

Capítulo V

EL ABORTO EN EL DERECHO MEXICANO

1. Presentación	87
2. El aborto provocado en el Distrito Federal	88
3. El aborto provocado en el interior de la República	90
4. El caso del estado de Chiapas	92
5. Otras propuestas de desincriminación valorada	95
6. El estado de necesidad en el derecho penal mexicano	97
7. El desuso de una norma penal	99

CAPÍTULO V

EL ABORTO EN EL DERECHO MEXICANO

1. PRESENTACIÓN

Antes de hacer referencia a la legislación penal mexicana, es importante retomar el marco jurídico constitucional en que nuestro país ubica los derechos a la salud y al ejercicio responsable de la paternidad y maternidad.¹³⁷

Desde el cambio del esquema de política poblacional a que se hizo referencia en el capítulo relativo al Panorama Histórico y, sobre todo, desde la adecuación de la política nacional a las corrientes internacionales relativas a la igualdad entre el varón y la mujer, por un lado, y al control de la natalidad, por el otro, se dieron importantes modificaciones en la legislación nacional para sustentar cuatro principios: a) la integración al desarrollo económico, b) el derecho a la paternidad y maternidad responsables, c) la protección de la familia y d) la promoción de la mujer.

Así pues, como resultado de los antecedentes surgidos de los actos preparatorios al Año Internacional de la Mujer —celebrado en México en 1975— y como resultado de la adopción de las recomendaciones de las Conferencias Mundiales de Población de Bucarest (1974) y de Teherán (1968), el artículo 4o. de la Constitución Federal mexicana fue reformado para incluir la igualdad entre varón y mujer y establecer un primer acercamiento a los derechos reproductivos —concretamente en el párrafo segundo, en donde se señala que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”— así como el deber de los padres de preservar el derecho de sus hijos e hijas a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

¹³⁷ *Cfr.* capítulo III.

Posteriormente, en 1983, se adicionó este mismo numeral con un párrafo (el tercero) en donde se regula el derecho a la protección de la salud y la obligación del Estado para fijar las bases a través de las cuales la población tendrá acceso a los servicios de salud.¹³⁸

En este contexto, reiteramos que, dentro del marco jurídico mexicano, toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos e hijas, lo cual implica tanto el no tenerlos, como el tenerlos más allá de los límites que fijen las políticas de población gubernamentales.

Este marco jurídico refleja una política legislativa congruente con la lógica de un Estado laico, liberal y democrático, pero no concuerda con algunas normas particulares del sistema jurídico mexicano, como es el caso concreto del aborto. Es por esto que algunos autores califican de inconstitucionales las normas del derecho penal que lo castigan, pues reprimen la libre decisión de la maternidad y, al hacerlo, colocan a la mujer en una situación de riesgo para su vida y su salud o para el bienestar físico y mental de ella o de su familia.¹³⁹

2. EL ABORTO PROVOCADO EN EL DISTRITO FEDERAL

Jiménez Huerta dice que, en México, el aborto es un delito contra la vida humana. Afirma:

La vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y jerarquía que es tutelado no sólo en su autónoma existencia sino también en su fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez.¹⁴⁰

Esta concepción es la que realmente alimenta el marco jurídico del Distrito Federal, tanto en el Código Civil, como en el Penal, pues ambos ordenamientos son anteriores a las reformas constitucionales de

¹³⁸ Es importante resaltar, ampliando los argumentos vertidos en el capítulo III, cómo, la Constitución mexicana, en sus diferentes preceptos, enlaza los conceptos de maternidad, salud, bienestar y responsabilidad paterna y materna, especialmente en los artículos 4o. y 123.

¹³⁹ Pérez Carrillo, Agustín y Ana Laura Nettel, *op. cit.*, especialmente a pp. 41 y 42. y García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, especialmente las pp. 101 y 102 en donde hace una reflexión de la desigualdad entre el varón y la mujer que subyace en el delito de aborto a la que más adelante se hace referencia en este trabajo. Además apunta que, en todo caso, el artículo 4º constitucional permite una reinterpretación para darle el alcance que el legislador no necesariamente tuvo en mente al momento de la reforma (*Ibid.*, p. 117).

¹⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, op. cit.* pp. 180-184.

1974 y 1983. Por su parte, el artículo 22 del Código civil establece, entre otras cosas, que el individuo está bajo la protección de la ley desde su concepción; por su parte el Código Penal tipifica, en su artículo 329, el delito de aborto definido como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", recogiendo los tipos de aborto procurado, consentido y sufrido.

Para quien practica el aborto, si se trata de un aborto consentido, se prevé una sanción de uno a tres años de prisión; en caso contrario, es decir, si el aborto se practica en contra de la voluntad de la mujer embarazada, la penalidad se incrementa de tres a seis años de prisión. Si, además, se realiza con violencia física o moral, la penalidad aplicable es de seis a ocho años de prisión. Si la persona que practica el aborto es médico o médica, comadrona o partera o partero, además de las sanciones mencionadas, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.¹⁴¹

Para la mujer que consiente o provoca su propio aborto, la penalidad establecida es de uno a cinco años de prisión a menos que se trate de un aborto sentimental u *honoris causa*, en cuyo caso se considera existen que causas atenuantes, por lo cual la pena disminuye, quedando un mínimo de seis meses y un máximo de un año de prisión. Se considera que existen estas circunstancias atenuantes si concurren las siguientes circunstancias: a) que la mujer no tenga mala fama, b) que haya logrado ocultar su embarazo y c) que éste sea fruto de una unión ilegítima (artículo 322 del Código Penal para el Distrito Federal).¹⁴²

Este ordenamiento señala tres casos en los que el aborto no es punible: a) el causado por la sola imprudencia de la mujer embarazada, b) el sentimental¹⁴³ y c) el necesario.¹⁴⁴ En éste último caso, para que opere la no punibilidad del aborto, se requiere la opinión de dos médicos que certifiquen que el embarazo pone en peligro la vida de la gestante.

¹⁴¹ Algunas personas, entre las que me incluyo, vemos en estos riesgos que corren quienes practican un aborto una de las causas por las que el costo de la intervención se eleva y, por tanto, un interés especial en que estas circunstancias se mantengan así.

¹⁴² V. nota 140 en donde se hace referencia al comentario de Sergio García Ramírez sobre el particular.

¹⁴³ Se recuerda que existe esta denominación para el aborto que debe practicarse en caso de que el embarazo haya sido ocasionado por el delito de violación.

¹⁴⁴ Este es el que debe practicarse cuando la vida de la mujer embarazada está en peligro, de continuar el embarazo.

Es importante destacar la falta de los instrumentos normativos para que en estos casos se proceda a practicar el aborto correspondiente, circunstancia que deja a la mujer en las mismas condiciones de desprotección. Esta falta de instrumentación no sólo sorprende sino que es una prueba más de los intereses económicos que existen detrás de las prácticas clandestinas del aborto. Intereses que orillan a toda mujer que no desea o puede continuar con su embarazo, a recurrir a ellas. La importancia de hacer este apuntamiento estriba en el compromiso que debe asumir el Estado frente a una declaración normativa. No basta hacerla, se requiere, también de los instrumentos necesarios para que el derecho contenido en esa declaración sea exigible. Si en las limitadas circunstancias en que nos encontramos actualmente no existe la mínima instrumentación ¿qué podemos esperar si acaso se llegare a despenalizar el aborto? La demanda de una maternidad libre y voluntaria va ligada a la salud reproductiva y al estado de bienestar de las personas, compromisos asumidos por el Estado a través de diversas políticas entre las que están las de salud y de población. Por tanto, al despenalizarse el aborto deben establecerse los mecanismos por medio de los cuales la mujer pueda recurrir a él sin riesgos.

3. EL ABORTO PROVOCADO EN EL INTERIOR DE LA REPÚBLICA

Si bien, en términos generales, todas las entidades federativas contemplan un esquema similar al señalado para el Distrito Federal, algunas de ellas consideran en su legislación penal otras causas de disminución de la pena o de no punibilidad del aborto.

Así, por ejemplo, en los Estados de Colima,¹⁴⁵ Puebla,¹⁴⁶ Guerrero,¹⁴⁷ Chihuahua, Durango,¹⁴⁸ Guanajuato, Coahuila, Veracruz¹⁴⁹ y Yucatán,¹⁵⁰ el aborto eugenésico no es sancionado.

¹⁴⁵ Artículo 190, fracción IV del ordenamiento correspondiente.

¹⁴⁶ Artículo 343, fracción IV del ordenamiento correspondiente.

¹⁴⁷ Artículo 121, fracción III del ordenamiento correspondiente.

¹⁴⁸ La fracción IV del artículo 136 del Código Penal de esta entidad señala: "Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre en su caso y a juicio de dos médicos exista razón suficiente para suponer que el producto padece alteraciones genéticas o congénitas, que den por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves".

¹⁴⁹ La fracción IV del artículo 133 del Código Penal veracruzano repite la misma redacción del Código de Durango.

¹⁵⁰ Así lo establece la fracción V del artículo 391 del Código Penal de esa entidad.

El aborto económico o por causas económicas era permitido en Chihuahua antes de la reforma penal de 1987. En Yucatán no es punible cuando a las razones económicas graves se añade el hecho de que la mujer embarazada tenga ya, por lo menos, tres hijos.¹⁵¹

En los Estados de Guerrero¹⁵² y Querétaro¹⁵³ se faculta al juzgador para aplicar, a su criterio, siempre que sea equitativo, hasta una tercera parte de la pena prevista para la mujer que procura o consiente en que otro la haga abortar. Para ello, se tomarán en consideración el estado de salud de la mujer, su instrucción y condiciones personales, las circunstancias de la concepción, la duración del embarazo, el desarrollo y características del producto, el consentimiento otorgado por el otro progenitor, cuando éste viva con la mujer embarazada y cumpla responsablemente con las obligaciones que dicha unión genera, y, en general, todos los elementos de juicio que puedan emplearse para resolver en justicia el caso particular.

En el Estado de Colima¹⁵⁴ no se sanciona el aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial indebida, en cuyo caso bastará que el hecho se compruebe por el Ministerio Público para autorizar su práctica; autorización y circunstancias que se requieren también para los casos de violación. En el Estado de Chihuahua,¹⁵⁵ se considera igualmente la inseminación artificial como circunstancia de no punibilidad, cuando ésta no haya sido querida o consentida por la mujer.

En el interior de la República, es muy común encontrar que, para que opere la no punibilidad del aborto sentimental, éste deberá practicarse dentro de los noventa días contados a partir de la concepción. Tal es el caso de los Códigos de Chihuahua,¹⁵⁶ Durango,¹⁵⁷ Veracruz,¹⁵⁸ Colima y Coahuila.

En los Estados de Nayarit y Jalisco se requiere de la concurrencia de cuatro circunstancias para que pueda disminuirse la penalidad en el aborto *honoris causa*, las tres señaladas por el ordenamiento del Distrito Federal y el requerimiento de que sea practicado dentro de los cinco primeros meses del embarazo.¹⁵⁹

151 Así lo establece el artículo 391, fracción IV del Código Penal de esa entidad.

152 Así se establece en el artículo 119 del Código Penal de esta entidad.

153 De conformidad con el artículo 139 del ordenamiento penal de la entidad.

154 Artículo 190, fracción II del Código Penal de la entidad.

155 Así se señala en la fracción IV del artículo 219 del Código Penal correspondiente.

156 Artículo 219, fracción II del Código Penal.

157 Artículo 136, fracción II del ordenamiento penal.

158 Así lo señala la fracción II del artículo 133 del ordenamiento penal de la entidad.

159 Artículos 336, fracción IV del Código Penal nayarita y 228, fracción IV del correspondiente en Jalisco.

En Coahuila se señala una penalidad disminuida cuando el aborto se practica después de los noventa días de gestación siempre que la mujer lo realice por motivos graves, como son el temor de alteraciones genéticas o congénitas del feto (aborto eugenésico) o que el embarazo sea resultado de una violación. En estos casos la penalidad es de tres días a seis meses de prisión y multa de cien a mil pesos.¹⁶⁰

4. EL CASO DEL ESTADO DE CHIAPAS

En esta Entidad Federativa se observa que el Código Penal de 1938 establecía una penalidad atenuada para el aborto eugenésico; el de 1984, lo despenalizó, siempre y cuando se obtuvieran las opiniones de otros médicos, además del que asistía a la mujer embarazada, cuando esto fuese posible y no fuese peligrosa la demora (artículos 220, fracción II y 278 respectivamente).

En el Código Penal chiapaneco de 1938 se consideraba que era una circunstancia atenuante el hecho de que la mujer tuviera una familia numerosa si carecía de fondos suficientes para mantenerla. En estos casos se penalizaba el aborto de tres meses a dos años de prisión. El primero de agosto de 1962, se reformó el Código Penal en este artículo para aumentar la penalidad de uno a dos años de prisión (artículo 220, fracción I). Posteriormente, el Código de 1984 eliminó esta causa de atenuación de la pena.

Del análisis de estos antecedentes, efectivamente se desprende que el legislador chiapaneco ha hecho una serie de esfuerzos a lo largo de la historia para atender los estados de necesidad de la mujer frente a embarazos no deseados. El nuevo Código se insertó en esta línea y retoma las corrientes más nuevas de tratamiento de la desincriminación del aborto, si bien no llega a la total despenalización, pues la interrupción voluntaria del embarazo es un delito sancionado con una pena de prisión que puede ser de uno a tres años. Si existen agravantes, de seis a ocho años.

El artículo 136 de este nuevo ordenamiento contiene un listado de indicaciones desincriminadoras que ya han sido observadas en países con una tradición de respeto a los derechos humanos reconocida ampliamente, como en Europa. Las indicaciones a que se hizo mención, son : éticas (cuando el embarazo es resultado de una violación), terapéuticas y eugenésicas.

¹⁶⁰ Artículo 290 del Código Penal de la entidad.

Además, permite que la mujer tome la decisión sobre el número y espaciamiento de sus hijos e hijas en forma libre y responsable de conformidad con lo establecido en el artículo 4º constitucional, debiendo únicamente consultar con su pareja, si existe. En el caso de las mujeres solteras, se permite que tomen esta decisión libremente y bajo su propia responsabilidad.¹⁶¹

Se señala que en todos los casos, el aborto deberá practicarse dentro de los primeros noventa días de gestación y previo dictamen de dos médicos, a menos que sea peligrosa la demora.

Es claro que en este ordenamiento se sigue un sistema mixto de desincriminación del aborto. Establece un límite temporal dentro del cual puede realizarse la interrupción del embarazo (noventa días), fijado con la evidente finalidad de evitar riesgos para la salud y la vida de la gestante y la posible viabilidad del feto. Igualmente determina un listado de indicaciones o causas específicas que fueron especialmente valoradas por el legislador chiapaneco como estados de necesidad suficientes para privilegiarlos sobre cualquier otro considerando.

Estos considerandos no implican una falta de respeto al derecho a la vida, ni discriminación alguna hacia sectores específicos de la población, pues el capítulo relativo al aborto, así como el resto del Código, respeta el carácter general que debe prevalecer en toda norma. Afirmación que debe interpretarse en el sentido de que se empieza a formar una estructura a través de la cual la mujer pueda ejercer su derecho a una maternidad libre y responsablemente asumida, sin los problemas y riesgos graves que conlleva un embarazo no deseado, y no en el sentido de que todas las mujeres deben abortar.

Es cierto que faltaría en el marco jurídico del Estado de Chiapas, el establecimiento de la obligación, a cargo del propio Estado, de dar información y asesoría a la población en general y a las mujeres embarazadas, en lo particular, sobre los riesgos de las interrupciones voluntarias del embarazo, sobre planificación familiar, uso —y riesgos del uso— de anticonceptivos, etcétera, así como las normas para regular

161 El controvertido artículo 136 de este ordenamiento establece: "No es punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de violación, si éste se realiza dentro de los noventa días a partir de la concepción; cuando a causa del embarazo la madre corra peligro de muerte; o pueda determinarse que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que den por necesario el nacimiento de este con trastornos físicos o mentales graves, cuando el aborto se efectúe por razones de planificación familiar en común acuerdo de la pareja; o en el caso de las madres solteras, siempre que tales decisiones se tomen dentro de los primeros noventa días de gestación y previo el dictamen de otros médicos, cuando sea posible y no sea peligrosa la demora; o cuando se pruebe que el aborto fue causado por la imprudencia de la embarazada".

la asistencia y servicios que debe dar el sector salud, en los rubros de fecundación, anticoncepción y aborto, a fin de que la estructura estuviera completa.

A las pocas semanas de la publicación de este nuevo ordenamiento, el entonces gobernador del Estado, Patrocinio González, en una conferencia de prensa informó a la comunidad chiapaneca y a la Nación en general, de esta nueva perspectiva sobre el tratamiento penal del aborto. Inmediatamente se desató una polémica a lo largo y ancho de nuestro país.¹⁶²

El propio Patrocinio González, en medio de la polémica expresó que

¿es que vamos a dejar que las mujeres sean más que meros animalitos? ¿Así las queremos ver y tratar? Aquí a los 12 años comienzan a traer hijos al mundo. Y no paran [...] ¿cuál es el futuro de esas criaturas? Desnutridos desde el vientre materno. Lesionados en la vida por falta de proteínas. Niños sin cerebro. Niños sin inteligencia. ¿Esto es lo que queremos? Detesto aludir a cosa tan terrible. Pero las mujeres indígenas de Chiapas —y aquí hay un millón de indígenas— se hieren en su embarazo hasta con plumas de pavo. ¡Terrible! Y no queremos encarar el problema [...] En Chiapas ocurren 200 mil abortos cada año.¹⁶³

El resultado fue una decisión inusual en el sistema político y jurídico del país: la suspensión del capítulo relativo al aborto, en tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), determine si es o no atentatorio contra algún derecho. Suspensión que se ha convertido en definitiva, pues no hubo el pronunciamiento esperado de la CNDH en pro o en contra del aborto.

En cierto sentido se puede entender por qué este organismo no resuelve de una vez por todas el debate, pronunciándose a favor de los derechos reproductivos, demanda razonada y fundada del movimiento feminista mexicano en pro de la maternidad voluntaria pues su pronunciamiento, sea cual fuere, crearía nuevamente polémicas y conflictos aún mayores por el reconocimiento que la Comisión se ha ganado, tanto a nivel nacional como internacional, en su labor de defensa de los derechos humanos, precisamente porque es un problema no resuelto en la sociedad. Además, sería precisamente el centro de la polémica y de los conflictos, lo cual afectaría grandemente el resto de sus tareas. Esto es una realidad que no se puede soslayar, pero

¹⁶² Un resumen de este debate apareció en la revista *Fem* núm. 98, febrero de 1991.

¹⁶³ Declaraciones aparecidas el 13 de enero de 1991 en el periódico *Excélsior*.

que debe movilizar en forma más coordinada a las mujeres para alcanzar sus objetivos, aun sin este pronunciamiento; independientemente de que a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de la CNDH, es incompetente para conocer de la constitucionalidad de las normas legalmente promulgadas por el poder legislativo.

5. OTRAS PROPUESTAS DE DESINCRIMINACIÓN VALORADA

En todo el país, desde los años sesenta han existido diferentes momentos político-legislativos en los que han surgido propuestas de reforma a los capítulos correspondientes al aborto tendientes a presentar alternativas a los problemas que se generan por su práctica clandestina. Algunas de ellas prosperaron, otras no. De las primeras ya se dio cuenta en el numeral anterior; de las segundas, está el ejemplo del proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz, elaborado, en 1979, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.¹⁶⁴

En este proyecto, se propuso un proceso de desincriminación similar al seguido en otros países, es decir, se establece que no será penalizado el aborto procurado cuando éste se realice dentro de los primeros días de la gestación, bajo condiciones sanitarias adecuadas y si se utilizaron, bajo control médico, anticonceptivos y éstos no fueron eficaces.

En 1979, se presentó por la diputación del Partido Comunista, un proyecto de reformas para el Código Penal del Distrito Federal en el que se pretendía definir el aborto punible como la muerte del producto de la concepción, después de doce semanas de embarazo.

García Ramírez elaboró también un proyecto de reformas en el que, además de involucrar al padre del producto de la concepción en las diferentes conductas punibles y en la toma de decisiones y otorgamiento del consentimiento, enlistó seis causas de no punibilidad del aborto, como son:

a) la sola imprudencia de la mujer embarazada; b) que el embarazo sea resultado de un hecho delictivo en el que la mujer hubiere sido víctima (sin necesidad de obtener sentencia sobre el delito cometido y bastando la sola comprobación de los hechos); c) cuando el embarazo se hubiere producido en condiciones que excluyan la posibilidad de conocimiento o consentimiento de la mujer acerca del hecho mis-

¹⁶⁴ García Ramírez, Sergio, *op. cit.* p. 117.

mo de la fecundación o de la identidad del padre; d) cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, y exista razón suficiente, a juicio de dos médicos, para suponer la existencia de razones eugenésicas; e) cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, dentro de los sesenta días siguientes a la concepción y obedezca a causas económicas, graves y justificadas, siempre que la mujer embarazada tenga cuando menos ya dos hijos o hijas y f) cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, también dentro de los primeros sesenta días de la gestación, siempre que la concepción se haya producido a pesar de que la mujer hubiere utilizado medios anticonceptivos bajo control médico para evitar el embarazo.¹⁶⁵

En la actualidad existe un proyecto de Código Penal para el Distrito Federal, elaborado por el Consejo Consultivo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a través de la Comisión del Marco Jurídico, bajo la coordinación de Celestino Porte Petit Candaudap.¹⁶⁶ En este proyecto sólo aparece como avance la consideración de que no será punible el aborto cuando el embarazo sea resultado de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la mujer, equiparando este hecho a la violación, pues ambas circunstancias están contenidas en la misma fracción. Se señala que en estos casos se requerirá que el hecho haya sido denunciado y comprobado por parte del Ministerio Público, siempre y cuando el aborto se practique dentro de los tres primeros meses del embarazo. En la práctica estos requisitos harán, de aprobarse este proyecto, imposible la práctica del aborto, precisamente por el binomio de la prueba plena dentro de un límite temporal demasiado estrecho. Por otro lado, ampliar este límite colocaría a la mujer en un riesgo innecesario o, en su caso, al médico o médica que practicase el aborto en la disyuntiva de eliminar a un feto perfectamente viable. La solución está en eliminar el requisito de la probanza, y conceder a la mujer la credibilidad necesaria para que su sola denuncia baste para proceder a la interrupción del embarazo correspondiente, independientemente de que las investigaciones relativas a los ilícitos denunciados continúen. Si no se cambia esta política penal, cualquier ampliación en

¹⁶⁵ *Idem*, pp. 127 y 128.

¹⁶⁶ Los integrantes de dicha Comisión fueron: Mario Bermúdez Molina, Carlos Gerardo Cardoso Estrada, Marcos Castillejos Escobar, Ricardo Franco Guzmán, René González de la Vega Flores, Roberto Hernández Martínez, Moisés Moreno Hernández, Jose Ovalle Favela, Emilio Ricardo Peña Rangel, Bernardo Tirado Gutiérrez, Humberto Enrique Tirado Gutiérrez, Sergio Vela Treviño y Jesús Zamora Pierce.

las causas de desincriminación del aborto —que parece ser el camino a seguir, por el momento— esta misma línea continuará, con lo cual no se aligera en absoluto la problemática para la mujer. Mientras ella tenga que emplear tiempo en demostrar cualquier extremo, en vez de utilizarlo en la búsqueda de las mejores condiciones para la interrupción del embarazo, las puertas de la clandestinidad seguirán abiertas y así, también, los problemas derivados de la intervención.

6. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

En nuestro derecho penal existen, como en todos, una serie de causas excluyentes de responsabilidad penal a través de las cuales se legitima una conducta que, en otras circunstancias, se encuadraría en un tipo penal específico.

Carrancá y Trujillo explica que se requieren tres elementos para que una conducta humana sea considerada como un delito: la culpabilidad, la antijuridicidad y la punibilidad. Si alguno de estos elementos falta, la acción deja de ser punible. En atención a ello existen diversas causas que excluyen la responsabilidad penal, algunas lo son de inimputabilidad, otras de inculpabilidad, otras causas de justificación y otras excusas absolutorias.¹⁶⁷ Estas causas deben valorarse en toda conducta que pudiera ser encuadrada en un delito, aunque en el tipo penal correspondiente no exista un listado de estas causas. Así, por ejemplo, se habla de la legítima defensa, la no exigibilidad de otra conducta o el estado de necesidad. Con estos conceptos se exculpa a quien roba un pan por hambre, o a quien mata o lesiona defendiendo su propia vida o la de sus familiares.¹⁶⁸

En el Distrito Federal estas causas están contenidas en el artículo 15 del Código Penal y son de aplicación general para todas las conductas consideradas como delitos que sean realizadas en las circunstancias ahí señaladas. Dentro de éstas hay dos que, en caso necesario, deben ser utilizadas en la defensa de las mujeres que recurren al aborto si llegan a ser procesadas. Estas mismas circunstancias pueden ser empleadas como argumentos consolidantes de la demanda por una maternidad libre y voluntaria.

¹⁶⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 16ª ed., México, Porrúa, 1988, pp. 469 y ss.

¹⁶⁸ V. *op. cit. supra* y también Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, tomo IV, *El delito*, 3ª ed. Buenos Aires, Losada, 1976; Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, 9ª ed. México, Porrúa, 1984.

Concretamente estoy haciendo referencia a las fracciones V y VI del mencionado artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal. En ellas se establece:

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o *en ejercicio de un derecho*, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o *ejercer el derecho*.

VI. Obrar en virtud de *miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave* en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

La fracción quinta va directamente relacionada con el ejercicio del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos e hijas, consagrado en el artículo 4º constitucional. Ante un embarazo no deseado, la mujer no tiene otro recurso para ejercer este derecho que recurrir a la interrupción del mismo a través del aborto. Relacionando este derecho con el párrafo 4º de este mismo artículo constitucional, en donde se consagra el derecho a la salud, resulta que en estas circunstancias no sólo hay justificación para recurrir al aborto, sino que el Estado es quien debe proporcionar los servicios correspondientes de manera tal que la mujer no arriesgue ni su salud ni su vida en el ejercicio de un derecho.

La fracción VI apunta a las circunstancias apremiantes, las angustias, los miedos, a que se enfrenta una mujer cuando se encuentra embarazada contra su voluntad. Embarazo que, en esas condiciones, no sólo afecta su propia vida, sino la de las personas cercanas, hijos e hijas, compañero, padre y madre y, en general, la de todos los familiares que convivan cotidianamente con ella. Un embarazo no deseado es un perjuicio, un problema, para cualquier mujer; para algunas es algo más, es un mal de proporciones incalculables, por tanto, el recurso de su interrupción se lleva a cabo porque no existe otro medio a su alcance que le permita evitar ese mal.

Estoy segura de que en México podríamos defender a las mujeres acusadas de abortar bajo cualquiera de estas premisas. Sin embargo, a diferencia de lo acontecido en España,¹⁶⁹ esta defensa no es necesaria porque, como ya vimos, las mujeres que abortan prácticamente no llegan a los tribunales mexicanos.

¹⁶⁹ Me estoy refiriendo al llamado *Caso Oviedo* que fue uno de los acontecimientos más importantes en la despenalización del aborto en ese país.

7. EL DESUSO DE UNA NORMA PENAL

En ciertos círculos se argumenta que el tipo penal contenido en los artículos 329 a 334 del Código Penal para el Distrito Federal ha caído en desuso, por tanto, ha dejado de tener vigencia.

Efectivamente, se trata de una conducta que prácticamente nadie denuncia a las autoridades. En la conciencia colectiva existe una convicción de que la decisión de abortar o no la debe tomar la mujer, aunque esta decisión no se manifieste claramente en las normas penales. Ya en el capítulo II expliqué que existe una impunidad real del aborto. Las cifras son muy claras; en nuestro país casi nunca se persigue esta conducta. En las contadas ocasiones en que ello sucede, no hay sanción equivalente al riesgo que corren las mujeres que año con año se ven empujadas a recurrir a estas prácticas, en la clandestinidad.¹⁷⁰ Las cifras, en teoría, nos enfrentan con una norma que ha caído en desuso, por tanto, ha perdido vigencia.

Si ello es así, ¿cabe alegar la garantía contenida en el artículo 14 constitucional? Desafortunadamente para quienes trabajamos por los derechos de toda mujer a una maternidad libre y voluntaria y a la salud reproductiva, esta interpretación no tiene un verdadero sustento, porque en este precepto se establece el principio de la no retroactividad de una norma. Esto implica que toda persona tiene el derecho a ser juzgada con fundamento en normas *expedidas con anterioridad a los hechos*, es decir por normas positivas. Los artículos relacionados con el aborto son norma positiva.

¿Qué diferencia hay entre vigencia y norma positiva? La primera apunta a la obligatoriedad que los órganos estatales le confieren a una determinada norma dictada por el órgano estatal competente para ello, es decir a una norma positiva. García Máynez señala que la vigencia de una norma, y por tanto su validez, implica

que no es considerada como exigencia arbitraria, sino como norma genuina, a través de cuya observancia habrán de realizarse una serie de valores colectivos y, en primer término, los de justicia, seguridad y bien común.¹⁷¹

¹⁷⁰ V. Barrera Solórzano, Luis de la, *El delito de aborto...*, op. cit., pp. 80 y ss. muy especialmente el cuadro ubicado en p. 85.

¹⁷¹ V. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., México, Porrúa, 1983, p. 270.

Este autor señala, además, que la eficacia de un determinado orden normativo no depende tan sólo del poder que tenga el Estado para aplicarlo. Esta eficacia está condicionada por el reconocimiento que la comunidad a la que ha de ser aplicada, le dé a todo el sistema jurídico o a una norma en particular.

Complementando estos parámetros, Recasens Siches explica que la costumbre "constituye la dimensión de vigencia efectiva de una norma"¹⁷² y la voluntad del Estado es, en todo Estado de derecho, la fuente formal unitaria de todos los preceptos jurídicos, lo cual implica que las normas vigentes valen "porque el Estado las quiere como tales y las aplica como tales".¹⁷³

Aplicando estos conceptos a las normas sobre el aborto en el contexto de nuestro país, es evidente que se trata de normas que han perdido su vigencia y cuyo único efecto real ha sido convertir una intervención obstétrica sin riesgos en uno de los más grandes problemas de salud, por la clandestinidad en la que se practica. Ello nos lleva a preguntar nuevamente: ¿por qué no podemos despenalizar el aborto si es un tipo en desuso? ¿A quién favorece la clandestinidad de su práctica?

¹⁷² Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 10ª ed. México, Porrúa, 1991, p. 168.

¹⁷³ *Idem*, p. 282.