

## Capítulo I

### PLANTEAMIENTOS INICIALES

1. El aborto en la medicina y en el derecho . . . . .	13
2. Panorama histórico . . . . .	17
3. Discusión sobre el bien jurídico protegido . . . . .	22

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTOS INICIALES

#### 1. EL ABORTO EN LA MEDICINA Y EN EL DERECHO

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

Para el legislador del Distrito Federal, aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Para la medicina, en cambio, aborto es la interrupción del embarazo antes de que el producto sea viable.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> En una mesa redonda celebrada en la Universidad Autónoma Metropolitana, plantel Xochimilco, en 1990, un ginecólogo expresó que la definición del tipo legal consignada en el Código Penal para el Distrito Federal podía llevar al extremo de que se obtuviera una autorización judicial para interrumpir un embarazo de más de 28 semanas, cuando el producto es ya viable, lo que equivale, para la medicina, prácticamente, a un infanticidio. Ello se debe a la diferencia en la terminología empleada por la medicina y el derecho a que se hace mención.

Otro de los términos en el que tampoco existe acuerdo, es el de viabilidad cuyos parámetros varían de un país a otro. Para los médicos y médicas alemanes, por ejemplo, el producto de la concepción no es viable sino hasta los 196 días; para los obstetras y las obstetras italianos, la viabilidad se adquiere a los 180 días contados a partir del primer día de la última menstruación; para los angloamericanos y angloamericanas, ésta llega a los 154 días.<sup>2</sup>

En México no existe un criterio oficial; sin embargo, el doctor Armando Valle Gay señala que el producto ya se puede considerar viable cuando ha alcanzado 20 semanas (aproximadamente 140 días) o 500 gramos de peso.<sup>3</sup>

Como se observa, son límites de referencia que dependen del grado de desarrollo de cada país. En los desarrollados, cuya tecnología permite mantener con vida fuera del vientre materno a fetos con menos de 28 semanas de gestación, alegan que la viabilidad se alcanza antes de los seis meses de la concepción. La discusión sobre el aborto gira en torno a las condiciones de vida que esperan a ese niño o niña y no sobre su propia supervivencia, ya que las personas nacidas antes del séptimo mes tienen grandes probabilidades de padecer serias limitaciones físicas, llegando a ser totalmente incapaces de sostenerse por sí mismas a pesar de la atención y tecnología médicas que se les proporcione como ayuda y apoyo.<sup>4</sup>

En este sentido, Wenz señala, incluso, que la viabilidad como argumento para la defensa del derecho a la interrupción del embarazo, voluntaria y sin riesgos, es poco confiable pues está determinada, precisamente, por los avances de la biotecnología e incluso los de la propia medicina. Mientras más se desarrollen estas técnicas, las posibilidades de vida de un feto fuera del vientre materno se amplían, sin que ello implique cambio alguno respecto de la calidad de vida que le espera si naciera.<sup>5</sup>

2 Costanzo, Gianfranco y Francesco, Bruno, "Aspetti psichiatrici e criminologici dell'aborto", en Ferracuti, Franco (coord.), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, tomo 8, *Criminologia e psichiatria forense delle condotte sessuali normali, abnormali e criminali*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 397.

3 Valle Gay, Armando, "Legalizar el aborto, urgente acción humanitaria", en *La Doble Jornada*, 2 de julio de 1990, p. 4.

4 Cifrian, Concha, Martínez Ten, Carmen y Serrano, Isabel, *La cuestión del aborto*, Barcelona, Icaria, 1986, pp. 9 y ss.

5 Wenz, Peter, *Abortion rights as religious freedom*, Temple University Press, Philadelphia, 1992, pp. 50 y ss.

Además de esta problemática en el uso del lenguaje y de la derivada por el acceso a cierta tecnología, dentro del propio lenguaje jurídico encontramos diversos conceptos aplicables al aborto.

Los especialistas en derecho penal mexicano clasifican el aborto en tres tipos: el *procurado*, que es el realizado por la mujer como sujeto activo primario; el *consentido*, en el que la mujer faculta a otro para realizar en ella las maniobras abortivas, y el *sufrido*, en el cual la mujer es también víctima pues se practica en contra de su voluntad. Estas tres clases de aborto están recogidas en el Código Penal para el Distrito Federal (CP),<sup>6</sup> y en casi todos los Códigos Penales de la República.

Otros términos de uso habitual para hacer referencia al aborto entre juristas son:

✓ a) *aborto espontáneo*, que se produce por causas naturales, casi siempre ligadas con defectos embrionarios. Sin embargo, se consideran dentro de este renglón los sufridos por tóxicos ambientales, medicamentos, etcétera. No existe realmente una estadística confiable sobre el porcentaje de este tipo de abortos respecto del número de embarazos, ya que los que se producen en las primeras ocho semanas, suelen confundirse con retrasos menstruales. En general, se estima que entre un 10% y un 15% de los embarazos terminan espontáneamente en aborto;

b) *aborto voluntario*, utilizado precisamente para señalar la interrupción voluntaria del embarazo. Es clasificado de legal o ilegal de acuerdo con el marco legal vigente en el país que en estudio;

c) *aborto eugenésico*, es aquel que se realiza con la intención de evitar el nacimiento de un feto con malformaciones o enfermedades congénitas;<sup>7</sup>

d) *aborto terapéutico*, es el que se lleva a cabo con el fin de evitar riesgos para la vida o la salud de la mujer embarazada;

e) *aborto ético*, también denominado "sentimental", se realiza para evitar que nazca el producto de una concepción cuyo origen sea una violación o estupro. Los países en donde está despenalizado este tipo

<sup>6</sup> Cfr. artículos 330 y 332 de dicho ordenamiento.

<sup>7</sup> Se señala que este tipo de aborto "se impone para proteger el cuerpo o la salud social, cuando existen fundadas presunciones que el niño (niña) por nacer tenga taras físicas o mentales, herencia patológica de locura, epilepsia o mentales, o cuando la miseria económica de los padres impida atender el sustento de los hijos (hijas), esto es, cuando hay pobreza, la cual engendra el mismo tipo de problemas". Carrillo Trueba, César, "Decisiones", *Ciencias*, México, núm. 27, julio de 1992, p. 42. Nota del Editor: los paréntesis son de la autora.

de aborto fundamentan su política en datos emotivos y en el derecho de la mujer a ser madre consciente y voluntariamente, no pretendiendo imponerle una maternidad que ha sido fruto de un delito en el cual ella fue la víctima;<sup>8</sup>

f) *aborto por causas económicas*, se practica cuando la situación socioeconómica de la mujer embarazada es tal que le sería sumamente difícil atender el embarazo, el parto y la crianza del niño o niña por nacer;

g) *aborto séptico*, término empleado para definir no precisamente la intervención abortiva, sino la infección ocurrida a causa de dichas manipulaciones, cuando éstas se presentan;

h) *aborto honoris causa*, aborto al que algunos autores califican de "privilegiado", denominándose así, aquel que se practica para proteger el buen nombre o buena fama de la mujer embarazada;<sup>9</sup>

i) *aborto consumado*, se utiliza este término cuando el embrión o feto ha sido expulsado totalmente del vientre de la mujer embarazada junto con la placenta;

j) *aborto incompleto*, se utiliza cuando la expulsión del embrión o feto no ha sido total y han quedado restos en el interior del útero que posteriormente pueden provocar hemorragias o infecciones en la mujer que estuvo embarazada.

Además de estos conceptos que son propiamente técnicos, no debemos perder de vista que el aborto tiene también un referente político muy fuerte. Es considerado como el último —y no deseado—

<sup>8</sup> Cabe hacer notar que pocas son las obras en las que se pueden encontrar argumentos en contra de estas afirmaciones. Sin embargo, es una verdadera incongruencia que se considere que sólo conductas ilícitas, como la violación o el estupro, pueden imponer una maternidad no deseada. Este mismo argumento se debe retomar para todos y cada uno de los embarazos no deseados y, por sí solo, es fundamento suficiente para la desincriminación de las interrupciones voluntarias de embarazos.

<sup>9</sup> Sergio García Ramírez resalta con énfasis que no debe perderse de vista, ni llevarse por el engaño respecto a este aborto privilegiado. Afirma: "No podríamos engañarnos, sin embargo, respecto de la serie de factores culturales que militan en esta reducción penal del aborto privilegiado. Los datos que el Código (se refiere al Penal para el Distrito Federal) —fama, ocultamiento del embarazo, unión ilegítima— delatan la suerte de interés social que en este punto ha conducido al Código. La raíz conservadora del precepto pone de manifiesto la concesión que el supuesto derecho a la vida del producto debe hacer frente a la preocupación por mantener la "conveniente apariencia" en el ámbito de las "buenas costumbres", en *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas. (Estupefacientes y psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, p. 115.

recurso en el ejercicio del derecho a una maternidad responsable, consciente, libre y voluntaria, como parte de los derechos reproductivos de toda mujer, como un recurso de control sobre la sexualidad femenina, como un recurso para alcanzar las metas de política de población, como un atentado a la salud de las mujeres que se ven forzadas a realizarlo en la clandestinidad, como un problema económico—dado el alto costo que tienen las intervenciones quirúrgicas que deben practicarse después de un aborto clandestino realizado en condiciones antihigiénicas, insalubres e inseguras— o, simplemente, como un pecado.

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

## 2. PANORAMA HISTÓRICO

Se afirma que el aborto, en tanto fenómeno metajurídico, existe desde antes de que se tengan registros históricos. Gianfranco Costanzo y Francesco Bruno sostienen que esta práctica fue conocida desde los tiempos prehistóricos, como lo sugieren los estudios antropológicos de tribus primitivas que todavía viven aisladas de la llamada civilización y cuyos parámetros conductuales, se estima, son similares a los de las tribus prehistóricas.<sup>10</sup>

Estas afirmaciones justifican otras en el sentido de que las prácticas abortivas han existido en todas las sociedades por razones de diversa índole, que van desde las de tipo familiar —como último recurso de control de la descendencia en el núcleo básico—, hasta las de tipo social —como recurso para lograr el equilibrio demográfico y económico.<sup>11</sup>

En un tiempo, filósofos y políticos propiciaron la práctica del aborto para limitar el crecimiento de la población y mantener el bienestar económico de la sociedad. Así, por ejemplo, en la antigua Grecia, tanto Platón como Aristóteles, se pronunciaron en este sentido. Este último sostuvo que era necesario determinar el número de niños o niñas

<sup>10</sup> Costanzo, Gianfranco y Francesco, Bruno, "Aspetti psichiatrici e criminologici dell'aborto", en Ferracuti, Franco (coord.), *supra*, nota 2, *op. cit.*, p. 397.

<sup>11</sup> Este aspecto es tratado más ampliamente en el capítulo III, inciso 2 de este volumen.

que podían nacer en una república, y que cuando hubiese un feto de más, era indispensable eliminarlo antes de que empezara a sentir y a vivir.<sup>12</sup>

Por otro lado, se señala que entre los judíos no existió una ley que sancionara la muerte de "un niño cuya cabeza aún no había asomado al mundo". La mayoría de las referencias que nos llegan de la antigua tradición judía señalan como principal preocupación la de obtener que el responsable del aborto pagase al marido de la mujer embarazada los daños y perjuicios correspondientes pues se consideraba que el feto era de su propiedad.<sup>13</sup>

En Roma se consideraba que el embrión o feto era parte de las entrañas de la gestante, por tanto, el aborto no era un delito ya que si la mujer abortaba, no estaba haciendo otra cosa que disponer de su propio cuerpo. Sólo era responsable frente su marido, si estaba casada, ya que éste tenía derechos sobre su descendencia.<sup>14</sup>

En cuanto a la filosofía católica cabe señalar que, si bien la Iglesia Católica es uno de los pilares más fuertes de las políticas antiabortivas, desde el punto de vista exclusivamente ideológico, el aborto no ha sido siempre considerado delito. Cuando así fue, la sanción se imponía porque se consideró que a través del aborto se pretendía ocultar uno de los pecados capitales: la lujuria, no precisamente porque se pretendiera defender una vida.<sup>15</sup>

En una revisión doctrinal encontramos que, desde el siglo IV, Con San Agustín, Obispo de Hipona hasta el siglo XIII con Santo Tomás de Aquino, pasando por el Papa Inocencio III (1161-1216), existe consenso al considerar el aborto como homicidio. Sin embargo, en el fondo, realmente existe una discrepancia fundamental, pues

<sup>12</sup> Vid Aristóteles, *Política*, libro VII, cap. XIV, p. 10; Platón, *República*, libro V, cap. IX, p. 461.

<sup>13</sup> Vid Tabchnik, David E., "El aborto en la tradición judía", *Ciencias*, México, núm. 27, julio de 1992, p. 34.

<sup>14</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 5ª ed., México, Porrúa, 1981, p. 211, y Costanzo, Gianfranco y Francesco, Bruno, *op. cit.*, pp. 397 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. Carrillo Trueba, César, "Decisiones", *Ciencias*, México, núm. 27, julio de 1992, pp. 30 y 39. En este artículo se llega a la conclusión que si bien existe dentro de la Iglesia Católica una heterogeneidad de opiniones "la condena del aborto por el pecado de lujuria, por separar el sexo de su función reproductiva, prevalecía dentro de los clérigos. Mientras que los debates proseguían acerca del momento de la aparición del alma en la formación del ser". En este contexto cabe recordar que, desde el punto de vista doctrinal de la Iglesia Católica, ha sido primordial el que la sexualidad no se separe de lo que su ideología define como su función específica: la reproducción. De ahí la oposición de la Iglesia tanto a los métodos anticonceptivos como a la interrupción voluntaria de los embarazos no deseados y, hoy en día, a la fecundación asistida.

originalmente se mantuvo un referente diferenciado entre fetos animados e inanimados el cual permitía, de alguna manera, estas prácticas como medio de control de la fecundidad ya que sólo se consideraba el aborto como homicidio en el caso de los fetos animados. Cabe precisar que la propia Iglesia, a través de sus teólogos y filósofos, estableció una diferencia entre los fetos machos y aquellos hembras, pues los primeros reciben el alma cuarenta días después de la concepción y las hembras tienen que esperar hasta los ochenta o noventa días. Se atribuye el origen de esta teoría a Aristóteles; sin embargo, fue retomada y ampliada por los padres de la Iglesia católica y, de ahí, por todos los teólogos y filósofos de la Edad Media.<sup>16</sup>

No fue sino hasta 1869 cuando el Papa Pío IX en su *Apostolicae Sedis* del 12 de octubre de ese año, abolió esta distinción y se decretó la ilegitimidad del aborto en todo momento, considerándolo injustificable desde el punto de vista de la moral cristiana, al igual que el uso de los anticonceptivos, independientemente del trato que le diera la normatividad laica.<sup>17</sup>

Se señala que el cambio de una actitud permisiva hacia otra represiva tuvo que ver con el surgimiento de la Revolución Industrial y el desarrollo del capitalismo, época que generó una demanda de mano de obra barata. Consecuentemente, empezaron a gestarse políticas de población que facilitaban el proceso de formación de la riqueza material anhelada en este modelo de producción, al mismo tiempo que se facilitaba la defensa de la soberanía de los países al contarse con un mayor número de súbditos para hacerlo.

Se dice que las primeras leyes con características represivas se promulgaron en la Gran Bretaña, a principios del siglo XIX. En ese entonces, anticoncepción, aborto y libre sexualidad fueron reprimidos cada vez con mayor énfasis bajo la consideración de que degeneraban las costumbres, aunque en realidad el interés estaba enfocado hacia

<sup>16</sup> García Marín, José María, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1980, pp. 48 y ss; en especial, nota 35. Cifriani, Concha, *et. al., op. cit., supra*, nota 4, pp. 9 y ss. Huerst, Jane, *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica: una relación desconocida*, Serie publicada por Católicas por el Derecho a Decidir, Washington, s. f., *passim*.

<sup>17</sup> Cabe resaltar que esta actitud frente a los anticonceptivos hace que las mujeres que profesan la religión católica sean de las que más recurren a los abortos por el advenimiento de embarazos no deseados. Esta afirmación es confirmada por estadísticas realizadas entre las mujeres norteamericanas. V. Colectivo del libro de la Salud de las Mujeres de Boston, *Nuestros cuerpos, nuestras vidas*, Icaria, Barcelona, 1982.



los aspectos apuntados en el párrafo anterior.<sup>18</sup> Otros señalan<sup>19</sup> que ya en 1556, bajo el reinado de Enrique II, en Francia, se consideró al aborto como un homicidio y fue sancionado con la pena de muerte.<sup>20</sup> En otras fuentes se señala que fue en el período de Enrique IV<sup>21</sup> cuando se inició la política poblacionista y con ella, el tipo de legislación restrictiva que se reproduce en el Código Penal francés de 1791 y, posteriormente, en el Napoleónico (1810) y, después, a la mayoría de las legislaciones de los países de habla francesa y de algunos otros, como México, que lo tienen como antecedente. Independientemente de cuál haya sido el origen, es, sin lugar a dudas, una política que traduce el interés del Estado-gobierno para controlar el cuerpo de la mujer y de su capacidad para la procreación.

México no escapa a este panorama. Durante los siglos de dominación española, el esquema poblacional respondió a la idea de la reproducción sustentada por la Iglesia Católica: "creced y multiplicaos", esquema que se adecúa a los modelos señalados en el párrafo anterior.

Durante los primeros años de la vida independiente del país, este principio poblacionista transforma su contenido ideológico, pero no el patrón: es necesario poblar al país para garantizar la independencia y la soberanía nacionales. En la segunda mitad del siglo XIX, el tema de la maternidad se concretaba a resolver el "problema de ampliar la fertilidad para hacer de México un país rico" (bajo la premisa ya mencionada de que gobernar es poblar).<sup>22</sup>

Resultado de estos "principios" son las normas que promocionan los matrimonios a edad temprana, las ayudas fiscales para las familias numerosas, la prohibición de toda propaganda sobre métodos anti-conceptivos y la restricción del aborto, entre otras.<sup>23</sup> Modelos que se

18 Barbieri, Teresita, "El milenarismo control de la fecundidad", *La Doble Jornada*, 2 de julio de 1990, pp. 2-3.

19 *Idem*.

20 V. Knoppers, Bertha Maria et Isabel Brault, *La Loi et l'avortement dans les pays francophones*, Montréal, Themis, 1992, pp. 13-16, donde se encuentran algunas notas sobre el origen de esta prohibición en la legislación francesa.

21 Gobernante de Francia, de la casa Borbón, 1589 y 1610, quién acuñó la frase "gobernar es poblar", con la evidente intención de tener más súbditos para asegurar la producción la riqueza, la recaudación de impuestos y el reclutamiento de soldados en caso de guerra.

22 Ortega, Adriana O., "La primera legislación sobre aborto en México", *Ciencias*, México, núm. 27, julio de 1992, pp. 50 y ss.

23 Modelos y patrones que son seguidos por muchos países aún hoy en día. Cook, Rebecca, "International protection of women's reproductive rights", *Journal of International Law Politics*, Nueva York, vol. 24, num. 2, invierno de 1992, pp. 649 y ss.

observan hasta mediados de este siglo, concretamente hasta la década de los sesenta.<sup>24</sup>

Ortega señala que en la discusión del Código Penal de 1869, en el cual se tipificó penalmente, por primera vez en México independiente, el aborto, se conjugaron varias circunstancias que incidieron en el proceso: la política poblacionista imperante, la ideología del "catolicismo laico" y la actitud del gobierno liberal hacia las mujeres, aunada al hecho de que el incipiente movimiento feminista estuviera ocupado en solucionar carencias elementales con relación a los derechos políticos, a la ciudadanía y el acceso a la educación, y no por analizar las contradicciones de los derechos reproductivos.<sup>25</sup> En este contexto, afirma: "la legislación del aborto se convirtió en un 'acuerdo de caballeros' entre políticos y jerarcas religiosos".<sup>26</sup>

Ortega apunta acertadamente que la legislación sobre el aborto, desde el siglo pasado hasta la actualidad, es una legislación que toma como modelo, sujeto y punto de partida de sus normas y sanciones a lo masculino con lo que se dio base y fundamento a la existencia a una doble moral en donde la condición de la mujer nunca entró en las agendas políticas por no considerarse relevante.<sup>27</sup>

Este panorama ha cambiado en las dos últimas décadas de este siglo. A nivel internacional, se contempla una reevaluación de principios relacionados con la sexualidad y la reproducción humanas y, por tanto, una tendencia desincriminadora del aborto,<sup>28</sup> ya sea a través de la destipificación del delito o de la reducción de la penalidad fijada, o del establecimiento de un número cada vez mayor de causas de impunidad hasta el estado actual que se analizará más adelante.<sup>29</sup>

Esta tendencia se puede identificar claramente a partir del IX Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en La Haya, del 14 al 19 de agosto de 1969, en el cual se adoptó una resolución que señala:

24 Benítez Zenteno, Raúl, "Transición demográfica, política de población y familia en México", *Memorias del primer encuentro sobre la familia. Las nuevas y las viejas formas de reproducción de la familia mexicana*, México, Cuadernos de la División de Estudios de Posgrado, Facultad de Economía, UNAM, 1989.

25 Ortega, Adriana O., *op. cit.*, pp. 56-58.

26 *Idem*, p. 58.

27 *Idem*, pp. 56 y 57.

28 Ello no implica, necesariamente que en todos aquellos países en que exista una normatividad más abierta se esté incluyendo la condición de la mujer como un factor a considerar en la toma de decisiones políticas sobre la población.

29 Cook, Rebecca, "Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades", *Debate Feminista*, México, año 2, vol. 3, marzo de 1991, pp. 89 a 146. Al final de este artículo Cook ofrece un cuadro sinóptico que facilita la evaluación de estas tendencias.

En los países en donde el legislador reprime el aborto, es necesario acrecentar el número de casos legítimos para su práctica. En todos los casos en que el legislador autoriza a la mujer la interrupción de la gravidez, esta interrupción debe ser cuidadosamente instrumentada por la ley.<sup>30</sup>

Apunto una posible reinterpretación de ésta y de todas las declaraciones que se refieren a la instrumentación normativa del aborto en el sentido de que no basta señalar una serie de causas de desincriminación, sino que éstas deben ir acompañadas por los "instrumentos" que hagan posible el acceso de las mujeres a esta intervención quirúrgica de manera digna y sin riesgos para su salud; pues, en nuestro país aun frente a las pocas causas de desincriminación que tenemos en la legislación nacional, las mujeres se encuentran desprotegidas por la falta de tales instrumentos. Al lograrlo, se avanzará hacia la concreción de las declaraciones normativas y no a su ampliación explicativa.

### 3. DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Con el problema del aborto, se ha pretendido colocar los derechos reproductivos,<sup>31</sup> a la salud y sobre el propio cuerpo de la mujer, frente al derecho a la vida del feto y el derecho del padre a la descendencia.

A pesar de que la definición del bien jurídico protegido en un tipo penal tan controvertido no es unívoca, en casi todos los tratados doctrinales de derecho penal que se consulten,<sup>32</sup> se señala, sin cuestionamientos, que el bien jurídico protegido con este tipo penal es "la vida humana en formación". En algunas obras, casi todas monográficas o artículos especializados en el tema, se señala que es también un bien jurídico protegido el "derecho a la descendencia del padre" y, otras más señalan que, con la prohibición del aborto, se tutela la salud de la madre.

<sup>30</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 106.

<sup>31</sup> Se empieza a elaborar una doctrina desde la teoría del género, sobre el concepto de los derechos reproductivos en donde se abarca la problemática jurídico-política de la maternidad y de la paternidad.

<sup>32</sup> Sobre todo si su primera edición es anterior a 1970. Como ejemplos se pueden citar las obras de: Bregalia Arias, Omar y Gauna, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. 2a. edición, Buenos Aires, Astrea, 1987; Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1964; Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*

De hecho, normalmente se encuentra la definición del delito de aborto en el capítulo correspondiente a los delitos contra la vida. Son excepciones, Bélgica e Italia; la primera, lo ubica en el título relativo a *Los Crímenes y Delitos Contra el Orden Familiar y Contra la Moralidad Pública*, la segunda lo ubicó en el título relativo a los *Delitos Contra la Integridad y la Salud de la Estrpe*, derogado por la ley 194, relativa a la protección de la maternidad que se verá, más adelante, en el capítulo correspondiente.

Esta indefinición nos remite, nuevamente, al problema de señalar sin equivocación alguna, el momento en el que empieza la vida, ya que si ésta fuera el bien jurídico protegido, sólo podrá haber delito cuando exista vida. Con ello se vuelve a la antigua discusión relativa a la animación fetal, proyectada hasta el ocaso del siglo XX; pero referida ahora al concepto de viabilidad y vida en sí misma; discusión frente a la cual el derecho no tiene una respuesta pues no la puede dar ahí en donde la filosofía, la antropología, la fisiología, la biología y la medicina todavía no se ponen de acuerdo.

Basten tres ejemplos: Jacques Monod<sup>33</sup> afirma al respecto:

Pretender que un feto de algunas semanas sea ya una persona humana no corresponde a la antropología, ni a la sociología ni a la biología, sino a la metafísica. Hay una confusión cuasi-deliberada que quiere hacernos creer a nosotros ciudadanos que el aborto relativamente precoz equivale al infanticidio [...] Trátase de un error monstruoso [...] Pienso que la personalidad humana está ligada a la actividad del sistema nervioso central, esto es a la conciencia. Pues bien, anatómica y biológicamente un feto de algunas semanas no puede tener fenómenos conscientes, ya que carece de sistema nervioso central.

Por su parte, François Jacob<sup>34</sup> señala:

[...] hace más de veinticinco siglos que religiosos y laicos se esfuerzan por resolver el problema (del comienzo de la vida) sin encontrar solución, y ello porque el problema está mal planteado. Para nosotros es evidente que la vida no comienza nunca, sino que continúa. Continúa desde hace, por lo menos, tres mil millones de años. Un espermatozoide aislado o un óvulo no está menos vivo que un óvulo fecundado. Entre

33 Premio Nobel de Medicina y Fisiología en 1965 *cit.* en Huerta Tucildo, Susana, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, Universidad Complutense, 1977, p. 20.

34 También premio Nobel de Medicina y Fisiología en 1965, junto con Monod y André Lwoff. *Cit. in idem, supra* p. 22.

óvulo y recién nacido no existe ningún momento privilegiado, ninguna etapa decisiva que confiera súbitamente dignidad a la persona humana. Lo que sucede es una evolución progresiva, una serie de reacciones y de síntesis a través de las cuales se modela el ser humano. La persona humana no nace con altura determinada. ¿Quién tiene entonces derecho a decidir cuándo ha de ser interrumpido el embarazo? Ciertamente que ni el biólogo, ni el médico, ni el obispo, ni el juez [...] Reprimir un aborto significa prohibir a la mujer, cualesquiera que sean sus creencias, el decidir cuántos hijos tendrá y cuándo los tendrá. Dejar libre a cada una para tomar esta decisión no obligará nunca a nadie a abortar.

Por su lado Wenz sostiene que la creencia de la personalidad del feto con menos de 21 semanas de gestación es un asunto religioso y afirma que, en este contexto, las leyes antiabortivas basadas en esa creencia equivalen a una aplicación inconstitucional del término religión dentro de los Estados Unidos.<sup>35</sup>

De igual manera, García Ramírez señala muy claramente que las soluciones que se den a los problemas sociopolíticos que el aborto genera, dependerán, en mucho o en todo, del señalamiento que se haga del bien jurídico protegido y de las prioridades que se señalen entre los diferentes intereses y valores en juego dentro del análisis de las contradicciones que se plantean entre el producto de la concepción, lo que éste representa y significa, y lo que son y significan los otros factores colocados en el extremo contrario.<sup>36</sup>

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

Se señala, desde el análisis de la relación entre los géneros, que éste es un factor importante de la desigualdad ya que la mujer no tiene realmente el poder de su propio cuerpo ni el poder de decisión sobre el ejercicio de su maternidad, aspecto del debate que se retomará más adelante al hablar de los derechos humanos. Sin embargo, es pertinente apuntar que un cambio de enfoque del bien jurídico que tradicionalmente se considera protegido por la criminalización del

35 Wenz, Peter, *Abortion Rights*, op. cit. pp. 161 y ss.

36 García Ramírez, Sergio, op. cit. p. 119.

aborto, debe dar preferencia a la calidad de la experiencia materna y, por tanto, a la calidad de la nueva vida.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Rich, Adrienne, *op. cit.*, pp. 232 y ss. En este mismo sentido, Cook, Rebecca, "International...", *op. cit. passim*.