

RAÍZ JURÍDICA DEL ABORTO

RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS*
Facultad de Derecho UNAM

El aborto, en cuanto a su composición jurídica, forma parte de una familia numerosa de delitos, o sea, se halla emparentado en sus raíces con otros tipos penales a través del lazo del *bien jurídico tutelado general* que en la especie es la vida. Me parece que al margen del *bien jurídico tutelado particular*, todos aquellos delitos se identifican de alguna manera. En el libro segundo del Código Penal, título décimonoveno: Delitos contra la vida y la integridad corporal (lesiones, homicidio, parricidio, infanticidio, *aborto*, abandono de personas) hay una serie de vasos comunicantes por medio de los cuales se vincula un tipo penal con otro. Los une el *bien jurídico general de la vida*.

El artículo 330 del Código Penal vigente (*penalidad diversificada para el delito de aborto*) dice a la letra:

Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando faltare el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

El objeto jurídico del delito tipificado en el artículo precedente es la *vida humana*. Ahora bien, cuando se trata de la vida humana y de su reglamentación jurídica están en juego no sólo los que llamamos derechos humanos sino toda nuestra concepción de la *vida* (digo vida en general más que vida humana en particular). Se ha sostenido que la vida intrauterina, *lato sensu*, no es vida humana, porque el feto, de acuerdo con una concepción especial de lo humano, es infrahumano; pero al margen de estas diferencias de grado *no hay duda de que en el seno materno hay vida*. La pregun-

* Profesor titular de derecho penal, por concurso de méritos, a nivel de licenciatura y doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; académico de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; miembro de la Association Internationale de Droit Pénal.

ta es si el derecho debe proteger sólo la vida humana o la vida en general (siendo indiscutible que de este aliento de vida en general dependemos y venimos). Dicha idea, que a mí en lo particular siempre me ha preocupado (por sus hondas raíces en la filosofía del derecho penal), se ilustra dramáticamente frente al hecho concreto, por ejemplo, de que en los momentos en que esto escribo en Carolina del Norte, EUA, los débiles mentales son esterilizados, dato el anterior que pone de relieve la estrecha relación entre el concepto de vida, la eugenesia, la eutanasia (homicidio consentido), la inseminación artificial y el aborto. Así de amplio y rico es el tema que me ocupa. Acerca de la esterilización de que hablo, en Carolina del Norte, me remito a un libro de valor singular.¹

Ahora bien, los derechos humanos no pueden soslayar el tema esencial de la vida. En este sentido, me parece, la voz de la biología se debe escuchar con la mayor atención. El profesor R. W. Gerard ha dicho lo siguiente:

La biología, sobre todo, por ocuparse de organismos, de sistemas constituidos por unidades individuales integradas en una comunidad que es un todo eficiente, tiene mucho que decir acerca de las fuerzas que actúan sobre tales comunidades de individuos, de las libertades, deberes y controles que deben estar presentes y de las tendencias regulares que existen en ellas a lo largo del enorme lapso de la evolución orgánica.²

No hay duda de que esas fuerzas, me parece, son las de la vida. En realidad cuando se habla de derechos humanos se habla al mismo tiempo de derechos *de* vida e incluso de derechos *a* la vida. O sea, tales derechos no sólo comprenden la existencia del fenómeno vital como eje de los mismos sino el derecho *a* vivir y, en consecuencia, *a* que la vida sea respetada. Dentro de este orden de ideas el derecho no puede tutelar un bien jurídico como la vida al margen de su realidad y de su dimensión biológica; si el derecho ignorase las fuerzas naturales que actúan sobre el individuo sería nada más una abstracción, cuando lo cierto es que el derecho es una verdadera *filosofía aplicada*. Además, si nos enfrentamos al problema de la vida desde el punto de vista biológico surge una consideración que deriva, tarde o temprano, en el más puro positivismo jurídico. Gerard lo dice con palabras claras: “los derechos y deberes del hom-

¹ Vance Packard, *L'Homme remodelé*. France, Calmann-Lévy, 1978.

² V. Gerard, R. W., *Los derechos del hombre*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 186.

bre no pueden ser absolutos, sino que dependen siempre de su medio ambiente”. Me hago cargo, por supuesto, de que esta posición plantea una relatividad jurídica que choca con el idealismo jurídico. Admito, naturalmente, que la *idea* de la justicia es superior a tal relatividad; aunque no se puede negar que el medio ambiente condiciona históricamente los derechos y los deberes del hombre. Es decir, que lo que toca a la realización de aquella *idea* superior el medio ambiente es definitivo.

La realidad biológica, que es el punto de arranque de cualquier consideración jurídica sobre la vida, nos enseña —como escribe Gerard— que “la libertad más completa la goza la persona (o el grupo) que más completamente se amolde a la cultura prevaleciente”,³ ¿Por qué? Porque no puede haber cultura que contradiga la raíz y el sentido de la vida. “Un hombre es libre —escribe Gerard— hasta donde se le permita satisfacer, o intentar satisfacer, las necesidades que siente; y sus derechos son, en consecuencia, algo compuesto de los deseos estimulados dentro de una sociedad y las restricciones que se oponen a la satisfacción de los mismos.”⁴ La libertad, por lo tanto, deriva de una necesidad natural y los derechos no son sino el estímulo que una determinada sociedad ofrece a ese tipo de necesidad natural. Al margen de la validez absoluta de tal tesis en el campo del derecho, parece innegable que ella opera admirablemente por lo que toca a la vida. La cultura prevaleciente es la que suele definir el *concepto de vida*. De aquí, en consecuencia, resultan dos cosas: hay una *vida natural (biológica)* y hay un *concepto de vida* que es el resultado de una determinada cultura. Ningún jurista, a mi juicio, podrá negar el hecho de que el *bien jurídico vida* que tutela el derecho penal emerge del concepto de vida forjado por una cultura. Ya en otra parte he tratado de resolver o, por lo menos, de señalar este delicado problema.⁵ Es importante recordar, desde luego, que junto al hecho de la vida natural la cultura ha construido un *concepto filosófico-jurídico de la vida*, el que de ninguna manera se debería separar de su raíz esencial que corresponde a la vida natural y biológica.

Ahora bien, del *concepto general de vida* hemos desprendido (¿hasta qué extremo arbitrariamente?), sobre todo en occidente, un *concepto particular de vida*. No hay más que ir a ciertas fuentes

³ *Op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 187.

⁴ *Ibid.*

⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano* (con adiciones doctrinales de Raúl Carrancá y Rivas) México, Porrúa, 1977, par. 245 y 158.

para comprender con toda claridad la diferencia, casi tajante, entre dos tipos de “cultura prevaleciente”: la occidental y la oriental. Por cierto, fue nada menos que Max Ernst Mayer quien habló por primera vez, con claridad estimulante, de la cultura como concepto fundamental de la filosofía del derecho.⁶ Y yo me pregunto: ¿por qué dejar a un lado la cultura cuando se trata de analizar la clase de valores que asimila o produce el derecho? Son innumerables los autores que en este sentido relegan la cultura a un segundo plano (hecho imputable, sin duda, a la incultura de tales autores). Mayer habló de las normas de cultura y de las normas jurídicas. En consecuencia, si la antijuridicidad penal --por ejemplo-- es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado (esto es, por el derecho positivo), reconocimiento que se traduce en norma jurídica, es imposible desligar el análisis de un bien jurídico como la vida de su fuente y origen cultural (de su *concepto filosófico-jurídico*). Tal concepto, desde luego, obedece a una *interpretación* de la vida natural y biológica; *interpretación* que es diferente en occidente y en oriente. He aludido, con toda intención, al *concepto general de vida*. Pero vayamos por partes. El Código Penal vigente, en su artículo 302, dice a la letra:

Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

Desde luego hay aquí dos aspectos importantes a los que la interpretación del texto se debe enfrentar. ¿Qué es *vida*? ¿Quién es *otro*? La solución más fácil, al efecto, será averiguar *qué es la vida de otro*. Con esto último, en principio, se puede suponer que el *otro* es un tercero semejante. Pero también se ha de admitir que la voz *otro* significa *distinto*. Sin embargo, y como la ley alude concretamente al *homicidio*, estamos en el tipo correspondiente en presencia de la *muerte de otro que es un ser humano*. El anterior razonamiento, que parece fácil, se ha desprendido del presupuesto de “privar de la vida”. Queda así en pie una cuestión fundamental: ¿qué es vida? El razonamiento empleado, es decir, la interpretación del texto, nos conduce a la conclusión de que en la especie se trata de vida humana, o sea, que el bien jurídico tutelado por el derecho es la vida humana; aunque al margen de la interpretación del texto permanece aislada, por así decirlo, la vida. En otras pala-

⁶ Max Ernst Mayer, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Editorial Labor, 1937, p. 86 y ss.

bras, desde el punto de vista legal no hay la menor duda de que en la especie se trata de la vida humana; esto es, el código, metafóricamente hablando, se ha apoderado de la vida y la ha reducido a lo humano. ¿Por qué ha sucedido esto? Porque ello obedece a un *concepto particular de vida* que hemos forjado en occidente. Pero hay culturas donde el *concepto particular de vida* es más amplio. Habrá que averiguar si el derecho correspondiente a esas culturas ha recogido íntegramente tal concepto, legislando sobre la *vida en general* más que sobre la vida en particular. Todo lo que digo me parece de una enorme importancia para el análisis de la vida, del *bien jurídico vida*, en derecho penal. Ejemplo concreto de esas culturas a las que aludo es el de la India.

Es en el occidente —escribe Rabindranaz Tagore— como una gloria domar a la naturaleza, enfrentarse con ella y declarararle la guerra. Esta idea es el resultado de una educación recibida entre los muros de las viejas ciudades. En el ambiente ciudadano, la visión espiritual del hombre recae sobre su propia vida y su propia labor y esto le aleja mentalmente de la Naturaleza a quien, por muchos conceptos, pertenece. En la antigua India, el concepto era diferente. El hombre y su mundo estaban absorbidos por una sola y gran aspiración: conseguir la armonía entre el hombre y el universo. Este pensamiento lo presidía todo, ya que no era posible una auténtica comunicación con el orbe circundante si antes no era este enteramente familiar.⁷

Ahora bien, el logro de la “armonía entre el hombre y el universo” sólo es posible si se admite previamente la *idea de la unidad universal* y si a partir de esta premisa y como consecuencia lógica de ella se respeta la vida universal. En oriente las cosas, indiscutiblemente, han marchado por otro camino. Partiendo de la base de un libro admirable de Paul du Breuil⁸ he entregado algunas meditaciones al tema de la relación entre la filosofía persa en la época de Zaratustra y la filosofía del derecho, tomando también como punto de arranque la magnífica contribución que en la materia ha hecho Wernes Jaeger.⁹ En efecto, Zaratustra prohi-

⁷ Rabindranaz Tagore, *El sentido de la vida, Nacionalismo* (traducción de Zenobia Camprubí de Jiménez) México, Aguilar, 1976, p. 20.

⁸ Zaratoustra, (*Zoroastre*) et la transfiguration du monde, París, Payot, 1978.

⁹ V. *Alabanza de la ley*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953; V. *El Gallo Ilustrado*, suplemento dominical de *El Día*, núms. 862, 863 y 864, donde he dedicado tres artículos al libro de du Breuil.

bía el sacrificio carnívoro del bovino; es decir, cuestionaba el hecho de que el hombre se alimentara a través del sacrificio de otras vidas. Y lo cuestionaba no sólo como reformador religioso que era sino como gran legislador. Zaratustra predicó la calidad integral del macrocosmos afirmando que el hombre no está solo a la manera de un hijo predilecto del creador que puede dominar a los demás seres. El profeta insistía en la *alianza original* entre los hombres y el animal. ¿Y qué decir de los partidarios del jainismo quienes se abstendían de eliminar los insectos y llegaban incluso al extremo de cubrir su boca con un paño ante el miedo de engullir un insecto? También renunciaban a la agricultura para no herir o matar insectos así como gusanos de la tierra. . . Paul du Breuil habla, en la especie, de una responsabilidad moral hacia el animal; podríamos añadir, igualmente, que se trata de una responsabilidad moral hacia *toda la vida animada*. Lo que se predica aquí, en realidad, es la *extrema unidad primordial de la creación*; esa unidad que llevó a un yogui a decirle a Gandhi: “Más que matar la serpiente dejáros matar por ella”.

La vida es una fuerza descomunal, avasalladora. Pierre Teilhard de Chardin ha creado la teoría de la *totalización*, que en el fondo corresponde exactamente a lo que digo. “Que, bajo la influencia animadora de Omega —escribe— cada uno de nuestros gestos particulares pueda ser total y por ende una maravillosa utilización de la Energía Humana.”¹⁰ Tal es la vida, que no puede ser desgajada de la unidad panteísta a que pertenece. O, si se prefiere, y para no mezclar el concepto de Dios en este asunto, admitamos que la vida no se puede desprender de la energía universal de que forma parte. Ello significa que a la luz de un criterio *totalizador* deberíamos proteger jurídicamente hablando, la vida en *toda* su amplitud.

Si centramos, por ejemplo, nuestra atención en el tema fascinante de la inseminación artificial veremos cómo el aborto, en muchas ocasiones, se desprende de él cuando no se le relaciona de manera muy directa. La labor del derecho ha de consistir, aquí, en delimitar el campo de acción del individuo, en regularlo, en defender la vida y los derechos inherentes a la vida. Me explico. El avance de las ciencias de la naturaleza, aunque esto en principio pueda parecer contradictorio, amenaza el *valor* de la vida así como la vida misma. En el *Protágoras* de Platón, que en sus rasgos esenciales concuerda con Sófocles, aparece un mito magnífico acerca de los orígenes de

¹⁰ Pierre Teilhard de Chardin, *Sur l'Amour*, France, Éditions du Seuil, 1972, p. 54.

la cultura humana. Protágoras, en el diálogo de Platón, atribuye los comienzos de nuestra civilización a la obra del titán Prometeo. El hecho es que a su hermano, Epimeteo, los dioses olímpicos asignaron la tarea de configurar la naturaleza de los animales y del hombre, proveyéndolos de la manera más adecuada para su supervivencia. Pero concluida su labor Epimeteo pudo comprobar que había dado a los animales la mayor parte de lo que disponía, por lo que el hombre carecía de muchas fuerzas naturales en comparación con aquéllos. Entonces vino Prometeo en su auxilio; robó el fuego de la fragua de Hefaiostos en el Olimpo y se lo dio al hombre para ayudarlo a crear la civilización (que en este sentido viene a ser la fuerza del hombre, en comparación con la fuerza natural del animal).

Pero la civilización que el hombre prometeico podía producir —escribe Jaeger—, sometiendo a su señorío las fuerzas elementales de la naturaleza, era una civilización meramente técnica. De ahí que degenerara en violencia y destrucciones, y la humanidad estuvo a punto de perecer miserablemente por obra de sus propios inventos. . . pero Zeus, deseoso de preservar al hombre para una misión más alta, le envió un don que le salvaría de la autodestrucción: el don de la ley y la Justicia. Y no lo imprimió en el espíritu de algunos individuos, como ocurriera con el talento para los inventos técnicos, sino en el corazón de todo ser humano. La humanidad debe las bendiciones de la vida en comunidad, la paz, el orden, la seguridad, única y exclusivamente a este don de Zeus, no a los técnicos e inventores, cuyas habilidades admiramos sobre todo. En último término, sus hazañas se volverán siempre como armas contra su propio creador si no se subordinan al principio supremo de la Justicia y a un uso recto para el bien común de todos.¹¹

Dentro de dicho orden de ideas, me parece, se circunscribe sin duda alguna el tema del aborto. ¿Por qué? Tal vez la respuesta dependa del siguiente dato. Un grupo de abogados de Chicago reclamó, parece que en el segundo semestre de 1978, la esterilización de seres improductivos. Vance Packard se pregunta: ¿Un Lord Byron? Eliminado puesto que tenía el pie torcido. ¿Dostoievski? Eliminado puesto que padecía epilepsia. Y así por el estilo. . . Ahora bien, dicha “esterilización” de seres “improductivos” se puede (que no debe) ampliar hasta el caso extremo del aborto.

¹¹ *Alabanza de la ley, op. cit., supra*, nota 9, pp. 54 y 55.

¿Cómo? Todo comienza, en la especie, de la siguiente manera. Ya en la actualidad no podemos desvincular el aborto del amplio campo de los problemas genéticos. Los llamados “ingenieros del hombre”, según explica Packard en su libro,¹² se encuentran en pleno trabajo para *remodelar* a los individuos. Controlan los estados del espíritu, los deseos, los pensamientos, con base en las ciencias del comportamiento, en la biología y en la llamada “informática”.¹³ El profesor Skinner, de la Universidad de Harvard, dice textualmente: “Podemos manejar técnicas capaces de producir en masa seres humanos superiores”. El procedimiento, obviamente, es muy complejo pero también muy eficaz. . . En lo tocante a la detección del sexo en el feto, o sea, intrauterinamente, ocupa lugar importante el análisis del líquido amniótico, análisis que forma parte no sólo del plan general de la detección del sexo sino del cambio de sexo. La predeterminación del sexo constituye en estos momentos uno de los capítulos más brillantes de la ingeniería genética. Ahora bien, en dichos terrenos escabrosos es donde aparecen problemas jurídicos de palpitante interés, sobre todo en el área del derecho penal (me refiero a los problemas de mayor hondura y relevancia hasta moral). Por ejemplo, en materia de análisis de líquido amniótico hay dos obstáculos casi insalvables. En primer lugar, tal análisis implica un riesgo, a saber, que la jeringa que emplean el médico o el practicante pueda tocar accidentalmente al feto o a la placenta, produciendo en el caso daños irreparables. El segundo obstáculo es el del tiempo, si es que el aborto (he aquí el tema que interesa) se encuentra —por lo menos como posibilidad— a la vista. Nada más unas cuantas semanas pueden separar el momento en que el feto rechaza suficientes células para hacer significativo el análisis del líquido amniótico, de aquel otro en que el aborto es más difícilmente practicable (en el caso, obviamente, de que se haya pensado en él). Inmediatamente, a los ojos del jurista, surgen dos preguntas: ¿es justo emplear el aborto como medio para cambiar de sexo? (esto, habida cuenta de que son múltiples los abortos que de tal especie se proponen y llevan a cabo). Otra pregunta: ¿vale la pena, para cambiar de sexo, exponer al feto y a la placenta a un daño irreparable? Y algo más: ¿debe el derecho permanecer al margen de las conquistas de la ingeniería

¹² V. *supra*, nota 1.

¹³ V. también sobre el particular los riesgos de los trasplantes, en Raúl Carrancá y Trujillo-Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, México, Porrúa, 1978, nota 985 al art. 303.

genética, sin regularlas? (conquistas que evocan el avance implacable de la civilización, del progreso técnico cuyas “hazañas—según Jaeger— se volverán siempre como armas contra su propio creador si no se subordinan al principio supremo de la Justicia y a un uso recto para el bien común de todos).”

Hay una interrelación evidente, por lo tanto, entre posible aborto e ingeniería genética. En 1976 un pediatra de la Escuela de Medicina de Harvard, el profesor Park S. Gerald, manifestó su preocupación por los problemas morales que plantea la aparición de estos métodos de determinación sexual del feto en un estado precoz del embarazo. “Estoy terriblemente inquieto —escribe Gerald— frente a la posible idea de que un feto sea *condenado* por la sola razón de que no pertenece al sexo deseado por sus padres. En dicho caso algunos médicos parteros se opondrán al aborto, en tanto que otros lo estimarán justificado.” Por mi parte pienso que la inquietud humana y científica del profesor Gerald sólo la puede resolver el derecho. La última palabra, en este sentido, la debe decir el derecho. O sea, ha de ser pronunciada por la justicia y la ley, no exclusivamente por la civilización técnica cuyo auge propició Prometeo. La verdad, sin embargo, es que en los próximos años veremos aparecer nuevas técnicas en la materia. Por ejemplo, habrá cápsulas de color rosa o azul —según el caso— que ingerirán el hombre y la mujer unas cuantas horas antes del acto de procreación, con el objeto de *determinar el sexo* de sus futuros hijos. Lo importante, al efecto, es que no haya legislación alguna —en la carrera vertiginosa hacia la liberación del aborto— que transforme indebidamente el aborto en un instrumento sutil de control social.¹⁴

Dentro del campo de control de la calidad biológica, o sea, de la llamada ingeniería genética, no todo es tan fantásticamente absurdo y peligroso como podría parecerlo a primera vista (lo absurdo y peligroso es el desenfreno en la investigación y en la aplicación de los principios investigados). Tomemos como ejemplo de lo que digo los siguientes datos, de dominio público en cuanto a genética se refiere. Más o menos un recién nacido sobre 15 tiene deficiencias genéticas que lo vuelven una carga para sus padres y desde luego para la socie-

¹⁴ Cf. María Gabriela Leret de Matheus, *Aborto, prejuicios y ley*, México, B. Costa-Amic Editor, 1977, en especial el cap. VIII sobre derecho comparado iberoamericano; aunque me parece que tan destacada autora no ha reparado en la diferencia esencial que hay entre estos dos conceptos: “legalización del aborto” y “liberalización del aborto”, preocupándome más los excesos a que se pueda llegar en el segundo sentido.

dad. Los cromosomas de algunos de estos bebés, por cierto, presentan defectos importantes que se pueden ver claramente bajo el microscopio. Entre las casi 2000 perturbaciones genéticas que se transmiten hereditariamente, las más familiares son: la epilepsia, el labio leporino, la calvicie en el hombre, el daltonismo, la enfermedad de Parkinson, la gota, la hemofilia, la debilidad mental, el enanismo, la distrofia muscular, la diabetes, el pie zopo o torcido, los dedos sobranes de las manos o de los pies, la anemia perniciosa, etcétera.¹⁵ Sin embargo, algunas de estas perturbaciones, como el mongolismo, no pueden ser previstas de acuerdo con las leyes de la herencia. Un bebé sobre 600, aproximadamente, en los Estados Unidos padece mongolismo y cuesta a su sociedad más de un millón y medio de dólares por año. Desde luego cabe decir que la edad de la madre es un factor de vital importancia que influye sobre esta afección malformativa. Pero lo importante en el caso es su relación con el aborto. Los genetistas razonan de la siguiente manera. El peligro del mongolismo puede ser casi enteramente suprimido mediante un examen fetal; es suficiente con que la madre consienta en un aborto si el feto se revela anormal. Ahora bien, nuestro Código Penal, por ejemplo, no contempla dicha posibilidad que no encaja en el llamado aborto *honoris causa*, ni en el imprudencial, ni en el que se lleva a efecto en razón de la maternidad conciente, ni tampoco en el aborto en estado de necesidad (artículos 332 a 334 c.p.); lo que significa que es imprescindible que en México se liberalice el aborto, pues no es suficiente con que se encuentre legalizado (mal legalizado). Liberalización que, por cierto, no significa libertinaje en su práctica.¹⁶

Se ve con toda claridad, en consecuencia, cómo el aborto guarda

¹⁵ La imaginación del hombre, es decir, su capacidad creadora siempre ha encontrado las más bellas explicaciones frente a aquellos hechos que la "tecnología prometeica" sólo define y clasifica. La deformidad del pie, por ejemplo, ha sido con gran frecuencia la "señal" que lleva el héroe "nacido con buena estrella", dice Gérard de Sède (v. *El tesoro cántaro*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 1969, p. 86). También la lleva la testa coronada, el vidente (me acuerdo de Byron), el taumaturgo o el artista. Se trata del pie hinchado de Edipo, de la cojera de los dioses del fuego Vulcano y Wieland, de la cojera de Jacob y de la de Mani. Emilio Castelar, en su *Vida de Lord Byron*, Buenos Aires, Emece Editores, 1964, p. 29), dice del poeta las siguientes bellísimas palabras. "Largo tiempo rehusó nacer, como si temiera el mar de la vida, que debía agitar con sus pasiones, obscurecer con sus dudas y rizar también dulcemente con el céfiro de sus cantos. Fue necesario arrancarlo como por violencia a las entrañas de la madre, en las cuales parecía haberse fabricado ya una tumba. Cuando tocó la tierra, aquel ser nacido para volar por lo infinito, su pie se encogió como si la tierra le quemara."

¹⁶ V. *supra* nota 5. En la adición doctrinal 245, correspondiente al aborto, he repasado algunas de las posiciones de mayor relevancia moral en la materia.

estrecha relación con un círculo de problemas mucho mayor que el propiamente dicho del aborto; lo que no es de extrañar en el campo penal pues cosa semejante sucede con el homicidio consentido (eutanasia), con los trasplantes de órganos vitales y con la inseminación artificial. Lo inquietante, desde el punto de vista jurídico, es la toma de decisiones de parte de aquellos individuos que no deben hacerlo; de aquí la importancia de que se legisle convenientemente en la materia y de que el derecho no se aísle de esta clase de fenómenos y problemas. El profesor Vance Packard, por ejemplo, admite en su libro *L'homme remodelé*, que la decisión de recurrir al aborto le parece moralmente defendible en el caso de que los exámenes demuestren plenamente que un feto se halla en evidente desventaja genética, siempre y cuando tenga menos de veintiocho semanas de concebido.¹⁷ Sin embargo, dicha *validez moral del aborto* debe ser sancionada por el derecho y establecida convenientemente en la ley. De tal manera la garantía de la ley (principio de legalidad) protegerá, desde el mismo seno de la justicia, los intereses de todos; encontrándose así la vida tutelada ampliamente por el derecho.

En algunos países, como por ejemplo los Estados Unidos, se llevan a efecto cierto tipo de pruebas genéticas para definir, podríamos decir, la calidad biológica de cada quien. No obstante, hay un riesgo. En muchos de los Estados del interior de la Unión Norteamericana, donde tales pruebas son realizadas, no existen reglas particularmente de tipo jurídico que aseguren el secreto en la especie. O sea, es posible que más tarde los portadores de una determinada tara genética sean identificados y por ello tengan que sufrir de alguna manera. Un investigador de ciencias jurídicas en Texas, el profesor Philip Reilly, señala el hecho de que en el pequeño Estado de Rhode Island se efectúan determinados *tests* con el propósito de rastrear una tara que produce retraso mental y de la que, según dicho investigador, la probabilidad de aparición en tal Estado es de una vez cada diez años. . . Concretando todo lo anterior en el campo estrictamente jurídico penal, aparece lo siguiente. Entre las anomalías genéticas hay una, supuestamente infamante y típica de los hombres, que consiste en tener un cromosoma Y de más. Un célebre sociólogo norteamericano ha dicho textualmente, sobre el particular, que “existen más y más pruebas indicando que las personas nacidas con genes XYY. . . pueden tener una predisposición a la lo-

¹⁷ V. *supra* nota 5. En la adición doctrinal 245 se estudia con detenimiento, comparando criterios clásicos con puntos de vista más modernos, el problema del número de semanas que han de transcurrir, a partir del embarazo, para que el aborto sea jurídica y moralmente válido.

cura criminal” (lo que desde el punto de vista del derecho penal, y en rigor científico, es “fascinante”). Pues bien, con base en lo que transcribo un especialista en genética vislumbra la posibilidad de que en el porvenir se desenvuelvan tanto una vigilancia como medidas abortivas que puedan librarnos del tipo XYY. Pero el hecho por demás inquietante es que, como se podrá observar, se habla de la “posibilidad” de tener una “predisposición” a la locura criminal. ¿Es esto suficiente para admitir el aborto? ¿Debe el aborto operar aquí? Al margen de la respuesta que demos al problema, el dato específico es que *se impone, cada día más, una conciente liberalización del aborto*. Y el dato específico es también, en el caso, que algunos departamentos de policía norteamericana han abogado porque se registren inmediatamente, a la hora de su nacimiento, todos los bebés del sexo masculino que posean el famoso tipo XYY, solicitando que estos individuos sean vigilados permanentemente hasta la edad adulta. He tenido a la mano el informe de Patricia A. Jacobs sobre los prisioneros de un establecimiento carcelario escocés. Los prisioneros de allí han sido clasificados como individuos con propensiones criminales, peligrosos y violentos. El 3.5% de ellos presentaba la combinación XYY, lo que es muy superior al término medio de una población normal. Un estudio más antiguo, que se ha realizado en Dinamarca, ha dado resultados semejantes.

En tal virtud, y en muchos países, los abogados que se especializan en asuntos criminales hacen que sus clientes sean examinados para saber si no presentan el cromosoma XYY. Si tal es el caso tratarán de obtener una absolución o una disminución de la pena alegando la inimputabilidad (presupuesto básico de la culpabilidad) por ser su cliente prisionero de sus genes. . . En otras palabras, el concepto de culpabilidad penal se debe ampliar hasta el extremo de abarcar esas zonas en que el destino biológico se apodera de nuestra voluntad. Los griegos hablaron del *ananké* (destino) fundando su cultura sobre ese destino insuperable que manejaba a los hombres; es decir, establecieron su cultura sobre la base de una responsabilidad dirigida y controlada.¹⁸ No me cabe la menor duda, al efecto, de que el criterio jurídico penal de los griegos obedeció a ese tipo de cultura. En los días que corren, las cosas son diferen-

¹⁸ Cf. Paul Cloché, *Le siecle de Périclès*, Presses Universitaires de France, “*que sais-je?*”, París, 1970, p. 30 y ss. El profesor Cloché nos ofrece una magnífica síntesis del teatro de Esquilo, resaltando las siguientes importantes ideas. “Las grandes innovaciones de esta tragedia (se refiere a *Los siete contra Tebas*) son el poderoso relieve dado a un personaje de quien la voluntad constituye el resorte esencial de la acción, y quien combate con una ferocidad

tes, pero no tanto como se pueda pensar. El antiguo *ananké*, por ejemplo, se ha transformado en el cromosoma XYY; y también en los complejos de origen psicológico, y en las enfermedades que estudia la endocrinología. En el mes de agosto de 1976 la famosa revista francesa *Science* publicó un informe, redactado por un equipo de trece médicos, que puso de manifiesto las relaciones entre el cromosoma XYY y la agresividad. Dicho informe se basó sobre un estudio de 4 139 hombres de treinta años de edad y con una altura de un metro ochenta y cinco centímetros. Doce de ellos, es decir, la 1/333ava parte, eran portadores del cromosoma XYY. Estos doce individuos (hay que reconocer que el número no es muy impresionante) tenían efectivamente un paso judicial mucho más “cargado” que el de los demás. Casi todos habían sido detenidos por robo; uno solo, de ellos, fue detenido por violencia. Algo más: los individuos XYY de la prueba a que me refiero ofrecían un nivel intelectual muy inferior al mediano.

Ahora bien, por lo que toca a las insistentes solicitudes de que los individuos con cromosoma XYY sean vigilados permanentemente hasta la edad adulta, los juristas hemos de meditar si ello no afecta los derechos del individuo. ¿O bien debemos superar el patrón que nos ha servido, hasta hoy, para hablar de tales derechos? ¿Hay también un progreso en la concepción intrínseca de estos derechos? Yo me inclino por considerar que no; o, por lo menos, que cuando se habla de evolución jurídica ésta no es *horizontal* sino *vertical*, es decir, de fondo. Podremos profundizar, pero nunca cambiar de ruta. En el derecho sucede lo mismo que en la moral. Ciertos conceptos (la honradez, la honestidad, la rectitud de carácter) son inalterables. Tal vez, profundizando en ellos, veamos aspectos que hace siglos se ignoraban o desconocían; aunque esto, a mi juicio, no modifica el aspecto general del problema. En cambio, y sobre todo en las ciencias de la naturaleza, el progreso es más *horizontal* y por lo mismo más espectacular.

En suma, la raíz jurídica del aborto se hunde en el corazón de las normas de cultura que tan admirablemente estudió Mayer; en

desesperada la fuerza del Destino. . .” “En este drama (habla de la trilogía *La Orestíada*) la gran idea del Destino omnipotente se une a la descripción de un personaje bastante complejo”. . . “La noción que ofrece en su obra (alude a Esquilo) el relieve más penetrante es aquella del Destino, cuyo poder no tiene límite y cuyos decretos son inflexibles”. . . “A estas concepciones se añade aquella de la herencia de las pasiones y de las taras, que son muchas veces los instrumentos del Destino o de los dioses contra los hombres, avocados a sufrir los efectos de los crímenes o del orgullo de sus antepasados”.

tal sentido dichas normas generan normas jurídicas cuyo contenido cultural es enorme. Ignorarlo es deformar la realidad de los hechos (por ejemplo, del aborto) y también la del derecho.¹⁹

¹⁹ Sobre el aborto y sus múltiples derivaciones históricas, sociológicas, culturales, etc., v. Alfred Sauvy, *La prévention des naissances*, París, Presses Universitaires de France, "que sais-je?", 1967.