESTRUCCION EN EL SENO MATERNO".

Así, comenta: "EL ABORTO PUEDE COMETERSE POR LA INGESTION DE SUSTANCIAS ABORTIVAS, TALES COMO RUDA, SABINA O CIERTOS VENENOS MINERALES QUE PRODUCEN PROFUNDOS TRANSTORNOS EN LA FISIOLOGIA MATERNA, O POR MANIOBRAS FISICAS, COMO LA DILATACION DEL CUELLO DE LA MATRIZ, SONDEOS, PUNCION DE LAS MEMBRANAS DEL HUEVO, O DESPRENDIMIENTOS DE LAS MISMAS, ETC.

Por su parte, FRANCISCO CARRARA (32), al referirse a las maniobras abortivas, como medios violentos, nos dice que: "LOS MEDIOS ABORTIVOS SE DIVIDEN EN: MORALES (cuando se infunde temor), y FISICOS (cuando se suministran sustancias que tengan el poder de dar muerte al feto o de existir en el útero contracciones expulsivas) y MECANICAS (como golpes en el vientre, perforación del útero, corriente eléctrica, etc.)

Así, para la comprobación del cuerpo del delito en este ilícito, el Artículo 121 del Código Procesal Penal para el Estado de Jalisco, establece que para ello, se remite a lo dispuesto

(32).- Op. Cit. p. 351

para el caso de Homicidio, esto es, se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver, y con el dictamen que hagan los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad, el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte, pero además, reconocerán los peritos a la madre, descubrirán las lesiones que presente y dictaminarán sobre la sobre la causa del aborto. Culminando que expresarán la edad de la víctima y todo aquello que pueda servir para fijar la naturaleza del delito.

3.4.- ELEMENTO MORAL COMO TERCER ELEMENTO

Lo constituye el elemento subjetivo, esto es, que consiste en la intención de llevar a cabo la acción feticida, o la consumación de ésta de manera imprudente, FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA (33), nos señala que: "DADAS LAS REGLAS DEL CODIGO PENAL SE REPUTARA INTENCIONAL EL FETICIDIO; NO SOLO CUANDO EL AGENTE HAYA QUERIDO DAR MUERTE DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION, SINO TAMBIEN, CUANDO EL DELITO SE CAUSE PRETERINTENCIONALMENTE O CON DOLO INDETERMINADO O EVENTUAL".

Cabe señalar con FRANCISCO CARRARA (34), que: "EN EL ABORTO PROCURADO, EL DOLO SE COMPONE DE DOS CRITERIOS:

- 1.- EL CONOCIMIENTO DE LA PRENEZ.
- 2.- LA INTENCION RNCAMINADA A EXPULSAR EL FETO.

(33).- Op. Cit. p. 132

(34).- Op. Cit. p. 349

Y continuará expresando: "... en cuanto a la intención negativa indirecta, es decir, en cuanto al aborto culposo, debe procederse por medio de distinciones. Si se trata de una mujer fecundada lícitamente, sería inhumano agregar a sus dolores un proceso criminal; pero en cuanto a la mujer fecundada ilícitamente, de este caso se presentan graves controversias. Algunos han vacilado en dejar impune en ella el aborto culposo, por sospechar que bajo pretexto de inadvertencia se escondiera el dolo..." Y por último el citado autor nos comenta: "CUANDO EL ABORTO SE REALIZA POR LA ACCION DE UN TERCERO, DEBE DISTINGUIRSE: Si el hecho de este tercero procedió de mera imprudencia, sin intención de ofender a la mujer, podrá imputársele el título de lesión culposa gravísima; si un hombre golpea dolosamente a la mujer encinta, sin conocer su estado, y ocasiona el aborto, se tendrá el título de lesión preterintencional gravísima; y si, finalmente, la golpea, conociendo su estado, se tiene el título de lesión dolosa gravísima".

CAPITULO IV.**TIPOS DE ABORTO****4.1.- ABORTO CONSENTIDO**

Según la clasificación que **RENE GONZALEZ DE LA VEGA** (35), nos sugiere, se desprende de la misma este tipo de aborto llamado por él como consentido, porque la mujer es partícipe, consiente la realización de las maniobras abortivas que sean llevadas a cabo en su humanidad, implicando ello la participación de un tercero que se presta y auxilia en la comisión del ilícito, según esta tipología, al tenor de nuestra ley punitiva en el estado corresponden las hipótesis contenidas en los Artículos 228 párrafo primero y tercero los cuales resultan correlativos de los contenidos en los Artículos 330 primera parte y 332 segunda parte del Código Penal para el D.F.

Y como nos comenta el citado autor (36): "**EL ABORTO CONSENTIDO REQUIERE DE LA CONCURRENCIA DE DOS SUJETOS ACTIVOS, TERCERO EJECUTANTE Y MUJER QUE CONSIENTE.** Es delito plurisubjetivo, por lo que se requiere que el consentimiento sea válido y expreso, debiéndose llegar incluso a la cooperación material de la mujer demostrada con la adopción de posición obstétrica, y realizando los movimientos y operaciones que se le indiquen, no se trata de una mera "tolerancia" o complicidad de la mujer, sino una verda-

(35).- "COMENTARIOS AL CODIGO PENAL" Ed. Porrúa. México. p. 440

(36).- *Ib.* Idem p. 441

dera participación. El consentimiento al ser antagónico de la culpa, desecha esta forma de comisión".

4.2.- ABORTO SUFRIDO

Así también, el mismo autor (37), nos habla del aborto sufrido, es decir, la mujer es víctima, distinguiendo el sufrido con violencia y sin violencia, según se desprende del contenido del Artículo 330 segunda parte del Código Penal para el D.F., que resulta correlativo al 228 párrafo cuarto del Código Penal para el Estado.

Este delito, según el citado autor RENE GONZALEZ DE LA VEGA (38), "... es monosubjetivo, ya que en él, la mujer lejos de ser partícipe, como en el aborto consentido, resulta ser la víctima, junto con el feto, a quien se le causa la muerte. En el aborto sufrido sin violencia hay ausencia de consentimiento de la mujer; y en el aborto sufrido con violencia hay ausencia de consentimiento y oposición de la mujer".

(37).- *Ib. Idem*

(38).- *Op. Cit. p. 441*

4.3.- ABORTO PROCURADO

A diferencia del consentido, aquí la madre es la agente principal, sin concurrencia de un tercero y se refiere el Artículo 332 del Código Penal del D.F., o un correlativo 228 del de Jalisco, al utilizar el vocablo: "PROCURE EL ABORTO", exclusivamente a la madre (futura madre).

4.4.- ABORTO HONORIS CAUSA

De los anteriores conceptos de tipo de aborto, tanto consentido, como procurado, se desprende que si en la mujer que consiente o procura el aborto, concurren las siguientes circunstancias:

- I.- QUE NO TENGA MALA FAMA
- II.- QUE HAYA LOGRADO OCULTAR SU EMBARAZO
- III.- QUE ESTE SEA FRUTO DE UNA UNION ILEGITIMA
- IV.- QUE SE EFECTUE DENTRO DE LOS PRIMEROS CINCO MESES DE EMBARAZO.

Entonces la penalidad se atenúa en relación con las penas de los ya denominados como consentido y procurado, porque supónese que el móvil de la conducta ilícita lo fue "EL HONOR", entonces a este tipo se le denomina Aborto Honoris Causa, esto es realizado por causa de "honor", y el alcance de dicho honor se determina concurriendo las circunstancias ya mencionadas. Observando que el Código de Jalisco a diferencia del de Distrito, incluye una

cuarta circunstancia temporal, que consiste en que el aborto debe realizarse dentro de los cinco primeros meses de embarazo; además de que la atenuación de la penalidad disminuye si falta una o dos de las circunstancias dichas, mientras que en el del Distrito Federal, no existe esa limitación temporal y en consecuencia la acción abortiva podrá darse en un lapso que se amplía a más de cinco meses; así como, necesariamente deben concurrir todas las circunstancias acumulativa, faltando una de ellas, ya no se trataría de este tipo de aborto, sino alguno de los otros tipos ya comentados.

La importancia de la clasificación de los tipos de abortos comentados, considero que estriba, tomando en cuenta el elemento subjetivo intencionalidad, en determinar la penalidad aplicable a cada caso, así, desde luego que el aborto consentido y el procurado, implican un dolo genérico o específico, es decir, una intención criminal en complicidad con terceros o bien, con la sola conducta de la madre, lo que al parecer, a juicio de nuestros legisladores debe ser castigado con una penalidad mayor, que la impuesta en el aborto HONORIS CAUSA, en el cual la penalidad disminuye según lo hemos dicho anteriormente.

Obsérvese como los Códigos de Jalisco y D.F. ubican a este ilícito, dentro del título que denominan "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL", y cabe recordar que la tutela penal de los delitos que se tipifican en este apartado lo es precisamente el de proteger la vida y la integridad de las personas, y no así el "HONOR" a costa de la vida de otra u otras

personas, porque hay que a la luz de nuestro Derecho, se considera persona a todo ente concebido, bastando que sea viable, por lo que, la existencia de este último tipo, no encuadra con el propósito, en forma lógica de la tutela que este apartado pretende respecto de las personas. Menos aún, al establecer figuras como las que en el siguiente subtema trataré.

4.5.- ABORTOS NO PUNIBLES

Estos tipos de abortos, pueden ser llamados como imprudenciales o culposos, estos por culpa de la mujer, según lo preceptúan los Artículos 333 en su primera parte del Código del Distrito, y 229 también en su primera parte del Código de Jalisco, ya que el legislador dispuso no sancionar a la mujer que por mera imprudencia, sin intención alguna ve frustrado su deseo de ser madre, y aquí el delito existe, ya que se integra el tipo con la muerte del producto, sin embargo, no hay pena, porque existe una excusa absolutoria por disposición legal.

También este aborto no punible, puede ser por no exigibilidad del cumplimiento del derecho, esto es, cuando el embarazo sea resultado de una violación; según nuestros Artículos 333 y 229, Distrito y Jalisco respectivamente, es decir, aquí la anulante se fundamente supuestamente, en el derecho de la mujer a desechar una maternidad no querida; y existe por último, el aborto no punible por estado de necesidad, llamado también necesario o terapéutico, del cual nos refieren los Artículos 334

y 229 párrafo segundo de los Códigos del Distrito y Jalisco respectivamente, y misma figura que constituye el objeto de este tema de tesis que pongo a vuestra consideración, aunque como podemos inferir, existen razones múltiples para analizar los demás tipos de aborto que hemos mencionado, por la extensión propia y tradicional de este tema es que a efecto de ir centrando nuestra atención en el aspecto que nos ha llamado la atención haremos hincapié en este tipo particularmente, por tratarse como ya dije, del tema central que nos ocupa en la presente tesis.

Dicen así los dispositivos normativos de los ordenamientos punitivos que nos rigen y que hemos hecho referencia en último término: (TAMPOCO LO SERA, PUNIBLE EL ABORTO, JAL)

"NO SE APLICARA SANCION: Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, (o de un grave daño a su salud.-JAL.); a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico (SIC), siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Si bien es cierto, que la exégesis general del precepto antes citado, anula como delito la conducta dada en el sentido de que se justifica el aborto llamado terapéutico en virtud de que un estado de necesidad obliga a sacrificar un bien (la vida de la madre), y contrariamente a lo estimado por RENE GONZALEZ DE LA VEGA (39), quien intercambia su opinión con la de MARIANO JIMENEZ HUERTA, pretende analógicamente facultar, no solo al médico que

asiste, sino incluso a comadrón o partera que intervenga, para determinar respecto el conflicto entre dos vidas humanas "SOLUCIONANDO LA SITUACION DE NECESIDAD CREADA".

Y que el mismo precepto establece que como requisito de comprobación del estado de necesidad, se requiere la autorización del médico que asista a la mujer, avalada, si esto fuera posible y no cause peligro la demora, por el dictamen de otro médico, y que asimismo, como lo dice FCO. GONZALEZ DE LA VEGA (40): "...QUE LA LEY MEXICANA CONFIA LA SOLUCION DEL CONFLICTO AL JUICIO DE UNA PERSONA CAPACITADA POR CONOCIMIENTOS TECNICOS..."

No menos cierto es, que precisamente, la solución del conflicto se confie a una persona capacitada por conocimientos técnicos, esta debe ser o tratarse de un médico especializado, esto es, precisamente de un médico obstetra o ginecólogo, escuchando la opinión de otro médico también especialista en dicha materia, cuando fuere posible y no cause peligro la demora, y no como lo establece el precepto que nos ocupa al reforirse simple y llanamente a un médico, y menos aún, que se trate de una partera o comadrón, en opinión de JINENEZ HUERTA ya citado por GONZALEZ DE LA VEGA RENE (41).

Y como lo pondra FRANCISCO CARRARA (42): "Y mucho han discutido teólogos y médicos acerca de los límites del poder del

(40).- "DERECHO PENAL MEXICANO" Ed. Porrúa. p. 135

(41).- Op. Cit. p. 443

(42).- "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL" Parte Especial Vol. I
Ed. Temis, Bogotá. 1957 p. 346

cirujano en esta temible encrucijada. En las facultades médicas de París y Bélgica se efectuaron, no ha mucho, solemnes reuniones científicas, con el único fin de decidir el delicado problema de si el cirujano que le da muerte al feto en el vientre materno, por estar persuadido científicamente de que es imposible el parto natural, por enfermedad o conformación defectuosa de la mujer, se hace o no culpable de homicidio". Y más adelante comenta el citado autor (43): "DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO, NO DEBERIA QUEDAR CIERTAMENTE EXHONERADO DE TODA CULPA EL CIRUJANO CONFIARA UNICAMENTE A SUS PROPIAS LUCES Y OBSERVACIONES, EL TREMENDO JUICIO ENTRE EL SACRIFICIO CIERTO DE LA CRIATURA Y EL PROBABLE DE ESTA Y DE SU MADRE, Y TRAS UNA INSPECCION SUPERFICIAL CORRIERA PRESUROSO A EJECUTAR EL FETICIDIO".

Concluye: "Para este fin, deben ser llamados los más expertos en el arte; y cuando, tras detenidos exámenes, se decide que para la vida de la madre es inevitable el sacrificio del feto, el jurista no podrá hallar en esta decisión elementos de dolo, ni de culpa, pues la prohibición de dar muerte está subordinada a la excepción de la necesidad, y la justicia humana, en el juicio concreto de esta necesidad, no puede prescindir del oráculo humano de los peritos".

Así pues, es necesario que a los preceptos de nuestro Código Penal de referencia sea adicionado en este apartado, en el

(43).- *Ibi Dem*

sentido de consignar en el mismo, sea a juicio de médico ginecólogo que le asista, oyendo el dictamen de otro médico, también ginecólogo sea tomada la solución del conflicto.

Desde luego, que en tema posterior y en las conclusiones que propongo, haré una extensión a este típico referido en este apartado, pero antes de dar por concluido el tema, referiré el criterio clasificador del aborto de FCO. GONZALEZ DE LA VEGA (44). Este autor clasifica el aborto, de la siguiente manera:

I.- PUNIBLES

- a).- Practicado por tercero con consentimiento de la madre.
- b).- Practicado por tercero sin consentimiento de la madre.
- c).- Practicado por tercero con violencia.
- d).- Procurado voluntariamente o consentido por la madre.
- e).- Honoris Causa.

II.- NO PUNIBLES

- a).- Por imprudencia de la mujer embarazada.
- b).- Cuando el embarazo sea resultado de una violación.
- c).- Por estado de necesidad o terapéutico.

(44).- "DERECHO PENAL MEXICANO"
Ed. Porrúa, México
p. 132 y siguientes

CAPITULO V.

TELEOLOGIA DEL DELITO DEL ABORTO

Como ya se dijo en ocasión anterior, los bienes tutelados por la figura típica del aborto, lo son la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad, y de ahí que la existencia de esta figura típica configurada como delito en nuestra ley contenga concomitantemente a su objeto, una finalidad, esto es, a una razón del porque de su existencia como entidad delito, la cual precisamente procura imponer en orden a la protección de los bienes antes descritos una sanción pretendiendo con ello una finalidad, la cual estriba en proteger y preservar dichos bienes, los cuales implican valores que pertenecen a los individuos y a la sociedad, por ello es que el Estado, en la procuración de la obtención del bien común los protege usando la figura aquí comentada.

Esto es, sabemos que el Estado a través de un orden jurídico debe procurar el resguardo de derechos subjetivos que son inalienables y que la persona los tiene, porque los mismos los requiere para su óptimo desenvolvimiento como sujetos integrantes de una comunidad y para el mejor cumplimiento y satisfacción de los intereses que se entrecruzan en la misma, ya que no pueden quedar en el olvido o relegados, alegando que se trata de entes no natos, ya que de manera natural contienen estos derechos inherentes a los mismos, ni tampoco arguir que la fusión

cromosomal en que participan los padres no se desprenda de la misma derechos algunos, ya que, si biológicamente han participado en el surgimiento de un nuevo ser, entre éste y sus progenitores surge una relación que no es tan sólo natural o biológica, sino también jurídica y de ella derivan derechos y obligaciones que les ligan correlativamente.

Además, el Estado como intermediario o depositario de la protestad soberana de la nación debe cuidar que su población se mantenga y sea respetuosa de los lineamientos que técnicamente le permitan permanecer en el tiempo y en el espacio, esto es, la población como elemento vital del Estado implica a toda costa un interés a efecto de que ésta no se vea afectada en desvanecimientos demográficos sistemáticos, lo cual, sería un error fatal y contundente en el sostenimiento de la identidad como tal.

De ahí que se considere en este apartado de este trabajo, resaltar la importancia de la finalidad de la existencia de esta figura delictiva en los Códigos punitivos que ahora nos rigen, por ello es que propugnamos que aun tratándose de un aborto de los llamados terapéuticos o por necesidad, sean los mismos cuidadosamente determinados por facultativos médicos especializados, en donde no quede la menor duda de la necesidad de la medida.

Por otra parte, al estimar que sólo a través de ordenamientos jurídicos podrá el Estado, regular la conducta de la población que vive asentada en el territorio del mismo y esa regulación

Jurídica para que sea genuina deberá adecuarse no sólo al ver del pueblo, esto es, a su idiosincracia, sino también, a aquellos lineamientos propiamente de orden natural, es decir de Derecho Natural, lo anterior a efecto de considerar un orden normativo eficaz, esto es, no solo vigente y positivo, sino también concordante con el Derecho Intrínseco, y esta interioridad sea concordante con el ser humano.

Hay que recordar que la creación de normas de Derecho vigente solo podrán justificarse intrínsecamente, si se ajustan al Derecho Natural, como es lógico en Derecho, como regulador de conductas, como una normatividad ciertamente que se reviste con formalidades externas, como pudieran serlo los aspectos de vigencia, observando la norma en sí técnicas de elaboración, pero también es cierto que la norma jurídica como tal deberá contener y estar impregnada de aspectos axiológicos.

Es decir, si buscamos las causas últimas de la norma en sí, hemos de ver el ámbito de lo filosófico y es a una rama de la filosofía jurídica a la cual le corresponde indicar cuáles son los bienes o valores que el orden normativo de procurar, y esta rama, según el LIC. EDUARDO GARCIA HAYNEZ (45), lo es precisamente la axiología jurídica, y en consecuencia en materia penal los bienes protegidos, como lo he señalado, todos ellos son concomitantes y acordes con los lineamientos naturales del hombre.

(45).- "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO"

La vida tanto del ser en formación como de la madre, no es posible concebir, que el legislador en forma simple autorice legalmente que cuando a juicio del médico que asiste a la madre, oyendo el dictamen de otro médico y ello siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, consienta en la práctica del aborto y lo despenalice y en consecuencia retire la protección en tales hipótesis a los bienes que el precepto normativo protege.

De lo anterior, cabe hacer las siguientes interrogantes : El médico que asista a la madre podrá ser tan solo un médico general ? ¿ Bajo qué criterios podrá el médico emitir su juicio en el sentido de que la madre corre peligro de muerte o grave daño a su salud ? ¿ El médico que emita el dictamen podrá ser también general ? ¿ Bajo qué criterios podrá entenderse la posibilidad de escuchar el dictamen ? ¿ Bajo qué criterio se considerará peligrosa la demora de escuchar el dictamen de otro médico ?

De lo anterior y de la redacción actual del párrafo segundo del Artículo 229 del Código Penal para el Estado, se infiere lo siguiente:

- 1.- Que podrá ser un médico general quien emita el juicio de provocar el aborto en la madre a quien asiste.
- 2.- El segundo médico que emita el dictamen también podrá ser general.
- 3.- El criterio de peligro de muerte o grave daño a la salud de la madre queda tan sólo en el criterio de los médicos

quienes pueden ser generales.

- 4.- El criterio de la posibilidad de oír el dictamen de otro médico dependerá de circunstancias imprevistas o contingentes.
- 5.- La peligrosidad de la demora podrá entenderse que queda a criterio del médico que asiste y éste podrá ser general.

De lo anterior, se infiere que el fin de las normas punitivas no se cumple extensivamente, en la hipótesis constitutiva del objeto de esta tesis, ya que la misma faculta optativamente a que un personal no calificado o especializado en una área de la salud tan delicada, como técnica, quien determine con sus criterios personales la necesidad o no de la medida abortiva.

En consecuencia la TELEOLOGIA y justificación de la norma que al aborto terapéutico, no se adecúa la norma que establece a protección de la vida de la madre y del ser en formación, ya que al no procurar y establecer la misma que sean agotadas técnicamente la necesidad de la medida, en forma escrupulosa por el personal que sea calificado, esto es, especializado, permitiendo que sean neófitos en la materia quienes pudieran emitir un dictamen tan delicado, corriéndose en consecuencia el riesgo con mucha facilidad de cometer errores y quizá cubriendo así intenciones dolosas por intereses inescrupulosos, y dejando de paró que verdaderas conductas delictivas quedan impunes por lo que a efecto de limitar en lo máximo este tipo de abortos en aras a una protección de la vida de la madre o del ser no nato, así como del

derecho a la maternidad y el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad, sea tolerado en última instancia el mismo sólo cuando se agoten las posibilidades técnicamente determinadas por especialistas en la materia, en el sentido de que la medida abortiva sea estrictamente necesaria, sólo entonces podríamos suponer que el párrafo en comento ajustarse a la teleología de la norma en cuestión.

Evitándose así los abortos adelantados y precipitados que abundan en nuestro tiempo, los cuales en muchos casos son autorizados hasta por verdaderos pasantes en medicina con autorización para ejercer como galenos y que se practican por verdadera ignorancia o bien por negligencia, y en el peor de los casos para proteger intereses egoístas que encubren verdaderas conductas delictivas.

Es por lo anterior que debe atenderse el aspecto teleológico y axiológico de la norma en comento.

En otras palabras, la protección que ofrece el tipo delictivo aborto, nos dice no practiques el aborto porque lesionas la vida del ser en formación y los derechos del padre y el interés demográfico de la colectividad, ello como regla general, pero si encuentran en conflicto los bienes que se protegen, por causa terapéutica, entonces sólo con la opinión y dictamen de médicos especialistas en la materia podrá practicarse tal conducta como un verdadero mal necesario para la protección de un bien que asimismo se protege, quienes han de resolver que sean médicos

especialistas solamente, de lo contrario no sea tolerado el aborto como impune.

Lo anterior para que de esta manera se ajuste tal figura a una adecuación en una excepción con la teleología del delito de aborto.

CAPITULO VI.

E T I O L O G I A

En este apartado habremos de comentar, nuestras observaciones en torno a la Etiología de este ilícito, es decir las causas de delito, que ahora nos ha correspondido realizar este trabajo como objeto del mismo.

Esto es, comentaremos cuáles son las causas que han originado en nuestra comunidad la incidencia menor o mayor de la conducta que ahora se encuentra sancionada en los Códigos punitivos como delito de aborto.

Dice CARRARA (46): "La tiranía de las pasiones y el choque de las condiciones sociales exigen a veces que la mujer sienta odio a lo que debería excitarla a suma alegría, es decir a ser madre, y en cambio desee lo que debería tener como un gran infortunio, esto es, el aborto. A destruir en sus propias entrañas el don de la providencia, fueron impulsadas las mujeres, en todas las épocas, por distintas causas, la más frecuente de las cuales consiste en el anhelo de esconder una falta, y ésta es la más excusable, pero no la única, pues la Historia nos enseña a menudo que indiferentemente son llevadas a estos excesos, o por la molestia de la crianza de los hijos, o por contrariar a un marido a quien no se ama, o por evitar los dolores y peligros del parto, y hasta (y parece increíble) con el único afán de no afeár el

(46).- Op. Cit. p. 333 y 334

vientre hermoso con arrugas precoces.

Tanta es la facilidad para el delito en ese sexo, pintado hoy por algunos admiradores suyos como más moral que el masculino, que corre ligerísimo hacia el delito, únicamente por el amor vanidoso de una efímera belleza".

Es irresistible vaciar el contenido de esta frase vertida por CARRARA en su obra ya citada y traída a colocación ahora como un prolegómeno a los comentarios en torno al origen del aborto como delito.

Resulta elocuente lo manifestado líneas atrás, nos parece inverosímil en ocasiones pero resulta también una realidad tan evidente, cuanto terrible y espeluznante considerar que el origen o causa del aborto, lo sea en una proporción considerable lo que el propio CARRARA ha descrito como "LA TIRANIA DE LAS PASIONES Y EL CHOQUE DE LAS CONDICIONES SOCIALES..." es decir, que la causa de este delito sea precisamente de carácter subjetivo, esto es la vanidad de la madre que la impulsa a conservar una efímera belleza, lo que provoca esa animus recandi, lo que le incita a tal grado de atentar contra su existencia y privar de la vida al ser que lleva en su vientre, aunada esta causa a las presiones que la vida social le exige, ue un mero convencionalismo social impulse la comisión del aborto, "ESCONDER UNA FALTA", o bien le impida hacer llevadera su vida en la asistencia a convites sociales en virtud de la obligación que implica la "CRIANZA DE LOS HIJOS", nos resulta asimismo paradójico que la causa lo sea

"CONTRARIAR A SU MARIDO A QUIEN NO SE ANA", o por evitar los "DOLORES Y PELIGROS DEL PARTO", circunstancias estas que podrían antojarse caprichosas y fútiles, mas sin embargo, podríamos preguntarnos ¿ En cuántos casos de prácticas abortiles, hayáanse dado realmente estas causas ?, difícil es tan siquiera aproximar la respuesta, pero aún suponiendo que fueran pocos, resultaría para estos casos un obstáculo más, la exigencia normativa, de que para impedir ese capricho o vanidad, nuestro Código punitivo, estableciere en su Artículo 229 párrafo segundo que el aborto llamado "TERAPEUTICO", sólo se practicare, además de las exigencias ahí señaladas, a juicio de un médico especialista que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico también especialista en la materia, esto es, como médico especialista nos referimos a un médico ginecólogo, ya que salvar la aduana de un médico general resulta más cómodo y fácil para la presunta abortante, que hacerlo con la exigencia en tal precepto antes sugerida, aun cuando fuere la intención subjetiva por mero capricho o vanidad, con mayor razón, si en verdad existe peligro de perder la vida en el parto, o grave daño a la salud de la madre, que mejor que quienes rindan el dictámen sean médicos especialistas, ya que considerarán que éstos, técnicos e intelectualmente están más capacitados para determinar en su dictámen tal peligro, y así podrían en no pocos casos convertir su opinión en seguridad para aquellas madres que realmente pretendieran evitar el aborto y ver en el alumbramiento una nueva esperanza de vida para la sociedad.

Actualmente, no pocos son los autores (47) que consideran que: "LA CAUSA PRINCIPAL DEL ABORTO HAY QUE BUSCARLA EN LA CRECIENTE MISERIA ECONOMICA..." pretendiendo con ello establecer que son razones económicas las motivantes de la conducta ilícita, agregando que: "... MAS URGENTE GERMEN, DE UN FUTURO SER NO NACIDO, DESPROVISTO DE CONCIENCIA, SERIA CONSERVA LA VIDA DE LOS YA NACIDOS PARA QUE LLEGASEN A SER HOMBRES SANOS Y PRODUCTIVOS". Emulando con ello las palabras del comisario de salubridad de la URSS citadas por el mismo autor antes mencionado (48) "QUEREMOS QUE LOS RECIEN NACIDOS SEAN DESEADOS, QUE LOS NIÑOS SEAN ATENDIDOS CON PLACER Y QUE SEAN BIENVENIDOS AL BANQUETE DE LA VIDA".

El mismo GONZALEZ DE LA VEGA (49), manifiesta: "Que el aborto es un mal social de extrema gravedad por su incesante acrecimiento y porque lesiona diversos intereses preciosos: la vida en formación, los derechos que a la maternidad tiene la mujer cuando el aborto se realiza sin su consentimiento, la esperanza de la descendencia en el padre, el instinto de conservación demográfica de la colectividad. Además, el aborto revela en sus autores ausencia de sentimientos de piedad, en el sentido que otorga a esta palabra GAROFALO". y agrega: "sin embargo, siendo cada día más frecuente, se ha ido debilitando el sentimiento de repulsión que provoca especialmente si se causa por sentimientos altivistas o por egoístas menos antisociales, como la razón de la miseria

(47).- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO
"DERECHO PENAL MEXICANO" Ed. Porrúa, México. 18va. Ed.

p. 124

(48).- Op. Cit. p. 126 ver No. 4

(49).- Op. Cit. p. 126

la de la familia numerosa, la de ocultación de un desliz y la del propósito eugnésico por temor a taras hereditarias graves".

Como podemos ver son diversas las causas que se alegan como explicativas de tal proceder.

Nuestro punto de vista es no admitir el aborto, porque éste no tiene justificantes ante la justicia divina, aun cuando se pretenda hacer valer el argumento egoísta que lo ha conceptualizado como "TERAPEUTICO", más sin embargo, sabedores de que aun este último es utilizado con frecuencia como un disfraz que oculta una intención plenamente homicida, y que no son pocos los médicos poco escrupulosos y llenos de codicia que sí exponen la vida de la mujer y se prestan a todo tipo de ayuda y ante la realidad de la normatividad positiva, cuando menos intentamos que tal medida sea solamente aceptada con la opinión de médicos especialistas en la materia.

Sabemos que el problema no será resuelto en absoluto con esta medida, empero la causa que sea calificada para la práctica del aborto llamada "TERAPEUTICA" encontrará un freno en muchos casos y serán solamente los galenos calificados quienes den luz verde a tal proceder, pensamos que con ello se minimizará, por razones de conocimiento técnico e intelectual el posible abuso que del aborto por esta causa se presenta.

Por otra parte, como lo afirma ANTONIO DE IBARROLA (50):
"NADIE DUDA QUE ESTE FENOMENO (EL ABORTO) ES UNO DE LOS QUE HAN

INQUIETAN EN NUESTRO TIEMPO. EL ABORTO PROVOCADO, EL CLANDESTINO, SE ESTAN DIFUNDIENDO CADA VEZ MAS; PERO LO QUE PREOCUPA CADA VEZ MAS ES LA MENTALIDAD ABORTISTA QUE SE DIFUNDE CON BASE A LA SALUD DE LA MADRE, EL PRONOSTICO DESFAVORABLE PARA EL NINO QUE VA A NACER, O TAMBIEN LAS SITUACIONES FAMILIARES Y LAS CONDICIONES ECONOMICAS QUE PUEBAN PARECER CASI HUMANAMENTE IMPOSIBLES". Y nosotros ante tal realidad, permitimos que quienes dictaminen respecto de las dos primeras causas, esto es, la salud de la madre y el pronóstico desfavorable para el niño, lo sean tan sólo médicos generales y no especialistas en la materia.

Claro que ninguna ley humana que pretenda legalizar el aborto, aun el terapéutico, podrá hacerlo moralmente lícito, ya que éste aunque quedase libre, en estos casos, de las sanciones de la ley, no perderá intrínsecamente nunca su carácter de crimen moral.

No pretendemos con nuestra postura soslayar la fundamentación de la ley, que en última instancia lo es de carácter moral ya que nada más profundo en nuestra conciencia existe que no tenga dicho carácter, empero ante tal circunstancia si pugnamos que en una manifestación mínima legislativa de protección, se exijan las condiciones técnicas e intelectuales de tal medida por parte de verdaderos especialistas en la materia. Y en lo referente a la

sanción moral, sean los protagonistas quienes enfrenten, en este caso, aborto terapéutico, la responsabilidad ante su propia conciencia y ante Dios. Lo anterior, ante una concepción antropocéntrica que se hace cada vez más prolífica y agudizante, empero que con medida que proponemos en este tema de tesis, sabedores de la circunstancia anterior, es reducir en forma real y concreta, aunque sea en mínima proporción la práctica de este proceder.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

CONCLUSIONES

Si tomamos en cuenta que siendo el delito una acción típica antijurídica, culpable y sancionada con una pena por el Estado, al responsable de la infracción penal, y que el aborto es un delito, por configurarse éste descrito en su acción tipificada en el Artículo 227 del Código Penal para el Estado de Jalisco, como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, y prever en el Artículo 228 del mismo ordenamiento legal antes citado, las penas que se establecerán a la o los responsables de tal conducta, al infringir con ello bienes jurídicos que son tutelados por el Derecho, en sus diversas hipótesis variables de culpabilidad que el mismo establece y al considerar que tal entidad normativa como delito constituye como de acción, según la conducta del agente, materialmente lesivo según el resultado dañino que produce; en cuanto a su duración es instantáneo, y que puede ser doloso o culposo, en relación a la culpabilidad, según haya intención de producir el resultado dañino o sea consecuencia de imprudencia, negligencia, falta de previsión o de cuidado; así como por el número de bienes lesionados puede ser simple complejo, según de nacimiento a nueva figura delictiva o no; y que ordinariamente es unisubjetivo, aunque pudiere ser plurisubjetivo también; y que en los diversos lugares y épocas de la humanidad, tal conducta ha sido perseguida y sancionada como delito, con penas en algunos casos menos severas que en otros, y que aunque los sentidos o alcance pueden variar según su índole obstétrico, médico-legal y legal, pero que de acuerdo a este último, que es el que nos interesa, requiere

para su configuración, como supuesto lógico necesario: que haya embarazo; como primer elemento material: que haya privación de la vida del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez; como segundo elemento material: que dicha muerte sea provocada por una causa externa, la cual puede consistir en maniobras físicas, ingestión de sustancia abortiva, etc., y como tercer elemento moral: que exista la intención de llevar a cabo la acción feticida, o la consumación de este de manera imprudente, y que en consecuencia de lo anterior pueden existir diversos tipos de aborto, como el consentido, el sufrido, el procurado, el honoris causa, y los no punibles, donde en este último se configuran los llamados imprudenciales, los resultados de una violación y los terapéuticos o por estado de necesidad, y que es este último el que ha ocupado nuestra atención en este tema de tesis, ya que si consideramos que la teleología de este delito estriba en la protección de la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad, desde luego que estramos de acuerdo en que tal figura como acción típica, antijurídica y culpable debe ser sancionada con una pena para poder así lograr dicha finalidad, empero que hay casos en los cuales tales bienes protegidos sería conflicto a la luz del llamado DERECHO VIGENTE y desde ese punto de vista surge el cuestionamiento sobre su punibilidad, desde luego que aquí me refiero al aborto terapéutico, y es sabido que en este caso el Derecho Vigente consiente y acepta decretarlo impune al considerar que el conflicto se resuelve en favor de la madre, cuando ésta se encuentre en peligro de muerte o de grave daño a

su salud, según lo establece el precepto que constituye el objeto de esta tesis, Artículo 229 párrafo segundo del citado Código Penal para el Estado de Jalisco, pero siempre a juicio del médico que la atiende, oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, y es aquí donde he volcado mi parecer inconformándome con lo que considero una liviandad o ligereza del legislador a tan sólo exigir para tal impunidad ante estas circunstancias la ingerencia para determinar tal estado de necesidad de médicos generales, desconociendo con ello expresamente la importancia que tienen y se debe a los bienes que tal entidad del delito tutela, facilitando así el impedimento a la aduana comisiva del mismo y descobijando tal protección axiológicamente.

Por ello es que a efecto de ajustarse a la teleología de la norma en cuestión, y se logre evitar la práctica de los abortos adelantados o precipitados, es que he propuesto como tema de tesis el de: "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 229 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO", y para ello, como conclusión propongo los siguientes puntos:

- 1.- PRIMERO: Que se modifique el texto del Art. 229 del Código Penal para el Edo. de Jalisco, párrafo segundo, que actualmente dice: "NO ES PUNIBLE EL ABORTO CULPOSO CAUSADO POR LA MUJER EMBARAZADA, NI CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION. TAMPOCO LO SERA CUANDO DE NO PROVOCARSE EL ABORTO, LA MUJER EMBARAZADA CORRA PELIGRO DE MUERTE O GRAVE DANO A SU

SALUD, A JUICIO DEL MEDICO QUE LA ASISTA, OYENDO EL DICTAMEN DE OTRO MEDICO, SIEMPRE QUE ESTO FUERE POSIBLE Y NO SEA PELIGROSA LA DEMORA.

2.- SEGUNDO: La modificación a que me refiero en el punto anterior sea: precisamente la frase subrayada en dicho párrafo anterior y que en lo conveniente: "A JUICIO DEL MEDICO QUE LA ASISTA OYENDO ESTE EL DICTAMEN DE OTRO MEDICO"

3.- TERCERO: Sea cambiado dicho texto de la frase subrayada y transcrita en los puntos anteriores por la siguiente frase que diga: "A JUICIO DEL MEDICO ESPECIALISTA QUE LA ASISTA, OYENDO ESTE EL DICTAMEN OTRO MEDICO TAMBIEN ESPECIALISTA".

4.- CUARTO.- Así entonces el texto que propongo sea modificado del Art. 229 del Código Penal para el Edo. Jalisco, quedare de la siguiente manera: NO ES PUNIBLE EL ABORTO CULPOSO CAUSADO POR LA MUJER EMBARAZADA, NI CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION. TAMPOCO LO SERA CUANDO, DE NO PROVOCARSE EL ABORTO, LA MUJER EMBARAZADA CORRA PELIGRO DE MUERTE O GRAVE DANO A SU SALUD, A JUICIO DEL MEDICO ESPECIALISTA QUE LA ASISTA, OYENDO EL DICTAMEN QUE ESTO FUERE POSIBLE Y NO SEA PELIGROSA LA DEMORA.

LO ANTERIOR PARA QUE TAL FIGURA DELICTIVA, SE PUEDA CONSIDERAR ADECUADA A UNA EXCEPCION CON LA TELEOLOGIA DEL ABORTO COMO DELITO.

B I B L I O G R A F I A

- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: DERECHO PENAL MEXICANO, Ed. Porrúa, Parte General, México 1980.
- CARRARA, Francisco : PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL, Ed. Temis, Bogotá 1957.
- CASTELLANOS TENA, Fdo. . LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Ed. Porrúa, México 1971.
- DE IBARROLA, Antonio : DERECHO DE FAMILIA, Ed. Porrúa, México 1978.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo : INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, Ed. Porrúa, México.
- GARCIA PELAYO Y GROSS : PEQUENO LAROUSSE ILUSTRADO, Ed. Larousse, México 1983.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Fco.: DERECHO PENAL MEXICANO, Ed. Porrúa, México 1973.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Rene : COMENTARIOS AL CODIGO PENAL, Cárdenas Editor y Distribuidor, México.
- JIMENEZ DE ASSUA, Luis : LA LEY Y EL DELITO, Ed. A. Bello, Caracas, Venezuela.
- MARTINEZ MURILLO, Salvador : MEDICINA LEGAL, México 1975
- MARTINEZ ROARO, Marcela : DELITOS SEXUALES, Ed. Porrúa, México 1985.
- MEZGER, Edmundo : TRATADO DE DERECHO PENAL, Madrid 1955, Rev. de Der. Privado.
- NAVARRO HACIAS, Modesto : TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LIC. EN DERECHO "DEBE SER PUNIBLE O NO EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO ES RESULTADO DE UNA VIOLACION".
- P. MORENO, Antonio de : CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO, Ed. Jus, México 1944
- SOLER, Sebastián : DERECHO PENAL ARGENTINO, Buenos Aires, Argentina, 1945.