

PERSPECTIVAS DE AYER Y HOY SOBRE EL ABORTO

Jorge Mario MAGALLÓN IBARRA

Al asomarnos a la memoria de los viejos ventanales del recuerdo, éstos nos permiten constatar que ayer, en los albores de mil novecientos cuarenta y tres, cuando iniciábamos los estudios de la licenciatura en derecho en la antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia, de la Universidad Nacional Autónoma de México, en las conjugaciones que nos aportaban los primeros cursos de derecho romano y de derecho civil, tuvimos la oportunidad de conocer que en la compilación que había ordenado Justiniano —monarca en Bizancio del Imperio Romano de Oriente— para obtener el resumen de los elementos fundamentales que *El digesto* había recaudado como el derecho de todos los siglos, en su libro primero, título quinto, conocimos varias reglas jurídicas fundamentales, una de Gayo —expuesta en sus *Institutas*—, otra de Hermogeniano —contenida en su *Epítome*—; incluyendo la séptima de Paulo, dentro de la síntesis de las proporciones que correspondían a los daños, así como la número veintiséis de Juliano, en su *Digesta*.

Todo el derecho que usamos se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones.

Por lo tanto, como todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas y después de las demás cosas, siguiendo el orden del edicto perpetuo; pero intercalando, en la medida de lo posible, los títulos semejantes y conexos —de derecho civil—.

Se protege al hijo concebido como si hubiese nacido, siempre que se trate de sus ventajas propias, pues antes de nacer no puede favorecer a tercero.

Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos...¹

La lectura de los textos antes considerados, permite a quienes los hemos estudiado asimilar el axioma resultante que sintetiza la regla latina “*infans conceptus pro natur habetur*”, que reconoce que al concebido se le tiene por nacido. Sin embargo, debemos advertir que, en nuestra tradición jurídica, se encuentra siempre latente –como reserva esencial para atribuir vida al que va a nacer– el hecho propio del nacimiento, ya que a ese acontecimiento, el derecho condiciona su concesión; advirtiendo además, que su capacidad jurídica se calcula –en cuanto sea preciso– desde el momento mismo de su concepción. De ahí que el axioma resultante, anticipe que *homo est qui futurus est: homo es el que va a nacer*.²

En otra perspectiva, debemos rechazar que el concepto del humanismo puede haberse originado en un círculo de meditaciones filosóficas, por el arraigo que de ellas existe en muchas latitudes, ya que la encontramos vinculada a la visión bíblica del origen del hombre, que, de acuerdo con el relato del *Génesis*: “Fue creado del polvo de la tierra, después de que le fue insuflado en sus narices, el aliento de vida... Con el sudor de tu rostro comerás el pan, hasta que vuelvas a la tierra; pues de ella fuiste tomado. Polvo eres y al polvo volverás...”³

Como confirmación del criterio expuesto, podemos aceptar que el significado de la raíz latina *humus* –que obviamente se encuentra dentro del vocablo *humanus, humanitas*– es empleado para denominar al suelo, esto es, a la tierra; constituyendo punto de partida del que devienen las palabras *humane, humanitas, humaniter, humanitatus, humanus*, como expresiones de lo que es conforme a la naturaleza humana; cualidad del ser humano, amable y agradable. En latín, el mismo vocablo *humatio* entraña el sentido de inhumación, como destino final del hombre para volver a la tierra. A lo anterior podemos agregar que en el castellano, *humus* po-

¹ Justiniano, El digesto de, t. I, *Constituciones preliminares y libros 1-19*, versión castellana por D’Ors, A. D. *et al.*, con la ayuda del CSIC, Pamplona, Aranzadi, 1968, pp. 59 y 61.

² Bonfante, Piero, *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 8a. ed. italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa (Publicaciones del Instituto Cristóforo Colombo de Roma), 5a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, p. 39.

³ Véase “Génesis”, *Sagrada Biblia*, The Catholic Press, Inc., 1958, pp. 1-3 y 13.

see la idea con la que se reconoce a la *tierra vegetal, como tierra húmeda y fértil*.

De la concepción a la que nos referimos, deriva el índice de un ideal cultural que reconoce el meollo de las cosas del hombre, en razón de la condición de su dignidad *humana*, sin que podamos omitir que correspondió a Protágoras de Abdera —*el más destacado de los sofistas*— *reemplazar* en el escenario del conocimiento los elementos componentes de la vida física —*agua, aire, tierra y fuego*— *para que en su libro Sobre la verdad*, colocara en su lugar al hombre, *como medida de todas las cosas*.⁴

Los principios que ahora hemos recordado, constituyen el reconocimiento del valor al que los romanos calificaron como la *humanitas* —esencia del humanismo— que se consideraba como una creación autónoma de ellos, ya que no existe un vocablo equivalente en el griego, puesto que *filantropía*, constituye, solamente, un concepto afín, que abarca una parte del contenido de aquél, surgido de ciertas doctrinas de la filosofía griega que cultivaban en el círculo del joven Escipión —Cónsul en el 147 a. C.— y que, particularmente, son atribuidas a Panecio de Rodas —que al parecer fue quien introdujo las ideas estoicas, como imagen de la virtud en Roma— orientadas hacia una verdadera guía de la conducta que eleva al hombre por su educación moral y espiritual, otorgándole el respeto y reconocimiento que se debe a los demás.

Para valorar los conceptos que venimos considerando, estimamos conveniente verificar que en sus análisis para la *Crítica de la razón pura* —como teoría del conocimiento— así como de la *Razón práctica* —en la que se ocupaba de la conducta moral del hombre, que se manifiesta en la conciencia que se deber hacer como en la obligatoriedad de practicar este deber—, Manuel Kant, abordaba sus preocupaciones por el tema de la conducta humana y establecía los principios del imperativo categórico, que confirma la existencia de un conjunto de fórmulas lógicas que deben regir la autonomía de la voluntad, como principio supremo de la conducta moral del hombre. En conclusión, dicho criterio le orientó a sostener las dos grandes realidades de las que se ocupaba: “Dos cosas llenan el ámbito de admiración y respeto, siempre nuevos y

⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica, núm. 32, 2000, pp. 116-117 y 195-198.

crecientes, cuanto con más frecuencia y aplicación se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí”.⁵

La tesis que invocamos se encuentra robustecida con la filosofía del derecho que el mismo autor expone en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, en la que fijaba las condiciones bajo las cuales, el arbitrio de uno puede armonizarse con el arbitrio de otro, de manera que le permita asegurar la libertad de la persona humana. De ahí que, hacia las postrimerías del siglo XVIII —en 1798—, Kant abordara una teoría filosófica del hombre en su *Antropología desde el punto de vista pragmático*, en la que en torno del mismo hombre —creador y responsable de su propia existencia—, diseña las siguientes interrogantes: ¿qué es el hombre? La respuesta la encontrará en la antropología; ¿qué puede saber? La respuesta se la dará la metafísica; ¿qué debe hacer? Se lo dirá la moral; y finalmente ¿qué puede esperar? Tal expectativa la encontrará en la religión.⁶

En observancia de los anteriores postulados, poseemos la convicción de que la moral constituye el sedimento de toda nuestra legislación y que, particularmente, dentro del derecho de familia tal principio se encuentra latente en su normatividad.

En efecto, los valores que venimos considerando han sido recogidos por todas las legislaciones civiles que han tenido vigencia en nuestro país, y en la actualidad, el Código Civil para el Distrito Federal, confirma y mantiene el valor vitalista que hemos invocado, preceptuado en su artículo 22, que dispone: “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”.

En concordancia y complemento de dicha regla, el artículo 337 del mismo ordenamiento dispone: “Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive vein-

⁵ Kant, Manuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua, estudio introductorio y análisis de la obra por Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1990, p. 201.

⁶ Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, estudio introductorio y análisis de la obra por Francisco Larroyo, 7a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. XXII-XXIII de la nota preliminar.

ticuatro horas o es presentado vivo ante el juez del registro civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad”.

En materia de divorcio se toman precauciones para aquellos casos en que la mujer se encuentre encinta y, en el derecho sucesorio, se atribuyen consecuencias jurídicas como persona a la figura del concebido y no nacido —vida en ciernes— como una expectativa en el artículo 1377 del mismo Código Civil antes invocado, que a la letra dispone: “No obstante lo dispuesto en el artículo 1375 (sobre el preterido), el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa”.

Al margen de los aspectos civiles y económicos que surgen a partir del nacimiento, debemos considerar las implicaciones relativas que en el derecho se generan, ya que la adecuada determinación del nacimiento de una criatura, deslinda con precisión dos figuras delictivas distintas: el aborto y el infanticidio.

En efecto, dentro del catálogo de los delitos contra la vida e integridad corporal, la legislación penal para el Distrito Federal en su vigencia reconoce la figura criminal del aborto como *la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo* (artículo 144). Sin embargo, la visión que mantiene la medicina es distante, en razón de que su criterio aprecia que *aborto es la interrupción del embarazo antes de que el producto sea viable*.⁷

Ahora bien, la tradición legislativa que en materia criminal ha tenido vigencia a partir de 1931, tipificaba al infanticidio como la muerte de un recién nacido. En consecuencia, el trascendente lindero que distinguía esas dos figuras delictivas, lo constituía el hecho natural del nacimiento. De ahí, que desde el punto de vista de su penalidad, correspondiera *al aborto* una menor sanción que la del infanticidio, dado que el nacimiento, constituye un bien jurídico de mayor significación que el de la vida en gestación.

⁷ Véase Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, El aborto. Una lectura de derecho comparado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie L: Cuadernos del Instituto; b) Bioética y derechos humanos, núm. 1, 1993.

La misma legislación penal antes señalada —para los efectos de la punibilidad del aborto— tipificaba las siguientes hipótesis:

1. El practicado por tercero con consentimiento de la madre se sancionaba con la pena de uno a tres años de prisión;
2. El practicado por tercero sin consentimiento de la madre, se sancionaba con la pena de tres a seis años de prisión;
3. El practicado por tercero mediando violencia física o moral, se sancionaba con seis a ocho años de prisión y si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión;
4. El procurado voluntariamente o consentido por la madre, aplicaba a ésta de uno a cinco años de prisión;
5. El aborto honoris causa sancionaba a la madre con seis meses a un año de prisión, si voluntariamente lo procure o consienta en que otro la haga abortar; siempre y cuando concurren las siguientes tres circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya logrado ocultar su embarazo, y III. Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

La misma legislación consideraba tres distintas hipótesis en las que el aborto no era punible: “*a*) El causado por la imprudencia de la mujer embarazada; *b*) En el caso en que el embarazo resulte de una violación; *c*) Aquel que resulte del estado de necesidad o terapéutico”.

Independientemente de lo antes considerado, tenemos presente que en la segunda mitad de 1976 —último del sexenio de gobierno del presidente Luis Echeverría—, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, designó a quien esto expone como su representante para atender a la reunión —a la que se llamaba multidisciplinaria— que convocaba el gobierno de la República —por conducto de la Subsecretaría de Población— para tener lugar en la Ciudad de Querétaro, a fin de conocer y discutir el proyecto del Ejecutivo de la Unión que consideraba la despenalización del aborto.

Una vez iniciada la reunión de referencia, se manifestaron múltiples razonamientos, expuestos ellos indistintamente por funcionarios públicos, médicos, parteras, enfermeras, antropólogos, maestros, economistas y —desde luego— abogados, que consideraban, ampliamente, a partir de los riesgos para la vida de la mujer abortante, hasta los de los costos que se erogaban por el uso de las camas en los hospitales en que se les atendía. En esa ocasión, también escuchamos con notorio interés la autoriza-

da voz del maestro Antonio Carrillo Flores, quien además de haber sido profesor de derecho administrativo, fue director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia en la misma Universidad y sucesivamente, secretario de Hacienda y de Relaciones de Gobiernos de la República; así como embajador de nuestro país ante la República Socialista de China. Este maestro explicaba que en dicho país se practicaba el aborto libremente; empleando la aplicación de una técnica de succión, similar a la que se ejecuta con las aspiradoras eléctricas.

En otra perspectiva, en la misma reunión se exponía que la legislación criminal del estado de Texas —de la Unión Americana—, había despenalizado el aborto que, consecuentemente, podía practicarse lícitamente en los numerosos hospitales que existen en esa localidad, a los que se presentaban mujeres de distintas latitudes, para la práctica quirúrgica requerida por tal actividad; elevando considerablemente, los costos que originaban sus servicios, que, implícitamente, entrañaban una notoria desigualdad económica y social, en la que quedaban colocadas aquellas aspirantes que no podían hacer frente a sus costos.

La responsabilidad de quien esto habla, como profesor de derecho civil y de familia en nuestra *alma mater*, le obligó —dentro de dicha reunión multidisciplinaria— a expresar la primera voz disonante en contra del proyecto que se consideraba; invocando la tradición jurídica de siglos, que reconoce que *al concebido se le tenía por nacido* y que, además de ello, quedaba *colocado bajo la protección de la ley*; teniéndosele por nacido para las consecuencias previstas en la legislación civil. De ello se argumentaba que resultaba ausente de congruencia el que la legislación civil le anticipaba la condición de hombre y le concedía toda la protección, frente a una legislación penal que permitiera la libre práctica del aborto. En síntesis, el criterio que se mantuvo fue que no podía aprobarse la libertad abortiva, mientras se mantuviera la vigencia de la normatividad civil que protege la vida en ciernes.

A lo anterior, debe agregarse que la reunión se precipitó al desorden, ya que otro profesor de derecho civil apoyó las mismas observaciones que el expositor había vertido. En esas condiciones de incertidumbre concluyó el debate, y los participantes fuimos convocados nuevamente a la Secretaría de Gobernación hacia el mes de noviembre del mismo año, cuando apenas faltaban pocos días para concluir el sexenio político que diseñó el proyecto. En ese momento, quien sería el secretario de Gobernación en el nuevo periodo presidencial, se dirigió a todos los asistentes,

manifestando que el resultado de la reunión había sido muy satisfactorio para el gobierno de la República, ya que los participantes en ella habían expresado, unánimemente, su aprobación al proyecto, lo que no era cierto. Ante tal expectativa, unas tres semanas después de la toma de posesión del nuevo titular del Poder Ejecutivo de la Unión, la prensa le entrevistó para que diera su opinión sobre la intención del régimen anterior en la materia referida, a lo que dicho personaje respondió parcamente: *¡Yo soy partidario de la vida!* Ahí terminó aquella pretensión.

Una vez que se ha explicado esta intención de reforma legislativa, debe precisarse que en la legislación vigente del Distrito Federal, el infanticidio se encuentra incorporado dentro de la tipificación del homicidio; disponiéndose en su artículo 126 que: “Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las 24 horas siguientes a su nacimiento, se impondrá de tres a diez años de prisión, el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta”.

Por cuanto a las sanciones que concurren en el aborto, los artículos 145, 146, 147 y 148 consideran la penalidad, en relación con la participación. En efecto, constatemos dicha preceptiva:

Artículo 145. Al que hiciere abortar a una mujer, se le impondrá de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella.

Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años. Si mediare violencia física o moral se impondrá de seis a ocho años de prisión.

Artículo 146. Si el aborto lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta en el ejercicio de su profesión u oficio.

Artículo 147. Se impondrá de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. En este caso, el delito de aborto se sancionará cuando se haya consumado.

Artículo 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el Artículo 150 del mismo código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

En toda esa preceptiva, hemos podido observar que el elemento material del delito de aborto, lo constituye la muerte del producto durante la preñez, que se inicia en el instante mismo de la concepción que, concluye ordinariamente con el nacimiento del producto, o con su muerte y expulsión prematura.