

El aborto. Algunas consideraciones

Rafael Márquez-Piñero*

La problemática del aborto es -sin duda alguna- una de las más complejas y difíciles en el ámbito de los ordenamientos jurídicos, en general, y más concretamente en el de las regulaciones jurídico-penales. Cada vez que se proyecta legislar sobre la delicada materia se encienden las pasiones, se agudizan las polémicas y, por decirlo con mayor claridad, "los árboles no dejan ver el bosque".

De antemano, queremos aclarar que nuestra pretensión es, como no puede ser otra, la de realizar un análisis jurídico basado en los valores protegidos por el Derecho Penal. En este asunto, la legislación del aborto tiene su origen en dos "neoverbos" sumamente sugerentes, a la sazón: descriminalizar y despenalizar.

A estos efectos resulta perfectamente coherente que sociedades, como las de nuestra época, caracterizadas por permisividad cada vez mayor, justamente enemigas de la guerra, de la tortura, de la violencia, etc., deseen hacer el menor uso posible de "ese sucio resorte moral que es la pena", como decía un clásico del penalismo de habla española, don Quintiliano Saldaña.

En este sentido, la protección penal viene determinada por una clara especificación del bien jurídico protegido, y -en mi modesta opinión- desde una perspectiva jurídica, el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida. Un clásico, otro más, Hans Welzel, en la época siniestra del nacional-socialismo hitleriano, puso en guardia los juspenalistas del terrible error de considerar como bien jurídico del aborto a la política demográfica del Estado o la defensa de la raza(!), en lugar de la inviolabilidad de

la vida humana. En idéntico error incidió el fascismo italiano, al estructurar el aborto entre los delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe.

Los criterios para la punibilidad o permisividad de los hechos abortivos, estimados desde un punto de vista estrictamente jurídico, pueden agruparse en dos grandes sectores: uno de ellos referente a la llamada "solución de las indicaciones", y el otro, relativo a la llamada "solución del plazo". Ambas soluciones constituyen visiones parciales, donde la parcialidad resulta difícil de aplicar dada la complicación temática.

Las llamadas soluciones de las indicaciones son, a su vez de tres clases:

- a) Éticas: el aborto no se castiga penalmente cuando el embarazo de la mujer es dimanante de una violación previa.
- b) Terapéuticas: en la que no se sanciona el aborto cuando, en el supuesto de llegara dar a luz la mamá al término de la gestación, la mujer corre peligro de morir o (variante eugenésica de la misma), cuando el producto de la concepción presenta signos evidentes de malformación congénita; y
- c) Económicas: en las que el aborto resulta despenalizado por consideraciones de orden eminentemente socioeconómicas. A estos efectos, el gran Claus Roxin, en una conferencia pronunciada en la Universidad Nacional Autónoma de México hace algunos años, concretamente sobre la década del 60-70, exigió, para su existencia, los siguientes requisitos:

* Doctor en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Director del Instituto de Documentación e Investigaciones Jurídicas, Universidad Panamericana. Coordinador del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Profesor de Derecho Penal.
Correspondencia y solicitud de sobreiros. CoLa Núm. 75A. Págs 3 Co. Insurgentes Mxcoac. CP 03812, México D.F. Te. 6150796 Fax 61: 2265

- I. Mujer con muchos hijos.
- II. Trabajando fuera del hogar.
- III. Esposo con salario inadecuado.
- IV. Insuficiencia del salario familiar conjunto

Las soluciones del plazo consisten esencialmente en lo siguiente: determinados hechos de aborto dejan de ser considerados como objeto de sanción por la norma penal, cuando al transcurrir cierto tiempo, a partir de las manifestaciones biológicas externas de la concepción, el aborto puede realizarse -generalmente en instituciones públicas y con la debida asistencia médica- sin consecuencias jurídico-penales. El plazo puede oscilar entre las doce y las nueve primeras semanas siguientes al embarazo.

Tanto las soluciones de las indicaciones como las del plazo, constituyen los dos polos sobre los que giran las legislaciones que admiten, al menos en cierta medida, la despenalización del aborto, tal es el caso de: Gran Bretaña, Francia, algunos Estados de la Unión Americana, España, Italia, México, etc. De hecho, en la República Mexicana y por lo que hace el Código actualmente vigente en el Distrito Federal, para el fuero común, y en el resto del territorio nacional para el fuero federal, se participa de la solución de las indicaciones.

El Libro II, Título XIX, Capítulo VI, artículos 329 al 334, regula todo lo referente al aborto, y admite las soluciones de las indicaciones éticas y terapéuticas, aunque en algunos Estados de la República hay otras variantes indicativas. Cabe señalar que el Título XIX del Libro II, del Código Penal del D.F. y federal para toda la República, ubica el delito de aborto entre los delitos contra la vida y la integridad corporal.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, establece en su artículo 22 lo siguiente:

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

El Código Penal del D.F., en su artículo 329, nos establece el concepto de aborto al indicar: "Aborto

es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". Se entiende, pues, por el legislador penal que el aborto constituye un tipo autónomo, distinto de cualquier otro tipo penal, en donde la muerte del producto ha de ser realizada en una concreta referencia temporal, es decir, en cualquier momento de la preñez.

Lo anterior conlleva, desde la perspectiva jurídico-penal, a la consideración de que la muerte ha de ser producida cuando el producto se encuentra dentro del claustro materno, y poco importa -a los efectos penales- que éste sea o no viable, para la integración del delito basta con producir la muerte en las circunstancias indicadas. Si la muerte se realiza, después del parto, es decir, cuando el producto vive desprendido del claustro materno nos encontraremos ante un homicidio, muy probablemente calificado, al menos en mi estimación, por traición.

La solución de las indicaciones, adaptadas por el Código del D.F. y en materia federal, para toda la República, tiene en cuenta razones éticas y terapéuticas, las éticas señaladas en el artículo 333, cuando se establece que no es punible el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación.

La *ratio legis* de la indicación ética, en el caso de la violación parece residir en la opinión del legislador, respecto a que no resulta adecuado obligar a la mujer a una maternidad, cuando ésta le ha sido impuesta tan salvajemente. No es, desde luego, ésta la opinión de la confesión religiosa católica, ya que su concepción tiene en cuenta otras motivaciones diferentes. También alude el artículo 333 a la no sanción del aborto, cuando deriva de una imprudencia de la mujer embarazada, ya que bastante frustración tiene con la pérdida de su maternidad.

La otra indicación, la terapéutica, señala que no se aplicará sanción, cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, así lo indica el artículo 334 del Código del D.F.

Las razones del legislador, en este caso, tienen distintas raíces de las consideradas en la solución ética, ya que -para él- se plantea un estado de necesidad, en donde se enfrentan dos bienes: por un lado, la vida de la madre y por el otro, la vida del

producto de la concepción. Ante tal situación, el legislador, a pesar de tratarse de dos vidas, confiere al médico asistente, por sus mayores conocimientos técnicos y científicos, la facultad de decidir, previa consulta con otro compañero, si ello resulta posible y siempre que no sea peligrosa la demora.

Sin duda en un plano estrictamente objetivo, se trata de una elección muy difícil, pues se elige entre dos vidas, pero parece que el legislador se inclina por la de la mamá, en virtud de estimar que ésta, desde la perspectiva del proceso social, tiene más valor que la del producto de la concepción. Esta solución no concuerda con los principios religiosos no sólo católicos, sino de otras confesiones.

Técnicamente hablando, nos encontramos ante un estado de necesidad exculpante o inculpante -como también suele denominarse- que da lugar a la exclusión del reproche social, en que consiste la culpabilidad, porque los dos bienes son de idéntico valor, pero imposible de ser salvados ambos.

En realidad, en lo personal, estimamos que tanto en el caso de la solución ética, (artículo 333), violación, como en el de la solución terapéutica, (artículo 334), nos encontramos en presencia de una excusa absolutoria, ya que se integran todos los elementos del delito de aborto, de conformidad con lo establecido en el artículo 329 ya indicado, pero -por razones de política criminal y otras de carácter humanista- desaparece la punibilidad de la conducta.

No parece haber duda de que, en el ordenamiento jurídico mexicano, inclusive teniendo en cuenta los artículos 14 y 22 constitucionales, se está protegiendo la vida y se está haciendo con carácter de bien jurídico esencial, de esta manera lo que para el sistema jurídico es el bien jurídico general de la vida, y desde luego el legislador se está refiriendo a toda una concepción de la vida, y específicamente a la vida humana.

Si al criterio jurídico interpretativo de la conexión normativa de sentido se le agrega como se hace en la moderna dogmática jurídica lo que el profesor Karl Larenz denomina criterio de congruencia constitucional debe llegarse a la conclusión, de orden estrictamente jurídico, de que la vida se está garantizando en una pirámide conceptual, que desciende desde la norma constitucional hasta la legislación secundaria, y esa vida es la del ser humano,

en cuando bien jurídico preponderante sobre toda cualquier otra consideración.'

Pero ocurre que, como indican los preceptos constitucionales y secundarios anteriormente referidos, el ordenamiento jurídico general del país protege la vida desde el instante mismo de la concepción del individuo. Hay quienes sostienen que la vida intrauterina, lato *sansu*, no es vida humana, por el feto, según una muy especial concepción de lo humano, es infrahumano.

Sin embargo, el desarrollo de la ciencia acredita, y lo hace sin lugar a dudas, que en el seno materno hay vida, y parece ser que el ordenamiento jurídico protege la vida en general y -concretamente- la vida humana en particular. No obstante, el concepto de vida suele ser definido en función de una cultura determinada, y no estaremos errados, si afirmamos que en México pertenece a lo que se llama "cultura occidental".

De ahí se derivan dos cosas: hay una vida natural, (biológica), y hay un concepto de vida dimanante de una cultura concreta, y ninguna jurista negará que el "bien jurídico vida", tutelado por el Derecho Penal, deriva del concepto de vida construido por una cultura y sin perder de vista la base biológica. En este sentido, los valores culturales de una sociedad adquieren una relevancia especial al considerar el fenómeno vital.

El artículo 22 constitucional, en su párrafo 3º dice: "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

Basta traer a colación las consideraciones del gran Max Ernst Mayer, (creador de la Teoría de las Normas de Cultura), para relacionar esas normas culturales con las normas jurídicas, y afirmar -como lo hace el ilustre Maestro- que la antijuridicidad penal, en cuando injusto distinto de la antijuridicidad unitaria de un ordenamiento jurídico, es la opo-

"El artículo 74 constitucional señala, en su párrafo segundo: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"

ción a las normas de cultura reconocida por el Estado, (o lo que es lo mismo, por el derecho positivo).

Ese reconocimiento se exterioriza en la norma jurídica, por lo que resulta imposible desligar el análisis de un bien jurídico como la vida de su origen, de su acervo cultural, de su raíz jusfilosófica, aunque se encuentre indefectiblemente emparentado con la vida natural y biológica. Lo anterior amerita detenernos, siquiera sea brevemente, sobre la afirmación de que la vida del embrión o feto no es una vida humana o incluso, como muchos dicen, que no es vida sino una mera "esperanza de vida".

Aunque el embrión y el feto dependan íntimamente de la madre, son seres distintos de la misma. El concepto de individuo no requiere la total separación de los demás seres, basta recordar -para ello- el caso de los siameses con órganos comunes. La personalidad, a efectos puramente civiles, poco tiene que ver con la existencia natural del ser humano, que es lo penalmente relevante.

La consideración de que el hombre es "ser con relación", y que -por eso- no adquiere condición de tal, hasta que es comunitariamente aceptado, supone el peligroso criterio de hacer depender una calidad natural de un acto libre o arbitrario, con la consecuencia, nada desdeñable de que el consenso comunitario otorgado podría ser posteriormente retirado, lo que nos conduciría a toda clase de aberraciones.

En cuanto a la prueba del electroencefalograma plano, acreditativa de la muerte cerebral, tampoco parece concluyente, ya que no es lógicamente correcto trasplantar una comprobación relativa a la demostración de la muerte, (y aun así, para muchos ni siquiera absolutamente definitiva), a un campo diverso, como lo es la demostración de si algo que vive tiene o no naturaleza humana. En esta tesitura, habría que concluir que es algo que no vive, pero ¿puede decirse que no vive, un organismo en desarrollo y evolución permanentes?

En puridad, la verdadera cuestión no consiste en saber si el embrión o el feto tienen o no vida humana. Resulta obvio que son organismos vivos, y científicamente se ha acreditado que están perfectamente diferenciados de la madre, de lo que puede inferirse, lógicamente, que son seres humanos. Y son seres humanos, porque no puede entenderse que un ser "no humano" se convierta en "ser humano" en un momento concreto de su desarro-

llo, si no fuera por milagro y por arte de prestidigitación, argumentos no precisamente científicos.

Si el feto de más de doce semanas o el recién nacido es un ser humano, ello se debe a que ya era un ser humano cuando tenía once semanas y cuando constituía un embrión o un cigoto, con un código genético que contenía -en germen- todas las características individuales, que serían desarrolladas más adelante.

En lo personal, entendemos que lo verdaderamente puesto a discusión, en la problemática del aborto, no es la naturaleza de la vida humana en los estadios precoces del embarazo, sino el valor que se otorga a esta vida en esa fase todavía imperfecta o inacabada de la misma. Conviene decirlo con toda claridad; en realidad, no se trata de un problema biológico, sino de uno eminentemente normativo.

De ahí, que lleve toda la razón el doctor Carrancá y Rivas al señalar que: "la raíz jurídica del aborto se hunde en el corazón de las normas de cultura que tan admirablemente estudió Mayer; en tal sentido dichas normas generan normas jurídicas cuyo contenido cultural es enorme. Ignorarlo es deformar la realidad de los hechos (por ejemplo, el aborto) y también la del derecho".

Los anteriores razonamientos nos conducen, inevitablemente, a una proyección comparativa ¿cuáles son los bienes a considerar en el aborto, cuál de ellos debe ser el bien preponderante? Los partidarios de la admisión indiscriminada del aborto parecen señalarnos la vida del producto de la concepción, por una lado, y la libertad de decisión de la madre, por el otro.

"Mi vientre me pertenece", ante eso hay que decir efectivamente, pero ¿quién discute esto? ** la vida en formación no es el vientre, sino un organismo dispuesto de antemano para la autonomía y que tiene circulación sanguínea propia. En consecuencia no parece resultar defendible la equiparación del aborto con una operación de apendicitis.

Por otra parte, entiendo -y creo llevar razón- que la vida es, en cualquiera de sus formas y manifestaciones, el bien supremo a proteger por el derecho penal. De ahí que, frente a ella haya de ceder cualquier otro bien, por muy respetable que éste puede ser considerado.

** Son palabras del profesor Claus Roxin, al comentar la propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo de reforma al artículo 218 del StGB. (Código Penal Alemán), de 1971

Entendemos que la vida humana es un valor sobre el cual sólo puede prevalecer otra vida humana, (salvo en los supuestos de legítima defensa, y aun así con puntualización), y nos parece peligroso, egoísta e incluso irracional afirmar la existencia de "vidas desprovistas de valor vital".

Por consiguiente, no nos encontramos entre un conflicto con la vida del producto de la concepción por un lado y la libertad de la madre por el otro, sino entre la vida del producto y la tranquilidad de la madre, ya que no existe libertad posible frente a los derechos fundamentales de los demás y el producto de la concepción es otro, no un tumor (teratoma), o un coágulo de sangre de la mama.

Cierto que, al ser el aborto un tipo autónomo, no es un homicidio, ni un asesinato, (homicidio calificado para la legislación de la República Mexicana), como opinan muchos, sino un delito encuadrado en el tipo descrito por el legislador en el artículo 329. Ahora bien, la sociedad, el Estado, en cuanto forma superior de organización de la misma, no pueden encogerse de hombros ante el espectáculo de tantas muertes femeninas originadas por el problema del aborto.

Si defendemos la protección penal a la vida del producto de la concepción, hemos de ser igualmente congruentes en auxiliar, antes del parto, en el parto y después del parto a la ininidadde madres desprotegidas que carecen de medios para sacar adelante de sus hijos. Hay que protegerlas a ellas y a sus hijos, y no encogernos de hombros y dejarles "el boleto" para que lo resuelvan solas, olvidándonos de los más elementales deberes inherentes a las reglas mínimas de la convivencia social, al *minimum* ético indispensable para la vida social, como decía el gran Manzini.

Por otra parte, el derecho a la maternidad no sólo comporta facultades para su titular, porque, (como la patria potestad), es un derecho-función en beneficio de la otra parte de la relación, ni tampoco puede afirmarse. sin una incorrecta transposición de planos, que el aborto es un derecho, porque muchas mujeres se pronuncian y se sigan pronunciando en su defensa, a pesar de lo dispuesto en las legislaciones, lo único que acredita esto es que es un hecho frecuente y cotidiano.

En el fondo, se trata de un problema de principios, y en todo problema de principios subyace la creencia en la existencia de la vida como valor preponderante, y nosotros estimamos que todo ser engendrado por una mujer es un ser humano, y también creemos en el valor preferente de la vida humana sobre cualquier otro bien jurídico, por muy respetable que éste sea o pueda ser.

Referencias

- Barbero Santos M. Política y Derecho Penal en España, Madrid 1977.
- Bello Landovc F. El aborto honor s:causa de artículo 414 del Código Penal En la Familia y el Código Penal Español, Madrid, 1977.
- Carranca y Rivas R. Raíz jurídica del aborto. En: El aborto un enfoque multidisciplinario. México UNAM 19980:25-38.
- Casini C, Cieri F. La nueva disciplina del aborto. Commento alla legge 22 Maggio 1978. Núm. 194 Padova 1978.
- Huerta-Tocildo S. Aborto con resultado de muerte o lesiones graves. Publicaciones de la Universidad Complutense, del Instituto de Criminología, Madrid 1977.
- Informe ante el Senado de los Estados Unidos. 23 de abril de 1981, ABC, 23.2.83
- Heinz-Gössel K. La reforma del delito de aborto en Alemania Cuadernos de política criminal, Núm. 4 1978: 141.
- Landrove-Díaz G. Política criminal del aborto, Barcelona. 1976.
- Muñoz-Conde F. Derecho Penal P.E. 2a. Reimpresión Sevilla 1978.
- Polaino-Navarrete M. El bien jurídico en el Derecho Penal. Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie Derechos Núm. 19-1974, 1974.
- Rodríguez-Devesa JM. Derecho Penal Español 7a ed. P.G. Madrid 1979.
- Roxin C. Problemas básicos del derecho penal, trad. Luzón Peña, Madrid, Rus. 1976:71-83.
- Sainz-Cantero JA. Lecciones de Derecho Penal, PGI Introducción. Barcelona. 1979.
- Schooyans M. L'avortement Approche politique, Universiti Catolique de Luvain, 1980:23.
- Soutoul JH. Conception d'une loi apres 600 jours d'avortements legaux, Paris 1977.
- Testi CA. La legislazione sullaborto: per una riforma que non costituisca un crimine, Giustizia Penale, 1977. Parte I.
- Velázquez-Arellano A. Diagnostico prenatal de enfermedades genéticas. En: El aborto un enfoque multidisciplinario, México UNAM 1980:167-173.
- Billiams G. Textbook of Criminal Law London 1978.