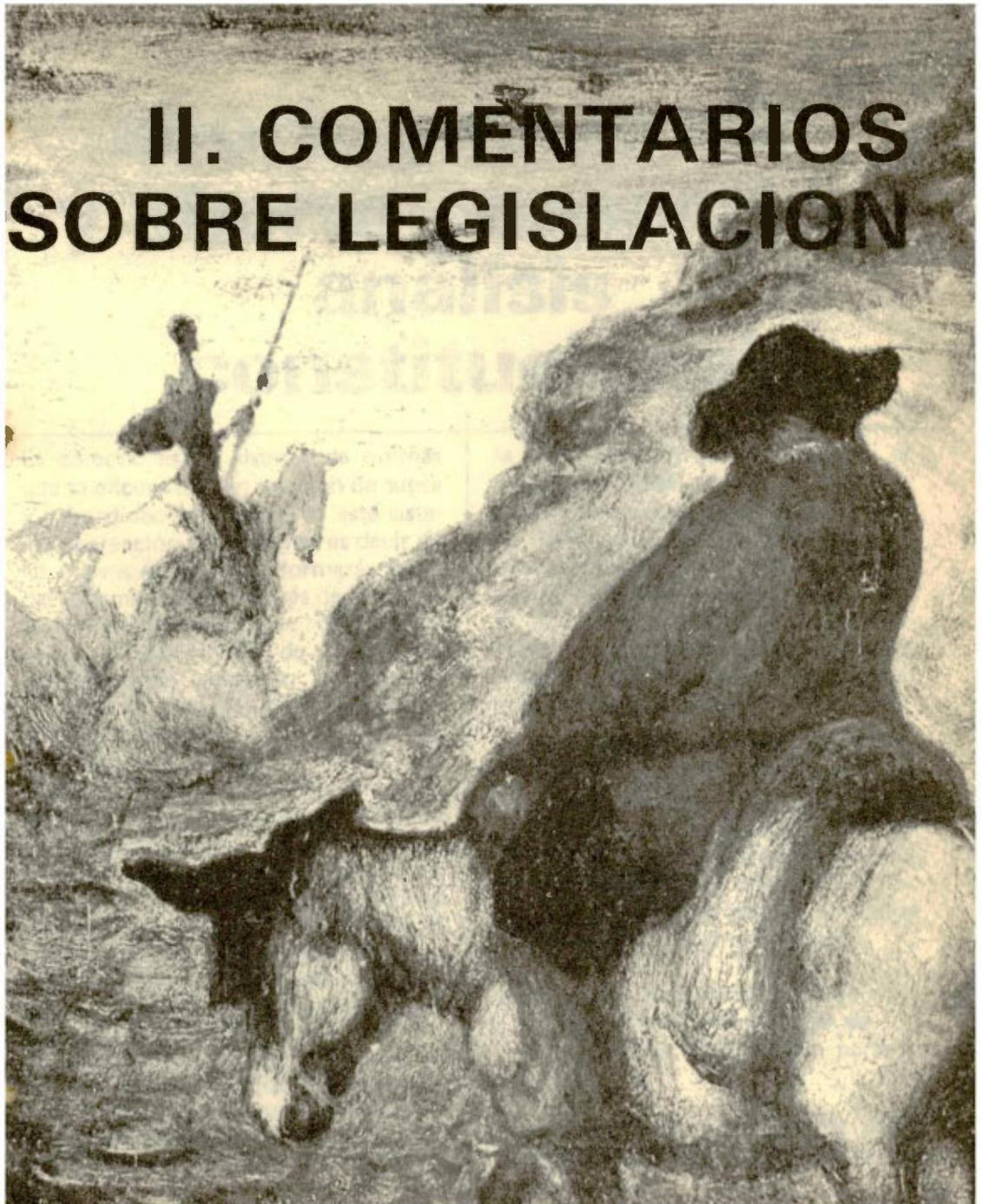


# II. COMENTARIOS SOBRE LEGISLACION



# aborto procurado y aborto consentido análisis constitucional

Ana Laura Nettel

El derecho es un sistema de normas que se encuentran en relación de supra y subordinación. Dentro de este sistema la creación del derecho, es decir de las nuevas normas que formarán parte del sistema, se da a través de los actos de aplicación de normas de superior jerarquía que sirven de marcos de interpretación para dar un sentido objetivo a determinados actos. Así encontramos al juez creando derecho al emitir una sentencia, que es una norma individualizada, mediante un acto de aplicación de la norma que le da competencia para dictar sentencias en determinados casos. El mecanismo es el mismo en la creación de normas generales; el órgano facultado crea el derecho al realizar un acto de aplicación de normas constitucionales, dando así a este acto su significación objetiva que es la norma.

La constitución es la norma de máxima jerarquía; esto debido a que es el conjunto de normas donde se establecen los órganos, procedimientos y materia que habrán de fundamentar

la existencia, en última instancia, de todas las demás normas del sistema, de ahí que ninguna norma deba estar en conflicto con la constitución y que en consecuencia la validez de una norma deba de determinarse a partir de que tanto el órgano y el procedimiento que creó la norma, como la materia que trata, coincidan o no con lo establecido en la constitución.

En el presente trabajo me propongo analizar, desde una perspectiva de la ciencia jurídica, la validez de los artículos 330, primera parte y 332 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, artículos que se refieren al delito de aborto.

## A. La validez respecto al órgano y procedimiento de creación de los artículos 330 primera parte y 332

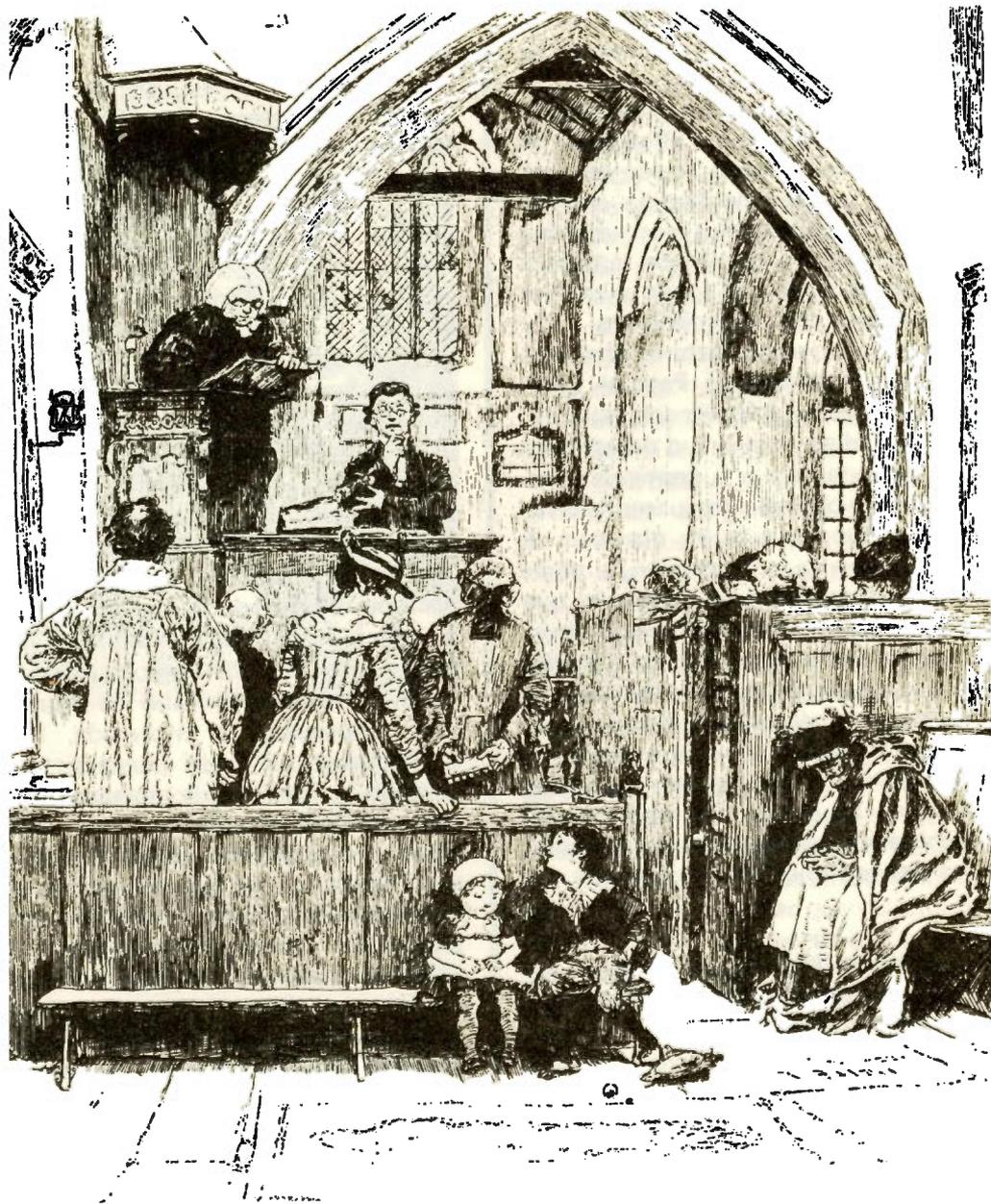
La constitución mexicana de 1917 consagra el sistema de división de po-

deres (Art. 49) en virtud del cual no habrán de reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación y únicamente podrá depositarse el Poder Legislativo en un individuo, en los supuestos a que se refieren los artículos 29 y 131. El caso en que de acuerdo con el artículo 29 de la constitución se otorgan facultades extraordinarias para legislar, es aquel en que la sociedad se encuentra en grande peligro o conflicto como sucede cuando hay invasión y perturbación grave de la paz pública, casos en que se suspenden transitoriamente las garantías individuales que constituyan un obstáculo para hacer frente a dicha situación. Puesto que estas medidas están destinadas a hacer frente a una determinada situación, las facultades extraordinarias estarán limitadas al tiempo que ésta dure. El ejecutivo, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República, propone al Congreso de la Unión quien aprueba la medida, y en los recesos del congreso de la Unión, la Comisión Permanente. El artículo 131 se refiere a los casos en que se dan facultades extraordinarias al Ejecutivo para legislar en las materias de comercio e impositiva.

Por otro lado tenemos que el Congreso de la Unión es competente para legislar de acuerdo con la constitución, en todo lo relativo al Distrito Federal y en materia penal federal (artículo 73, fracciones VI y XXI respectivamente).

El código penal del que forman parte las normas analizadas fue creado por el presidente de la República, Pascual Ortíz Rubio, en uso de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la Unión, por decreto de 2 de enero de 1931. Facultades que fueron concedidas al Ejecutivo sin que median los supuestos contenidos en los artículos 29 y 131 que ya han sido analizados; puesto que no se trata de materia de comercio ni impositiva y en la época en que se expidió el Código Penal, año de 1931, no se encontraba la sociedad en grande peligro o conflicto, y que aún en el caso de que así hubiera sido, lo cual no fue declarado por el órgano complejo establecido en el Art. 29 constitucional la legislación que se produce por el Ejecutivo en esas circunstancias tiene por finalidad hacer frente a dicha situación y en consecuencia, cuando ésta desaparece, desaparece la necesidad de la medida y por lo tanto la vigencia de la ley que se cree con ese fin.

Es así que en un régimen de facultades expresas como es el mexicano, el principio de clausura es el de la permisión expresa para las autoridades federales en materia de distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas (Art. 124 Const.) y para todas las autoridades conforme al Art. 16. Permision para legislar que, como ya se mencionó, la Constitución concede al Congreso de la Unión en el artículo 73, y por esta razón debe señalarse que el Cód-



go Penal adolece de un vicio en su creación, y que por tanto ha de declararse inválido.

Por lo que respecta a los particulares, si de acuerdo con el artículo 16 constitucional "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. . ." y además hay buenas razones para afirmar que el presidente Pascual Ortíz Rubio no tenía competencia para expedir el Código, y en virtud del artículo 133, que establece la supremacía constitucional y ordena a los jueces resolver los conflictos que se les planteen de acuerdo con la constitución, a pesar de las disposiciones en contrario que existan en las constituciones o leyes locales, y del artículo 128 constitucional que establece que todo funcionario público debe de cumplir con la constitución y las leyes que emanen de ella. Ha de concluirse que los jueces no deben de aplicar los preceptos de la legislación secundaria que se opone a las disposiciones constitucionales.

#### **B. La validez respecto a la materia de los artículos 330 primera parte y 332 del Código Penal**

Procede plantear si a partir de la reforma al artículo 4º constitucional ha surgido un conflicto normativo entre el contenido de dicho artículo y aque-

llos preceptos del Código Penal que se analizan.

El artículo 4º es uno de los elementos que integran la parte dogmática de la constitución, parte en la que se establecen las garantías individuales que son límites a los que han de constreñirse las autoridades, en cuanto a la regulación de la conducta de los individuos sujetos al orden jurídico mexicano.

El artículo se inicia con dos declaraciones generales, "el varón y la mujer son iguales ante la ley" y "Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". En el segundo párrafo, el legislador en una declaración específica limita el ámbito de intervención del Estado en cuanto a la materia de decisión de los particulares respecto al número y espaciamento de sus hijos, y sujeta dicho derecho a que tal decisión se lleve a cabo de manera libre responsable e informada. Dice textualmente: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos".

Estimo que la determinación del legislador de elevar a rango constitucional este derecho fue racional y en tanto tal, con el propósito de que surtiera sus efectos, de esto se deriva la necesidad de que se pongan a disposición de los particulares los medios para ejercerlo, lo que se traduce en el requerimiento de la implementación de medidas que hagan posible que toda persona esté en la situación de decidir



partir de la información, tanto de los métodos anticonceptivos y de los medios para interrumpir el embarazo, como de las consecuencias de estas medidas, en las mejores condiciones para realizar su decisión al amparo del propio Estado.

¿Será posible hacer una interpretación de este segundo párrafo del artículo 4º en el sentido de que la decisión no se refiere a la posibilidad de interrumpir el embarazo?

Creo que ésto sólo sería posible en los supuestos:

a) Que el Estado decretara que los

particulares sólo deberán hacer ejercicio de sus funciones sexuales en los casos en que pretendan procrear, supuesto que resulta absurdo tomando en consideración el conjunto de derechos personales que otorga la constitución a los individuos.

b) En el supuesto de que los métodos anticonceptivos fueran cien por ciento seguros y que estuvieran al alcance de todos. Aún en ese supuesto el Estado no estaría en la capacidad de obligar a los particulares a realizar prácticas que obviamente afectarían los derechos de la persona, que, como ya dije anteriormente, están garantizados en la propia constitución.

Después del análisis del alcance que debe darse al segundo párrafo del artículo 4º constitucional, resulta necesario señalar que hay un conflicto entre dicho artículo y el contenido de los artículos 330, primera parte y 332, que establecen respectivamente al delito de aborto respecto de la persona que lo practica con consentimiento de la mujer y de la mujer que voluntariamente procure un aborto o consienta que otro la haga abortar, ya que de mantenerse la vigencia de estos preceptos resultaría no ejercitable el derecho consagrado en el 2º párrafo del artículo 4º constitucional.

No es óbice para sostener esta interpretación el principio de que la ley no debe aplicarse retroactivamente

y el hecho de que el artículo 4o constitucional haya sido reformado con posterioridad a la expedición del Código Penal. Por una parte debe señalarse que cuando se trata de conflictos entre normas de diferente jerarquía, opera el principio de que la ley superior deroga a la inferior, y por otra parte es interesante hacer alusión a la jurisprudencia número 160 de la Suprema Corte de Justicia denominada "Retroactividad de la Ley" en la que se sostiene que cuando se trata de leyes constitucionales deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, sin que ello importe violación de garantía individual alguna.

Como conclusión acerca de la validez formal de los artículos analizados, y a guisa de enunciado de la ciencia jurídica afirmo que los artículos 330 primera parte y 332 del Código Penal, deben ser derogados en virtud de que fueran expedidos por un órgano incompetente, sin seguir el procedimiento constitucionalmente establecido, y de que plantean un conflicto normativo ya que actualmente no se respeta el contenido del artículo 4o de la Constitución Federal y que por ser esta la norma de mayor jerarquía debe prevalecer.

Es obvio que la anterior conclusión no resuelve la problemática de la legislación sobre el aborto en México, y que una vez derogadas las normas mencionadas, se plantea la cuestión acerca de cuál debe ser el contenido de las normas que regulen dicha problemáti-

ca. Se trata, pues, de un campo que pertenece a la política legislativa.<sup>1</sup>

Por último en este país la cifra que se maneja acerca del número de abortos practicados al año oscila entre 600 000 y 800 000, dependiendo de las fuentes de información,<sup>2</sup> y se estima que mueren alrededor de 50 000 mujeres al año a consecuencia de abortos practicados en malas condiciones de higiene. Existe esta realidad a pesar de una legislación que sanciona el aborto en todos los casos, excepto en aquellos en que el aborto es causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, en los que el embarazo es producto de una violación y en los casos en que la vida de la madre está en peligro.

Con base en las consideraciones anteriores es evidente que existe una grave problemática social de salud pública producto de una inadecuación

<sup>1</sup> Esta problemática ya fue tratada en un trabajo que elaboré en colaboración con Agustín Pérez Carrillo y que aparecerá en breve editado por U.A.M.-Trillas bajo el título de *Un Modelo de Política Legislativa. Aplicación al caso del aborto en México*. En dicho trabajo, se sostiene que es posible lograr de una manera racional la decisión respecto del contenido de las normas, a través de la consideración de los diversos aspectos de la realidad social que son relevantes en la situación problemática, decisión que estaría apoyada en un sistema determinado de valores,

<sup>2</sup> Datos que han de considerarse imprecisos dada la clandestinidad en que se practica el aborto. Estos datos proceden de los hospitales de concentración citado por M. Acosta *et. al. El Aborto en México* FCE, México 1976 y del informe del Grupo Interdisciplinario para el Estudio del Aborto en México 1976.

entre la realidad jurídico-normativa que prohíbe el aborto y la realidad social en la que se practica y, en general, no se sanciona. En una encuesta que abarca del primero de enero de 1979 al treinta de junio de 1980<sup>3</sup> se revela que en ese año y medio hubo solo 16 procesos, una consignación sin detenido y ningún caso en que, como resultado de la sentencia, se condenara a pena de prisión. Por otro lado, se encuentra, como resultado de la misma encuesta, que en todos los casos las mujeres procesadas eran de escasos recursos económicos y que se dio parte al Ministerio Público sólo ante la gravedad en que se encontraban dichas mujeres como consecuencia de un aborto que presentó complicaciones.

A partir de una concepción sociológica del derecho, como la del Alf Ross, que sostiene que una norma existe como derecho vigente cuando se le toma en cuenta en las decisiones de los tribunales<sup>4</sup> y que un orden jurídico nacional es considerado "como un sistema vigente de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como obligatorias y por eso las obedece",<sup>5</sup> debemos considerar que los artículos 330, primera parte y 332 del Código Penal no forman parte del sistema jurídico mexicano vigente.

<sup>3</sup> Luis De la Barrera, artículos publicados en *Uno más Uno* el 10 y 11 de diciembre de 1980.

<sup>4</sup> Ross Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba Buenos Aires, p. 43.

<sup>5</sup> *Idem.*, p. 34.

## Bibliografía

Acosta, Marieclaire et al., *El Aborto en México*, FCE, México, 1976.

De la Barrera Luis, *Uno más Uno*, 10 y 11 de diciembre, México, 1980.

Kelsen, Hans, *La teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1981.

Pérez Carrillo, A. y Ana Laura Nettel Díaz, *Un modelo de Política Legislativa aplicada al caso del aborto en México*, Editorial U.A.M.-Trillas.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970.

Suprema Corte de Justicia, *Apéndice al Semanario Judicial*, Octava Parte, Jurisprudencia Común a las Salas y al Pleno, México, D.F., 1917-1975.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1978. A