

ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO AL PROBLEMA DEL ABORTO

JORGE A. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA
Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM

I. *Introducción*

La interrupción del embarazo ha sido y es uno de los temas más controvertidos en la teoría jurídica. Existen algunos países que han incorporado en su sistema de derecho, mecanismos que regulan la interrupción del embarazo. Esta tendencia se observa fundamentalmente en países europeos y en Estados Unidos cuyas legislaciones observan ya una permisón del aborto.

La permisón para interrumpir el embarazo está sujeta a diversos mecanismos cuya estructura responde, en mucho, a las necesidades sociales de cada país. El movimiento legislativo en este sentido se inició poco después de la Revolución de Octubre en la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas. A partir del 18 de noviembre de 1920 se permitió la interrupción del embarazo en hospitales públicos, resolución fundada en 3 razones básicas: a) La eliminación del aborto ilegal; b) el control de la población y c) la emancipación de la mujer.

En Suecia a partir de una ley del año de 1974 que entró en vigor el 1o. de enero de 1975 se permite a la mujer —como único juez de la decisión y hasta la décima semana del embarazo— practicar el aborto. En Dinamarca el aborto es libre y gratuito a partir del año de 1973; a condición que el embarazo tenga menos de 12 semanas y que la mujer radique en el país. En Noruega, Islandia y Austria a partir del 1o. de enero de 1975 la interrupción del embarazo es lícita hasta antes de la décimosegunda semana si la salud física o mental de la madre está en peligro. Finalmente, en Suiza el aborto se permite si la salud física o mental de la mujer se encuentra bajo la amenaza de un mal grave y permanente.¹

¹ Cfr. a este respecto Robert, Jacques. “La Décision du Conseil Constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l’interruption volontaire de grossesse”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 27. Année. Num. 4. October-December. 1975. Paris., p. 883.

Una legislación que permita la interrupción del embarazo no está exenta de problemas técnico-jurídicos. Es importante, describir la forma en que algunas legislaciones (id. *est* francesa e italiana) y diversas resoluciones judiciales importantes los han intentado resolver.

Los problemas fundamentales que se han presentado en los países en cuestión han sido diversos y en diferentes planos.

Sin pretender ser exhaustivos haremos referencia a aquellos problemas que han sido mayormente debatidos.

Con respecto primeramente a los derechos humanos el debate se cifra en ver si la interrupción del embarazo significa o no la violación del "derecho que tiene toda persona a la vida." El artículo 2o. de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, que tiene vocación universal, postula que la libertad es un derecho natural e imprescriptible del hombre. El artículo 2o. de la *Convención Europea de Derechos Humanos* establece que el derecho de toda persona a la vida está protegida por la ley y precisa que la muerte únicamente puede causarse por la ejecución de una sentencia pronunciada por un tribunal en el caso en que el delito esté establecido y punido por la ley en cuestión.² Se trata en suma de establecer que el Estado debe garantizar a todos la protección a la vida y a la salud. El derecho del *nasciturus* a la vida en consecuencia está en contradicción (o así resulta aparentemente) con el derecho de la mujer a la libertad de disponer libremente de su cuerpo; dicho en una proposición más general: la mujer tiene un derecho de privacidad que puede y debe ejercitar libremente.

En breve el debate se ha fincado así: por una parte se defiende el "derecho a la vida" cualquiera que sean las consecuencias y por la otra se defiende "el derecho irrestricto de la libertad de la persona humana," en el caso tanto de la madre como del infante.

La solución que se le de al problema anterior depende en mucho de la que se de a un problema previo: a partir de cuando existe persona en sentido jurídico; en otras palabras: es el feto persona jurídica o no y, en caso afirmativo a partir de que momento.

Para algunos autores el feto desde que se forma —y se forma desde la concepción— tiene personalidad jurídica. Todas las etapas del nacimiento constituyen una continuidad que impide establecer en forma arbitraria el momento del inicio de la vida; El hombre es un devenir constante, pero es hombre desde el inicio. En consecuencia el feto, genéticamente ser humano sería privado de la vida arbitrariamente por la interrupción del embarazo.

² *Ibidem*.

La vida humana existe antes del nacimiento, existe desde la concepción y describe una continuidad inicialmente intrauterina y posteriormente extrauterina hasta la muerte.³

Por otro lado se señala que el *nasciturus* tiene un “interés jurídico” que ante la imposibilidad de hacerlo valer por sí mismo debe ser protegido por el Estado. Otros autores en cambio distinguen dos diferentes concepciones de vida: la biológica y la espiritual. Jacques Monod, Premio Nobel de Medicina,⁴ sostiene por ejemplo que lo que el derecho debe proteger es al ser humano que presenta caracteres de unicidad a partir de que puede disponer tanto de la herencia genética como cultural. Lo decisivo en este caso es determinar cuales son los caracteres que deben considerarse para definir a una persona y no el hecho de señalar el momento en que el feto reúne una serie de características que lo hacen persona. El debate sobre si el feto es persona participa también de una argumentación religiosa —específicamente judeo-cristiana— de esta suerte la implementación de una legislación “moral” al respecto tendría como consecuencia la fundamentación de la función del Estado en un objetivo no laico.

Los problemas anteriormente enunciados han tenido en alguna forma su solución en las legislaciones que establecen mecanismos que no norman la interrupción del embarazo. Importante por una parte es analizar en consecuencia algunas de las legislaciones extranjeras y por la otra destacar las soluciones que implementan.

Conforme a la Organización Mundial de la Salud las diversas legislaciones existentes pueden insertarse en el siguiente esquema:

- A. Las legislaciones que no permiten el aborto en ninguna circunstancia.
- B. Las legislaciones que permiten el aborto únicamente por causas médicas.
- C. Las legislaciones que permiten el aborto por disposiciones médicas y por razones médico-sociales.
- D. Finalmente, las legislaciones que permiten el aborto por disposiciones sociales y económicas.⁵

³ Cfr. *Ibid.*, p. 881.

⁴ Destro, Robert A. “Abortion and the Constitution: The Need for a Life-Protective Amendment”, *California Law Review*. September 1975. Vol. 63/Num. 5. p. 1254.

⁵ Cfr., en este sentido Hung-Kay Luk, “Abortion in Chinese Law,” *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 25. Num. 2. Spring 1977, p. 390.

Este esquema puede ser resumido en 3 clases de legislaciones que pueden ser identificadas por los principios que los gobiernan y que a continuación describiremos siguiendo las ideas del profesor Livneh:⁶

1. Las legislaciones antiguas y conservadoras que norman el aborto como un problema penal y lo resuelven en términos de dicha legislación;
 2. Las legislaciones moderadas cuyo centro de atención es la solución de los problemas médicos y sociales que plantea el aborto;
 3. Las legislaciones liberales que sitúan el centro de decisión en la mujer embarazada.
- A. A continuación desarrollaremos brevemente el segundo esquema. Por lo que respecta a la primera clase de legislaciones se puede afirmar que se caracterizan tanto por su normación penal como por la ausencia de normaciones específicas relativas a la interrupción del embarazo. Por lo general estas legislaciones obligan a hacer valer el estado de necesidad; excepción hecha de este supuesto, el médico se encuentra imposibilitado de proteger a la madre de los riesgos que puede conllevar su embarazo.
- B. La segunda clase de legislaciones se distingue por la exigencia —y la suficiencia— de un supuesto específico para interrumpir el embarazo, específico en la medida en que contrasta con la generalidad de la eximente de “estado de necesidad”.

Estas legislaciones presentan un común denominador que se expresa en estas 4 proposiciones:

1. La necesidad del consentimiento de la mujer. Algunas legislaciones requieren de un consentimiento basado en una información administrada previamente a la mujer que consiste fundamentalmente en la indicación de las alternativas que proporciona los servicios sociales y asistenciales.
2. El privilegio del médico, que consiste en el derecho exclusivo de practicar el aborto, siempre que sean satisfechas las demás exigencias legales. En este contexto el médico puede quedar relevado de practicar el aborto si no está en juego la preservación de la vida o la salud de la madre.

⁶ Cfr. Livneh, Ernst. “Abortion and Judicial Review of Statutes”, *Israel Law Review*. Volume 12. Num. 1. January 1977. Hebrew University of Jerusalem. Israel., p. 15.

3. Los supuestos bajo los cuales puede interrumpirse el embarazo. Existe a este respecto una variedad considerable en la formulación de los supuestos conforme a los cuales puede interrumpirse el embarazo.⁷

Los más frecuentes son los siguientes:

- a) Prescripción médica, que en algunos casos se circunscribe exclusivamente cuando se intenta preservar la salud de la madre; en otros casos sin embargo se hace extensivo al supuesto en el que la continuación del embarazo puede ocasionar daños serios y permanentes en la salud tanto física como psíquica de la madre.
- b) Consideraciones eugenésicas se hacen valer también en esta proposición. Es pertinente citar aquí, el rubro de la ley japonesa que se conoce como la ley de protección eugenésica aun cuando en su sistema norman otros supuestos.
- c) Consideraciones económicas y sociales son también de observarse en estas legislaciones. Existe una amplia gama en este contexto; se pueden citar la edad de la mujer, la presencia de otros niños o de enfermos en el seno de la familia; etcétera.
- d) Consideraciones éticas, como es el caso del embarazo por incesto, violación, etcétera.

Otra característica de observar en el segundo grupo de legislaciones, es la confirmación del diagnóstico o la autorización previa de la interrupción del embarazo. Este supuesto se observa en varias legislaciones que pertenecen a este grupo; generalmente se le da curso a la práctica del aborto bajo el diagnóstico de 2 médicos o bien la autorización de la práctica queda condicionada a una autoridad o a un comité de hospital.

- C. El último grupo de legislaciones es de un carácter radical. Se puede decir que participan 2 de los elementos del grupo anterior ya que exigen por una parte el consentimiento de la mujer y por la otra que sea practicado el aborto por un médico.

Generalmente se permite su práctica dentro de un término inicial que son las 12 primeras semanas de embarazo.⁸

Pasemos ahora al análisis de dos de las legislaciones más recientes:

⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 17.

⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 22.

La ley francesa del 17 de junio de 1975⁹ y la ley italiana del 22 de mayo de 1978.¹⁰ Después describiremos los razonamientos de la Suprema Corte de Estados Unidos y del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal Alemana.

II. La legislación extranjera

A. LA LEY ITALIANA Y LA LEY FRANCESA

Estas legislaciones modernas parten del postulado que enuncia la garantía que la ley establece al respeto a la vida de todo ser humano desde su inicio.

El Estado garantiza el derecho a la procreación libre y responsable, dando su justo valor social a la maternidad y a la vida humana. Se rechaza asimismo el empleo del aborto como un medio para el control de la natalidad. En este contexto el artículo 1o. de la ley italiana expresamente preceptúa la promoción y desarrollo de medidas socio-sanitarias que establezcan bases para la procreación consciente y responsable conforme a dos presupuestos:

1. El respeto tanto de la integridad física, como psíquica de la mujer y;
2. La forma menos riesgosa de la interrupción del embarazo.

Es evidente que tales medidas socio-sanitarias tienden a evitar que el aborto sea utilizado como un medio para el control de la natalidad. Asimismo se establece una obligación general de información a cargo del médico consistente en la instrucción de la mujer en materia de regulación del nacimiento.¹¹ En suma se intenta establecer mecanismos que eliminen la interrupción del embarazo como método de planificación familiar.

⁹ Cfr. "Journal Officiel de la Republique Francaise. 18 janvier 1975. Loi No. 75-17 du 17 janvier 1975 relative a l'interruption volontaire de la grossesse", pp. 739 y ss.

¹⁰ Cfr. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*. Núm. 140, del 25 de junio de 1978 en la que se publica la ley del 22 de mayo de 1978 relativa a la tutela social de la maternidad y a la interrupción voluntaria del embarazo, pp. 3642 y ss. El anteproyecto de ley en su versión española, se puede consultar en Bueno Arus, Francisco. El proyecto de ley italiana sobre interrupción del embarazo en Documentación Jurídica. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Núm. 16, octubre-diciembre. 1977. Madrid., pp. 161 y ss.

¹¹ Cfr. *Gazzetta Ufficiale. Op. cit.*, p. 3643.

Las legislaciones de referencia participan de un principio laico al no incorporar en su estructura ninguna imposición en la práctica del aborto. En este orden de ideas los médicos por objeciones de su conciencia pueden válidamente rehusarse a practicar el aborto pero deben ejercitar su derecho desde el inicio.¹² En este contexto el derecho del médico a prescribir y practicar el aborto es un derecho propio que no debe explicarse en función del derecho de la madre a procurarse consejo y tratamiento médico; es un derecho propio en tanto no es contingente de la validez de otro derecho del que pudiera derivar y cuyo ejercicio depende del juicio profesional del médico en cuestión.

Tanto la ley francesa como la italiana se estructuran, en nuestra opinión, sobre dos ideas fundamentales:

- a) La interrupción voluntaria del embarazo practicada dentro del término legal.
 - b) La interrupción voluntaria del embarazo practicada por motivos terapéuticos.
- a) *La interrupción voluntaria del embarazo practicada dentro del término legal*

El enunciado de esta hipótesis ha sido y es el más polémico, fundamentalmente por lo que respecta a su extensión. En efecto, en este contexto es en donde las legislaciones divergen, adoptando criterios particulares.

La ley francesa, que se encuentra estructurada en el Código Francés de Salud Pública, Libro II, título primero, capítulo III bis,¹³ dispone que la mujer encinta cuyo estado la sitúa en un estado de necesidad o angustia, puede solicitar a un médico la interrupción del embarazo. La apreciación de este estado depende estrictamente de la mujer, ya que la ley no autoriza a nadie a verificarlo. La interrupción no puede ser realizada sino hasta antes de la décima semana de embarazo. Por su parte la legislación italiana en su artículo 4o. dispone que la interrupción voluntaria del embarazo, dentro de los primeros noventa días, es permisible siempre y cuando el embarazo, el parto o la maternidad comporten un serio peligro para la salud física o psíquica de la mujer, bien sea respecto a su salud, a sus condiciones económicas, sociales o familiares,

¹² Cfr. "Journal Officiel". *Op. cit.*, p. 739, especialmente el art. L. 162-7.

¹³ Cfr. *Ibidem*, especialmente el art. 4.

a las circunstancias en las que se haya producido la concepción o finalmente a las anomalías o malformaciones previsibles del *nasciturus*.¹⁴ Como se puede contrastar la legislación italiana en su enunciado es mucho más amplia que la francesa.

Ambas legislaciones sin embargo establecen mecanismos que impiden que la interrupción del embarazo sea consecuencia directa de una decisión precipitada y establecen un sistema de disuasión. En efecto el mecanismo mediante el cual se le da curso a la interrupción del embarazo se lleva a cabo en dos niveles:

En un primer momento existe la obligación a cargo del médico de llevar a cabo las comprobaciones sanitarias que estime convenientes con absoluto respeto a la dignidad y libertad de la mujer, valorando las circunstancias que llevaron a ésta a solicitar la interrupción de su embarazo. Debe, asimismo, en caso de que acepte, practicarlo informando a la solicitante de los riesgos médicos en que incurre tanto en el momento del aborto como en el caso de embarazos subsecuentes. Se amplía en forma más bondadosa esta obligación ya que el médico deberá también poner en conocimiento de la solicitante los derechos, ayudas y ventajas que la legislación establece en beneficio de la familia, de las madres, célibes o no, de los infantes, así como de las alternativas jurídicas que establece el régimen de la adopción y, finalmente, de sus derechos en la legislación laboral.

En un segundo momento, establece la obligación inicial de la solicitante de concurrir a un centro de información, de consulta u orientación familiar, o de planificación y educación familiar que deberá expedirle una constancia de asistencia. En dichos centros la consulta deberá versar sobre consejos y asistencia adecuados tanto a la situación de la interesada como a los posibles medios de solución a los problemas sociales expuestos. La idea que gobierna estas disposiciones es clara: por una parte la necesidad de eliminar como método de planificación familiar el aborto, mediante la instrucción a la mujer en el manejo de los métodos contraceptivos más adecuados a su caso y por la otra la necesidad de proporcionar una información básica del sistema jurídico establecido en beneficio de la familia, de la madre y del menor, tales como ayuda financiera, alternativas en el régimen de adopción, conocimiento de sus derechos laborales, etcétera, que tiende al mismo resultado que la proposición anterior y que es la eliminación de la práctica del aborto.

¹⁴ Cfr. *Gazzetta Ufficiale. Op. cit.*, p. 3642.

b) *La interrupción voluntaria del embarazo practicada por motivos terapéuticos*¹⁵

La interrupción del embarazo se permite en todo momento por lo general en los siguientes casos:

Primero. Cuando el embarazo o el parto comporten un grave peligro para la vida de la mujer.

Segundo. Cuando exista una gran posibilidad de que el *nasciturus* presente anomalías y malformaciones reconocidas como incurables en el momento del diagnóstico en los términos de la legislación francesa o que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer conforme a la legislación italiana.

El centro de gravedad de la legislación francesa se establece en el *nasciturus*, en tanto en el de la italiana se ubica en la mujer, determinaciones legales que revelan posturas diferentes en las soluciones de principio que más adelante describimos.

La primera hipótesis es la considerada como aborto terapéutico en sentido estricto en tanto el segundo ha sido considerado como aborto profiláctico por causas genéticas. La concreción de la segunda hipótesis está sujeta a ciertos mecanismos de control en la emisión del dictamen que contenga el diagnóstico pues éste es la causa determinante de la interrupción del embarazo.

Así las legislaciones se esfuerzan en establecer la concurrencia del médico o de especialistas que pueden contrastar su opinión en la elaboración del diagnóstico que, en atención a los mismos disminuye el margen de error.

En resumen, de las legislaciones mencionadas se pueden determinar 3 condiciones que deben ser satisfechas en el aborto terapéutico:

- a) La probabilidad de una afección.
- b) Que la afección sea particularmente grave.
- c) Que la afección sea incurable en el momento en que se practique el diagnóstico.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*; "Journal Officiel". *Op. cit.*, p. 740, especialmente el art. 162-12 y *Gazzetta Ufficiale. Op. cit.*, p. 3643, especialmente el art. 6.

B. LA POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS¹⁶

Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos por el razonamiento que estructuran y conforme a las cuales se determinó que las legislaciones de Texas y de Georgia que regulaban el embarazo, son anticonstitucionales porque restringen el derecho de la mujer a decidir la terminación de su embarazo. Estas decisiones aparecen en los casos, *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) y *Doe v. Bolton* 410. U.S. 179 (1973) respectivamente.

Para apreciar la importancia de estas decisiones es necesario considerar que es la Suprema Corte de Justicia en los Estados Unidos quien controla la interpretación técnica de la Constitución de ahí el aforismo: *The Constitution is what the judges say it is.*¹⁷

Es importante antes de desarrollar el análisis de estas decisiones destacar el informe rendido en el año de 1972 por el presidente de la Comisión de Crecimiento Demográfico de la Unión Americana que recomendaba a los Estados federados la adopción de legislaciones que normasen los procedimientos de aborto.¹⁸

Quisiéramos inicialmente describir la *litis* en los juicios de referencia.¹⁹

El actor en el precedente *Roe* era el de una mujer soltera embarazada que pretendía el aborto y que consideraba la tesis de la legislación texana como anticonstitucional ya que ésta sostenía la prohibición de todo aborto que no fuera necesario para preservar la vida de la madre. Su argumento central consistía en afirmar que la legislación texana impedía a la pareja o en su caso a la madre decidir el número y espaciamiento de sus hijos, lo que iba en contra de la Constitución americana.

En el caso *Doe* la actora era una mujer casada pretendía un aborto terapéutico, pero no satisfizo el criterio del comité de un hospital, requisito que prevenía la legislación de Georgia.

En el caso *Roe* la Corte americana analizó los postulados bajo los cuales se estructuró la legislación texana, que en su opinión fueron los siguientes:

¹⁶ Cfr. Destro. Robert A., *op. cit.*, pp. 1250 y ss.

¹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 1260, especialmente la nota 44.

¹⁸ Cfr. "Population and the American Future. The Report of the commission on Population Growth and the American Future". 142. (1972). Citado por Kommers, Donald P. "Abortion and Constitution in The American Journal of Comparative Law". Volume XXV. Num. 2, Spring 1977. p. 257.

¹⁹ Cfr. "The Harvard Law Review. The Supreme Court. 1972 Term". Volume 87. November 1973. Num. 1. *The Harvard Law Review Association*. Cambridge, Massachussets. USA, pp. 75 y ss.

- a) La protección de la salud de la madre justifica una cuidadosa normación del aborto.
- b) La vida humana se inicia desde la concepción y en consecuencia las limitaciones del aborto se justifican para preservar la vida humana.
- c) El interés del Estado en proteger al feto, en tanto vida potencial es razón suficiente para limitar el aborto.

En este orden de ideas y respecto al primer postulado la Corte consideró que la protección de la salud de la madre justificaba precisamente la reglamentación de los procedimientos de aborto en función de la seguridad de la madre.

El criterio de la Corte en *Roe* no resultó, sin embargo, lo suficientemente claro para determinar si el Estado conserva o no la facultad de reglamentar el aborto durante los tres primeros meses, periodo en el cual la práctica del aborto presenta el menor peligro; en la interpretación de este aspecto en particular, se encuentra muy dividida la doctrina en Estados Unidos.²⁰

Lo que es obvio es que se intenta subrayar la necesidad de que el Estado debe reglamentar el procedimiento del aborto. Si bien la interrupción del embarazo lleva implícitas consideraciones no médicas, es primariamente un procedimiento médico, y por tanto, su reglamentación es de orden público. Es una función legítima del Estado normar la protección de la salud de la mujer, sentando las bases sanitarias sobre las cuales deberá practicarse el aborto.

Con ello quedaría satisfecho el propósito normativo fundamental del mecanismo que debe regular la interrupción del embarazo y que es la protección de la salud de la mujer.

La Suprema Corte de Justicia consideró que la legislación texana limitaba injustificadamente las razones por las cuales se podía interrumpir el embarazo. La Corte estructuró el derecho de interrumpir el embarazo en base al derecho dentro de uno más amplio que es el de privacidad que encuentra su apoyo a su vez en el derecho de libertad contenido en la primera y catorceava enmiendas. El derecho de privacidad presupone un interés individual respecto al cual ni el Estado, ni terceras personas pueden hacer

²⁰ Cfr. a este respecto. Tribe, Laurence H. "The Supreme Court 1972 Term". Foreword: *Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law. Harvard Law Review*. Volume 87. November 1973. Num. 1. Cambridge, Massachussets. USA, pp. 16 y ss. Destro. *Op. cit.*, pp. 1295 y ss.

valer sus pretensiones. La Constitución protege contra la intrusión del Estado, la integridad y vitalidad de la asociación en general, específicamente de la familia, ya que ésta es, sin lugar a dudas, la asociación básica en la sociedad.²¹ El derecho de privacidad es lo suficientemente amplio para que se pueda situar en su contexto el derecho de interrumpir el embarazo. En este orden de ideas y conforme al precedente *Doe* la Corte declaró, también, improcedente la restricción de la legislación de Georgia que limitaba la práctica del aborto únicamente en hospitales habilitados al efecto y después de la anuencia de dos médicos y de un comité de hospital habilitados al efecto. En este caso la Corte americana destaca también el derecho de privacidad en términos de la catorceava enmienda que establece la libertad personal y las limitaciones de la acción del Estado. En esta óptica se destacó que únicamente derechos personales pueden ser considerados como fundamentales e implícitos en el concepto de libertad que sostienen por extensión las actividades relativas al matrimonio, procreación, relaciones familiares, educación de los hijos y, en este contexto, la interrupción del embarazo.²²

La Corte aborda también en su análisis el segundo postulado de la legislación texana, referente a que la vida humana se inicia desde la concepción y, en consecuencia, las limitaciones del aborto se justifican para preservar la vida humana.

En su razonamiento la Suprema Corte situó el centro de gravedad del problema en la posible contradicción de intereses entre el Estado y el particular: lo importante para la Corte es la determinación de la autoridad que debe decidir sobre el aborto; dicho en otra forma si el centro de decisión debe ser la madre con el médico o el Estado. Precisamente el argumento sostenido por las inconformes en los casos de mérito se explicaba en que la decisión de interrumpir el embarazo debía ser su función y no la del Estado.

La postura de la Corte americana lleva consigo por tanto el rechazo del debate planteado al inicio de este trabajo entre el derecho a la vida de toda persona y el de libertad de la mujer; rechazo que se explica afirmando que lo que se intenta es fundamentar la función del Estado, en este problema, en objetivos seculares.²³

²¹ Cfr. *Ibid.*, p. 34.

²² Cfr. *The Harvard Law Review*, *op. cit.*, p. 80.

²³ Cfr. en este sentido *Tribe*, *op. cit.*, p. 25.

El distinguido profesor de Harvard, Laurence H. Tribe²⁴ justifica tal rechazo por considerar que ese debate se concluiría en una obligación del Estado a proteger la vida humana, lo que se haría extensivo a la concepción y, por tanto, se establecería la protección del feto. Este criterio podría sostenerse si existiese un consenso general en considerar al feto como persona humana, independientemente de toda consideración moral y de ahí, extender la responsabilidad del Estado de proteger a la persona humana de su destrucción, al feto. Tal consenso general no existe, antes bien algunos autores consideran al feto parte del cuerpo de la madre incluso hasta el nacimiento; otros lo consideran un ser humano indefenso desde la concepción. Lo cierto es que actualmente conforme al avance embriológico en la medicina, se hace insostenible cualquier noción de que el feto “repentinamente” cobre vida en un punto determinado del embarazo como se venía sosteniendo en argumentos que participan de un contenido religioso y moral. Es por tanto prácticamente imposible discutir en términos seculares cuando el feto se “convierte” en persona.

La Suprema Corte fundó las decisiones que se comentan, al considerar que la legislación texana y la de Georgia se basan en una *sola teoría* y por tanto son anticonstitucionales.

Consecuencia de estas limitaciones del aborto es que el Estado toma postura en relación al problema, obligando a los disidentes, que son numerosos, a conformar su conducta con ella, cuando era evidente que no existía al respecto un consenso general. Se podría agregar que considerar que la vida humana se inicia desde la concepción coincide con la tradición judeo-cristiana sobre la vida humana prenatal, por lo que dicha postura participa de una argumentación religiosa, que es contraria a la fundamentación de la función del Estado en objetivos seculares.²⁵

Al respecto es conveniente mencionar que: La doctrina americana considera que la separación entre el Estado y la Iglesia puede ser analizada conforme a 2 métodos:

1. La ausencia de apoyo estatal a actividades desarrolladas por organizaciones religiosas (tales como enseñanza religiosa, etcétera) y;

²⁴ Tribe. *Ibid.*, p. 19.

²⁵ *Cfr.* en este sentido el interesante artículo del profesor Friedman “The Federal Fetal Experimentation regulations: An Establishment Clause Analysis”, *Minnesota Law Review*. Vol. 61 June 1977. Num. 6. USA, pp. 994 y ss.

2. La introducción de asuntos religiosos en la actividad del Estado.²⁶

Es conforme a este segundo método que habría que considerar las anteriores afirmaciones.

La tesis de la Suprema Corte de Estados Unidos se puede enunciar en estas tres proposiciones:

- a) La práctica del aborto dentro del primer trimestre de embarazo es una decisión exclusiva de la mujer y del juicio de su médico. La decisión de la mujer a procurarse el aborto está protegida constitucionalmente en tanto no esté limitada por un interés del Estado.
- b) En la etapa subsecuente —que la determina en los siguientes tres meses— el Estado en función de su interés en proteger la salud de la madre puede, si así lo desea, reglamentar el procedimiento de aborto a efecto de preservar la salud de la madre.
- c) En la etapa final del embarazo que comprende el último trimestre el Estado tiene un interés en proteger la potencialidad de la vida humana cuando el feto es viable y puede, en consecuencia, proscribir la práctica del aborto a no ser que conforme el dictamen médico su práctica fuese necesaria para preservar la salud o la vida de la madre.²⁷

En otras palabras según la Suprema Corte es obligación del Estado proteger la vida potencial humana y ello acontece cuando el feto es viable, es decir, la posibilidad del *nasciturus* de vivir desprendido enteramente del seno materno. De lo anterior se deriva la siguiente consecuencia: El *nasciturus* está constitucionalmente protegido a partir de qué sea viable.

Finalmente la Corte tomó en consideración la tradición del *Common Law*, específicamente la del siglo XIX, periodo en el cual se legisló la catorceava enmienda y pudo determinar que el aborto se podía practicar con mucha mayor libertad que en nuestros días.²⁸ Por tal motivo consideró que el término “persona”, empleado por la catorceava enmienda a la Constitución no incluye al *nasciturus*, por tanto, no está constitucionalmente protegido su derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 977.

²⁷ Cfr. *The Harvard Law Review*, *op. cit.*, p. 79.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 1267 y ss.

Las consecuencias de las tesis de la Suprema Corte de Justicia son importantes. Conforme a la tesis de que los derechos constitucionales reflejan situaciones sociales que deben ser protegidas, se puede derivar una obligación positiva a cargo del Estado, a efecto de hacer posible el ejercicio de la libertad de la mujer a procurarse el aborto. La libertad de la mujer no significa un mero límite al poder del Estado, sino que éste debe asumir directa o indirectamente la obligación positiva de asegurar la prevención del embarazo no querido y de su terminación en su caso. De no ser así esta libertad quedaría sin contenido, reducida a una mera libertad abstracta. Esta idea la sostiene parte de la doctrina americana.²⁹

El debate de la interrupción del embarazo en Estados Unidos no se ha clausurado. Antes bien subsiste una gran polémica en diferentes círculos de opinión como el Congreso mismo y la doctrina americana.

C. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

El parlamento alemán había venido considerando la posibilidad de permitir el aborto sobre dos ideas fundamentales: la primera de ellas consistía en permitir la interrupción del embarazo en los supuestos expresamente determinados por la ley (*Indikationslösung*) y la segunda consistía en la permisión de la interrupción del embarazo en un término legal cualquiera que fuese la causa. (*Fristenlösung*.) El *Bundestag* en el año 1974, permitió la interrupción del embarazo dentro de las 12 primeras semanas únicamente por indicaciones médicas o eugenésicas.³⁰ Varios *Ländern* (Estados federados) y miembros de la minoría parlamentaria impugnaron la constitucionalidad de la reforma ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

La decisión del Tribunal Federal Constitucional del 25 de febrero de 1975³¹ se encuentra en el otro extremo del debate que el de la Suprema Corte de los Estados Unidos pues consideró anticonstitucional la legislación que norma la interrupción del embarazo aprobado por el *Bundestag* el día 18 de junio de 1974.

²⁹ Cfr. Tribe, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

³⁰ Cfr. Kommers, Donald P., *op. cit.*, p. 264.

³¹ Citada por Destro, *op. cit.*, pp. 1341 y ss.

El Tribunal Constitucional consideró que el derecho a la vida (*Jeder hat das Recht auf Leben und Körperliche Unversehrtheit*), que en su opinión es evidente, forma parte expresa de la Carta Fundamental (artículo 2o.), contrariamente al sistema que había adoptado la Constitución de Weimar. El derecho a la vida, en consecuencia, está constitucionalmente garantizado a toda persona y, en opinión del Tribunal ninguna distinción puede hacerse en las diversas etapas de la vida, ya sea ésta *pre* o *post* natal.

Consideró al embrión como un ser humano independiente protegido constitucionalmente. Además en opinión del Tribunal Constitucional la interrupción del embarazo tiene implicaciones sociales que determinan poner al *nasciturus* bajo el estricto control del Estado.

El Tribunal Federal reconoce expresamente el derecho de la mujer, a que en forma libre y absoluta desarrolle su personalidad, la cual lleva implícita la libertad de decidir en contra de la maternidad y sus obligaciones. Pero en su opinión este derecho no puede ser ejercitado en detrimento del derecho de terceros, máxime si éste es un derecho fundamental. Ante el conflicto de dos derechos constitucionalmente protegidos —el del *nasciturus* a la vida y el de la libertad de la madre— el Tribunal Federal Constitucional opta por lo que en su opinión es la solución más indulgente y hace prevalecer la protección a la vida del *nasciturus* durante todo el periodo del embarazo, no sin antes cuestionar si es la legislación penal la más adecuada para preservar la vida.

De lo anteriormente expuesto se puede percibir la dificultad técnica y política de la implementación de la interrupción del embarazo. Por una parte tenemos la postura de las legislaciones francesa e italiana y por la otra la de dos órganos jurisdiccionales encargados de controlar la legalidad que son la Suprema Corte de Estados Unidos y el Tribunal Federal Constitucional en la República Federal Alemana.

III. Principios jurídicos de solución

En esta parte nos esforzamos en enunciar los principios de solución que contienen las legislaciones y decisiones judiciales mencionadas.

Se ha sostenido que la controversia sobre la adopción de una legislación que regule la interrupción del embarazo es una controversia de derechos humanos.

El mecanismo legal que norma la interrupción del embarazo necesariamente lleva a una elección entre dos alternativas difíciles y controvertidas: el derecho de la madre a su libertad o el derecho del *nasciturus* a la vida. La elección en mucho se ha hecho depender de la consideración de la personalidad jurídica del *nasciturus* y por consecuencia si está o no constitucionalmente protegido.

La solución de principio que establecen las legislaciones y decisiones judiciales que permiten la interrupción del embarazo es que la libertad individual³² se encuentra protegida constitucionalmente y que tiene como contenido la posibilidad para la mujer de disponer tanto de su cuerpo, como de lo que en él conlleva dentro del término legal. Esta libertad real —de un ser humano ya existente como lo es la madre a quien concierne primariamente la maternidad y sus consecuencias— es coherente con el principio de fraternidad que debe gobernar a la comunidad y que cobra especial relevancia en este contexto al impedir que se deje a la mujer sin alternativa cuando pueda incluso estar en peligro su vida.³³ La mujer debe tener la facultad de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de su derecho. Otro aspecto de esta libertad es la facultad que pueden lícitamente ejercer los médicos para negarse o no a practicar el aborto, en base a su conciencia que establece lo que se ha denominado una cláusula de conciencia. En resumen parafraseando al maestro García Máynez³⁴ podemos decir que la libertad tanto de la mujer como del médico debe radicar en la facultad de optar entre practicar o no el aborto y que ambas conductas —acción y omisión— sean conductas lícitas.

Otro aspecto importante a considerar es la necesidad de reafirmar la obligación del Estado de proteger la vida y la salud de toda persona. Esta proposición tiene valor de principio en las legislaciones francesa e italiana en que la interrupción del embarazo es la excepción y el principio que preside la legislación es el de disuasión. Es cierto que la decisión personal es decisiva en este contexto; pero también lo es el hecho de que la interrupción del embarazo es un procedimiento médico y de interés público en la medida en la que va implicada la salud de la mujer. Por eso el Estado tanto francés como italiano en ejercicio de una función propia, determinan el tiempo, lugar y forma de la práctica de la interrupción

³² Cfr. Robert Jacques, *op. cit.*, p. 888.

³³ Cfr. *Ibid.*, p. 889.

³⁴ Cfr. García Máynez, Eduardo. "Introducción al estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S. A.

del embarazo. Por lo tanto el ejercicio de la libertad de la mujer y en consecuencia la licitud de su conducta se extiende dentro del enunciado normativo, cuyo principal propósito es la protección de su salud, tanto física como psíquica.

Dos son los métodos que se han considerado para estructurar la legislación permisiva del aborto:

- a) Un sistema casuista, es decir la enunciación de supuestos bajo los cuales la práctica del aborto sea lícita;
- b) La formulación de un presupuesto general, que constituya un patrón de conducta.³⁵

El sistema casuista presenta muchas variantes. En un extremo la permisión del aborto exclusivamente con fines terapéuticos, comprendiendo en ellas la preservación de la salud mental y física de la madre. En el otro extremo de supuestos más flexibles bajo los cuales la práctica del aborto pueda llevarse a cabo en atención a consideraciones sociales, eugenésicas o morales. La dificultad de implementar este sistema radica en el hecho de preveer satisfactoriamente un número considerable de casos: Si se establecen mecanismos rígidos puede falsearse el objetivo de la legislación que es eliminar abortos clandestinos; si se establecen mecanismos flexibles pueden suscitarse problemas en su aplicación ante la ausencia de criterios lo suficientemente claros que posibiliten una apreciación objetiva.³⁶

Este sistema presupone una autoridad que puede determinar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y en esa forma condicionar la autorización de la práctica del aborto. De ahí que en palabras del profesor Roujou de Boubée³⁷ el centro de decisión debe ubicarse exclusivamente entre los interesados y enunciarse en la legislación como un patrón de conducta. Tal ocurre por ejemplo en la legislación francesa, que como se indicó, la mujer puede solicitarlo cuando se encuentre en un estado de necesidad o angustia; dicho en otra forma: única y exclusivamente es la mujer la que puede apreciar si existe tal estado y por consecuencia si se justifica o no la interrupción de su embarazo. El análisis del estado de

³⁵ Cfr. en este sentido Roujou de Boubée, Gabriel, "L'interruption volontaire de la grossesse". *Comentaire de la loi núm. 75-17 du 17 janvier 1975. Recueil Delloz Sirey, Paris, 1975.* 36e. cabier, 28 octobre 1975, pp. 213 y ss.

³⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 213.

³⁷ Cfr. *Ibidem*.

necesidad o angustia carece de interés pues es la mujer en el secreto y la intimidad de su conciencia quien va a determinar sus elementos.

Debemos asimismo destacar las consecuencias civiles de lo expuesto. La doctrina civil ha postulado que la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte.³⁸ En principio por el nacimiento y al nacer se adquiere la personalidad jurídica, es decir, la aptitud de ser sujeto de derecho. La persona es una noción que aparece con certeza y precisión en el momento del nacimiento si se nace vivo y se es viable.

Sobre este particular el derecho civil ha modelado dos condicionantes que se expresan en la siguiente proposición: El nacimiento no es siempre una condición suficiente para la adquisición de la personalidad.³⁹ Esta proposición tiene un doble efecto, por una parte se necesita haber nacido vivo y ser viable para ser sujeto de derecho y por la otra la personalidad puede preexistir al nacimiento desde el momento de la concepción, ya que aunque no se haya nacido se es apto para ser sujeto de derecho, específicamente tener carácter de heredero o donatario. Sin embargo entre la concepción y el nacimiento se describe un ciclo de estados intermedios en donde es válido plantear si las condiciones de la personalidad están o no reunidas.⁴⁰

Conforme a la tradición civilista es claro que la personalidad del *nasciturus*, es una personalidad condicionada⁴¹ que cobra certeza en el momento del nacimiento si se acompaña además del elemento de la viabilidad, y que en esa medida hace operar la retroacción de los efectos jurídicos al momento de la concepción, cuando están en juego los intereses del infante. En consecuencia se puede concluir válidamente que la nueva variante introducida por la legislación que interrumpe el embarazo, tiene como principal efecto civil que el *nasciturus* durante ese lapso no solamente no es sujeto de derecho sino que tampoco está jurídicamente protegido. La aparición de la personalidad en consecuencia debe ser apreciada en forma más progresiva que instantánea. Admitiendo este hecho el derecho ganaría en veracidad, lo que pudiera perder en certeza.

³⁸ Cfr. Carbonnier, Jean. "Droit Civil. I. Introduction. Les Personnes". *Presses Universitaires de France*, 1979. Paris, p. 218.

³⁹ Cfr. Carbonnier, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁰ Cfr. Salvage, Philippe, "La viabilité de l'enfant nouveau-né". *Revue trimestrielle de Droit Civil*. 75e. Année. Novembre-Décembre. Num. 4. 1976. Editions Sirey, Paris, p. 730.

⁴¹ Cfr. Salvage, *op. cit.*, p. 726.

IV. Conclusiones:

Más que de conclusiones es el caso de hacer ciertas reflexiones del estado que guarda nuestro derecho en relación a estos problemas. La Constitución General de la República en su título primero capítulo primero estructuró un sistema de garantías individuales: la relación que éstas guardan con los derechos humanos puede apreciarse conforme al enunciado del doctor Jorge Carpizo,⁴² quien señala que las garantías individuales son los límites exteriores a la existencia de los derechos del hombre. La idea de garantía individual corresponde a la idea de medida del derecho del hombre; para decirlo con las palabras del doctor Carpizo: “Los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, en tanto que las garantías individuales, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas”.⁴³

La garantía individual que protege el derecho a la vida se establece en base al 2o. párrafo del artículo 14 constitucional y 3o. del artículo 22. La privación de la vida únicamente es permisible por sentencia firme pronunciada en juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y en los supuestos del artículo 22 constitucional si así la ley penal lo establece. El debate en consecuencia se cifra si el término “nadie” empleado en el 2o. párrafo del artículo 14 constitucional incluye al *nasciturus*; en otras palabras si éste está o no constitucionalmente protegido.

En nuestra opinión el centro de gravedad del problema debe ubicarse en este contexto y no en el artículo 4o. constitucional que regula la planificación familiar.

En efecto las reformas al artículo 4o. constitucional y el artículo 162 del Código Civil son la piedra angular de la legalidad de una política demográfica y tienen como principal efecto la legalización de la contracepción en México.

Importa pues en nuestro trabajo centrar el debate en el artículo 14 constitucional e intentar determinar el alcance de la expresión: “nadie podrá ser privado de la vida. . .” Consideramos de gran utilidad precisar en qué forma nuestro sistema de derecho por lo que

⁴² Carpizo M. Jorge. “La Constitución Mexicana de 1917”. Coordinación de Humanidades. UNAM. 2a. edición. México, p. 186.

⁴³ Carpizo M. Jorge, *op. cit.*, p. 187.

respecta a las legislaciones penal y civil han resuelto este problema, pues en mucho sirve para esclarecer el problema constitucional.

Por lo que respecta al derecho penal es importante destacar que la doctrina ha considerado como más propio el designar como delito de feticidio a la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, que como delito de aborto. En opinión de la Suprema Corte de Justicia, como se aprecia en la ejecutoria del 19 de marzo de 1958 en el amparo directo 4709/57⁴⁴ los bienes jurídicamente tutelados por la ley penal son: la vida del *ser* en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Un examen exhaustivo de la teoría penal escapa a los límites de este trabajo; importa únicamente destacar que la doctrina penal moderna articula la pena en función de la evolución del embarazo que lleva implícita la idea de una adquisición progresiva de personalidad.

Dentro de la temática civil es de destacarse el hecho que en este contexto no se puede desarrollar la teoría de derechos de la personalidad —específicamente el derecho a la privacidad— ya que por hipótesis ésta se estructura exclusivamente en función de las relaciones entre particulares.⁴⁵

⁴⁴ Semanario Judicial de la Federación. 6a. época. Vol. IX. 2a. parte. p. 9, consúltense asimismo sobre el tema: ABORTO, Comprobación del cuerpo del DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN). 5a. época, tomo, LV, p. 3263; ABORTO, TENTATIVA IMPOSIBLE DE. Amparo directo 9977 de 1949, Sec. 1a. 5a. época, t. CXVII, p. 1201; ABORTO, EXCUSA ABSOLUTORIA TRATÁNDOSE DEL DELITO DE. Toca No. 3415-52 p. 105. 5a. época, Índice del t. CXVIII, p. 1178; TABASCO ABORTO E INFANTICIDIO, DELITOS DE. Toca No. 2406 de 1953, Sec. 2a., p. 2887. 5a. época, Índice del t. CXIX, p. 3799; ABORTO, DELITO DE. Toca No. 1876 de 1951, p. 2117. 5a. época, Índice del t. CXXIII, p. 2284; ABORTO (AUTOPSIA). Toca No. 2588 de 1955, p. 2796. 5a. época, Índice del t. CXXV, p. 2945; ABORTO, NATURALEZA Y ESTRUCTURACION DEL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). Amparo penal directo. Isaac Quijano Manzano. 8 de octubre de 1956. Unanimidad de Votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. 5a. época, t. CXXXVI, p. 115; ABORTO, NO ES NECESARIO QUE LOS GOLPES HAYAN SIDO DADOS EN EL VIENTRE PARA QUE SE PRODUZCA EL. Amparo directo 8662/50. 13 de noviembre de 1956. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Chico Goerne, 5a. época, t. CXXX, p. 471; ABORTO PRODUCIDO POR GOLPES, RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE. Amparo directo 8662/50. 13 de noviembre de 1956. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. 5a. época. t. CXXX, p. 472; ABORTO TENTATIVA DE. Amparo directo 5044/61. Juan Alba Medrano. 24 de octubre de 1961. 5 votos. Ponente: Angel González de la Vega. 6a. época, vol. VII, 2a. parte, p. 9.

⁴⁵ Cfr. Carbonnier, Jean, *op. cit.*, p. 308; Kayser, Pierre. "Les Droits de la personnalité. Aspects Théoriques et pratiques", *Revue Trimestrielle de*

Por lo que respecta a la personalidad jurídica el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal, es expreso al establecer que la capacidad jurídica de las personas físicas —que es uno de los atributos de la personalidad— 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 ordenamiento civil. A la certeza del hecho del nacimiento, el Código Civil en su artículo 337 añade la viabilidad como elementos para determinar cuando jurídicamente debe entenderse que una persona ha nacido. La viabilidad la entiende nuestro sistema civil como la presentación del niño vivo al Registro Civil o aquél que desprendido enteramente del seno materno vive 24 horas. Debemos entender, por tanto, que el feto conforme al ordenamiento civil tiene personalidad jurídica condicionada a la certeza de su nacimiento, es decir, a que viva y además que sea viable.

Algunos de los efectos civiles que nuestro ordenamiento modela en ocasión del nacimiento y en consecuencia a la adquisición de su personalidad son los siguientes:

A. La consideración de ser hijos nacidos de matrimonio se determina al establecerse en forma arbitraria en la legislación dos parámetros en la concepción:

1. Un mínimo de 180 días contados desde la celebración del matrimonio; en otras palabras toda persona que nazca después de los 180 días de la celebración del matrimonio se entiende hijo de matrimonio.
2. Un máximo de 300 días contados desde la disolución del matrimonio; en otras palabras toda persona que nazca dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio se entiende hijo de ese matrimonio.

B. La capacidad para heredar en los términos del artículo 1314 del Código Civil la adquiere el concebido antes de la muerte del autor de la herencia siempre y cuando nazca vivo y viable; la sanción respectiva es precisamente la incapacidad para heredar por falta de personalidad.

Droit Civil. 70e. Année. Juillet-Septembre 1971. Num. 3. 1971. Editions Sirey, pp. 446 y ss.; Wagner, Winczyslaw J. "Le droit a l'intimité aux Etats-Unis", *Revue Internationale de Droit Comparé*. 17e. Année. Num. 2, Avril-Juin, 1965. Paris, pp. 365 y ss.

C. Los no nacidos, es decir el *nasciturus*, en los términos del artículo 2357 del Código Civil pueden adquirir por donación con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y que nazcan vivos y viables.

El ordenamiento civil es congruente también en este caso ya que estructura la donación en base a la idea de personalidad condicionada. La donación cobra efectos y opera la retroacción de derechos en beneficio del infante conforme a un dato cierto: que nazca vivo y además que sea viable.

La permisón del aborto en nuestro sistema de derecho tendría como principal consecuencia que durante el término legal el *nasciturus* no estuviera jurídicamente protegido y en todo caso el segundo párrafo del artículo 14 constitucional no sería extensivo en su beneficio.

No quisiéramos concluir sin antes hacer referencia a las ideas de Leo Pfeffer⁴⁶ que clarifica en nuestra opinión las alternativas del problema: desde un punto de vista realista la elección no está entre legalizar el aborto o erradicarlo, sino entre la práctica de un aborto legal, bajo condiciones sanitarias mínimas y la práctica de un aborto ilegal, peligroso y clandestino. La legislación permisiva del aborto no intenta variar valores morales de la comunidad; su objeto es más modesto y práctico: eliminar la clandestinidad del aborto.⁴⁷ Si la política demográfica del Estado Mexicano no demuestra una aceptación razonable de la contracepción por la comunidad, la legislación de la interrupción del embarazo debe ser la siguiente etapa.

⁴⁶ Cfr. Pfeffer Leo. God, "Cesar and the Constitution", citado por Kommers, Donald P. "Abortion and Constitution: United States and West Germany", *American Journal of Comparative Law*. Volume 25. Num. 2. Spring 1977, p. 257 nota 8.

⁴⁷ Cfr. en este sentido Roujou de Boubée, *op. cit.*, en el *Cahier* du 5 de Novembre 1975. p. 220; Livneh, *op. cit.*, p. 30.