

# EL ABORTO Y SU “DESPENALIZACIÓN”

RESQUEBRAJAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DEFEÑO  
IGNORANTE DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA  
E INDUCIENTE DE UNA SEUDO JUSTIFICACIÓN POSITIVO-SOCIOLOGISTA  
EVADIENTE DE LA RESPONSABILIDAD GUBERNATIVA DERIVADA  
DEL INCUMPLIMIENTO PERVERSO DE SUS FINES TEMPORALES  
DE BIEN COMÚN, OBLIGACIONALES DE EDUCACIÓN, SALUD Y SEGURIDAD

## SEGUNDA PARTE APARTAMIENTO GROTESCO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA FUNCIONAL

Carlos MÜGGENBURG

*A la memoria de mi hermano Germán Müggenburg,  
destacado abogado laboralista recientemente fallecido*

SUMARIO: Introducción. Apartamiento de la dogmática jurídica normativa. A. Ilícitudes civiles. 1. Discriminación Masculina. 2. Protección Jurídica. B. Justificativa de antijuridicidad, destipificación o despenalización del aborto. 1. Elementos del Delito. Hipótesis normativa generalísima. 2. Despenalización. Ausencia de punibilidad. 3. El aborto normativamente destipificado como derecho temporal de privación de la vida en gestación de la madre y sus co-participantes. 4. Impunidad encubierta.

## INTRODUCCIÓN

La llamada despenalización del aborto fue iniciada y aprobada por el Partido de la Revolución Democrática y sus, ya para entonces, decadentes adherencias políticas partidarias,<sup>1</sup> quienes fueron incapaces, no sólo de argumentar políticamente su propuesta, sino de comprender las implicaciones jurídicas que conllevaba, como ya lo vimos en la Primera Parte de este estudio.<sup>2</sup>

Resulta evidente que ignoraban, para empezar, no sólo la estructura lógica de la norma, sino, además, el hecho de que una hipótesis normativa como la concepción de un ser humano nuevo, no se agota necesariamente en una sola norma, menos aún en una rama del Derecho, el Derecho penal. Puede haber —de hecho hay— toda una serie de hipótesis normativas que contemplan este hecho natural, con diversas y sucesivas consecuencias jurídicas. Es decir, la fecundación del óvulo por el espermatozoide, como acontecimiento modificativo de la realidad (hecho jurídico), genera automáticamente múltiples y complejos sucesivos derechos y obligaciones a cargo, no sólo de la mujer concibiente que, como hemos visto, fue seudoprotegida —si es que no abandonada a su suerte— por el sistema jurídico generado por los abortistas perredianos y sus adherencias partidarias, sino de otras partes, como es el

<sup>1</sup> Votaron unánimemente, a favor de la reforma abortante de 2000, los 33 diputados del PRD: Martínez Parra, Cárdenas Pérez, Francisco Chiguil, Miguel Bortolini, Ernesto Chávez, Miguel Ángel Peláez, Ángeles Correa, Virginia Jaramillo Flores, Ricardo Molina, Antonio Padierna, René Arce, Martí Batres, Alfredo Hernández, Yolanda Tello Mondragón, Roberto Rico, David Sánchez, Javier Hidalgo, Rigoberto Nieto, Ignacio Ruíz, Hipólito Bravo, Esteban Daniel Martínez, Rodolfo Pichardo, Sara Murúa, Guillermo Hernández, Vicente Cuéllar, Verónica Moreno, Martínez Rojo, Soto Camacho, Francisco Javier Serna, Rafael López De la Cerda, Márquez Franco, Ricardo Martínez y Martha García Rocha; los cinco de su engendrante PRI: Levin Coppel, Ortiz Haro, Luna Parra, Jesús Toledano y West; los dos de su adherente PT: René Rodríguez Ruíz y José Narro Céspedes; y el único del entonces todavía existente PCD: Alejandro Rojas. De la misma forma lo fue la de 2007, por 33 diputados del PRD: Humberto Morgan, Edgar Torres, Juan Bustos, Ricardo Benito Antonio León, Sergio Cedillo, Enrique Vargas, Juan Carlos Beltrán Cordero, Mauricio Toledo, José Luis Morúa, Hernández Mirón, Elba Garfías, Agustín Guerrero, Víctor Hugo Cirigo, Cárdenas Sánchez, Isaías Villa González, Daniel Ordóñez, Cristóbal Ramírez, Laura Piña, Hipólito Bravo, Antonio Lima Barrios, Arturo Santana Alfaro, Norberto Nazario, Salvador Martínez Della Rocca, Esthela Damián Peralta, Balfre Vargas, Miguel Sosa, Samuel Hernández, Daniel Salazar, Avelino Méndez, Tomás Pliego, Leticia Quezada, Sergio Ávila y Edy Ortiz Piña; cuatro de su mencionado engendrante PRI: Martín Olavarrieta, Tonatiuh González, Marco Antonio García y Jorge Schiaffino; los cuatro del aparentemente disidente de entonces PANAL: Rebeca Parada, Fernando Espino, Xiuh Guillermo Tenorio y Gloria Cañizo; los tres activistas protagónicos de la reforma y aliancistas PT-PSD: Jorge Díaz Cuervo, Pérez Correa y Juan Ricardo García Hernández; dos de los entonces también aliancistas PVEM-CONVERGENCIA, que podemos suponer no eran del PVEM: Alejandro Ramírez y Leonardo Alvarez. Diario de los Debates, 17 de septiembre de 1977 y 18 de agosto de 2000, pp. 4-7 y 82-83, respectivamente; y del 17 de septiembre de 2006 y 24 de abril de 2007, pp. 3-7 y 94-95, respectivamente.

<sup>2</sup> Publicado en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 39, México, Escuela Libre de Derecho, 2015, p. 555 y ss.

varón engendrante, y terceros, como podrían ser las autoridades ministeriales, sanitarias y, eventualmente, inclusive judiciales. Y no se diga las responsabilidades que el incumplimiento de dichas obligaciones, a cargo de esas partes y terceros, también genera necesariamente.

Irresponsablemente, como lo han sido, fueron incapaces de comprender o, en todo caso, de percatarse de que la realización de la hipótesis normativa hace inevitable la causación de derechos y obligaciones, y que estos, a su vez, generan irremediamente otras hipótesis, y que la falta de previsión de estas últimas y su regulación fomenta lagunas legales, es decir, inseguridad jurídica. Lo cual provoca que eventualmente los jueces tengan que, a veces de manera tardía —para los primeros casos al menos—, resolver acudiendo a normas más generales que les puedan dar una pauta de restablecimiento del orden jurídico, frecuentemente variado también, hasta que un tribunal superior resuelve tales inconsistencias, que la insensata ignorancia, negligencia o desinterés legislativo, genera con sus egoístas, temerarias y populistas decisiones.

## APARTAMIENTO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA

Aunque con su “pureza de método” sea una visión parcial meramente formal del Derecho, la lógica kelseniana normativa,<sup>3</sup> hipótesis y consecuencia, si bien carente del más elemental contenido axiológico, resulta ser el elemento unificador de las diversas ideologías de la teoría del Derecho, al grado tal que Eduardo García Maynez, a diferencia de Miguel Villoro Toranzo, la supone implícita en su teoría tripartita de los círculos interseccionados, pues a diferencia del segundo con su planteamiento cuatripartita, no incluye a los racionalistas o logicistas como un cuarto círculo.<sup>4</sup>

La dogmática jurídica no pertenece exclusivamente a una o algunas de las disciplinas jurídicas del sistema —al Derecho penal, por ejemplo—, como pareciera aunque, sin saberlo o quererlo, resultó ser la suposición de los diputados abortistas perredianos. Es, sin embargo, un elemento esencial del

<sup>3</sup> “[i]ntenta dar respuesta a la pregunta de qué sea, y cómo sea; pero no en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho ... quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños ... la ciencia jurídica tradicional ... se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política”, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 15.

<sup>4</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1984, pp. 44 y ss. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1966, p. 12.

orden lógico, que junto con el ético y el sociológico, informan al Derecho necesarísimamente.<sup>5</sup>

El aborto o extracción manipulada anticipada del seno materno del feto o embrión para impedir su sobrevivencia, como tal, es el elemento fáctico que, previsto en las hipótesis normativas, que no en el articulado legislativista positivizado aprobado por los diputados perredianos y sus adherencias políticas, para unos u otros efectos y disciplinas del Derecho, como se ha dicho, genera sucesivamente un sinnúmero de consecuencias jurídicas o derechos y obligaciones en la norma primaria u obligacional, y una serie de consecuencias igualmente sucesivas en la secundaria o sancionatoria, consistentes, en este último caso, en la responsabilidad aplicable a aquellos sujetos que decidieron voluntariamente no cumplir con las obligaciones, consecuencia prevista en la norma primaria.

La hipótesis normativa consistente en la previsión normativa hipotética del hecho que puede acontecer, pero que sucedido, actualiza automáticamente una serie de consecuencias jurídicas, algunas literalmente previstas de manera específica en la ley y de otras más generales también previstas o implícitas en la ley. Es sabido que el carácter complejo y dinámicamente sucesivo del Derecho precipita, con la realización de un hecho jurídico, la actualización simultánea y secuencial de diversas hipótesis normativas queridas o no, inclusive antes de la realización negativa de las consecuencias de la norma obligacional o primaria que se presentan por el incumplimiento voluntario de la obligación o deber jurídico, a cargo del sujeto pasivo e inclusive de terceros. En otras palabras, un buen legislador no puede pensar simplistamente que un hecho sólo actualiza la hipótesis de una sola norma jurídica obligacional a la vez, ni que haya que esperar a que se dé el incumplimiento del deber prescrito en esa norma, para que se actualice la hipótesis de la norma sancionatoria o secundaria, para que surja la responsabilidad incumpliente.

La incapacidad para razonar, congénita o derivada de la precipitación ideológica fundamentalista y, por lo mismo, insensata de los legislantes perredianos, les llevó a no percatarse de que su llamada "despenalización" del aborto, como efecto de la actualización del supuesto normativo, no se agotó en la exoneración de la responsabilidad penal, sino que tiene otra serie de ramificaciones jurídicas, quizá en la propia disciplina del Derecho penal o en la del Derecho civil, entre otras.

<sup>5</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Jus, 1970, pp. 181 y ss.

## A. ILICITUDES CIVILES

De manera específica, se entiende por ilícito el hecho (también llamado erróneamente acto, en el rubro del Capítulo V, del Libro Cuarto, primera Parte del Título Primero del Código Civil para el Distrito Federal) contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.<sup>6</sup> De manera genérica no vemos inconveniente en calificar de ilícita la conducta de cualquier sujeto que afecta los derechos de otro, tengan o no, tales sujetos, una relación jurídica convencional previa.

Es decir, siempre que exista un deber jurídico que implique una conducta activa u omisiva, derivado ya sea de ley o de la voluntad, cuyo incumplimiento por el obligado afecta los derechos del sujeto activo colocado en el otro extremo de la relación jurídica, sea por acuerdo de ellas o por la ley, se quebranta en mayor o menor medida el orden jurídico. El incumplimiento al deber de actuación o de omisión del sujeto pasivo, según el caso, automáticamente actualiza, entre otras, las hipótesis de otras obligacionales y también las normas sancionatorias que prevén las consecuencias aplicables que habrán de derivar del incumplimiento y que permiten al sujeto activo buscar la restitución del derecho conculcado o el cumplimiento forzado del deber, y si ello fuere imposible o indeseable para el afectado, entonces el resarcimiento o indemnización. Además, cuando el incumplimiento es grave o se considera que trasciende de la mera afectación causada al sujeto activo, la ley prevé la pérdida de derechos para el incumpliente y, además o alternativa-mente, una sanción en sentido específico o castigo, que consistirá en la pérdida de un derecho previamente existente, como puede ser, inclusive, la libertad o el ejercicio de un derecho que habría derivado del acto jurídico o contrato, de no haber sido éste incumplido.<sup>7</sup>

Que el legislador perrediano haya exonerado de responsabilidad penal a la mujer abortante y a los partícipes en el hecho —es decir, que haya calificado a las conductas abortivas como jurídicamente irreprochables, exentas de persecución gubernamental e insancionables, únicamente en el ámbito de los ilícitos penales—, no impide que esas mismas conductas puedan actualizar concurrentemente hipótesis normativas de otros ámbitos, como el del derecho civil o, quizá, el administrativo.

<sup>6</sup> Artículo 1830 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 1928.

<sup>7</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 298 y ss.

## 1. Discriminación masculina

A partir del día siguiente al de la publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 19 de julio de 2006, de la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, derivado de la despenalización del aborto, se configuró una de las varias otras perredianamente ignoradas actualizaciones de hipótesis normativas y, con ello, sus consecuencias jurídicas. Efectivamente, el artículo 5 de dicha ley definió la discriminación como “toda distinción, exclusión, o restricción que, basada en... el sexo... tenga por efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así como la igualdad real de oportunidades de las personas”.

Es incuestionable que la procreación es un derecho o libertad fundamental. Lo consagra el Artículo 4º constitucional no sólo al establecer que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia, sino inclusive al indicar que “toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.<sup>8</sup> Lo argumentaron, aunque con un planteamiento constitucional aberrantemente sustentante del abortismo, los propios perredianos y sus adherencias, tanto al aprobar la iniciativa Robles Berlanga, como la Pérez Correa y Tonatiuh.<sup>9</sup>

Si bien el Artículo 6º de la propia ley antidiscriminación defienda excluyó como conductas discriminatorias “las acciones legislativas... que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades”, el propio Artículo estableció, sin embargo, que lo anterior era viable, pero “sin afectar derechos de terceros”. Entonces, debe reconocerse que se desconsidera la voluntad del padre en la acción abortiva engendrante, ya que ni siquiera se le permite opinar, es más, quizá ni llegue a enterarse, pues la decisión la toman dos médicos ejecutores que ni siquiera conocen la circunstancia por la que atraviesa la madre que, agobiada, toma una decisión bajo condiciones de desesperación. Además, dichos médicos la inducen de tal manera que fácilmente pueden obnubilar su capacidad de raciocinio lógico, lo que le impide conocer la verdad de la situación que le acontece y, más aún, la que el futuro le puede deparar, con todo lo cual debilitan, al menos, su voluntad decisoria. El error o inexacta apreciación de la realidad, circunstan-

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1974, p. 2.

<sup>9</sup> Ver MÜGGENBURG, Carlos, “El Aborto y su Despenalización. Primera Parte. Etapa Legislativa”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 39, México, Escuela Libre de Derecho, 2015.

cial o, probablemente, inducido, y el temor a lo desconocido —al menos en las primerizas abortivas—, dejan la decisión en ese par de médicos que más parecerían ocasionalmente, surgientes verdugos o carniceros desconocidos para la madre. El padre, si irresponsablemente ha abandonado la situación, resulta no sólo “justificado”, sino inclusive premiado por la ley, pues otros ajenos deciden por él; mas, hecho a un lado por mandato de ley, también se le desconoce su derecho humano a la procreación. La reforma penal abortista resultó de origen, no sólo contraria a la Constitución, sino subsecuentemente incompatible con la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal. La desmemoria e incongruencia o el cinismo legislativo, parece ser una constante en los perredianos y sus adherencias.

Es de llamar la atención el reaparecimiento del diputado David Razú Aznar, promovente del matrimonio homosexual inengendrante, igualante del matrimonio heterosexual, proponiendo con su peculiar estilo protagonista, su nueva ley. Entonces con una lógica, según él, reformadora y contradictoria otra vez de la aristotélica.<sup>10</sup> Ahora, a escasamente cuatro años de vigencia de la anterior, como iniciativante de una Nueva Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, y sin mayor explicación, sino seguramente con las aprendidas estrategias que su nueva acomodaticia militancia partidaria perrediana le proveyó, solamente omite, sin mayor explicación, la necesidad de que las acciones legislativas que establezcan tratos diferenciados con el objeto de lograr la igualdad sustantiva, respeten los derechos de terceros. Así presentó la iniciativa, sin explicar nada al respecto, en su supuesta exposición de motivos; y tal cual fue aprobada por sus correligionarios perredianos, sin dar cuenta de ello, dolosa o ignorantemente.<sup>11</sup>

El apartamiento de la técnica jurídica de los perredianos primeramente explicado, probablemente más ignorante que doloso, deja en evidencia no sólo que desconocen lo que una ley establece cuando expiden otra. Peor aún, cuando con una visión más fundamentalista que jurídica, deciden que las situaciones jurídicas, que de manera “novedosa descubren”, no responden a la dogmática jurídica; la bilateralidad característica esencial de la norma jurídica les resulta intelectualmente incomprensible. Creen que pueden desconocer derechos de alguna de las partes involucradas en el hecho que deciden contemplar en la hipótesis normativa, y que pueden privar de sus derechos a cualquiera, por el sólo mandamiento voluntarista unilateral del legislador.

<sup>10</sup> MÜGGENBURG, Carlos, “El Matrimonio Homosexual”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 36, México, Escuela Libre de Derecho, 2014, p. 390 y ss.

<sup>11</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, del 29 de Abril de 2010 y *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 24 de febrero de 2011.

Ignoran después que los derechos de terceros, que su situación jurídica, no puede ser afectada sin su consentimiento, es decir, por la voluntad de otros. Ni aún la embarazada abortante, como hemos visto en condiciones de desesperación, pero de ninguna urgencia, a la que al menos habría que llevar a una situación de mayor tranquilidad para la toma de una decisión tan trascendente, y menos aún que un par de médicos circunstanciales, tienen derecho a desconocer el del padre engendrante, de al menos tener conocimiento de lo que está en el ámbito jurídico de sus atribuciones naturales, y que otros ajenos sin interés jurídico, estarán decidiendo por él.

#### *a) Desechamiento del Consentimiento Gestativo y Voluntad Disidente del Progenitor*

Tanto nacional como internacionalmente, no sólo se ha desconocido el involucramiento jurídico del padre de la creatura resultante del embarazo, cuando se plantea el “derecho de la mujer” a abortar, sino que se ha ignorado intencional o estratégicamente la acción de éste, no obstante ser un elemento esencial de la procreación resultante, quien ha sido evidentemente gestante indispensable de la misma. En el caso de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pareciera que el tema estuvo proscrito por los iniciativantes abortistas y fue dejado en segundo o tercer término por los propios abortistas, a sabiendas timoratamente de que habrían de ser calificados de “machistas decadentes”. Sin embargo, “inexpertamente” conforme al objetivo de los líderes ideológicos partidistas perredianos, la diputada María de los Ángeles Correa de Lucio, a cuyas “exposiciones” nos referimos en la primera parte de este artículo, tuvo a bien expresar “[q]ue las mujeres conjuntamente con su pareja lo puedan decidir [e]n eso no tenemos ningún problema y coincidimos con ustedes... lo que es real es que las mayoría de las veces son las mujeres quienes tienen que tomar esta decisión de manera individual”.<sup>12</sup> Salvo esa referencia, el tema de la participación del progenitor no volvió a ser relevante. Evidentemente, la participación de la pareja masculina jamás volvió a ser siquiera insinuada y la diputada Correa de Lucio quizá fue reprimida por haber insinuado el tema que su natural consciencia le impulsaba.

De la misma manera, la doctrina proabortista internacional excluye la discusión del derecho del progenitor. El profesor de Derecho constitucional

<sup>12</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, del 18 de Agosto del 2000, p. 35.

de la Universidad de Harvard, Laurence H. Tribe, se refiere a las teorías y apoyos en algún precedente judicial constitucional sustentativo del derecho exclusivo de la mujer a abortar, tales como el derecho a la privacidad, a la equidad y a la indiscriminación. Se refiere primero (citando al juez Antonin Scalia, de la Suprema Corte de los EUA, fallecido apenas el 13 de febrero del presente año) a un caso extremo en el que señala que el que procrea un hijo con la esposa de otro hombre, no tiene constitucionalmente derechos paternales que protejan su vínculo filial con ese hijo. Parece desprender de ello una conclusión general consistente en que “mientras los hombres conservan su derecho a la autonomía sexual y reproductiva, las restricciones al aborto niegan esa autonomía a las mujeres”. Pero no se detiene mucho más en el punto.<sup>13</sup> En ninguno de los textos estudiados se hace siquiera análisis del derecho que pudiera asistir al progenitor, cuya voluntad y acción fueron tan esenciales como el de la mujer que resulta embarazada en el mismo acto de procreación. Se relega el acto jurídico como manifestación de voluntad que genera consecuencias de derecho, al de mero hecho, en el que la voluntad e, inclusive, el consentimiento de los progenitores o la voluntad de al menos uno de ellos —el masculino— es subsecuentemente desconocida por la manifestación unilateral de la otra. No se trata de una rescisión o ruptura que permite que el cumpliente pueda decidir no continuar siendo parte del acto, por la desconfianza surgida del incumplimiento de su contraparte. Aquí solamente una de las partes, la mujer, decide unilateralmente que no desea continuar vinculada con su contraparte, igualmente progenitora para el efecto de procrear una nueva vida. Ella sola toma la determinación, sin oír la opinión de su contraparte y, menos aún, sin obtener su consentimiento; inclusive, sin siquiera comunicarle la decisión que, pudiendo estar inducida médicamente, ha tomado. En cualquier acto jurídico, la ruptura con desacuerdo, corresponde resolverla a un juez. Es irrelevante si hubo o no consentimiento inicial, manifestación de la voluntad con error, dolo, mala fe, violencia o, inclusive, lesión de parte de terceros. Se creyó que la técnica jurídica normativa era desechable sin más, desconociendo que el derecho es un orden normativo por esencia complejo, interdisciplinario y concatenado. Como el agua, no basta con taponarla y cerrarle la salida, pues ella misma habrá de encontrar sus cauces, que si no fueron técnica o ingenierilmente dirigidos con sabiduría, tendrá en su desfogue efectos devastadores.

<sup>13</sup> TRIBE, Laurence H., *El Aborto. Guerra de Absolutos*, Suznjevic Dubravka trad., J. R. Cossio y otros (est. prelim.), Fondo de Cultura Económica / Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 248 y ss.

### b) Propiedad. Mezcla. Fusión

Dice Justiniano, en el apartado 27 del Libro Segundo de sus *Institutas*:

[s]i dos propietarios han confundido voluntariamente materias que respectivamente les pertenecían, todo el cuerpo formado por la confusión es en todas sus partes común entre ellos; como si hubiesen mezclado su vinos, o fundido juntas barras de oro y plata. Lo mismo sucede cuando las materias sean diversas, y con ellas se haya creado una nueva especie... porque en este caso, no se duda que el nuevo objeto es común. Si por acaso y no por voluntad de los dueños, se confundiesen diversas materias o de una misma especie, la misma decisión ha sido adoptada.<sup>14</sup>

El romanista Eugene Petit, citando a Gayo, a Ulpiano y a Paulo, enseñaba:

[h]ay confusión cuando los líquidos o metales en fusión, perteneciendo a propietarios diferentes, son mezclados juntos... En los dos casos, habiendo sido mezcladas las cosas de común acuerdo, entre los propietarios, el todo es común, puesto que es un resultado de propia voluntad, y la base de esta traslación de propiedad, hace que cada dueño de una de las cosas, sea copropietario de todo, es una tradición recíproca. Pero ¿cuál es el efecto si la confusión o la mezcla han tenido lugar por azar o por voluntad de uno solo? ...esta comunidad sólo existe obligada por la fuerza de las cosas ...[s]i la separación es imposible, el todo es común... [e]l reparto se obtiene por la acción *communi dividendo*... entonces se dice que está en estado de indivisión o de comunidad, es decir, que son copropietarios. La propiedad de uno está limitada por el derecho del contrario, de suerte que un copropietario no puede en principio disponer de la cosa común contra la voluntad de los otros... [e]l juez puede también condenar a cada una de las partes a prestaciones personales para con los demás: por ejemplo a pagar una cantidad de dinero a título de compensación.<sup>15</sup>

El Código Civil vigente regula, en forma aún más específica, en el Capítulo IV (Del Derecho de Accesión) del Título Cuarto, relativo a la Propiedad, del Libro Segundo de los Bienes, la mezcla de igual o diferente especie por voluntad de sus dueños o por casualidad, que no son separables, sin detrimento, cada propietario tendrá derecho proporcional, y prevé que ello aplicará también si mezclaren o confundieren por voluntad de uno solo, pero actuando de buena fe, y que el dueño de la cosa mezclada así, sin su consentimiento, puede permanecer en la indivisión o solicitar indemnización. Más aún, ordena que el actuante de mala fe, pierda la cosa mezclada o confundida,

<sup>14</sup> ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, Melquiades Pérez Rivas (trad.), Buenos Aires, Helias-ta, 2005, p. 74.

<sup>15</sup> PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, José Fernández González (trad.), Madrid, Ed. Saturnino Calleja, 1926, pp. 217, 185, 444 y 445.

y es responsable de los daños y perjuicios causados al codueño. Para determinar si hay buena o mala fe, la regla es que esta última se da cuando se dejan transcurrir las cosas a sabiendas.<sup>16</sup>

La monstruosidad creada por nuestros ignorantes legisladores perredianos y sus adherentes seudolegisladores —entonces todavía defeños— es aberrante. Pero, hacer declarar ahora a un juez que las disposiciones en materia de fusión o confusión de líquidos o materiales inseparables, o que biológicamente se presenta con la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino que han dado origen a un nuevo cuerpo, inicialmente llamado huevo o cigoto, muy pronto embrión, y subsecuentemente hasta feto, inclusive, si el cálculo de las 12 semanas resulta inexacto, como generalmente lo es, y su destrucción por uno de los propietarios, dizque asesorado por médicos ocasionales, de las partes que regula el Código Civil, no resulten en una responsabilidad que hace imposible el reclamo de una indemnización por el hombre a la mujer, inclusive por daño moral, porque el aborto ha quedado "despenalizado", deja manifiesta la ignorancia de tales legisladores, que desconocen que un hecho puede actualizar diversas hipótesis normativas de muy distintas materias y que las consecuencias jurídicas de éstas, a su vez, sucesivamente, actualizan otras.

Su ignorancia de la dogmática jurídica normativa, hace que la pobre mujer abortante ahora se exponga, además del efecto psicológico por el que inevitablemente habrá de pasar, al haber sido dejada sola en su decisión, a una demanda por daños materiales o, por lo menos, de orden moral. Los médi-

<sup>16</sup> Artículo 926.- Si se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, por voluntad de sus dueños o por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

Artículo 927.- Si por voluntad de uno solo, pero con buena fe, se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, los derechos de los propietarios se arreglarán por lo dispuesto en el artículo anterior; a no ser que el dueño de la cosa mezclada sin su consentimiento, prefiera la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 928.- El que de mala fe hace la mezcla o confusión, pierde la cosa mezclada o confundida que fuere de su propiedad, y queda, además, obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa o cosas con que se hizo la mezcla.

Artículo 932.- La mala fe en los casos de mezcla o confusión se calificará conforme a lo dispuesto en los artículos 904 y 905.

Artículo 904.- Se entiende que hay mala fe de parte del edificador, plantador o sembrador, cuando hace la edificación, plantación o siembra, o permite, sin reclamar, que con material suyo las haga otro en terreno que sabe es ajeno, no pidiendo previamente al dueño su consentimiento por escrito.

Artículo 905.- Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que a su vista, ciencia y paciencia se hiciera el edificio, la siembra o plantación." Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, Sección Tercera, del 14 de julio de 1928, pp. 25, 29, 30, 201, 205 y 206.

cos abortantes, que seguramente se excusarán argumentando que obraron en cumplimiento del deber que la ley les ordena, inclusive de manera inmediata.

¿Qué le impedirá, cualquiera que sea la intención del hombre engendrante, argumentar que sus sentimientos, afectos y creencias; honor y reputación; la consideración que de sí mismo tienen los demás e, inclusive, su integridad psíquica física han sido vulneradas o ilegítimamente menoscabadas por la mujer abortante, quien ni siquiera le informó? —ya no digamos que le pidió su consentimiento. Se trata del ilícito civil, que no penal, que el seudolegislador omitió excluir de responsabilidad cuando creyó que bastaba con despenalizar, sin excluir la responsabilidad civil. La mujer abortante será responsable de la indemnización monetaria, aún y cuando no haya habido daño material, como lo ordena el Artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal (ahora flamante Ciudad de México) y del Federal,<sup>17</sup> aún y cuando para ello, el juez tome en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la madre abortante y del padre demandante.

Otra vez, el legislador —todavía deficiente— desconoció el carácter dinámico y concatenado de las normas jurídicas, de los hechos que no son exclusivos de una sola rama del Derecho; que la sistemática jurídica<sup>18</sup> ordena su contenido, no en una sola disciplina, sino que coherentemente los ubica en una y en otra, según que el interés jurídicamente protegido afecte o rompa el orden jurídico, más gravemente o menos (al concernir a toda la colectividad o sólo a un individuo), mediante la afectación de bienes jurídicos más o menos amplios o ambos, pero con diferentes consecuencias jurídicas. Así, habrá que distinguir que, mientras un homicidio trastorna un interés más colectivo, la falta de pago de una renta lo hace en menor medida. Por ello, las sanciones

<sup>17</sup> Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código. Código Civil para el Distrito Federal, Reformado, Primer Párrafo, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de enero de 1994, Segunda Sección, p. 39.

“La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1982, Primera Sección, p. 17.

<sup>18</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 310 y ss.

de una y otra norma habrán de ser cualitativa y cuantitativamente diferentes. La primera requiere, además de la indemnización, que cuando es aplicada por el juez penal, se llama reparación del daño y es de carácter netamente civil, resarcitoria para beneficio del afectado solamente; la segunda implica y tiende a lograr un escarmiento mayor y ejemplar al incumpliente y, por ello, la privación de un derecho personal —como lo es la libertad— o patrimonial —como lo sería una multa—, pero en beneficio o reparo del orden jurídico en general, de la colectividad.

## 2. Protección jurídica

Lo anterior se ve configurado una vez más, cuando leemos el Artículo 22 del propio Código Civil, que indica que el individuo concebido, esto es, desde que es el óvulo fecundado: “entra bajo la protección de la ley”. Si hay protección jurídica, hay derecho subjetivo, decía Rudolf Von Ihering.<sup>19</sup> Es decir, hay una facultad que deriva de una norma. La norma es la expresión de la ley, y esta última no expresa otra cosa que normas que el jurista habrá de saber encontrar en el texto del articulado de la ley. La ley no dice otra cosa que normas que podrán estar en uno o varios artículos; pero identificado el supuesto jurídico que aplica al hecho sucedido, habrá de poderse identificar también su efecto jurídico —el derecho subjetivo y su correlativo deber intrínsecos en la norma— y luego habrá que identificar a los destinatarios de la norma —los sujetos activo o titular del derecho subjetivo y el pasivo u obligado—, como elementos extrínsecos de la norma obligacional. Todos ellos conceptos jurídicos fundamentales y comunes a las diversas disciplinas jurídicas.

### a) Derecho subjetivo

Cuando el Artículo 22 del Código Civil establece “que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley”, se está refiriendo, precisamente, a esa protección legal que implica que alguien tiene un derecho subjetivo. Si el individuo a que se refiere es, en un principio, un óvulo fecundado, luego un embrión y, finalmente, un feto aún no desprendido del seno materno, ello es irrelevante para la ley. Tiene protección jurí-

<sup>19</sup> VON IHERING, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano*, Bogotá, Leyer, p. 690 y *La Dogmática Jurídica*, Enrique Príncipe y Satorres (trad.), Buenos Aires, Losada, 1946, p. 181.

dica, tiene derechos. Quién lo va a proteger, habrá que determinarlo; no es posible ignorarlo. Habrá que identificar a ese titular del derecho que surge de la actualización de la hipótesis normativa, que es la concepción. Quién tiene la obligación o deber jurídico de dar esa protección, que también surge en razón de la bilateralidad —esencial característica del Derecho— y, con ello, de la norma, que es su expresión, también parece difícil de determinar, pero tampoco ello se puede desconocer por el jurista, pues hacerlo refleja la ignorancia de las características de la norma, de su funcionalidad, de su dinamismo, de su concurrencia y de la concatenación automática de una con otra. Esto cuando las consecuencias automáticamente dadas, no sólo son múltiples, sino que a su vez constituyen las hipótesis de otra serie de normas.

Ante el hecho jurídico de la concepción, el derecho y obligación de su protección —que son su consecuencia automática—, aparecen inmediatamente como sujetos en sentido jurídico individualizables (a los que les son atribuibles esas consecuencias), el engendrante —si aún no se le quiere llamar padre— y la embarazada —si tampoco se le quiere denominar madre—. Aparecen también, como sujetos destinatarios de la norma, los asistentes sanitarios —quizá médicos privados o del sector público, que habrán de asistir a la embarazada a partir de que sepa que lo está—, la misma autoridad y cualquiera otra persona o sujeto al que la realización del hecho que actualiza la hipótesis, le pueda alcanzar. Mientras no haya una excepción o exoneración de ese deber de protección, cualquiera que de una u otra manera se vea involucrado en el proceso, a partir de la concepción, deberá abstenerse de llevar a cabo hechos que impliquen desprotección del individuo concebido, según ordena la norma. Inclusive, estarán obligados a llevar a cabo acciones o conductas que protejan a ese individuo tal y como lo prevé la norma, en particular, el Código Civil, materia de este análisis por el momento.

La complejidad de sujetos y su presencia como sujetos y pasivos a la vez, dependiendo de la relación bilateral analizada, que la actualización de la hipótesis genera, hace que la embarazada también pueda resultar sujeto activo ejercitante del derecho subjetivo, consistente en la protección, si su contraparte médico o el propio engendrante, obligados a proteger al individuo engendrado, usan la violencia física o moral para que aborte.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Artículo 1818.- Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Artículo 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado. Código Civil para el Distrito Federal (en Materia Común y para Toda la República en Materia

A la inversa, si la embarazada quiere abortar y el engendrante está en desacuerdo con ello, en términos de lo dispuesto por el citado Artículo 22 del Código Civil, puede exigir y demandar la protección del concebido.

Si la embarazada o el engendrante hacen valer respectivamente su derecho subjetivo contra el otro o los demás sujetos pasivos, aunque penalmente los pasivos quedarán exonerados de esa responsabilidad si lo hacen dentro de las 12 semanas siguientes a la concepción (si pudieren llegar a probar que lo hicieron dentro de dicho plazo), no sucederá lo mismo desde el punto de vista del Código Civil. La realización de acciones contrarias a la protección del individuo concebido, ordenada por el propio Código, actualizarán la hipótesis, ya no de la norma obligacional que ya habrían incumplido, sino de la secundaria sancionatoria o responsabilitoria, por no haber cumplido con su obligación de protección.

La responsabilidad de los violadores de la norma obligacional o la posibilidad de que ello llegue a suceder, actualizará otros derechos subjetivos de quienes se ubiquen en la hipótesis de la norma sancionadora para impedir la realización del ilícito civil y exigir el cumplimiento de la obligacional o si ello ya no fuera posible, la responsabilidad por el ilícito civil cometido.

Evidentemente, los legisladores defensores han sido incapaces de comprender y ni aún de conocer la naturaleza ontológica, específicamente cosmológica<sup>21</sup> del óvulo fecundado, del embrión y, quizá, del mismo feto. Lo cual ha sido dejado, como otros tantos temas, no pendiente, sino abandonado, para que sea el órgano judicial, con base en los demás textos legales, quien lo resuelva.

De esta manera, si el seudolegislador criminalístico no sólo no le dio una naturaleza jurídica específica, sino que permite quitarle la vida —porque vida al menos animal diría que sí había—, elimina toda posibilidad de calificarlo de homicidio, menos aún de aborto. Se trata quizá de un ser vivo,

Federal), *Diario Oficial* para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal del 31 de agosto de 1928.

<sup>21</sup> A fin de llegar a conocer la naturaleza íntima metafísica de los cuerpos, la Cosmología investiga sus propiedades para por ellas, índices de la naturaleza, venir en conocimiento de ésta. Primero estudia las propiedades que sirven para la mera presentación de los cuerpos sin que impliquen mayor actividad: Cosmología Estática. Luego fija su atención en aquellas otras que ya acusan ulterior actividad como en las combinaciones químicas, etc., y por ello se llaman dinámicas (*dynamis*: fuerza): Cosmología dinámica. Si ahora las consideramos no cada cual por separado sino enfocamos a la vez a ambas y preguntamos ¿vienen de dos fuentes diversas estas propiedades que así se ven como diversas? al considerarlas precisamente una frente, junto a las otras, hacemos un estudio de conjunto, de síntesis. He aquí la tercera sección de nuestro tratado: Cosmología sintética. Su tarea es ya tratar de averiguar cuál es la naturaleza íntima del cuerpo. Esta es la nota de toda la cosmología, la resolución del problema cosmológico, filosófico, metafísico: averiguar la naturaleza del mundo corporal. RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón, *Compendio de Filosofía*, 4ª. ed., México, 1985, p. 282.

pero ni siquiera lo cataloga como humanoide. Jurídicamente es una cosa, ni siquiera un animal; un bien surgido de una mezcla, de una fusión, en el mejor de los casos, como vimos arriba; cuya copropiedad puede generar desavenencias, que obviamente no le interesó regular; su finalidad era meramente politiquera.

Quien sienta vulnerados sus derechos, el progenitor que se oponga, por ejemplo, al aborto, pretenderá evitar, en cuanto se entere, que éste se consuma y solicitará al juez que dicte providencias precautorias contra la embarazada, ejercitando contra ella una acción real para evitar que el bien o la cosa resultante de la fusión pueda ser "ocultado o dilapidado" y ordene "su secuestro".<sup>22</sup>

Los seudolegisladores defechos y sus copartícipes asesores y aplicadores de la norma penal exonerante de responsabilidad penal en caso de aborto, resultaron ser más ignorantes de lo imaginable o, muy probablemente, irresponsables, pues otra vez, ante una supuesta preponderancia del derecho de la mujer a abortar sobre el del engendrante o padre para impedirlo, la dejaron sola y desprotegida frente al riesgo de que dicho engendrante haga valer su derecho subjetivo, solicitando a un juez que le impida precautoriamente abortar. En caso de que esto último fuera ya imposible por haberse consumado, pedirá una indemnización por daño, al menos de carácter moral, por la afectación psicológica o de imagen que con el aborto pudiera sufrir el padre engendrante, como se ha mencionado arriba. Imaginemos aunque sea limitadamente la situación jurídica de esa embarazada que fue aconsejada para abortar y que ante la medida precautoria ordenada por un juez no lo pudiera hacer o que, habiéndolo realizado —además del sentimiento de culpabilidad y de la problemática orgánica y psicológica que con alguna frecuencia se presenta—, tenga que afrontar una demanda civil por daños de uno u otro tipo. Los engañosos legisladores perredianos y sus engendrantes adherencias prianas, entre otras, son responsables de sus deficiencias jurídicas. La impunidad, que inclusive desde el extranjero atribuyen a los gobiernos aplicadores de las normas del sistema legal mexicano, como su función y deber principal, ahora también se confirma en el caso de los hacedores de las normas jurídicas generales, los legisladores. ¿Cómo se atreven a proponerse y ser legisladores, si ni siquiera entienden la técnica jurídica de formulación y aplicación de normas jurídicas? Ni son capaces de asesorarse de aquellos que sí las entienden.

<sup>22</sup> Artículo 235.- Las providencias precautorias podrán dictarse: ... II. Cuando se tema que se oculten, dilapiden los bienes en que deba ejercitarse una acción real; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 8 de septiembre de 1932, p. 3.

### b) Condición Suspensiva

Jurídicamente se llama condición suspensiva al acontecimiento del cual depende la existencia de la obligación.<sup>23</sup> Es decir, se trata de uno de los elementos de la hipótesis normativa compleja y no simple que no se ha realizado y, con ello, la automaticidad de las consecuencias se encuentra suspendida, pues aunque parte de la hipótesis misma (algunos elementos) ya se pudieron haber realizado, otra parte, otro elemento, aún no —se encuentra pendiente—, pero puede realizarse. Por ello, dicha hipótesis no se ha realizado en plenitud; falta de darse o realizarse ese elemento que consiste en el acontecimiento futuro e incierto, que impide que las consecuencias (derechos y obligaciones) de esa norma específica se den. La automaticidad de las consecuencias se presenta cuando la hipótesis se ha realizado íntegramente y, en el caso de la condición suspensiva, falta precisamente ese elemento incierto que no se sabe si llegará a existir o no. El efecto jurídico o consecuencias, aún no se han dado. Lo anterior no significa, sin embargo, ni que solamente la realización de las consecuencias esté suspendida, ni que estemos frente a la nada jurídica.

Lo que en realidad sucede es que la hipótesis normativa no ha acabado de realizarse, falta darse el acontecimiento futuro que, al presentarse, generará la aplicación automática de las consecuencias, el surgimiento de las consecuencias jurídicas, es decir, de los derechos y de las obligaciones que serán atribuibles o imputables a los sujetos correspondientes que habrán de resultar acreedores o deudores, una vez que la hipótesis quede plenamente realizada, una vez que el acontecimiento futuro incierto se realice e integre a los demás.<sup>24</sup> No obstante, ello no significa que el deudor no se encuentre obligado a algo, ni que pueda desentenderse de la obligación que posiblemente o, mejor aún, probablemente tenga que cumplir al acontecer el único elemento faltante de realización de la hipótesis compleja en la integración de sus elementos. Resultaría jurídicamente aberrante, obligarse a algo que el sujeto pasivo evadiera al realizarse el acontecimiento futuro, simplemente argumentando que como los elementos de la hipótesis aún no se integraban, él estaba libre de cumplimiento de cualquier obligación, sea ésta convencional o derivada de la ley. Resulta obvio que si se ha manifestado la voluntad o se ha actualizado la hipótesis normativa parcialmente, es que se ha generado

<sup>23</sup> Artículo 1938.- La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 1939.- La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende de la existencia de la obligación. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

<sup>24</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 319.

en la contraparte un derecho inmediato y no sólo una expectativa, pero que deriva de una norma subyacente a la norma cuya hipótesis está en proceso de complementación. En otras palabras, no se puede decir que la exigibilidad del derecho esté suspendida, sino que aún no nace la obligación que bilateralmente coexiste con tal derecho, aunque tampoco se pueda decir que estemos frente a "la nada jurídica".

Lo primero, porque es contrario a la dogmática jurídica normativa que pregona la automaticidad de las consecuencias, la suspensión de los efectos cuando se ha realizado la hipótesis; y de la segunda, porque es atentatorio de la seguridad jurídica, ofrecer algo que genere en la contraparte una expectativa que permita al potencial obligado desdecirse de su dicho, valga la redundancia. Se le estaría permitiendo al sujeto que la ley o su propia voluntad, queden a merced de un cambio unilateral de su propia voluntad y, con ello, afectar también unilateralmente el entorno jurídico de su contraparte, de aquél a quien le ha generado un derecho que en el peor de los casos, es el esperar a saber si la condición elemento de la hipótesis normativa se dará o no.

#### *i. Hipótesis Normativa suspendida*

En el caso concreto, el Artículo 22 ordena textual e imperativamente que se proteja al producto de la concepción como si hubiera nacido. Dicho Artículo —transcrito en lo conducente páginas atrás— establece que, además de la protección que debe darse al individuo concebido, "se le tiene por nacido para los efectos declarados por el presente Código". El Artículo 337 del propio Código tiene por nacido al individuo "que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil". Luego, la hipótesis normativa de protección prevista en el mencionado Artículo 22, ordena esperar, pero protegiendo hasta saber si el individuo concebido llega a ser nacido en términos del propio Código Civil. Sin embargo, otra vez, ello no puede entenderse como "la nada jurídica", puesto que entre tanto, no permite que el obligado, quienquiera que éste sea, lleve a cabo "actos" (técnicamente debió decir hechos) que impidan que la obligación pueda cumplirse. No puede entenderse que no haya obligados a abstenerse de proteger al concebido, que como no se sabe si la condición de nacer ser vivo y viable ocurrirá, entre tanto puede extirpársele. ¿Puede ignorarse jurídicamente que hay derechohabientes de esa obligación de pro-

tección, cuyos derechos están sólo a la espera de que nazca vivo y viable para que automáticamente surja su derecho?

Inclusive, en el caso en que el progenitor y la engendradora hubieran estado de acuerdo en provocar el aborto, ¿qué no habrá otros sujetos distintos a los anteriores, cuyos derechos se verían conculcados con la desprotección causada con el aborto? Pensemos, por ejemplo, en el caso de daño económico de los hermanos del abortado que, no obstante padecer potenciales defectos en su salud, habría sido vivo y viable en términos de ley, aunque pocos días después falleciera y hubiera sido designado heredero por persona distinta a tales progenitores. Por muy materializados que sean los intereses de esos hermanos, al producirse el aborto, es decir, al haberse violado la obligación de protección del concebido, habrán perdido toda oportunidad de hacerse del acervo hereditario que como parientes colaterales del abortado les correspondían.<sup>25</sup>

#### *ii. Hipótesis Normativa Subyacente Legal Actualizada*

Como se ha insistido, la condición suspensiva no es ni la nada jurídica ni la suspensión antidogmática normativa de las consecuencias jurídicas. Lo que sucede es que en el caso de la condición, la hipótesis normativa es compleja, se ha realizado parte de ella, pero es tan compleja, que al menos uno de sus elementos no se ha realizado aún, falta la condición suspensiva, ese elemento futuro de realización incierta que las partes habrán de esperar que suceda o no, para saber si resultan obligados o facultados.

Pero, ¿deben esperar las partes a que suceda o no ese acontecimiento futuro para saber si resultan una facultada u obligada? ¿Cuánto tiempo deben esperar a que se dé la condición? ¿Están en plena libertad de disponer del bien jurídico que han comprometido porque la hipótesis no se ha realizado y las obligaciones no han nacido?

El legislador perrediano y sus adherencias engendrantes prianas, y las petianas, entre otras, no son capaces de comprender la dogmática normativa funcional y, por ello, otra vez dejan en enorme riesgo de responsabilidad a la mujer embarazada, a la que dicen proteger. No se percatan de que civilmente el óvulo fecundado, embrión o, quizá, feto, está protegido como si hubiera nacido, hasta el tiempo en que se sepa si es nacido vivo y viable. Tampoco

<sup>25</sup> Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los "... parientes colaterales dentro del cuarto grado...". Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

se percata de que el Artículo 22 mencionado ordena esperar antes de dejar de proteger al concebido. Ignoran, por ignorantes —valga de nueva cuenta la redundancia— o irresponsables, que civilmente, si bien no penalmente, está prohibido desproteger al concebido, más todavía, matarlo, hasta en tanto no se sepa si nacerá, si será vivo viable en el lapso de los nueve meses que resten a partir de la concepción, con lo indeterminable que es aún científicamente saber cuándo exactamente se presenta.

Menos aún saben, ni quisieron saber, qué sucede civilmente, una vez que se ha dado la concepción, y están ante un supuesto normativo complejo al que le falta de sucederse uno de sus elementos. Ignoran que la ley ordena imperativamente al potencial obligado a abstenerse (obligación de no hacer) de algo que pueda impedir la realización de la condición. Ignoran que el sistema jurídico es más complejo que sus intereses politiqueros. Ignoran o cínicamente desechan la técnica jurídica normativa que enseña que prácticamente cualquier manifestación de voluntad, cualquier acontecimiento que constituya un hecho jurídico, puede estar actualizando a la vez un sinnúmero de hipótesis normativas, esas sí en plenitud, que pueden por lo tanto estar generando la automaticidad de sus consecuencias, de los derechos y obligaciones, y que su incumplimiento o realización negativa de las consecuencias normativamente ordenadas, a su vez, generará también automáticamente la actualización de las consecuencias de una o más normas sancionatorias o responsabilizatorias.

Ignoran, inclusive, el texto de la ley; no obstante ser legisladores y estar obligados a conocerla, de hecho, mejor que sus destinatarios. Ignoran que el Código Civil para el Distrito Federal expresamente ordena, sin excepción, en su artículo 1942, que el deudor se abstenga de todo “acto” que impida que la obligación pueda actualizarse, más aún, el deudor no puede llevar a cabo acciones que pudieran impedir que el acreedor pueda llegar a ejercer su derecho; por ello, mientras tanto, el acreedor está facultado para ejercer cualesquiera actos conservatorios de su derecho.<sup>26</sup>

Se trata, pues, del caso en el que cualquier hecho o acto, que estando sujeto a una condición suspensiva, actualiza simultáneamente una hipótesis de una norma distinta prevista en ley. Misma, esta última, que las partes de la primera no pueden ignorar, la que aunque subyacente, se realiza en plenitud

<sup>26</sup> Artículo 1942.- En tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo lo que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad. El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1928, pp. 7 y 8.

pese que a la primera le falta aún un elemento de la hipótesis. Que ordena al deudor no sólo esperar a saber si la condición se realizará, sino mucho más, le ordena no realizar acciones que impidan el cumplimiento de la obligación y el ejercicio del derecho, y autoriza al titular del derecho a impedir tales acciones.

El seudolegisador, inepto protector de la mujer abortante, la ha expuesto, como se ha indicado arriba, a que quienquiera que resulte ser titular de un derecho civil, actual o sujeto a condición de protección del concebido, le impida abortar o, si ya lo hubiera hecho, la haga responsable, según el caso, de daño moral o, inclusive, de daño patrimonial.

#### B. JUSTIFICATIVA DE ANTIJURIDICIDAD, DESTIPIFICACIÓN O DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para Toda a la República en Materia Federal, de 1931, con mejor técnica jurídica, que deberían envidiar, pero que ignoran grotescamente los actuales —aún los más “notables”— seudolegisladores de la anhelante por ellos, que no por los habitantes, ahora Ciudad de México, preveía que “no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación... [o] la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte”.<sup>27</sup> En forma inercial seguramente —aunque ya desde entonces imperfecta técnicamente—, la reforma Robles Berlanga, publicada en aquel tiempo en la novedosa *Gaceta Oficial de Distrito Federal*, del 24 de agosto de 2000, repite —aunque con otras palabras— que “[n]o se aplicará sanción... [tampoco] ...cuando el embarazo sea resultado... de una inseminación artificial no consentida... la mujer corra peligro de afectación grave a su salud, el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales al límite de que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada”.<sup>28</sup>

La mejor técnica del mencionado Código Penal de 1931, perduró sólo nominalmente, pues los mismos perredianos, un par de años más tarde, publicaron su llamado “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, en cuyo

<sup>27</sup> Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, Tolsá y Enrico Martínez, México, 1931, pp. 70 y 71, Artículos 333 y 334.

<sup>28</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 24 de agosto de 2000, pp. 1 y 2.

Artículo 148, se reitera que “[n]o se impondrá sanción”<sup>29</sup> en prácticamente los mismos casos a que ya se había referido la reforma Robles Berlanga al citado Código de 1931.

La menos mala técnica del pasado, se rompe con la publicación del Decreto que Reforma los Artículos 145 y 148 del todavía denominado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, junto con la que adicionó sobre el mismo tema, también sin la técnica jurídica legislativa apropiada, para identificar los numerales de los Artículos 16 bis 6 y 16 bis 7 (*sic*) a la Ley de Salud para el Distrito Federal,<sup>30</sup> como consecuencia de un debate desarrollado durante unos cuantos meses entre assembleísticos defensores de su mencionado engendrante Partido Revolucionario Institucional y su, ese sí, abortado sobreviviente producto, el Partido de la Revolución Democrática, para el caso del aborto en los mismos casos que desde la reforma Robles Berlanga, ya se contemplaban, pero ahora bajo el genérico “excluyente de responsabilidad”, que de manera igualmente genérica, sin especificar la causa de la insancionabilidad, que sí se contenía en el Artículo 29 de su propio Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> *Ibidem* del 16 de julio de 2002, p. 29.

<sup>30</sup> *Ibid* del 27 de enero de 2004, pp. 6 y 7.

<sup>31</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sistema de Consulta de Ordenamiento, Código Penal para el Distrito Federal —antes Nuevo Código Penal para el Distrito Federal— Proceso Legislativo Exposición de Motivos, Discusión Origen, Dictamen Origen 30 de septiembre de 2003 y 26 de diciembre de 2003. *Gaceta del Distrito Federal* del 27 de enero de 2004.

Artículo 29.- (Causas de Exclusión). El delito se excluye cuando: I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente; II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento. IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber

La ignorancia de la técnica jurídica se hace por demás evidente cuando tratamos de analizar la congruencia entre la calificación de las “excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto”, del Artículo 148 mencionado y las específicas conductas excluidas, algunas desde el Código Penal de 1931, que declaraba impunes el aborto por imprudencia y el del embarazo resultante de violación, y las que la reforma Robles Berlanga adicionó en el año 2000; es decir, el aborto resultante de embarazo por inseminación artificial o por alteraciones genéticas o congénitas con riesgo de daños físicos o mentales. Resultó de la “genial” reforma, como se ha analizado, que, además de enfatizar que sólo son exclusiones de la responsabilidad penal, pero no de la civil o de otra naturaleza, la “insancionabilidad” se convirtió en “Causas de exclusión del delito”. En el Artículo 29 del llamado Nuevo Código Penal se definían tales excluyentes en varias especies, como era la “Ausencia de Conducta”, la “Atipicidad”, el “Consentimiento del Titular”, la “Legítima Defensa”, el “Estado de Necesidad”, el “Cumplimiento de un Deber” o el “Ejercicio de un Derecho”, la “Inimputabilidad”, el “Error de tipo y error de prohibición” y la “Inexigibilidad de otra conducta”, lo que resultó en que, además de la confusión técnica entre los elementos del delito y su prerrequisito, como es la imputabilidad, por ejemplo, se volvió necesario, a partir de entonces, que se tuviera que determinar cuál o cuáles de las excluyentes de responsabilidad del Artículo 29, considerando la complejidad de cada uno de los elementos de los mismos, era la que resultaría aplicable para que el

jurídico de afrontarlo; VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo; VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. VII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código. IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si en los casos de la fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de julio de 2002, pp. 6 y 7.

juez pudiera exonerar a la abortante y sus copartícipes; ya no bastó la conducta misma descrita en el Artículo 148. Otra vez, el ignorante legislador seudoprotector de la abortante, le hizo la vida más complicada. Antes era clarísimo que no habría sanción en los casos de aborto previstos en el propio Artículo 148; en adelante, hubo que determinar en cuál de las excluyentes del artículo mencionado, podría ubicarse para desresponsabilizarla penalmente. ¡Pobre mujer abortante, su propio seudoprotector legislante, se convirtió en su verdugo!

Peor aún resultó para la, esa sí, abortante reforma al entonces ya denominado solamente Código Penal para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 18 de diciembre de 2014,<sup>32</sup> derivada de

<sup>32</sup> Artículo 29.- (Causas de Exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad: A. Habrá causas de atipicidad cuando: I. (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente; II. (Atipicidad por falta de elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; III. (Atipicidad por error de tipo). El agente obre con error de tipo: a) Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa. En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o b) Invencible. IV. (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. B. Habrá causas de justificación, cuando: I. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetrar, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de la que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión; II (Estado de necesidad Justificante). El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; III. (Cumplimiento de un deber). El agente realice una acción o una omisión atendiendo un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo; IV. (Ejercicio de un derecho). Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o V. (Consentimiento presunto). Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento. C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando: I. (Estado de necesidad disculpante o exculpante). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere deber jurídico de afrontarlo; II. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender

que pareciera que el seudolegislador se percató de que se le había olvidado incluir como "causas de exclusión del delito, la inculpabilidad" y especificó dentro de ésta al "estado de necesidad... no ocasionado dolosamente"; "la inimputabilidad... [cuando] el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito... del hecho típico"; "la acción libre en su causa" como im procedencia de la inculpabilidad, sin percatarse de que, conforme a la reforma de su antecesor, en 2002, el aborto había dejado de estar despenalizado o insancionado, ya que desde entonces habría que probar la excluyente de responsabilidad aplicable. Una vez más, la pobre mujer abortante quedó abandonada a su suerte. En el caso de que el juez o el abogado defensor decidieran irse por la excluyente de responsabilidad denominada inculpabilidad, a partir de entonces, no por la doctrina bajo la cual ese elemento negativo del delito habría existido desde siempre, sino por el irresponsable legislador, que ahora inventa la inculpabilidad, no como inexigibilidad de otra conducta, sino como la ambigüedad que implica un estado de necesidad y, peor aún, como un requisito de comprobabilidad de la capacidad, el sujeto, previo al análisis subsecuente de si se dan los elementos del delito, ya que confunde dicha capacidad con el delito mismo. El análisis jurídico más elemental distingue entre el sujeto o persona que puede actualizar la hipótesis normativa, y esta última. Si el sujeto es incapaz permanente o temporalmente, la actualización de la hipótesis ya resulta irrelevante. Pero este legislador perrediano ha sido inepto, no pudo hacer tal distinción, ha considerado aberrantemente que la falta de capacidad es una de las especies de la inculpabilidad.

Como ya vimos en la Primera Parte de este artículo,<sup>33</sup> el híbrido resultante de las iniciativas Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh, denominó al aborto

el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. (Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación; III. (Error de prohibición). El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a) Desconozca la existencia de la ley; b) El alcance de la ley; o c) Porque crea el agente que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código. IV. (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si el agente se excede en los casos de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber se estará a lo previsto en último párrafo del artículo 83 de este Código. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 18 de diciembre de 2014, pp. 13, 14 y 15.

<sup>33</sup> MÜGGENBURG, Carlos, "El Aborto...", *op. cit.*, p. 580.

“interrupción del embarazo”, y solamente lo calificó como delito, por regla general, cuando fuera realizado “después de la décima segunda semana de gestación”.

Por lo anterior, podemos reafirmar la grotesca falta de técnica normativa de los perredianos y sus adherencias, también en materia penal. No son capaces de distinguir y confunden, no obstante llamarse a sí mismos legisladores, entre una despenalización o insancionabilidad, una excluyente de responsabilidad (y el desconocimiento inicial como parte de ésta, y el manejo inadecuado de la inculpabilidad cuando la incorporaron subsecuentemente), y luego con su innovador léxico técnico penal, le llaman al hecho una “interrupción” del embarazo, para denominar un concepto, que iniciara de manera inercial por los perredianos como despenalización, no obstante que lo usaron desnaturalizadamente, y acabaron por calificarlo, sin saberlo o maliciosamente queriéndolo reconocer, como un elemento negativo del delito que confiere un derecho a privar de la vida a un ser vivo llamado ser humano en gestación, que excluye la antijuridicidad como elemento del delito y que técnicamente, aunque no se atreven a llamarlo así, implica necesariamente desde entonces, el ejercicio de un derecho que otorgaron a la propia madre y a sus colaboradores, llamados médicos.

Todo lo anterior quedó evidenciado, no sólo en sus vergonzantes productos legislativos, sino también en las propias iniciativas y en las discusiones asambleísticas de ínfimo nivel, en las que, como se ha visto, usaron indistintamente y, quizá como sinónimos, términos técnicamente diferenciables.

El texto mismo de la iniciativa Robles Berlanga se refirió sinonímicamente a exclusión de punición, conducta no punible, interrupción del embarazo, evitamiento de la penalización e inaplicación de sanción. Durante el llamado debate legislativo —si es que lo fue— de dicha iniciativa, se siguieron usando los mismos términos de igual manera; aunque con menos mala técnica, prevaleció el de la despenalización.<sup>34</sup>

En el caso de la iniciativa Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh, sucedió algo similar, no obstante que las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, suponemos que deberían haber contado con la experiencia del estudio de la iniciativa Robles Berlanga, e hicieran algún trabajo de edición para fusionarlas, por provenir no sólo de diputados diversos, sino inclusive de distintos partidos, la Coalición Parlamentaria Social Demócrata y el Partido Revo-

<sup>34</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de Agosto del 2000, pp. 12-14, 24, 43-44, 49-51, 54, 58-59, 63, 65, 78, 83, entre otras.

lucionario Institucional, respectivamente.<sup>35</sup> No obstante que en la iniciativa híbrida resultante y durante el supuesto debate, predominó el término despenalización sobre el de interrupción del embarazo, finalmente optaron por esta última creativa noción, modernizadora del derecho penal.<sup>36</sup>

### 1. Elementos del delito. Hipótesis normativa generalísima

Enseñaba, el maestro Javier Alva Muñoz, posiblemente el mejor penalista que ha dado este país, seguidor de las teorías del alemán Edmund Mezger<sup>37</sup> —a quien, en opinión del autor, superó en la coherencia plena de sus planteamientos—, que el delito y sus elementos deberían ser estudiados en sí mismos, separadamente de su presupuesto y de su consecuencia. En otras palabras, como se ha dejado entrever arriba, ni la imputabilidad ni la sanción son partes integrantes del delito mismo. La primera tiene que ver con el sujeto que puede resultar imputado, lo que se analiza antes de ver si se actualizan los elementos del delito, pues no tiene caso entrar al análisis de estos últimos, sino hasta que se ha determinado si el sujeto, posiblemente responsable, es una persona capaz de ser imputado. De no serlo, resulta ocioso evaluar si se dan los cuatro elementos del delito, es decir, si hubo conducta, si está tipificada, si además se actuó de forma antijurídica y si, por último, lo hizo culpablemente. De igual manera, la sanción en sí misma tampoco es elemento del delito, pues sólo cuando los cuatro elementos del delito quedan acreditados, es que se actualiza la hipótesis normativa de la norma sancionadora, y será entonces que resultará aplicable la sanción o pena.<sup>38</sup>

El proceso lógico descrito no es distinto del que se seguiría, conforme a la más elemental Teoría de Derecho, en cualquiera de sus disciplinas. En el Derecho Civil, por ejemplo, una cosa es el sujeto y su capacidad, y otra perfectamente distinta el hecho jurídico contemplado en la hipótesis normativa concreta. Es cierto que la capacidad del sujeto forma parte de casi cualquiera hipótesis normativa como un elemento que hace que deje de ser simple y se vuelva compleja, pues para atribuirle o no al sujeto las consecuencias, tanto en la norma primaria u obligacional (derechos y obligaciones), como en la secundaria o sancionatoria (la responsabilidad), dicho sujeto habrá de actua-

<sup>35</sup> *Ibidem*, 24 de abril de 2007, pp. 31 y 32.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 32-33, 36, 39, 50, 52, 92, 97 y 107, entre otras.

<sup>37</sup> MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, pp. 325 y ss.

<sup>38</sup> ALVA MUÑOZ, Javier, *Derecho Penal, Primer Curso, Teoría del Delito*, Escuela Libre de Derecho, Apuntes de clase, 1970-1971.

lizar primero, como elemento presupuesto de la hipótesis, la capacidad. Además, conforme a la Teoría del Derecho, el hecho que actualiza una hipótesis, lo mismo puede corresponder a una u otra disciplina jurídica. Es el legislador quien, conforme a la sistemática jurídica, positivamente las ordena en una u otra materia o disciplina, en uno u otro código o en varios de ellos a la vez, con consecuencias diversas en una y/u otra.

Lo que sucede en la materia penal es que generalmente la norma obligacional o primaria no se contempla en los códigos de manera expresa, sino que está implícita. La ley penal parte de la base de que el deber u obligación propio de la norma primaria ha sido incumplido o violado por el sujeto, y que, por ello, dicho incumplimiento del deber —es decir, realización negativa de las consecuencias de la norma primaria— ha actualizado la hipótesis de la secundaria, sancionadora o responsabilitoria. La norma primaria u obligacional ordena respetar la vida. No cumplir con tal deber, actualiza la hipótesis de la secundaria, que es la expresamente prevista en la ley penal, la que automáticamente hace aplicable al homicida las consecuencias de ésta, es decir, la sanción penal.

El maestro Alva Muñoz no sólo hizo la distinción entre el sujeto, el delito u objeto y la sanción, sino que además abstraigo con meridiana distintividad, los elementos de toda hipótesis normativa delictiva, es decir, los elementos esenciales comunes aplicables a todos y cada uno de los delitos, a la hipótesis normativa de la norma sancionadora, contenidos en los articulados de ley —por lo general, confusamente elaborados por el legislador, como hemos visto que sin duda fue el caso del legislador perrediano inconsistente, titubeante y primer detractor del interés jurídico de la abortante, a quien demagógicamente decía proteger, pero que, por su falta de disciplina y honestidad intelectual, y por su preferente interés político partidista, abandonó en el camino—.

#### a) Positivos

De igual forma, el maestro Alva Muñoz explicaba que los elementos positivos —o esenciales, diría yo— para que el delito exista, eran la conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La conducta puede ser activa u omisiva, y se da, en mi opinión, cuando hay o debió haber habido el conocimiento, la oportunidad de la deliberación mental y la ejecución o exteriorización, sea ésta activa o abstentiva. La au-

sencia de conducta se configurará entonces y no habrá delito, cuando falta cualquiera de estos, sus elementos. Por ello, con excepción de la acción libre en su causa, que necesariamente supone el conocimiento y deliberación previos a la realización de la conducta tipificada, el trastorno mental temporal constituye ausencia de conducta y, con ello, inexistencia del delito por falta de uno de los elementos esenciales de este último.

Explicar el tipo o tipicidad pareciera ser bastante más sencillo, independientemente de que el mejor o peor legislador lo sepa hacer. Es conforme a la teoría del delito, la descripción de la conducta que debe ser generalmente prohibida o en ocasiones ordenada, ya que de lo contrario no habrá de ser sancionada. Dado el carácter interpretativo restrictivo propio del Derecho penal, resulta esencial la utilización del lenguaje técnicamente correcto en los elementos del tipo, sean estos materiales u objetivos, culturales e inclusive subjetivos (como explicaba el maestro Alva Muñoz), pero que generen la mayor certeza jurídica para su fácil apreciación. No está de más anticipar que una destipificación torcida hará que la conducta que fue delictiva, deje de serlo, por lo que el hecho jurídico que fue típico y deja de serlo, genera el derecho a realizar dicha conducta —por antinatural o aberrante que pueda serlo— una y otra vez, desde el punto de vista penal, salvo que la reiteración sea lo que constituya el elemento objetivo del tipo modificado. Ello, desde luego, con independencia —como ha sucedido en materia del aborto— de sus efectos civiles o propios de otra disciplina jurídica.

Enseguida habrá de considerarse el tercer elemento del delito, que es la antijuridicidad. Lo que significa que la conducta típica sea, además, contraria a derecho, pues no obstante que haya conducta, es decir, que se sepa qué se hace o deja de hacerse, y se decida hacerlo o no, libremente y se ejecute activa u omisivamente, estando no sólo esa conducta descrita como delictiva, sino además apartarse del deber de comportamiento objetivo, a lo ordenado por el derecho, sin que haya otra norma que permita u ordene una conducta adversa a la objetivamente mandada activa u omisivamente. La norma objetiva expresa, prohíbe y sanciona, por ejemplo, el apoderamiento de una cosa mueble ajena, sin derecho —robo—. Difícilmente habrá la posibilidad de que haya otra norma que lo permita. No sucede lo mismo, en cambio, con la prohibición de lesionar o privar de la vida a un agresor, caso en el cual existe otra norma específica, que bajo circunstancias de auténtica defensa legítima, lo permite. En cuyo caso la conducta deja de ser antijurídica. Es decir, ante la norma sancionadora más general que prohíbe u ordena una conducta determinada, existe una particular o específica en la que, si a la antijurídica se le

agregan algunas particularidades (defensa legítima por ejemplo), la norma de excepción permite realizarla sin que resulte ya entonces contraria a derecho.

Por último, el cuarto elemento del delito es la culpabilidad, que supone que el sujeto quiere que se dé el resultado de dañoso o, al menos, sabiendo que se puede dar, le es irrelevante que éste se produzca o no se produzca, o no toma las mejores medidas para evitarlo. Tiene la voluntad para que se dé el ilícito penal o, a sabiendas, no tiene la disciplina para evitarlo. Hay inobservancia de la diligencia debida. Podrá ser en grado de dolo si, conociendo el sujeto que el resultado dañoso se dará o se puede dar, lo quiere o no desea evitarlo. Lo será en grado de culpa si no quiere o no habría querido el resultado dañoso, pero no hace todo lo posible para evitar que este se dé. En el primer caso, el automovilista, por ejemplo, se percata que hay alguien parado en el arroyo vehicular y no hace algo por evitarlo y lo atropella. En el segundo, el automovilista no lo ve por causas ajenas a él mismo y lo atropella sin quererlo hacer. Es así que se distingue, para efectos de gradación de la pena, el carácter doloso o meramente culposo de la conducta e, inclusive, bajo circunstancias especiales para la exoneración o despenalización del delito como se verá más adelante.

Hemos visto que el maestro Alva Muñoz explicó que la conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad eran los elementos esenciales del delito, es decir, los elementos esenciales generales de toda hipótesis normativa de la norma sancionadora (agregado mío). La falta de cualquiera de ellos, por su propia naturaleza de elemento esencial, hace que el delito no exista y que, por lo tanto, las consecuencias, es decir, la pena, no pueda aplicarse.

Por ello, más adelante habremos de analizar si el legislador —todavía de feño— fue capaz de comprender cuál o cuáles de los elementos del delito no se daban en el caso del aborto para que éste fuera insancionable o cómo fue que, conforme a la auténtica teoría del delito, técnicamente determinó que no lo había.

#### b) Negativos

Igualmente, el propio maestro Alva Muñoz enseñaba que la manera integral de entender la teoría del delito era a través de la comprensión de los elementos negativos del mismo, de sus contrapartidas: los casos de ausencia de conducta, de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad. Los llamaba ausencia de conducta, atipicidad, justificantes (justificativas, diría yo) e inculpabilidad.

Como se explicó, los casos de ausencia de conducta serían, entre otros, la inacción del sujeto que es empujado para derribar a otro sobre una vía de tren electrificada o la ausencia involuntaria de conocimiento de la realidad o de la verdad a través de la razón, como el caso del sujeto que sufre emoción grave que le causa un trastorno mental transitorio; esto es, los que afectan la primera fase de la conducta, los que están directamente relacionados con la razón o apreciación de la realidad, tratándose, desde luego, de un sujeto capaz, de un sujeto imputable. También habría ausencia de conducta cuando, no obstante que hay conocimiento, el segundo elemento de ésta, la voluntad, no se configura, ya que, al igual que en materia civil, impide la actuación libre, sea por una *viz absoluta* que físicamente fuerza a hacer algo o impide evitarlo, o una *viz compulsiva* o amenaza, que emocionalmente impide la expresión de la voluntad libre, por lo que, ante esa amenaza, se lleva a cabo el ilícito penal. La ejecución o inejecución de la conducta se dará en caso de ausencia de conducta viciada, sea por la falta de conocimiento o de la libre voluntad.

Con respecto al segundo elemento del delito, la atipicidad, ésta se da cuando la conducta no está prevista expresamente en la ley como un ilícito penal. Podrá tener o no otras implicaciones o consecuencias en la ley, incluso como ilícito civil o administrativo (como hemos visto), pero no penal. En otras palabras, no existe un mandamiento implícito activo u omisivo cuyo incumplimiento actualice la hipótesis de la norma sancionadora. Habremos de analizar más adelante si la predominantemente llamada interrupción del embarazo, califica como una destipificación o si en realidad se ajusta de alguna manera a otro de los elementos negativos del delito.

El elemento negativo de la antijuridicidad es llamado en la doctrina las justificantes o, mejor dicho, justificativas de una conducta formalmente contraveniente de un mandato legal (como ya se explicó), pues habría una norma más específica que agrega elementos a la conducta antijurídica que exoneran o eliminan a la antijuridicidad. Se trata del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho, ante los cuales la ley no puede exigir una conducta diversa del sujeto, a pesar de su aparente o formal carácter antijurídico. Tal es el caso del custodio que no deja en libertad al reo o del que mata o lesiona en defensa legítima. En este último caso habremos de ver, con respecto al aborto, la teoría de la valuación de bienes.<sup>39</sup>

Finalmente, la inculpabilidad como elemento negativo de la culpabilidad. Si, como hemos dicho, la culpabilidad implica la inobservancia de la diligencia debida, habrá inculpabilidad como excluyente total de responsabilidad,

<sup>39</sup> MEZGER, Edmundo, *op. cit.*, pp. 444 y ss.

siempre que el sujeto imputable observe toda la diligencia debida, ya sea porque no pudo haber previsto el resultado dañoso o porque tomó todas las medidas a su alcance para evitarlo. Tal es el caso, retomando un ejemplo anterior, del automovilista que en la obscuridad no tiene por qué suponer que en la siguiente curva aparecerá un sujeto corriendo en la carretera de un sólo carril, en sentido contrario al del propio automovilista, en donde este último lo lesiona o priva de la vida.

En este contexto habremos también de evaluar más adelante si la madre y sus coadyuvantes médicos asesores, que la abandonan a su suerte en la toma de la decisión abortiva, pueden considerarse exculpados por no haber podido evitar el resultado dañoso o por haber tomado todas las medidas tendientes a evitarlo.

## 2. Despenalización. Ausencia de punibilidad

Resulta difícil encontrar en la doctrina un análisis de lo que constituye la despenalización, pero habremos de intentarlo, siguiendo la temática de la dogmática jurídica normativa. Como su nombre lo dice, la despenalización implica la no aplicación de la pena, de la sanción; no obstante que la hipótesis, es decir, el delito y con ello sus cuatro elementos, se ha realizado, pues es sólo la consecuencia de la norma secundaria o sancionadora que, por mandato expreso de la ley, no se aplica en ciertos casos. Lenguaje tal como “no se sancionará”, “no se aplicará pena”, es generalmente revelador de que no obstante que los elementos del delito o hipótesis normativa secundaria han sido actualizados, se determina por otra norma que en ciertos casos, queda despenalizada la acción típica antijurídica y culpable. Resulta entonces necesario saber, cuál es el común denominador —más allá del mero texto legislativo—; cuál es el elemento subyacente de esa nueva hipótesis normativa que hace inaplicable la sanción, que exonera de la responsabilidad penal.

Como hemos visto, el Código Penal para el Distrito Federal, llamado de 1931,<sup>40</sup> establecía expresamente en su Artículo 333, que no era punible “el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación”. De forma similar, el Artículo 334 establecía que “[n]o se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico que asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible, y no se corra peligro de demora.”

<sup>40</sup> *Diario Oficial*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 14 de agosto de 1931, pp. 70 y 71.

En ambos casos, el legislador expresamente utiliza terminología (no es punible, no se aplicará sanción) que técnicamente hace incuestionable la despenalización. Es decir, no se pone en tela de juicio que el delito se ha cometido, que sus elementos se integran:<sup>41</sup> que hay conducta que actualiza un tipo penal, que es antijurídica y culpable. Esa conducta es legislativamente incuestionable. No dice que haya ausencia de cualquiera de estos elementos; dice simplemente que en esos casos, hay inaplicación de la pena, hay despenalización. Pero, ¿cuál es el elemento hipotético en la norma que hace que la consecuencia jurídica aplicable al hecho, genere una consecuencia negativa, que la pena no se aplique? No se encuentra expresamente mencionado en un artículo de ley, pero sin duda está en una hipótesis normativa, lo que, al parecer, el legislador perrediano es incapaz de siquiera identificar, aunque el jurista sí es capaz de razonarlo, de identificar el interés jurídico que alternativamente se decidió proteger.

Tanto en el aborto por imprudencia, como en el de la violación; asimismo, en el de peligro de muerte de la embarazada o del producto, a que se refería el Código Penal de 1931, encontramos que ese legislador sí identificó que hay un elemento ajeno a la voluntad de la embarazada, para quedar desembarazada. No es el caso de un simple: “yo misma que tomé la decisión o, al menos, el riesgo de quedar embarazada, ya cambié de opinión, ya no quiero estar embarazada”, pese a que libremente se ubicara en la hipótesis que naturalmente generó el embarazo. En la despenalización, se trata de una imprudencia o ausencia de voluntad del resultado delictivo, en caso de un embarazo consentido, o de la imposición (contra la voluntad) del ayuntamiento sexual (como diría el propio maestro Alva Muñoz); o una causa natural, también ajena o, mejor dicho, inclusive contraria a la voluntad de la embarazada, lo que el legislador consideró para que, no obstante que se dé la muerte del producto, la sanción sea inaplicable. No es la sola y libre voluntad de la embarazada y de sus aconsejantes lo que en esos casos determina la inaplicabilidad de la sanción.

Con bastante más claridad, aunque tomándolo de quizá mejores legisladores que les precedieron,<sup>42</sup> el llamado entonces “nuevo” Código Penal para

<sup>41</sup> Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Artículo 329, *Ibidem*, p. 70.

<sup>42</sup> Artículo 321 bis.- No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de una ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupeficientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima. *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994, que adicionó el Artículo 321 bis al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.

el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial* del entonces todavía denominado Distrito Federal, del 16 de julio de 2002, estableció de manera técnicamente correcta que:

[n]o se impondrá pena alguna a quien por culpa, ocasione lesiones u homicidio en agravio de una ascendiente descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante, o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario, o cuando entre el agente y el pasivo, exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, bien se diere a la fuga, o no auxiliare a la víctima.

Como se puede apreciar, tampoco en este caso hay la voluntad de generar el ilícito. En el mejor de los casos, se está actuando con imprudencia o inobservancia de la diligencia debida, como dice el artículo: con culpa, es decir, sin dolo.

Con independencia de coincidencia o incoincidencia con los elementos que el legislador incorporó en la hipótesis normativa exonerante de los casos mencionados, el elemento común de la despenalización no lo es, ni la ausencia de conducta, ni la ausencia del tipo penal, menos aún el ejercicio de un derecho, lo es la presencia de una conducta quizá culposa o imprudente, pero jamás la de querer el resultado, la de actuación con dolo.

Pero como se anticipó, hay un elemento más subyacente identificable por el jurista en esos casos de despenalización. De no ser así, habiendo conducta culposa en cualquier otro caso, el juez tendría que aplicar la sanción, seguramente en forma muy disminuida, más cercana a la pena mínima que a la máxima. Pero en los casos despenalizados, no obstante que existe conducta culposa, el propio legislador ordena que la sanción no se aplique. Pareciera ser que el legislador siente compasión o misericordia por aquél que sufre ya lo suficiente por haber sido, aunque involuntariamente, causa directa o indirecta de la pérdida o fallecimiento de un ser querido o por haberlo lesionado sin dolo. Por ello opta por obrar con clemencia, es decir, aplica la "virtud que modera el rigor de la justicia".<sup>43</sup>

Esto no es otra cosa que la aplicación de la equidad o epiqueya, por el propio legislador. Ya lo decía Aristóteles:

...hay daños causados por ignorancia, los cuales son errores, que se verifican siempre que se obra sin saber contra quien, como ni con qué fin se hace aquello que se hace; y así no se quería golpear ni con esta cosa, ni a este hombre, ni por esta causa, pero el hecho se ha verificado de distinta manera de cómo se pensaba ... [c]uando el daño

<sup>43</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 310.

ha sido causado contra toda previsión racional, es una desgracia. Cuando no es este precisamente el caso, pero sin embargo no hay maldad, es una falta, porque el autor del accidente ha cometido una falta, si el principio del daño causado está en él, mientras que no es más que una desgracia cuando el principio viene de fuera... [c]ausando tales daños y cometiendo tales faltas, se hacen, indudablemente, actos injustos, que sin duda son injusticias, pero no por esto, es el hombre que las comete esencialmente injusto y malo; porque el daño no procede precisamente de la perversidad de los que le causan... Las consideraciones precedentes conducen naturalmente a tratar de la equidad y de lo equitativo, y a estudiar las relaciones de la equidad con la justicia, y de lo equitativo con lo justo... La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia, es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales ... lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo, en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor.<sup>44</sup>

He transcrito extensamente a Aristóteles, porque estoy cierto de que el legislador perrediano y sus adherencias desconocen consustancialmente la dogmática jurídica normativa, como ha quedado demostrado. Menos aún entienden la ética de la exoneración responsabilitoria. Una cosa es no desear causar un daño de algo que es incontrolable, que ha excedido a la voluntad del sujeto y, otra muy distinta, unilateralmente y sin consideración a los bienes e intereses objeto de protección, querer el medio generador —la relación sexual—, a sabiendas de su no sólo posible, sino muy probable consecuencia natural, que es el engendramiento de un nuevo ser. Es la voluntad laxa y egoísta, incapaz de arrostrar los efectos de sus propios actos, inclusive temporalmente ante la existencia de opciones que evitan la comisión de un segundo error, aún más grave, que es la terminación intencional de la vida en gestación, consecuencia necesaria de sus propias acciones.

### 3. El aborto normativamente destipificado como derecho temporal de privación de la vida en gestación de la madre y sus coparticipantes

Haber definido el aborto como la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación, independientemente de los errores terminológicos ya analizados y debiendo descartar su tratamiento como despe-

<sup>44</sup> ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, 7ª ed., Patricio de Azcárate (trad.), México, Espasa Calpe Mexicana, Colección Austral, 1980, pp. 146 a 152.

nalización (no sólo porque dicha definición no corresponde a los aspectos técnicos normativos propios de la lógica jurídica, sino porque, además, se aparta de los éticos, ya no sólo particulares, sino también de los generales planteados, entre otros muchos, por Aristóteles), nos obliga a analizarlo como la generación de un derecho —humano, dirían ahora los neoconstitucionalistas dogmáticos— a cesar y hacer cesar la vida —esa sí, humana— en gestación, dentro de ese período de doce semanas.

Podría llegar a pensarse que el legislador perrediano habría creado una justificante o, mejor dicho, justificativa o elemento negativo de la antijuridicidad, uno de los cuatro elementos del delito. Ello no fue así, pues la justificativa o justificante, según la correcta dogmática normativa penal, implicaría que hubiera contemplado tal justificativa para uno o algunos casos muy específicos, y no una exclusión general de responsabilidad como sí lo hizo.

Tal sería, por ejemplo, la defensa legítima en el caso del homicidio. Pero sus elementos no se integran. Ni el feto, menos el embrión y el óvulo fecundado, han llevado a cabo una agresión o ataque actual y antijurídico, que amenacen lesionar intereses jurídicamente protegidos; lo que pueda ser defendido legítimamente y justifique que la agresión sea repelida,<sup>45</sup> el engendro es incapaz de llevar a cabo agresión alguna.

Conforme al análisis del estado de necesidad que hace Alfonso Reyes Echandía, tampoco podría pensarse que se estuviera frente a una justificativa por estado de necesidad,<sup>46</sup> pues si bien temerariamente se pudiera afirmar que hubiera necesidad de proteger un derecho propio (el de elegir no mantenerse embarazada) o ausencia de un deber de afrontamiento de la situación (respeto a la vida en gestación), los demás elementos del estado de necesidad no se presentarían; es decir, el efecto (embarazo) era evitable —generalmente de una u otra forma—, fue causado por el propio agente (salvo el caso de la violación) de manera intencional o imprudentemente y la adecuación entre la magnitud del peligro y la entidad o naturaleza del daño causado. Por lo que pareciera que ni la mejor ni la única solución sería la elección del aborto.

Se trata, entonces, de una atipicidad, pues el legislador inventó su propia definición de aborto y con ello autorizó “la interrupción” —dice él— del embarazo, sin limitación alguna en ese período de doce semanas (aunque científicamente sea indeterminable su conteo inicial, como se explicó en la primera parte ya publicada de este artículo).<sup>47</sup>

<sup>45</sup> MEZGER, Edmundo, *op. cit.*, pp. 434 y ss.

<sup>46</sup> ECHANDÍA REYES, Alfonso, *Antijuridicidad*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, pp. 95 y 96.

<sup>47</sup> MÜGGENBURG, Carlos, “El Aborto...”, *op. cit.*, pp. 591 y 592.

Como es sabido, desde el punto de vista del derecho penal, las conductas no tipificadas, al no estar prohibidas, quedan en el campo de la libertad de actuación de sus destinatarios, los seres humanos. Esto es, penalmente se genera el derecho de llevarlas a cabo. Luego, la madre engendrante y sus asesores médicos y demás copartícipes, tienen el derecho de que el producto de la gestación sea extraído o eliminado por cualquier medio, por brutal que sea, dentro de ese plazo e, inclusive, pueden disponer del mismo como les plazca, pues, ignorante o intencionalmente, tampoco se prohibió expresamente su comercialización. La protección de la vida en esas condiciones y, más aún, el derecho a ésta, dejaron de ser bienes jurídicamente tutelados, intereses jurídicamente protegidos.

La libertad desracionalizada, mejor dicho, el libertinaje, que ignora intencionalmente que la libre voluntad es fuente de obligación, que unilateralmente no puede desconocer ni afectar derechos de otras esferas jurídicas con las que interfiere y que, por eso, la ley, como la otra fuente de obligación, prohíbe su renuncia sin consentimiento del beneficiario individual o colectivo del derecho correlativo, inclusive cuando no hay un titular contractual que capaz de contener al obligado, se ha erigido por los perredianos en un nuevo “principio jurídico” propio de su sistema de justicia.

#### 4. Impunidad encubierta

Son sabidas las prácticas de la *Planned Parenthood Federation of America* que, en evidente conflicto de interés, litigó y obtuvo una sentencia de la Suprema Corte de los EUA en el caso *Parenthood vs. Dandorth*, en 1976 (428 US, p. 52, 1976), por la que se resolvió que el hombre que comparte la responsabilidad del embarazo, no tiene derecho de veto sobre el asunto. De la misma forma lo hizo la *Planned Parenthood of Southeastern* en el caso *Pennsylvania vs. Casey* (112 S. CT.112, 1992), en que se cuestionaba la constitucionalidad de la *Abortion Control Act de Pennsylvania*, que exigía que la mujer abortante diera su consentimiento, informando con 24 horas de anticipación el caso.<sup>48</sup> Dicha organización, a manera de franquicias, adquiere y vende órganos y tejidos de fetos obtenidos en abortos, que se realizan a razón de entre 340 y 550 dólares por “espécimen”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> TRIBE, Laurence H., *op. cit.*, pp. 121, 395, 490 y 550.

<sup>49</sup> *Desde la Fe*, Organización Editorial Mexicana, núm. 973, del 18 al 24 de octubre de 2015, p. 3 Disponible en: <http://www.centerformedica progress.org/cmp//investigative-footage/>

En la ahora flamantemente perrediana Ciudad de México, a pesar de que no la ley, pero sí el Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal, en su Artículo 283, expresamente prohíbe “[e]l uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos”, no existe sanción específica por la contravención a dicha prohibición, como podría ser la comercialización de los mismos. La “Agencia de Protección Sanitaria del Gobierno de Distrito Federal” tiene a su cargo, según el primer párrafo del Artículo 200 de la mencionada Ley, el sancionamiento administrativo de “[l]as violaciones de los preceptos... a sus reglamentos”. Sin embargo, en términos generales, las sanciones que la propia Ley —en el Artículo 201— faculta a dicha Agencia imponer, son genéricas y su aplicación —en términos del Artículo 200, de la misma Ley— debe hacerse conforme “a lo establecido en la Ley del procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el Reglamento de Verificaciones”; ello sin perjuicio de “las demás aplicables, así como de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.”<sup>50</sup>

El laberinto legislativo y reglamentario descrito, no es producto de la imaginación. Independientemente de que haya sido creado subrepticamente o no, tiene un efecto práctico comprobado. La Secretaría de Salud del Distrito Federal, en el nivel local, y la Comisión Federal para la Protección de Ries-

<sup>50</sup> Artículo 283.- Para los efectos de este Reglamento procede el transplante de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico. Está prohibido: I. El transplante de gónadas o tejidos gonadales, y II. El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos. Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal. Artículo 200.- Las violaciones a los preceptos de este Título, sus reglamentos y demás disposiciones legales que de ella emanen, serán sancionados administrativamente por la Agencia, en ejercicio de sus facultades legales, sin perjuicio de las demás aplicables, así como de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos. La aplicación, ejecución y notificación de las sanciones administrativas objeto de este capítulo, serán conforme a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el Reglamento de Verificaciones y asimismo, se deberá cumplir con lo establecido en la Ley de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, en lo que sea aplicable. Ley de Salud del Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 7 de julio de 2011. Artículo 201.- Las sanciones administrativas que el Gobierno, a través de Agencia, podrá aplicar a las personas físicas, morales o jurídicas de los sectores social o privado por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley y las disposiciones legales vigentes en materia de salubridad local, serán las siguientes: I. Multa; II. Clausura, la cual podrá ser definitiva, parcial o total; III. Suspensión de actividades; IV. Prohibición de venta; V. Prohibición de uso; VI. Prohibición de ejercicio de las actividades a que se refiere la autorización revocada; VII. Prohibición de ejercicio de las actividades objeto del procedimiento de sanción; VIII. Requisa; IX. Medidas de seguridad; X. Aseguramiento; XI. Destrucción; XII. Arresto hasta por treinta y seis horas; XIII. Amonestación por apercibimiento, y XIV. Las demás que señalen los instrumentos jurídicos aplicables. A las personas morales o jurídicas involucradas en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, se les aplicará lo dispuesto en el Artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal. Ley de Salud del Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 17 de septiembre de 2009 y 18 de diciembre de 2014.

gos Sanitarios, en el nivel federal, niegan estar facultadas para supervisar los procedimientos abortivos, al menos en las clínicas privadas.<sup>51</sup> Así, por ignorancia, incertidumbre sobre la eficacia del sistema jurídico que han creado o desfachatez, no informan a quién corresponde esa función gubernativa.

Lo anterior es una muestra más de la incapacidad legislativa y de gobierno perrediana, que busca sus propios objetivos políticos y descuida los múltiples efectos que con sus reformas legales generan. Desconocen la prudencia elemental que cualquier jurista está obligado a poner en práctica. Ignoran la protección jurídica de bienes e intereses, que aún en su escenario reformismo protagónico, deberían prever o tratar de imaginar, para hacer reformas integrales, al menos congruentes con los intereses subjetivos particulares que persiguen. Por si fuera poco, sus autoridades ejecutivas, de por sí poco acostumbradas a la persecución de los ilícitos, no son sistemáticamente dotadas con los elementos apropiados para sancionarlos.

<sup>51</sup> Desde la Fe, Organización Editorial Mexicana, del 24 al 30 de julio de 2016, Eco, pp. 6 y 7. Disponible en: <http://bit.ly/29klSw>.