

El Delito de Aborto en el Código Penal Peruano

Por LUIS A. BRAMONT ARIAS

Catedrático Principal Titular de
Derecho Penal.

SUMARIO.— 1. Morfología del Título II de la Sección Primera del Libro Segundo.— 2. El bien jurídico protegido.— 3. Historia.— 4. Concepto del delito de aborto.— 5. Condiciones jurídicas de la infracción.— 6. Las Figuras Legales.— 7. Aborto propio o auto-aborto.— 8. Aborto consentido.— 9. Aborto no consentido.— 10. Aborto agravado para profesionales.— 11. Aborto preterintencional.— 12. Aborto necesario o terapéutico.— 13. Otros casos de justificación e impunidad.

1.— *Morfología del Título II de la Sección Primera del Libro Segundo.*—Las figuras que ofrece este Título son las siguientes :

- a) Aborto causado por la propia mujer o auto-aborto (art. 159);
- b) Aborto con el consentimiento de la mujer (art. 160);
- c) Aborto sin el consentimiento de la mujer (art. 161);
- d) Aborto agravado para profesionales (art. 162);
- e) Aborto preterintencional (art. 164);
- f) Aborto necesario o terapéutico (art. 163).

2.— *El bien jurídico protegido.*—La tutela penal del aborto no tiene sistematización uniforme en la doctrina. Unas veces se ha sostenido que es el derecho del feto a la vida, haciendo del aborto un delito contra la persona; otras veces se ha afirma-

do que es el orden perturbado de la familia; otras veces, que es el derecho de la sociedad a la conservación de las personas físicas que le pertenecen.

• Se ha considerado que no puede ser el orden de la familia, porque no siempre el aborto perturba ese orden, especialmente cuando la fecundación de la mujer tiene lugar fuera del círculo de una familia legalmente constituida. Tampoco el interés demográfico del Estado, doctrina que acepta el Código penal italiano, clasificando el aborto entre los delitos contra la integridad de la estirpe, porque entonces no se podría hablar de aborto impune en el caso de que la mujer haya sido violada por un delincuente o por un enemigo, pues sería manifiesto el interés del Estado para que no sea eliminado ninguno de sus ciudadanos.

— A juicio nuestro, el bien jurídico protegido es la vida humana, doctrina aceptada por el Código penal peruano, aunque la ley se halle en presencia, no de un hombre (persona), sino de una simple esperanza humana (*spes hominis*). El Código civil, no obstante declarar que "el nacimiento determina la personalidad", pone a salvo los derechos del que está por nacer, ya que "se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo" (art. 1), razonamiento que se funda en la equiparación jurídica de lo que constituye una simple esperanza, a la vida real y efectiva: en la asimilación del embrión al individuo, del feto al infante, del proceso fisiológico en acción al proceso fisiológico terminado.

La vida del feto es una vida humana en formación. Francesco Carrara dice: "Nosotros creemos que fisiológicamente puede cuestionarse si es una vida (la del feto) distinta de la vida de la madre y dejamos que los médicos disputen a su gusto sobre esto. A nosotros nos basta que sea una vida merecedora de ser respetada y protegida sólo en consideración a sí misma, independientemente de toda consideración de la familia. Esto (llámase vida *vegetativa* o llámase vida *animal*, no puede ser dudoso. No es dudoso para nadie que el feto (si es *verdadero feto*) es un ser viviente; y desafío a negarlo, cuando cada día se lo ve crecer y vegetar. Qué importa, por consiguiente, definir fisiológicamente esa vida? Ella es una vida agregada, accesorio, si se quiere a otra vida de la cual un día se separará para vivir su propia vida. Pero no puede negarse (si es un *verdadero feto*) que aquél es un *ser vivo*: y de este modo, en aquella vitalidad presente, acompañada por una probabilidad de vida futura in-

dependiente y autónoma, se encuentra suficientemente el objetivo del delito de quien malvadamente la extingue. Por consiguiente, para nosotros, el feto *vive* en el útero sin que nos importe definir fisiológicamente de qué vida se trata, siempre que no se pueda afirmar que se encontraba dentro del útero como un cuerpo muerto" (1).

El interés jurídico relativo a la vida es lesionado desde que se impide la vida y la personalidad civil de un feto capaz de adquirirlas, observa Nelson Hungria (2). De otro lado, aunque no se pueda hablar de vida en sentido especial o propio, con relación al feto, no deja de ser verdad que éste posee vida intrauterina o biológica, que también es vida en sentido genérico. El que practica un aborto no opera sobre materia bruta, sino contra un hombre en la ante-sala de la vida civil, como que el feto es una persona virtual, un ciudadano en germen, un hombre *in spem*. Entre el infanticidio (eliminación de una vida extrauterina) y el aborto (eliminación de una vida intrauterina), la diferencia es sólo de grado, o, como diría Carrara, de cantidad natural y de cantidad política.

3.— *Historia*.—El aborto se ha practicado en todos los tiempos, pero no siempre ha sido incriminado como delito. Para la antigüedad fué un hecho indiferente, cuando no acarrecaba un daño a la salud o la muerte de la mujer.

I.— En Grecia fué corriente la provocación del aborto. Licurgo y Solón la prohibieron, e Hipócrates, en su famoso juramento, declaraba: "Yo no daré a una mujer un pesario abortivo"; pero Aristóteles en el libro séptimo de su Política aconsejaba el aborto en caso de ser excesivo el número de ciudadanos, a fin de mantener el equilibrio entre la población y los medios de subsistencia, y Platón preconizaba el aborto en relación a la mujer que hubiere concebido después de los 40 años. La práctica del aborto se difundió por todas las esferas sociales. Aspasia de Mileto, cortesana compañera e inspiradora de Pericles, cuya cultura le permitió dialogar con Sócrates y Alcibiades, no sólo

(1) FRANCESCO CARRARA — "Programa del Curso de Derecho Criminal", Parte especial, Vol. I, trad. de SEBASTIAN SOLER, ERNESTO R. GAVIER y RICARDO C. NUÑEZ, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1945, en nota, pgs. 323-324.

(2) NELSON HUNGRIA — "Comentarios ao Código penal", vol. V, Edição REVISTA FORENSE, Rio de Janeiro, 1942, pgs. 249-250.

lo provocó abortos, sino que nos ha dejado un libro sobre este tema.

En Roma, durante toda la época republicana, no fué castigado. Ni la Ley de las Doce Tablas, ni las leyes de la República previeron el aborto. El feto fué considerado como *portio viscerum matris*, por lo que si la madre abortaba no hacía más que disponer libremente de su cuerpo. El aborto se tornó un hecho común. Ovidio cuenta que su amante Corina se hacía abortar para impedir que se produjeran arrugas en su vientre y mantener así la tersura de su piel. También refiere que, habiendo los patricios romanos decidido retirarle a sus esposas los coches de paseo, éstas las amenazaron con practicarse el aborto, caso original de sabotaje que el Senado romano trató de sancionar severamente, pero que terminó por complacer a las mujeres ante la imposibilidad de luchar contra ellas.

En la época de Marcial y de Juvenal no sólo se lleva a practicar el aborto en gran escala, sino que las matronas romanas hasta trataron de evitar el embarazo, mediante las prácticas anticoncepcionales. Entre los epigramas de Marcial y de Juvenal, existe uno, de Marcial contra Celia, esposa de Pannico, en la que acusa a las mujeres de su tiempo, de acudir a las caricias de los eunucos, para evitarse los inconvenientes y los trastornos del embarazo.

Estas ideas evolucionaron. El aborto comenzó a ser considerado como un acto inmoral, y el uso de abortivos fué condenado en Roma. En los tiempos del Emperador Septinio Severo y de su hijo Antonio Caracalla se dictaron las primeras leyes punitivas contra el aborto, que condenaban al destierro a la mujer casada culpable. El *Digesto*, en su libro 47, título XI, fragmento 4to., estableció preceptos condenando el aborto. La disposición se explicaba por la indignidad que suponía para el marido, no tener descendencia, ya que era obligación de la mujer la de dar hijos.

El cristianismo consolidó la reprobación social del aborto, en vista al secreto que implica el aborto y a la situación de indefensión en que se encuentra la víctima, lo cual impone, en el terreno de la conciencia, una sanción moral. Bajo su influjo, los Emperadores Adriano, Constantino y Teodosio reformaron el antiguo derecho y asimilaron el aborto criminal al delito de homicidio. Naturalmente, el cristianismo castigó el aborto por razones que atañen al sentido y espíritu del dogma. En un edicto

de Enrique II de Francia, en 1556, reproducido después por Enrique III, se descubre que la causa que determinó a los doctores cristianos a castigar el aborto, fué un motivo de orden esencialmente religioso: se consideraba que el feto, después de los 40 u 80 días, según fuera hombre o mujer constituía un ser animado y su muerte lo privaba de la gracia del bautizo y de los beneficios de la sepultura cristiana. Ese mismo espíritu se descubre en un edicto muy posterior de Luis XIV en el que, por razones igualmente teológicas, se prohíbe que los protestantes ejerzan de parteros, pues se temía que durante el alumbramiento fuese necesario suministrar el agua bautismal de urgencia y que en esta situación el naciente se viera privado de ella, sea por la indiferencia del asistente o por los mandatos de su fe religiosa (3).

En la Edad Media, los teólogos disputaron acerca de la incriminación del aborto. Mientras de un lado, San Agustín y Tertuliano, fundados en la doctrina de Aristóteles, sostenían que el aborto solamente era delito cuando el feto hubiese recibido alma, esto es 40 u 80 días después de la concepción, según se tratara de varón o de mujer; de otra parte, San Basilio, no admitía distinción alguna, pues el aborto provocado siempre era delito, en cualquiera de los períodos de la gestación.

Los Concilios estatuyeron penas severas para castigar el aborto. El Concilio de Elvira de 305, negó en su cánón 63 los sacramentos a las adúlteras que mataran a sus hijos e interrumpieran violentamente su embarazo. El de Alcira de 314 redujo la prohibición a 10 años. El de Lérida de 524 lo acortó a 7 años. Los Concilios de Constantinopla de 692 y Manzonza de 847, se consideró el aborto como un delito sancionado con la pena de muerte.

Con posterioridad, Beccaria, Voltaire y Rousseau, protestaron contra la severidad de las penas, logrando que el Código penal de 1791 estableciera solamente un castigo de 20 años de presidio para el abortador y asegurara la impunidad para la mujer que denunciara a sus cómplices. El Código penal de 1810 y el de 1842 rebajaron la pena de 20 años, y el segundo admitió circunstancias atenuantes.

(3) Véase JOSE IRURETA GOYENA.— "Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y otras personas incapaces", Unión Tipográfica Editorial Hispana Americana, Buenos Aires, s/f., p. 16 y ss.

II.— En el Derecho penal incaico, según Jorge Basadre (4), el aborto era estimado como un delito dirigido contra los intereses de la comunidad y la sanción se basaba en la necesidad de aumentar la población, imponiéndose al efecto la pena de muerte. En concepto de Manuel López-Rey y Arrojo, tal concepción corresponde: “a) a la organización comunal o colectiva de la sociedad incaica; b) a la constante práctica del Inca dirigida a mantener la importancia y facilidad el incremento de la familia en la que la prole tenía un valor económico. Este valor económico presentaba diversos aspectos, desde la entrega de una porción de tierra (tupu) por cada hijo nacido, hasta utilizar los hijos para el pago de deudas. Otro aspecto de la firme política incaica de incremento de la población, puede verse en la disposición según la cual “los soldados de guerra también llevasen mujeres para el aumento de la gente” (Guamau) y en las sanciones contra los hechiceros y brujos “que en las mujeres causaban esterilidad o ligaban los maridos que no pudiesen a sus mujeres llegar” (Las Casas)” (5).

Durante el período de la Colonia, se aplicaron las leyes y disposiciones españolas, especialmente las diversas recopilaciones. Los distintos fueros castellanos previeron el aborto como delito; y el de Soria castigó con penas agravadas los delitos cometidos en agravio de mujeres encinta. Pero fué el Fuero Juzgo el que en forma clara enfocó el problema del aborto, pues en el título III, libro IV, en las siete leyes que comprende, se refiere de los que tollen a las mujeres que hayan parto, estableciendo penas de azote, multa, confiscación, pérdida de la libertad y muerte, según la clase de mujer, libre o esclava, y a los medios que se hayan aplicado para provocar el aborto, sean de fuerza o medicamentosos.

La ley 8, título VIII, Partida VII, define y sanciona el delito de aborto. *Mujer que preñada bebiese yerbas a sabiendas, u otra cosa cualquiera con que echase de sí la criatura, o se feriese con puños en el vientre o con otra cosa con entencion de perder la criatura, et perdiere por ende, decimos que si la criatura era ya viva en el vientre entonce quando ella esto fizo, debe morir por ello et haber aquella pena que se contiene en la ley do-*

(4) JORGE BASADRE.— “Historia del Derecho Peruano”, I, Lima, 1937, pgs. 202-220.

(5) MANUEL LOPEZ-REY y ARROJO.— “Aborto”, separata de “REVISTA DOS TRIBUNAIS”, Volumen 226, agosto de 1954, Sao Paulo, Brasil, p. 5.

cena despues que esta que comienza (esto es, la pena de parricidio). Si el padre; fueras ende si gelo ficeran facer por premia, asi como facen los judios a sus moras en Toledo; ca entonce el que lo fizo hacer debe haber esta pena; et si por aventura non fuese viva, entonce non deben dar muerte, mas debenla desterrar en alguna isla por cinco años. Esa misma pena (esto es, la muerte o destierro según los casos) decimos que debe haber el home que firiese a su mujer a sabiendas seyendo ella preñada, de manera que se perdiese lo que tenía en el vientre por la ferida; et si otro home extraño lo ficiese, debe haber pena de homicida, si era viva la criatura quando murió por culpa del; et si non era aun viva, debe ser desterrado en alguna isla por cinco años”.

En opinión de Manuel López-Rey y Arrojo “el hecho de que con frecuencia leyes y disposiciones españolas, especialmente las diversas recopilaciones, regulan detalladamente los delitos no significa siempre que las penas establecidas para ellos, se aplicaran. En todo caso, el aborto, que era un delito poco frecuente durante la época pre-colonial y comienzos de la Colonia, aumentó después. La razón es sencilla. Dicho delito se halla íntimamente unido a todo cambio social, económico y político, todo lo cual tiene lugar en y durante el colonaje. Nuevos usos y costumbres, buenos y malos, hicieron su aparición y entre ellos, el aborto posiblemente fué más frecuente que antaño en ciertos grupos sociales, probablemente entre los más elevados. Entonces, como ahora, el aborto se practicaba más frecuentemente entre casadas y amancebadas que entre solteras. Las costumbres entre los grupos mencionados —México y Lima especialmente— no siempre eran recomendables y las mismas, como siempre acontece, fueron poco a poco imitadas por los grupos inferiores. Si hemos de estar a las narraciones y descripciones de algunos procesos y prácticas de usos y costumbres, es aquí, en el examen de las costumbres más que en la letra de las disposiciones legales donde puede verse la confirmación de lo apuntado. Por otro lado, no debe olvidarse que el aborto es y ha sido un delito poco amigo de la publicidad y por ende de difícil descubrimiento y prueba. Criminológicamente y como paralelos al mismo, caben señalar la importancia que entonces tienen los delitos de alcahuetería o proxenetismo, venta de yerbas y filtros, etc., destinado a favorecer amores no exactamente legítimos. A ello añádase que las prácticas anticoncepcionales era entonces menos

eficaces que hoy. Lo expuesto permite conjeturar que el aborto : a) aumentó sin que dicho aumento constituyera por su extensión y gravedad un problema como lo es hoy día. Cabe presumir que el mismo era consecuencia de uniones más o menos pasajeras y generalmente extra-matrimoniales y no de una concepción social o de una mala situación económica más o menos generalizadas; b) como consecuencia de la transformación que la Colonia implica en todos aspectos, pierde su característica de delito contra la comunidad para seguir la trayectoria individualista de la legislación penal española basada en antecedentes romanos; c) no es castigado en la forma dura establecida por la ley, sino conforme a usos y prácticas que influían en las sentencias dictadas según las circunstancias de cada caso" (6).

El Código penal derogado de 1863 incriminó el delito de aborto en el título III de la Sección Séptima que trataba de los "delitos contra las personas". El referido Código previó las siguientes figuras delictivas : aborto procurado por la propia mujer embarazada (art. 243, primera parte); aborto por móvil de honor (art. 243, segunda parte); aborto sin consentimiento de la mujer embarazada (art. 244, primera parte); aborto consentido (art. 244, segunda parte); aborto preterintencional (art. 244, tercer apartado); aborto para profesionales (art. 245).

III. En la época contemporánea todos los países consideran el aborto provocado como un delito. Fué una efímera y deplorable experiencia la de algunas legislaciones que permitieron la práctica del aborto.

El Código penal ruso de 1926 dispuso en su art. 140 "que el aborto del fruto de la concepción es impune si se verificare con el consentimiento de la madre y previa solicitud a los órganos de la Salud Pública. Si no hubiere consentimiento de la madre se sancionará con cinco años de privación de la libertad o hasta quinientos rublos de multa. Si causare la muerte, determinará la misma sanción". A *contrario sensu* era lícito el aborto que se practicaba con el consentimiento de la madre, en las clínicas establecidas, por médico autorizado. En otros términos, el feto dejó de ser el objeto de la tutela penal, recayendo ésta sobre la *salud* de la gestante exclusivamente.

(6) MANUEL LOPEZ-REY y ARROJO.— "Aborto", op. cit., pgs. 5-6.

Por Decreto de 27 de junio de 1936, ratificado por el Código del Matrimonio, Familia y Tutela, de 27 de mayo de 1937, Rusia prohibió el aborto, salvo por motivos terapéuticos o eugenésicos. El mencionado Decreto dice: "Considerando que está probado el efecto nocivo de los abortos, queda prohibida su práctica tanto en los hospitales oficiales, como en las clínicas privadas y consultorios médicos particulares. Las maniobras abortivas quedan autorizadas excepcionalmente en las maternidades, tan solo en los casos en que la embarazada esté en inminente peligro de muerte, o cuando la gravidez pueda acarrear graves peligros para la salud, así como en los casos de existencia de enfermedades graves de los padres, que pueden ser transmitidas a los hijos. Será penado con prisión de uno o dos años el médico que practique el aborto fuera de los hospitales o en contra de las condiciones antedichas. A quienes practiquen el aborto sin poseer título de médico, o en condiciones antihigiénicas, se les aplicará una pena que nunca será inferior a tres años de prisión. Para los que abliquen a una mujer a abortar la pena será de dos años de prisión. Las mujeres embarazadas que recurran al aborto, en circunstancias no previstas en esta ley, serán sometidas, como medida penal, a amonestación social y, en caso de reincidencia, a multa de doscientos pesos".

Guillermo Cabanellas deduce de la reforma soviética las siguientes conclusiones: "a) Las penas que se establecen para el delito de aborto denotan marcada severidad; b) Se admite el aborto terapéutico y el eugenésico, practicado con exclusividad en las clínicas oficiales y por médicos; c) No se hace mención para nada al aborto sentimental, *honoris causa*, por lo que la legislación soviética da un paso atrás en relación con los Códigos penales que admiten el aborto por dicho motivo, expresamente en el caso de violación; d) La excitación del aborto, seguida de éste, se castiga con dos años de prisión; e) Se omite considerar la tentativa de aborto y declarar la sanción al aborto culpable; f) Unicamente en las clínicas oficiales pueden ser practicados los abortos autorizados por la ley; g) La mujer que se hace abortar sufre la primera vez, como medida penal, una amonestación social. La reincidencia es castigada con la pena de multa de doscientos rublos" (7).

(7) GUILLERMO CABANELLAS.— "El aborto" (Su problema social, médico y jurídico), Editorial ATALAYA, Buenos Aires, 1945, p. 189.

→ Igualmente, el Código penal uruguayo de 4 de diciembre de 1933, reflejando el doctrinarismo de su autor intelectual, José Irureta Goyena, no castigaba el aborto consentido, sin distinguir si era motivado por razones terapéuticas, eugénicas, sentimentales o sociales o por la simple voluntad de la mujer. El art. 325 castigaba "al que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento": el art. 326 agravaba la sanción si se causaba lesiones a la mujer o su muerte; el 327 consideraba como agravantes la ejecución por violencia o fraude, que la mujer fuere menor de dieciocho años o estuviere privada de razón o de sentido y que se perpetrara por marido o con abuso de autoridad, de relaciones domésticas, etc.; y el art. 328 rebajada la pena en caso de aborto *honoris causa*.

Tal fué el clamor suscitado contra el régimen del Código uruguayo en materia de aborto, que el 24 de enero de 1938 se dictó la ley N. 9763, que rehace los arts. 325 a 328 del Código penal, intercalando dos más en la siguiente forma: en el art. 325 se incrimina el "aborto con consentimiento de la mujer"; en el art. 325 *ter*, se tipifica el "aborto sin el consentimiento de la mujer", y en el art. 326 se agrava la pena para el caso de "lesión o muerte" de la embarazada; el art. 327 queda tal como estaba antes, y el art. 328 se ocupa de las "causas atenuantes y eximentes", como sigue: "Inciso 1.) Si el delito se cometiere para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuída de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendida las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil del honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo. Inciso 2.) Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuída de un tercio a la mitad, y se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo. Inciso 3.) Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuída de un tercio a la mitad y si se efectuara con su consentimiento o para salvar su vida, será eximida de pena. Inciso 4.) En caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica, el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena. Inciso 5.) Tanto la atenuación como la exención de pena a que se refieren los incisos anteriores regirá sólo en los casos en que el

aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción. El plazo de tres meses no rige para el caso previsto en el inciso 3."

Los arts. 2 y 3 de la ley contienen disposiciones sobre cuestiones procesales y la garantía de los médicos, que no podrán ser procesados sin solicitar previamente informe al Ministerio de Salud Pública, que les oirá antes de expedirlo.

En suma, la ley uruguaya no solamente establece la exención del aborto necesario, el eugénico y sentimental, en caso de mediar consentimiento se beneficia al autor con una rebaja de pena, pudiendo llegarse a la exención en la hipótesis de aborto por causas económicas y a la atenuación en el supuesto de que se practique sin que la mujer consienta.

El aborto se halla penado, pues, en todas las legislaciones. La práctica del aborto es un hecho profundamente inmoral y antisocial. Con el establecimiento de la libertad de abortar, la mujer perdería el auto-reproche de concebir hijos ilegítimos, con lo que se aseguraría el libre curso de los amores extra-matrimoniales. El aborto no solamente importa la destrucción de una esperanza de vida, una lesión al interés demográfico del Estado, sino también un serio daño a las funciones propias de la mujer, que repercute sobre su psiquismo, sobre su facultad procreadora, sobre su capacidad de rendimiento social, y propicia la aparición de enfermedades que disminuyen su potencial de vida y abrevian la duración normal de su existencia. Los ginecólogos están de acuerdo en afirmar que ese peligro no queda eliminado por la circunstancia de que el aborto sea practicado por un médico especialista. La dilatación artificial del útero de la mujer grávida ocasiona que parte del contenido quede retenido, entrando en putrefacción, lo que da lugar a un proceso infeccioso. Incuestionablemente que la mujer que aborta puede quedar lesionada para el resto de su vida. Todo aborto significa un peligro para la vida de la gestante, pues es un hecho que el especialista, no obstante sus precauciones, nunca puede excluir el riesgo de una infección.

4.— *Concepto del delito de aborto.*—La palabra aborto procede del latín *abortus*, de *ab* y *ortus*, nacimiento. Equivale a malparto, parto anticipado, lo nacido antes de tiempo. Eti-

mológicamente quiere decir producir o echar de sí una cosa imperfecta o abominable.

El aborto puede efectuarse por causas espontáneas o por causas violentas. En el primer caso se tiene el *aborto espontáneo*; en el segundo, el *aborto provocado o procurado*, "causado", según el término del Código peruano.

El Derecho penal se ocupa únicamente del *aborto procurado*.

El delito de aborto ha sido definido por Ambroise Tardieu como la "expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de las circunstancias de edad, viabilidad y formación regular" (8). Más comprensiva es la definición de Francesco Carrara: "Muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual resulta la muerte" (9). El código mexicano de 1929 contuvo esta definición: "Llámase aborto en Derecho penal a la extracción del producto de la concepción o a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, con objeto de interrumpir la vida del producto".

Estas definiciones son criticables. En vez del requisito de la expulsión del producto de la concepción, que no pasa de ser un epifenómeno y puede dejar de ocurrir, lo que se presenta como necesario y suficiente en la configuración del delito de aborto es la *muerte del feto*. Luis Jiménez de Asúa dice, como siempre con certeza, que el aborto médico "es, sin duda, la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente del resultado mortal de la maniobra para el feto que se expelle; pero en el sentido penal es el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la madre." Su esencia, por tanto, reside en que se logre ese aniquilamiento, en cuanto al tipo de delito consumado, que es el que describen las leyes. Si no se produce, y el feto expulsado por violencia vive, habrá una tentativa de aborto penal, pero no un delito perfecto" (10). Sebastián Soler, por su parte, anota que

(8) AMBROISE TARDIEU.— "Etude médecine légale sur l'avortement criminel", Paris, 1881, p. 4.

(9) FRANCESCO CARRARA.— Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte especial, vol. I, op. cit., p. 332.

(10) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.— "Libertad de amar y derecho a morir", Editorial LOSADA S. A., Buenos Aires, 1946, p. 329.

“toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento (del parto), es calificada de aborto, sea que importe la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura, forma esta última que es precisamente la más característica del modo de actuar que corresponde a este delito. De ello se deduce que el elemento esencial consiste en la muerte del feto. Así, determinar el nacimiento prematuro, no constituye el delito de aborto cuando, a pesar de ello, el feto sigue viviendo. Tampoco habrá aborto cuando la muerte, producida en el seno materno, no sea la consecuencia de la acción ejercida sobre el feto, sino que éste careciera ya de vida. Tampoco puede ser objeto de aborto el producto del desarrollo completamente anormal del huevo (mola). El feto es protegido en la medida en que es un embrión de vida humana. Si ese no es el caso, la figura carece de objeto” (11). Ya en la Relación sobre el Código penal italiano de 1889, Zanardelli decía que “la esencia del delito de aborto consiste en impedir el proceso fisiológico de la maduración del feto”, y cuarenta años después, Alfredo Rocco, en su Exposición de Motivos sobre el actual Código penal italiano, repite el mismo concepto: “El aborto, en sentido legal, es cualquier interrupción producida en el proceso fisiológico de la madurez del feto”. Y el Código penal de 1931, vigente en México, en su art. 329 prescribe: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”.

El requisito de la expulsión del feto, en la definición del delito de aborto, podría conducir, en la práctica, a perplejidades, como advierten Jiménez de Asúa y Soler. Puede acontecer, en efecto, particularmente en los primeros meses del embarazo, que el embrión en vez de ser expulsado sea objeto de un proceso de disolución y reabsorción; otras veces, sufrir un proceso de maceración, quedándose dentro del útero como un cuerpo extraño. En estos casos, según Tardieu no habría delito de aborto, por no haber expulsión del producto de la concepción. Además, puede ocurrir que provocada la expulsión, el feto nazca vivo y siga viviendo, hipótesis en la que dejaría de haber aborto, cuyo momento consumativo es la muerte del feto. Asimismo puede suceder que el feto estuviera muerto antes de la provocación del

(11) SEBASTIAN SOLER.— “Derecho penal argentino”, t. III, Editorial “LA LEY” Buenos Aires, 1945, p. 111.

aborto, y, en este caso, a pesar de su expulsión, no habría delito de aborto, sino un delito imposible (art. 99 del C. P.).

El aborto es un delito de *daño o material*, puesto que, para su consumación, es necesario que se opere la muerte del feto. El verbo "causar", empleado en los arts. 159 a 164, tiene el sentido de "provocar", "originar o "promover".

5.— *Condiciones jurídicas de la infracción.*—Los caracteres fundamentales de la infracción, son cuatro: a) un *estado fisiológico de gravidez*; b) *empleo de medios dirigidos a la provocación del aborto*; c) *muerte del feto*; y d) *dolo*.

a) Se requiere, ante todo, un *estado fisiológico de gravidez*. La gravidez es el estado de la mujer que ha concebido y lleva el producto de la concepción. Se extiende desde la fecundación hasta la iniciación del parto. Es preciso que sea rigurosamente comprobada por los expertos médicos.

✓ No siempre, pese a la creencia de la mujer, existe un embarazo. La gravidez supuesta o putativa excluye la consumación del delito de aborto, pero configura un delito imposible (art. 99 del C. P.), quedando el agente incurso en una pena por debajo del mínimo legal. Para la ley, las manipulaciones ejecutadas por la propia mujer o por abortadores ante la creencia de un embarazo que no existe, está revelando en ellos una peligrosidad que ha de tenerse en cuenta para imponer una sanción.

Parece un tanto extraordinario que puedan efectuarse maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada. La v preñez es un fenómeno transparente, concreto y objetivo. Pero la ciencia nos demuestra que muchas veces sucedan casos de embarazos llamados *nerviosos*. José Irureta Goyena (12) recuerda uno de los casos más resonantes de embarazo nervioso, el de la reina Draga, esposa de Alejandro, rey de Servia, asesinado juntamente con aquélla en 1905, en Belgrado. Dos o tres años antes del trágico desenlace, se suscitó una viva discusión entre los médicos de Cámara, acerca de si la reina Draga se hallaba o no embarazada. Algunos creían hallarse en presencia de un embarazo normal; otros sostenían que habiendo sufrido la reina una operación que le imposibilitaba para la fecundación, la pre-

(12).—JOSE IRURETA GOYENA.— "Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces", op. cit., p. 31.

ñez era imposible. En la duda se acudió al dictamen de una comisión de médicos rusos y franceses, los cuales se declararon por la existencia de un embarazo puramente nervioso. "

Cabe distinguir entre una gravidez normal y otra *extra-uterina* y la *gravidez molar*. ✓

Hay *gravidez extra-uterina* cuando el óvulo se desenvuelve fuera del útero. Presenta variedades, de acuerdo a la región en que el óvulo se desarrolla. Puede ser *intersticial*, si es en la porción terminal del tubo que atraviesa la pared uterina; *tubaria*, si es en la trompa; *ovárica* o *tubo-ovárica*, etc. En estos casos, el desenvolvimiento fetal sólo se opera por breve tiempo, pues sobrevienen complicaciones por abundante hemorragia, ruptura de la trompa, etc., que traen como consecuencia la muerte de la mujer. Otras veces, el feto permanece en el lugar, pero se detiene en su desarrollo, calcificándose muchas veces, lo que da lugar a la formación de un *litopedio*.

La interrupción de la *gravidez extra-uterina* no constituye ~~delito de aborto, porque se trata de un estado patológico, de un producto de la concepción que no va adquirir vida propia, no se pone en juego la vida de otro ser, por lo que habrá un delito imposible o delito de lesiones o de homicidio preterintencional, según se produjera lesiones o muerte de la mujer.~~ ✓

Los autores de Medicina Legal enseñan que existe una sustancia denominada *mola* que presenta aparentemente las características de un feto. Dicha masa carnosa proviene del útero y no es un producto fisiológico sino patológico. Son *molos* los abortos detenidos en el desarrollo y triturados o macerados, los fibrones intercostales que se alojan en la cavidad uterina, los fragmentos de placenta que quedan en la matriz, etc. Las maniobras abortivas que den por resultado la expulsión de una de estas *molos* o productos patológicos del organismo, no constituyen delito de aborto consumado, ni siquiera tentativa de aborto con sujeción a los principios de la escuela clásica, pero sí delito imposible con arreglo a nuestro art. 99 del C.P. Carrara (13) niega la posibilidad de un delito, pues, dice, si es forzoso que haya un embarazo y éste es el producto de la concepción —producto orgánico vivo proveniente de la unión sexual— no puede decirse lo mismo de la *mola*, la cual ni es producto de la concepción, ni es una materia viva.

(13) — FRANCESCO CARRARA — "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte especial, vol. I, op. cit. p. 326.

b) Se requiere, en segundo lugar, el *empleo de medios apropiados para producir el aborto*. Los medios son *químicos, mecánicos y psíquicos*.

Los *medios químicos*, llamados también *internos*, son bebidas fuertes, mezclas químicas de productos farmacéuticos, purgantes o estimulantes que, introducidos en el organismo, excitan las contracciones uterinas y provocan, de este modo, la expulsión o muerte del feto. En sentir de Hoffmann, "no hay medio abortivo interno de eficacia absoluta, esto es, no existe ninguna substancia conocida, que tomada por la boca, pueda ocasionar necesariamente, y en todos los casos, una prematura interrupción de la gravidez" (14).

✓ Los *medios mecánicos* son los que se traducen por el empleo de manipulaciones locales, con instrumentos o sin ellos, de tal modo que forzando el organismo de manera material se logre con eficacia el resultado abortivo. Son los que se usan corrientemente en la actualidad. Esto no quiere decir, observa José Irureta Goyena (15), que fueran desconocidos en la antigüedad. Lo que se desconocía antiguamente fué la perfección de los procedimientos actuales, pero no los procedimientos en sí mismos. Decía Voltaire que los infanticidios habían precedido al aborto, como el matrimonio al divorcio. Pero esto no lo comprueba la Sociología. El aborto aparece simultáneamente con el infanticidio. Lo que hay de verdad es que el aborto científico, aséptico y antiséptico, como se practica hoy, ha substituído al aborto violento, traumático e infeccioso de antes. En los pueblos antiguos se empleaban los golpes y las compresiones violentas del vientre; en los modernos, la ducha, la perforación de las membranas fetales, la dilatación progresiva del cuello del útero y otros procedimientos análogos que provocan el aborto con un porcentaje mínimo de peligro para la mujer.

Finalmente, los *medios psíquicos* actúan moralmente produciendo susto, terror, sugestión, sobreexcitaciones, emociones, etc., trastornos internos en el organismo, que acarrear la consiguiente interrupción de la preñez. Carminagni, dice en su obra, que cuando en Grecia se dió por primera vez las "Euménides" de Esquilo, abortaron muchas mujeres, y Carrara, cita un texto an-

(14). Citado por NELSON HUNGRIA.— "Comentarios ao Código penal", op. cit. p. 261.

(15). JOSE IRURETA GOYENA.— "Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces", op. cit., p. 35.

tiguo, en el que se admite el aborto practicado por medios morales, cuando el medio consiste en azuzar un perro o una fiera contra una mujer encinta.

De todos estos medios, los más idóneos son los mecánicos, precisamente los que encierran mayor peligro para la vida y salud de la gestante. Precarios o inciertos, cuando no de ningún efecto, son los otros, debiendo anotarse que cuando el medio empleado es absolutamente inidóneo, habría un delito imposible, conforme al art. 99 del C. P.

c) Se requiere, en tercer lugar, la muerte del feto. Decimos "muerte del feto", y no "expulsión del feto", porque, en sentido legal, como ya dijimos, puede haber aborto sin expulsión dando muerte al embrión o al feto dentro del útero materno, sin expulsarlo. El concepto jurídico del aborto es pues más extenso y amplio que el ginecológico, puesto que según el primero no es necesario que exista, como en el segundo, la expulsión del feto. Basta que se produzca su muerte durante la vida intrauterina. De acuerdo con este parecer, anota Angel Gustavo Cornejo que en la noción de aborto "no solamente se comprende la expulsión prematura del fruto de la concepción, sino también su destrucción dentro del útero materno, pues entre los modernos procedimientos de muerte del feto empleáanse algunos encaminados a causar su muerte sin expulsión" (16).

✓ Si el feto es expulsado, y vegeta y vive, estaremos frente a una tentativa de aborto, desde que el aborto es la interrupción de la gravidez acompañada de la muerte del feto.

Para la existencia del aborto no es necesario la prueba de la vitalidad del feto. Hafter advierte que no interesa que el feto sea o no vital, puesto que el objeto de la protección penal es la vida del feto, una vida humana en germen. Comprobado el estado fisiológico de la gestación en curso, esto es, probado que el feto estaba vivo, y no era un producto patológico, como en el caso de la gravidez extrauterina o molar, no hay por qué indagar sobre su vitalidad biológica o capacidad de maduración.

~~La duración de la gestación tampoco importa.~~ Giuseppe Maggiore recuerda que "desechadas ya las antiguas doctrinas que intentaban fijar el comienzo de la unión del alma con el

(16) ANGEL GUSTAVO CORNEJO — "Derecho Penal Especial". t. I. Librería e Imprenta Gil, S. A., Lima, 1937, p. 40.

X cuerpo, es igualmente punible el aborto de un embrión apenas formado, que el de un feto próximo a la madurez. En efecto, la ciencia nos enseña que la vida intrauterina empieza al formarse el embrión y desde este momento debe ser amparada" (17). Thormann y Overbeck dicen que en cualquier fase de la vida intrauterina la eliminación de ésta es siempre aborto. La ley no distingue entre óvulo fecundado, embrión o feto; quiere decir entonces que interrumpida la gravidez antes de su término normal, hay delito de aborto. Cualquiera que sea la fase de la gravidez, desde la concepción hasta la iniciación del parto, provocar su interrupción es cometer el delito de aborto. La muerte del feto, ajeno a su falta de madurez o al empleo de medios abortivos, después de iniciado el parto, es infanticidio y no aborto. ✓

La muerte del feto debe ser efecto de la interrupción de la gravidez o del empleo de los medios abortivos. El momento en que se produzca esa muerte no tiene mayor importancia, sea cuando se halla en el útero materno o cuando ya ha sido expulsado. La ley no distingue entre la muerte directa del feto *intra uterum* y la muerte de éste *extra uterum* por deficiencia de maduración.

Si las prácticas abortivas hubieran recaído sobre un feto ya muerto en el útero materno, no habría aborto por falta de objeto, pero si un delito imposible, reprimible con arreglo al art. 99.

d) El cuarto elemento es el dolo. El aborto sólo es punible a título de dolo. El dolo, en este sentido, consiste en la conciencia y voluntad de matar al feto. Tal conclusión se desprende del examen del art. 164, que prevé y reprime una forma atenuada de delito, o sea, el aborto preterintencional. El art. 164 castiga al que "con violencia ocasionare el aborto, *sin haber tenido el propósito de causarlo*, siendo notorio y constándole el embarazo". De ello se infiere que si para dar lugar a una figura atenuada de aborto, es necesario el ejercicio doloso de violencias sobre la mujer, conociendo su estado de embarazo y *pudiendo* prever un aborto, para integrar un tipo común, no bastará estos requisitos sino algo más, que el agente tenga el propósito definido, específico, concreto, de causar el aborto, es decir, la muerte del feto.

Si la intención del agente era sólo la de acelerar el parto, como en el caso de la viuda que, estimulada por avaros deseos,

(17) GIUSEPPE MAGGIORE.— "Derecho Penal". Parte Especial. Vol. IV. Editorial Temis, Bogotá, 1955, p. 141.

solicita el apresuramiento del parto por medios violentos, para que el niño aproveche de la herencia del marido, la que habría perdido si el parto ocurriera fuera de los diez meses, no se configuraría el delito de aborto y la punibilidad del agente podría quedar reducida a responder por eventuales lesiones o muerte de la gestante. Si se tratara de un auto-aborto no existiría delito alguno, porque la mujer no había tenido la intención de matar al feto. La viuda no tuvo tal intención, al contrario, tenía interés en la vida del feto, y, aun más, sólo en esta vida reposaban sus ávidas e injustas esperanzas.

Los móviles del hecho no entran como elementos constitutivos del delito de aborto y sólo pueden influir como atenuantes y agravantes genéricas. Un impulso tan elevado como el sentimiento del honor, o tan fuerte y respetable como la miseria no desvanece la intención; un móvil tan execrable como la concupiscencia, tampoco lo transforma en otro delito, por su naturaleza más grave.

Si el aborto requiere del dolo para existir, naturalmente que queda descartada la culpa. Sin embargo Angel Gustavo Cornejo enseña que "el aborto es imputable no sólo por dolo, sino también por culpa, pudiendo cometerse por imprevisión, imprudencia, impericia; pero en éste último caso sólo es admitida la imputación cuando se trata de un tercero" (18). —

La doctrina distingue entre la culpa que comete la mujer embarazada y la culpa en que incurre un tercero.▲

En el primer caso, dice Carrara (19), que la mujer no debe ser responsable del aborto, porque la mujer se encuentra por entonces en una situación que todo concita a apiadarse de ella, a llamarla *magis miseratione digna*, y sería inhumano agregar a sus dolores, la responsabilidad de los abortos que tienen su origen en meras imprudencias. Existen organismos propensos al aborto: un desarreglo intestinal, una fiebre pasajera, una conmoción nerviosa, un movimiento violento, generan en ellas la interrupción del embarazo. ¿Qué sería de la pobre mujer, si cada vez que se produjese un aborto, los jueces se vieran en la obligación de abrir instrucción, para poner en claro, caso por caso, si ha mediado o no imprudencia de parte de aquéllas? Esta opinión de Carrara es la que prevalece.

(18) ANGEL GUSTAVO CORNEJO — "Derecho Penal Especial", op. cit., p. 41.
 (19) FRANCESCO CARRARA — "Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial", vol. I, op. cit. pág. 31-32.

En el segundo caso, de aborto ocurrido por el hecho de un tercero, la doctrina distingue, según que el sujeto conozca o no el embarazo. Si lo conoce, y el aborto se produce, por ejemplo en el supuesto del hombre que da un golpe en el vientre a una mujer, sin querer, al ejecutar un movimiento, torpemente, no responde por el aborto, pero sí por la lesión culposa. Si conoce el embarazo, y el aborto se produce, por golpes del agente, se hace autor de lesión dolosa. "De tal modo, concluye Carrara, la ciencia de hoy no conoce el título feticidio, sino cuando concurre la intención dirigida a la muerte del feto. Porque cuando ésta falta, si se trata del hecho de la mujer, cesa toda responsabilidad penal, y si se trata del hecho de un extraño, subintra otro título de delito".

✓ Esta enseñanza rima con los preceptos del C. P. peruano. ✓ En nuestro derecho no existe el aborto culposo; el dolo figura como condición *sine qua non* de la responsabilidad. Tal es el principio general. Cuando el legislador, ha reputado que un hecho es suficientemente grave, como para que se castigue no sólo la forma dolosa, sino también la culposa, lo ha tenido que establecer expresamente, porque así lo manda la primera parte del art. 82. Esto es lo que ocurre con el homicidio (art. 156), las lesiones (art. 168), el descarrilamiento de ferrocarriles (art. 269). Tratándose del aborto, no existe ninguna disposición equivalente. Por tanto, el aborto culposo no tiene existencia legal en nuestro Código, sea que el sujeto conociera o no la existencia del embarazo. Descartado, sin embargo el aborto culposo, queda la lesión culposa (art. 168) : si un sujeto como consecuencia de su negligencia, provocara un aborto, puede jurídicamente, serle imputado el delito de lesión culposa. Esto es así, además, porque, como dice Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, "Resultaría en extremo difícil poder comprobar que ha habido un delito culposo de aborto cuando por descuido o negligencia de la propia mujer, se ha suspendido el embarazo. Generalmente, estos abortos tienen lugar precisamente por ignorancia o descuido de la mujer y resultaría excesivamente rigurosa la ley que pretendiera responsabilizarla por un delito culposo" (20).

6.— *Las figuras legales.*—El Código prevé separadamente las siguientes figuras legales : aborto propio o auto-aborto, art.

(20) JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA.— "Delitos contra la vida y la integridad personal", Editorial Litografía Colombia, Bogotá, 1946, p. 265.

159; aborto consentido, art. 160; aborto sin consentimiento de la mujer, art. 161; aborto cometido por profesionales, art. 162; aborto preterintencional, art. 164; y aborto necesario o terapéutico, art. 163.

✓ Los Códigos de Argentina (art. 86, parag. 2º No. 2), Cuba (art. 443) y Ecuador (art. 423, parag. 2.), admiten, como causa de justificación, el *aborto eugenésico*, realizado para evitar el nacimiento de un vástago con serias incapacidades físicas o mentales o las dos; pero es muy discutible ese fin, de mejorar la raza.

Los Códigos de Argentina (art. 86, parág. 2º, No. 2), México (art. 333), Uruguay (C. P. de 1933, después de la reforma de 1938, art. 328, inc. 2º), Cuba (art. 443) y Brasil (art. 128, II), aceptan, como justificante, el *aborto ético*, humanitario o sentimental. Guillermo Fernández Dávila (21) participa de este criterio, pero prefiere modificar la titulación de la causa, "movil sentimental", usada por Luis Jiménez de Asúa (22), por la de *aborto por causas sociales*, denominación también acogida por Wachtel y Mario Carrara. Jiménez de Asúa defiende su terminología, basado en que, en el caso de aborto para liberar a una mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental, hasta noble, pero *egoísta*, es decir *personal*, en tanto que los motivos sociales son los que enraizan en una etiología de interés general, que en esta situación parece estar ausente. La ley peruana no ha considerado el aborto impune por causas sentimentales, porque, en esta hipótesis, la objetividad jurídica del delito queda sin modificación. A lo sumo podrá aplicársele al culpable las atenuantes previstas en el art. 51.

✓ Los Códigos latinos consignan el aborto "*honoris causa*" que consiste en la conveniencia de ser benigno con la mujer, puesta a elegir entre el sentimiento de la maternidad y la condena social opta, por el delito, con tal de conservar ilesa su reputación. El Código derogado de 1863 establecía en el art. 243, segunda parte: "Si fuere de buena fama (la mujer), y cometiere el delito obscada por el temor que se descubra su fragilidad, se rebajará un grado de la pena". El Código actual, en cambio, ha prescindido de esta atenuante, y al respecto reproducimos cuanto dijimos al ocuparnos de la figura del infanticidio (23).

(21) GUILLERMO FERNANDEZ DAVILA.— "El Delito de Aborto".— Imp. Lux de E. L. Castro. Lima, 1926, p. 80.

(22) LUIS JIMENEZ DE ASUA.— Libertad de Amar y Derecho de Morir", op. cit. p. 401.

(23) LUIS A. BRAMONT ARIAS.— "El Delito de Infanticidio", en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año XIX, Nos. I- II - III, Lima, 1955, p. 96-102.

✓ 7. — *Aborto propio o auto-aborto.*— El art. 159 describe el aborto propio, auto-aborto (Salbstabtreibung) o aborto procurado, según la terminología de Marciano, en los siguientes términos:

“La mujer que por cualquier medio adoptado, o por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años”.

Esta regla reproduce en cierta forma lo dispuesto por el art. 243 del C.P. derogado, el art. 105 del Anteproyecto Suizo de 1918 y el art. 88 del C.P. argentino.

Raíz y presupuesto de la figura es lo estatuido por el art. 51 de la Constitución: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”.

✓ El objeto específico de la tutela penal, es la protección a la vida del feto, a su integridad absoluta y a su derecho a desarrollarse total y completamente, de acuerdo con las leyes de la naturaleza.

✓ Sujeto activo puede ser cualquier mujer, independientemente de su estado civil, casada o soltera, viuda o divorciada, mayor o menor de edad.

Sujeto pasivo es el feto, en el seno de la madre, desde el instante de su concepción.

La acción consiste en “causar su propio aborto”. No tiene importancia que la mujer haya sido determinada o instigada por otros. Lo esencial es que exista una relación de causa a efecto entre las maniobras abortiva, practicadas por la mujer y el aborto. Si el aborto no fuese resultado de las maniobras abortivas, el hecho no configuraría un aborto consumado. Cuando el aborto, además de las causas puestas en acción por el delincuente, obedece factores de otro orden, pero que han cooperado con aquellas, no se puede afirmar, legalmente que el agente ha causado el aborto. En esta hipótesis de acuerdo con los principios generales el agente sólo ha cometido una tentativa de aborto.

La ley no establece expresamente que el aborto sea consecuencia de las maniobras abortivas, pero desde el momento que requiere que la mujer “causare su propio aborto”, es evidente que cuando no pueda determinarse una relación de causa a efecto entre el aborto y los medios abortivos, el hecho no debe de ser encarado como delito consumado.

Los medios empleados pueden ser procurados por la propia mujer embarazada o por terceros.

Con referencia a los medios procurados por la propia mujer encinta, se destacan los *medios psíquicos*, los *actos legítimos* y *suicidios*. Los medios psíquicos, porque son los actos para despertar la conmoción del miedo, y resulta axiomático que nadie puede imponerse miedo a sí mismo. Los actos legítimos, porque son aquellos que no pueden dejarse de ejecutar, como es el caso de la mujer que, por razones profesionales se expone a una intoxicación tabacal en la fábrica donde presta sus servicios. El suicidio, porque muchas veces la mujer, por desesperación ante el hecho del embarazo, atenta contra su vida, lográndose salvar su existencia pero no la del fruto de sus entrañas.

Los terceros que facilitan a una mujer el medio abortivo, a sabiendas de que va a ser utilizado por ella, se convierten en cómplices del delito y deben ser sancionados de acuerdo con el art. 100-104 del C.P.

La Ley dice que los medios han de ser procurados con el *consentimiento* de la mujer embarazada.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. La mujer que tolera que le practiquen la dilatación del cuello del útero, que consiente una ducha, o que toma un brevaje abortivo, a sabiendas del objeto pretendido, aun cuando no halla un consentimiento expreso, ha prestado indudablemente un verdadero consentimiento.

El consentimiento para ser jurídicamente tal, debe ser otorgado por una persona libre y capaz. Si emanase de una mujer que no estuviese en condiciones legales de prestarlo, es como si no lo hubiera otorgado. "Pero, dice Eusebio Gómez, para la validez de este consentimiento, no se exigen los mismos requisitos que la ley civil estatuye para la validez del consentimiento de los actos jurídicos en general" (24). Por su parte Vincenzo Manzini, agrega "aquí no se trata de un negocio jurídico, sino de un hecho ilícito, respecto al cual el consentimiento es, en cualquier hipótesis, necesariamente inválido" (25). Sebastián Soler dice que "en este caso, lo que se toma en cuenta es el hecho de que se obre con o sin voluntad *real* de la mujer, siempre que esa voluntad sea jurídicamente relevante" (26), o sea que se trate de persona ma-

(24) EUSEBIO GÓMEZ.— "Tratado de Derecho Penal", t. II, Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., Buenos Aires, 1939, p. 141.

(25) VINCENZO MANZINI.— "Trattato di Diritto Penale Italiano" vol. VII, Unione Tipografica - Editrice Torinese, Torino, 1946, ps. 538-539.

(26) SEBASTIAN SOLER.— "Derecho Penal Argentino", t. III, op. cit., p. 117.

por de 16 años, no enferma mental, ni sordo-muda (art. 9, inc. 1-2 y 3, y art. 10 del C.C.), o a la cual el autor no reduzca a inconsciencia o induzca a un error acerca de la naturaleza del acto que consiente.

El delito se *consume* al efectuarse el aborto, o sea al suprimir y dar muerte al feto, pero no al realizar maniobras abortivas.

La *tentativa* es configurable por tratarse de un delito material. Puede darse el caso de una mujer que haya querido abortar, ingiriendo, por ejemplo, un tóxico de los que se usan en este triste menester; y sobrecogida por los dolores, el peligro, la vergüenza, lo haga saber a terceros, que actúan para evitar el proceso abortivo, el cual queda definitivamente interrumpido. Igualmente es imaginable el caso en que un tercero suministra a la mujer el abortivo, y ésta, durante el proceso decida interrumpirlo, con éxito.

El tercero responderá de *concurso* en este delito, cuando la mujer ha dado origen a la acción productora del resultado, *causándose* el aborto; en cambio si el tercero es el causante del aborto, con el consentimiento de la mujer, responderá con arreglo al art. 160.

El delito es imputable a título de *dolo*. El dolo consiste en la conciencia y voluntad de ocasionar el aborto.

La *pena* es de dos días a cuatro años de prisión (arts. 14 y 159).

8.— *Aborto consentido*.— La figura del aborto cometido por un tercero con el consentimiento de la mujer y su correspondiente calificativa agravante se hallan concebidas en el art. 160 de la siguiente manera:

“El que causare el aborto de una mujer con el consentimiento de ella, o le prestare asistencia con tal objeto, será reprimido con penitenciaria no mayor de cuatro años o con prisión no mayor de dos años. El tiempo de la pena puede extenderse hasta seis años, si el aborto o el procedimiento empleado para él, causare la muerte de la mujer y si el delincuente pudo prever este resultado”.

El Código derogado preveía este hecho en el propio art. 243, y la fuente la encontramos en el art. 106, inc. 1º, y parág. b del

inc. 3º, del Anteproyecto suizo de 1918; y art. 85, inc. 2º, del C.P. argentino.

El *objeto* de la incriminación es el interés que la *sociedad* y el Estado tienen por la conservación de la *vida* humana, aunque se trate de una esperanza de *vida*, sin que de ella pueda disponer la madre que la ha concebido. Una madre no puede consentir que se le cause el aborto, porque el fruto de la concepción no le pertenece, aunque se quiera considerarlo como una sola cosa con *su persona*. Creemos que no se puede hablar de "derechos sobre la propia persona".

Sujeto activo de este delito, puede ser cualquiera, pariente o extraño de la mujer, profesional o profano, que cause el aborto con el consentimiento de la mujer, y también la propia mujer al consentir. La calidad del sujeto influye en el grado de la *pena*, o constituye causal de impunidad. Cuando el aborto se practica por un médico, o una persona que ejerce una profesión relacionada con la medicina, la pena se agrava, a tenor del art. 162; pero cuando el médico obra para salvar la vida de la mujer o para evitarle en su salud un mal grave y permanente, la responsabilidad se desvanece, con arreglo al art. 163.

Se trata, pues, dice Maggiose, de un delito *plurisubjetivo* y propiamente bilateral, en que hay dos coautores y no un autor principal y un copartícipe. Figura de autor principal es ciertamente la mujer que consiente, y no es exacto hablar de una simple "tolerancia" suya, asimilando su conducta a una complicidad negativa o connivencia, ya que la mujer no es inerte como un cadáver (*perinde ac cadaver*), sino que coopera al consentir las prácticas abortivas, es decir, al prestarse a ellas con movimientos corporales (a lo menos colocándose en posición obstétrica); no omite, sino que obra" (27).

La *acción* consiste en "causar el aborto". Debe existir una relación de causa a efecto, entre los medios empleados por el agente y el aborto. Si el aborto no fuese el resultado de las maniobras abortivas, el delito cometido sería el de lesiones, según opinión de algunos, o el de tentativa de aborto, según otros, entre los que nos contamos.

La ley exige que concurra el "consentimiento de la mujer". Se trata de un "consentimiento" al que no se le puede reconocer valor eximente, pues recae sobre un bien que no puede disponerse. El consentimiento hace que desaparezca la ofensa al derecho

(27) GIUSEPPE MAGGIORE.— "Derecho Penal", Parte especial, vol. IV, op. cit., ps. 147-148.

personal de la mujer, pero deja intacto la ofensa contra el interés del Estado por la conservación de una esperanza de vida, lo que justifica la disminución de la pena con relación a la figura del aborto realizado sin que la mujer consienta.

La ley penal, a diferencia de lo que sucede acerca de la validez del consentimiento en los negocios jurídicos comunes, únicamente considera capaz de consentir a la mujer que haya cumplido 16 años, que tenga capacidad de entender y de querer, y que disponga de voluntad libre. *A contrario sensu*, no puede hablarse de aborto con el consentimiento de la mujer, si ésta no ha cumplido 16 años, o carece de capacidad de entender y de querer; o si el consentimiento le ha sido arrancado con violencia, amenaza o sugestión, o se ha obtenido con engaños; casos en los que el *único agente* es el que ha ocasionado el aborto.

Momento *consumativo* es el de la muerte del feto, no la simple realización de maniobras abortivas.

La *tentativa* es posible, por tratarse de un delito de resultado.

✓ En caso de *coparticipación criminal* se aplican las normas generales, esto es, todas las personas que hubieren tomado parte en la ejecución del aborto o en su determinación, responderán a título de *coautores*, según la primera parte del art. 100 del C.P.; y si su ayuda hubiere sido, ya no principal, sino secundaria, de mínima importancia, lo harán como *cómplices*, a tenor de la segunda parte del propio artículo.

La *pena* es de penitenciaría de 1 a 4 años, o de prisión de 2 días a 2 años.

Circunstancia agravante especial es que "el aborto o el procedimiento empleado para él, causare la muerte de la mujer y si el delincuente pudo prever este resultado".

Puede ocurrir que las maniobras abortivas ocasionen la muerte de la persona o lesiones graves.

La ley sólo contempla la muerte como consecuencia de los medios empleados para el aborto, no así el caso de lesiones, que también debió ser previsto.

✓ La muerte de la mujer, es una de las más frecuentes. Las hemorragias, las infecciones, las intoxicaciones, derivadas del aborto o del uso inexperto de los medios abortivos, ponen término, muchas veces, a la vida de la mujer. El agente responde por ese resultado, porque lo pudo contemplar no solamente como posible, sino como probable.

Se trata de una circunstancia objetiva, material, comunicable a todos los concurrentes, de acuerdo, a *contrario sensu*, con el art. 104.

✓ Es presupuesto que el resultado "muerte" no haya sido querido, ni siquiera eventualmente, por el agente, porque entonces el delito no sería de aborto, sino de homicidio.

✓ Tampoco debe haberse causado la muerte de la mujer para ocultar el aborto, porque si este es el hecho criminoso tendremos un homicidio calificado, por cuanto se comete para ocultar otro delito (art. 152).

En concepto de algunos autores, no existe preterintencionalidad, en el aborto seguido de la muerte de la mujer. Eusebio Gómez sostiene "en este caso media la intención de causar un aborto y se causa; la muerte no ha sido querida, pero es una consecuencia del otro delito que la ley pone a cargo del agente para agravar la sanción. En el homicidio preterintencional se ha tenido la intención de causar un daño en el cuerpo y la salud y se ha ocasionado la muerte. Hay un solo efecto que es la muerte; en el ejemplo antes citado, el efecto de la acción es doble: el aborto y la muerte" (28).

✓ A juicio de otros se trata de una hipótesis de delito preterintencional o calificado por el resultado: un delito-base, doloso, ligado a un resultado más grave, fuera de la intención del agente, pero imputable a título de culpa. Si hubiera dolo, aunque fuese eventual, por parte del agente (por ejemplo, el de dañar o matar a la mujer), habría un concurso de delitos (art. 108), el constituido por las violencias (lesiones u homicidios) y el aborto. Tal es el caso de las lesiones o muerte que resultare al tratar de vencer la resistencia de la mujer para provocar el aborto: habría delito de lesiones u homicidio en concurso con el aborto.

Entre la muerte de la mujer y el aborto, o el procedimiento abortivo usado, debe haber un nexo de causalidad. Si el aborto es solamente *ocasión*, no *causa*, de la muerte de la mujer, esa muerte no podrá colocarse a cargo del agente, porque no es el resultado exclusivo ni del aborto ni de las maniobras abortivas, conforme a las enseñanzas de Manzini (29). Sin embargo, José Agustín Martínez, de acuerdo con Altavilla, trae una opinión diversa: "Si el aborto es *ocasión* de la muerte de la grávida, no hay duda que ese desgraciado evento debe quedar en la cuenta

(28) EUSEBIO GÓMEZ.— "Tratado de Derecho Penal", t. II, op. cit., p. 98.

(29) VINCENZO MANZINI.— "Trattato de Diritto Penale Italiano", vol. VII, op. cit., ps. 525-527.

del autor. Así lo entendió también la segunda comisión redactora del proyecto Zanardelli, con la salvedad de que el título de la incriminación en este caso se fundamentaba que el culpable debía responder por delito de homicidio "como una consecuencia fácilmente previsible de su operación" (30).

Puede darse el caso de que la mujer muriese a consecuencia de la práctica abortiva pero el feto resultar salvado. Como aceptamos que la muerte del feto es esencial para el aborto, en este caso se trataría de un homicidio culposo y de una tentativa de aborto. De acuerdo, Manzini (31).

Pudiera suceder que a causa del abortivo la mujer muriese, y resultara que no se encontraba grávida. No habría aborto agravado, desde luego; pero sí homicidio culposo, porque el propósito del agente no fué ocasionar las lesiones que causaren la muerte, sino abortar a la mujer, aun cuando procediera en la creencia errónea de que la mujer se hallaba embarazada.

El aborto calificado sólo se refiere al aborto consentido o sin consentimiento. En el caso de lesiones o muerte de la mujer, tratándose del auto-aborto, el cómplice será responsable a título de lesiones culposas (art. 168) y homicidio culposo (art. 156).

En el caso de lesiones ocasionadas a la gestante y muerte del feto, habría dos delitos: lesiones culposas y aborto no consentido (art. 161). Las lesiones de que pudiera responder el tercero al practicar un aborto, son aquellas no necesarias o no inherentes a cualquier aborto practicado por medios no excesivos, o de cualquier modo, aptos para ocasionar lesiones no necesarias. Cualquier aborto, aun el provocado por medios admitidos por la ciencia médica y empleados con pericia, importa una lesión al útero y un estado patológico más o menos grave y duradero. Es natural que tales lesiones, que se consubstancian con el hecho criminal, no den lugar a una circunstancia agravante, que presupone siempre un *caso* extraordinario. La agravante es, por tanto, constituida solamente por la lesión extraordinaria. Si no fuera así, el aborto sería siempre *calificado*.

✓
9.— *Aborto no consentido.*— El Art. 161, en su primera parte, prevé el *aborto no consentido* o *aborto sufrido*. Según Marciano, en los términos siguientes:

(30) JOSE AGUSTIN MARTINEZ.— "Aborto ilícito y Derecho al Aborto", Jesús Montero, Editor, La Habana, 1942, p. 66.

(31) VINCENZO MANZINI.— "Trattato de Diritto Penale Italiano", vol. VII, op. cit., p. 326.

“El que hiciere abortar a una mujer, sin su consentimiento o contra su voluntad, sufrirá penitenciaría no menor de tres años ni mayor de diez años. La pena será no menor de cinco años de penitenciaría si sobreviniere la muerte de la mujer a consecuencia del aborto y si el delincuente pudo prevenir ese resultado”.

Esta regla encuentra antecedente, en parte, en el art. 244 del C.P. derogado, y reproduce el inciso 2º y el punto b del inc. 3º del art. 106 del Anteproyecto Suizo de 1928, así como el art. 85, inc. 1º del C.P. Argentino.

Objeto específico de la tutela penal, es el feto, su derecho a la vida y a la integridad corporal. También lo es la madre gestante, cuya voluntad está ausente.

Sujeto activo puede ser cualquiera pariente o extraño de la mujer embarazada, un profano o una persona que ejerza una profesión relacionada con la medicina. La calidad de sujeto influye en el grado de pena. Cuando el aborto es practicado por un médico, o una persona que ejerce un aprofesión relacionada con la medicina, la pena se agrava a tenor del art. 162; pero cuando el médico obra para salvar la vida de la mujer o para evitarle un mal grave y permanente, la responsabilidad se valoriza, conforme al art. 163.

La *acción* consiste en “hacer abortar a una mujer”. No tenemos nada que agregar a las consideraciones expuestas al comentar los artículos anteriores.

x El aborto ha de practicarse “sin el consentimiento o contra la voluntad” de la mujer embarazada. La ley ha debido decir, simplemente, sin el consentimiento de la mujer. El disentimiento es la forma más aguda de la falta de consentimiento. Siempre que se obra contra la voluntad de una persona, se obra naturalmente, sin su consentimiento. En este sentido el texto es redundante.

No se requiere un disentimiento expreso. Hay disentimiento para causar el aborto aun sin saberlo la mujer; en este caso la ignorancia hace presumir el disentimiento. El disentimiento es presunto cuando la mujer tiene menos de diez y seis años, o no tiene capacidad para entender o querer (enajenada mental, idiota, sordo-muda, una mujer bajo la acción de un narcótico, de un estupefaciente, en estado de embriaguez); o cuando el consenti-

miento le es arrancado por medio de violencia amenaza engaño o sugestión.

El delito se *consume* al efectuarse el aborto, o sea dar muerte al feto, mas no al realizar maniobras abortivas.

La *tentativa* es configurable.

En caso de *concurso*, todas las personas que han tomado parte en el delito, responderán según el art. 100 como coautores, y su ayuda hubiese sido secundaria, conforme a la segunda parte del mismo art., como cómplice.

La *culpabilidad* supone el dolo, que consiste en la conciencia y voluntad de hacer abortar a una mujer, sin su consentimiento.

La ignorancia acerca de la voluntad de la mujer, no modifica la responsabilidad del agente. La ignorancia implica la posibilidad de una voluntad contraria, quedando el agente en duda, y sujeto por tanto a la responsabilidad de su acto.

La *pena* es de penitenciaría de tres a diez años.

Constituye circunstancia *agravante especial* "si sobreviniese la muerte de la mujer a consecuencia del aborto y si el delincuente pudo prever este resultado". En este caso, se aplicará penitenciaría no menor de cinco años.

La muerte no debe ser voluntaria. Es suficiente un nexo de causalidad con el aborto; la ley no se ha puesto en la hipótesis de que también podría serlo ocn "el procedimiento empleado para él" (aborto), como lo hizo en el anterior, por lo que se cuestionaría si se presenta la agravante aun cuando el aborto no se verifique y la muerte provenga de la realización de los actos dírígidos a producirlo.

La agravante se daría aunque la mujer sufriera de nefritis, cálculos biliares o degeneración grasosa del corazón, que hubieran minado la resistencia de su organismo, pues se trata de causas concurrentes que no excluyen el nexo de causalidad.

La relación de causa a efecto subsiste aun en el caso de que el resultado letal haya sido consecuencia de una intervención quirúrgica, necesaria a causa del aborto.

No son aquí aplicables las normas sobre concurso de delitos, porque se trata de un delito *complejo*.

El delito se considera *consumado* en que se verifica la muerte de la mujer.

Se trata de una circunstancia objetiva, comunicable a todos los concurrentes.

Vale, por lo demás, cuanto se ha dicho en el artículo precedente.

10.— Aborto agravado para profesionales.— El art. 162 establece un caso de agravación del aborto, para las personas que ejercen profesión sanitaria. Dice así:

“Los médicos, cirujanos, ~~parteras~~^{intelectuales}, farmacéuticos y cualesquiera otras personas dedicadas a profesiones sanitarias, que abusaren de su arte para causar el aborto, sufrirán las penas de los artículos anteriores e inhabilitación especial por un tiempo no menor de cinco años”.

Esta regla es igual al art. 245, primera parte, del C.P. derogado, y reproduce casi textualmente lo dispuesto por el art. 86, primer apartado, del C.P. argentino.

Objeto específico de la protección penal es la vida del feto y la necesidad pública de que los que ejercen una profesión sanitaria o médica no abusen de sus conocimientos con actos ilegales e inmorales.

Sujeto activo puede ser toda persona que ejerza una profesión dentro de las ramas del arte de curar. La ley hace referencia expresa a los médicos, cirujanos, parteras y farmacéuticos; pero también comprende a los practicantes, enfermeros y ayudantes, puesto que alude a “cualquiera otras personas dedicadas a profesiones sanitarias”.

La *acción* consiste en “abusar del arte para causar el aborto”.

“Abusar” significa aprovecharse de los conocimientos de una profesión sanitaria que se posee, para cometer el delito de aborto.

En concepto de Eusebio Gómez “no era necesario, por cierto, que el Código, para establecer la responsabilidad que, a los profesionales pueda corresponder por este delito, exigiera, por parte de los mismos, y como condición necesaria, que la práctica del aborto sea con *abuso* de su arte o ciencia. No era necesario, porque si el profesional que lo provoca es un médico diplomado, y procede *con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros*

medios, no está sometido a sanción alguna, porque, por la circunstancia expresada, el hecho carece de ilicitud" (32).

A juicio nuestro la exigencia de la ley es necesaria, porque con el art. 162 basta que el profesional haga algo encaminado directamente en la muerte del feto, para que incurra en el delito de aborto; por ejemplo, dar instrucciones o consejos sobre el empleo de medios o maniobras abortivas, a un hombre o una mujer, la crea o no encinta. Esto es así porque el profesional, por su misma condición de tal, se encuentra en situación distinta a la de un autor profano. Indicar el suministro de un abortivo no constituye indudablemente la consecución del aborto, pero estas instrucciones cobran un sentido muy especial y grave cuando emanan de un profesional. La esfera de acción del profesional en relación con la del profano es mucho más extensa y amplia. Ampliado el círculo de acción, para el profesional, es lógico que la ley exija que dichas acciones representen un abuso del acto, por constituir delito. "Abuso, dice Sebastián Soler, en el sentido *objetivo y subjetivo*, esto es, ha de ser una acción que no corresponda a los principios normales de la *lex artis* y de la ética de la función, y que además sea ejecutada con conocimiento de su carácter abusivo" (33). Se parte del principio de que la obtención de un título académico no es solamente una demostración de la capacidad del profesional, sino un depósito de la pública confianza, por cuanto se espera que el profesional ejerza su arte de acuerdo con las leyes y con los cánones de la ética profesional. Si el profesional, escudándose en su título, lo ejerce para la comisión del delito de aborto, no hay duda alguna que se hace indigno de la confianza depositada en él y hace mal uso de sus conocimientos profesionales. En este sentido hay un verdadero *abuso profesional*.

La Ley establece, como *sanción*, la misma pena que establece contra los terceros autores de aborto, y además la de "inhabilitación especial por un tiempo no menor de cinco años". En caso de reincidencia o habitualidad, habría sido recomendable la cancelación definitiva e irrevocable del título académico.

La sanción se justifica por razones de política criminal. El Estado, que crea y mantiene facultades, que dedica y sostiene costosos Institutos, otorgando títulos académicos que habilitan legalmente para el ejercicio de una profesión a los que ahí cur-

(32) EUSEBIO GOMEZ.— "Tratado de Derecho Penal", t. II, op. cit., ps. 144-145.

(33) SEBASTIAN SOLER.— "Derecho Penal Argentino", t. III, op. cit., p. 121.

san estudios, confiando en su capacidad y rectitud, tiene el perfecto derecho de exigir de éstos, por lo menos, el respeto a la Ley y su cooperación para la consecución de los fines de la colectividad.

11.— *Aborto preterintencional*.— El art. 164 contempla la hipótesis del aborto preterintencional, en los siguientes términos:

“El que con violencia ocasionare el aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, sufrirá prisión no mayor de dos años”.

Esta regla tiene su antecedente en el tercer apartado del art. 244 del C.P. derogado, y reproduce textualmente lo dispuesto por el art. 87 del C.P. Argentino.

En cuanto a la *objetividad jurídica* de la figura, la incriminación ampara de un lado, la conservación de la vida del feto, y de otra parte la inviolabilidad de la vida de la madre.

Es un error afirmar que el art. 164 prevé un aborto culposo. Ya hemos dicho que no existe la figura. El art. 164 no emplea ninguna de las expresiones usadas por la ley para definir o describir la culpa (art. 82). El aborto sería culposo si el sujeto causara el aborto por sus violencias, pero *sin* que el estado de embarazo le constare o fuere notorio; por ejemplo, el individuo que con el propósito de anteceder a una mujer, le da un empujón para sacarla de su camino, y a consecuencias de esta embestida, cae en mala forma y aborta.

Por el art. 164, tal como las otras figuras preterintencionales, contiene un hecho base de carácter ilícito y *culposo* (las violencias) y una conclusión culposa (el aborto). Así el marido irascible que, decidido a castigar a su esposa, no repara en el estado de embarazo de la misma, le propina una paliza (hecho ilícito y doloso), a consecuencia de la cual la mujer aborta.

Por lo demás, la comparación de las escalas penales nos muestra la incorrección de ver en el art. 164 un delito culposo. Si así fuera la ley habría incurrido en contradicción, porque estaría sancionando la muerte de un *feto* con la misma pena de la muerte culposa de un hombre.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, hombre o mujer pariente o extraño, profano o profesional.

La *acción* consiste en "ocasionar el aborto". Al respecto, véase lo dicho anteriormente.

El *medio* empleado ha de ser la violencia. Por violencia entendiéndose la ley toda clase de traumatismo, malos tratos o coacciones dirigidas contra la mujer, no contra el feto.

El elemento *subjetivo* del delito está constituido por el dolo en la iniciación, o sea, en el empleo de elementos, y culpa en el resultado, o sea en la muerte del feto, por cuanto la ley exige que el estado de embarazo sea notorio o que le conste al autor del hecho, en otros términos el autor *debe saber* que la mujer estaba embarazada. Que el embarazo sea *notorio* quiere decir que sea manifiesto, evidente, y en caso de no serlo, que el autor le *conste*. Si el agente no conocía el estado de gravidez y se produjera el aborto a consecuencia de los maltratos, el delito no se considera como de aborto, sino como lesiones, con arreglo al art. 166 del C.P., concordante con el art. 167 del mismo Código. Así lo ha declarado la Corte Suprema en la ejecutoria del 18 de agosto de 1944, inserta en R. de J. P., setiembre de 1944, p. 43.

Este delito puede *concurrir* con otras figuras delictivas como por ejemplo con el de lesiones (art. 165) o de lesiones seguidas de muerte (arts. 165 y 166 último párrafo), en el caso de que con los actos de violencia se ocasionaren estos resultados.

La *pena* es de prisión de dos días a dos años (art. 14).

12.— *Aborto necesario o terapéutico*.— La ley reconoce, explícitamente, la licitud del aborto *necesario o terapéutico*, en el art. 163 que establece:

"No es reprimible el aborto practicado por médico con consentimiento de la mujer encinta, sino hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave o permanente".

La fuente de este art. se encuentra en lo dispuesto en el inciso primero del segundo apartado del art. 86 del C.P. Argentino, y en el Art. 107 del Anteproyecto Suizo de 1928.

Se trata de una disposición que se halla expresamente considerada en la mayoría de los Códigos Penales Hispanoamericanos: Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Méjico, Ni-

caragua, Uruguay y Venezuela. El hecho que no aparezca mencionado en otros códigos, no significa, que su impunidad sea excluida, ya que ella entonces se fundamenta en la justificante del estado de necesidad.

Frecuentemente se sostiene que la impunidad de este aborto se basa en un estado de necesidad; pero cabe afirmar que un estudio comparativo de los requisitos del estado de necesidad justificante general (art. 85, inc. tercero) y los del aborto terapéutico o necesario (art. 163), nos lleva a la conclusión de que este último ha sido pasado y regulado conforme al criterio que no se ajustan a los requisitos del estado de necesidad.

Indicamos, en primer término, que el inc. 3º del art. 85 se refiere al estado de necesidad de la *persona* que se halla en una situación de peligro, mientras que el art. 163 comprende al *extraño* a esa situación de peligro.

En segundo lugar el inc. 3º del art. 85 contempla el caso de un peligro *inminente*, en tanto que el art. 163 no contiene este requisito, pues no es necesario que el peligro sea inminente, basta que a juicio del médico exista un peligro, que puede ser futuro para la vida o la salud de la madre.

En tercer lugar, en el supuesto de que el inc. 3º del art. 85 comprendiera a los extraños, *cualquier persona* podría practicar el aborto, mientras que en la hipótesis del art. 163, solamente lo puede hacer un *médico*. El art. 163 contiene, pues, una exigencia mayor: es el médico quién, según sus conocimientos, ha de declarar que el embarazo implica un peligro para la vida o la salud de la madre, y en esa convicción practicara el aborto.

Finalmente el inc. 3º del art. 85 no contiene referencia alguna al requisito de *consentimiento* de la madre, que de exigirse haría impracticable en dichos casos el estado de necesidad que supone una decisión y acción inmediatas; en cambio el art. 163 sí lo exige.

Estas consideraciones demuestran que el art. 163 no se contrae a repetir la consideración general del estado de necesidad prevista en el inc. 3º del art. 85, sino que, dentro de la sistemática del Código desempeña una función propia. Si no existiera el art. 163 el estado de necesidad tal vez funcionaría, forzando un poco los alcances del estado de necesidad, para el aborto, pero con *otros elementos*. Esta simple atingencia es bastante para justificar la intuición del art. 163 de la parte Especial del Código, en forma exclusiva para el delito de aborto.

El aborto necesario o terapéutico puede ser definido como *la interrupción artificial de la gravidez para evitar un peligro cierto e inevitable de otro modo, a la vida o salud de la gestante*. En lenguaje de la ley es el "practicado por un médico con el consentimiento de la mujer encinta, si no hay otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente".

La ley exige taxativamente que el aborto necesario sea practicado por *médico*. Igual requisito consignan los Códigos de Ginebra, Ticino, Vaud, Argentina, Venezuela, Checoslovaquia —Proyecto de 1926—, Chile —Código Sanitario—, Letonia, Suiza, Ecuador, Brasil, Costa Rica, etc. Otros Códigos, en cambio, no hablan expresamente de la condición de médico del autor, como los de Cuba, Dinamarca —ley de 1937—, Uruguay.

— Otra cuestión que tiene especial importancia es que el médico debe actuar con el *conocimiento* de la gestante. También consignan este requisito los Códigos de Cuba y Ecuador. Otros no hablan de semejante requisito, como el de Argentina, Venezuela, México, Brasil, Letonia, Dinamarca (ley de 1937). Algunas legislaciones, como el Código Sanitario de Chile, Código de México, Decreto francés de 29 de julio de 1939 (art. 87), Código de Costa Rica, exigen la garantía de la consulta a otros facultativos, aunque algunos de ellos reducen los requisitos cuando el caso es de urgencia. Es interesante observar que el Código Federal Suizo de 1937 distingue los casos de peligro ordinario, en que se exige el consentimiento escrito de la embarazada y la consulta a otros médicos, del estado de necesidad, en que no se precisan esas condiciones; y el Código Uruguayo, que sólo exige el consentimiento de la embarazada, e impone una sanción leve en caso de aborto necesario ejecutado sin ese requisito.

En concepto de Luis Jiménez de Asúa, la condición del consentimiento es incompatible con el estado de necesidad, aunque le parece útil escuchar, *cuando sea posible*, el juicio de otros facultativos. "Demandar el consentimiento de los padres para la práctica del aborto científico —dice el Maestro español— lo estimo un escrúpulo exagerado y acaso contraproducente. Un desmentido amor maternal puede hacer que la madre prefiera morir ella a que impidan el nacimiento de su hijo, y un móvil concupiscente puede guiar al marido, que, para asegurar la

transmisión de una cuantiosa herencia de su esposa, opta por la muerte de ella mejor que por el despedazamiento del futuro sucesor. Cuando el médico comprueba un verdadero caso de peligro para la vida de la madre, y no haya medio hábil para practicar una públicotomía o una cesárea sin riesgo, debe apelar al otro procedimiento, sin previa autorización de los padres. Lo que hace el médico es dirimir un estado de necesidad, en que no es preciso consentimiento alguno de las partes cuando se salva un interés superior, como es la vida de la madre, que prepondera sobre la existencia del feto" (34).

Guillermo Fernández Dávila, en cambio, sostiene "la necesidad de que este requisito se halle perfectamente estatuido en los códigos de moral profesional, pues él viene a normar circunstancias generales, dentro de las que pueden presentarse excepciones, para las que y por las que no es posible sentar absolutismos que pueden más bien ser, no sólo contraproducentes, sino hasta peligrosos. Dejar al amplio criterio de un médico, que no siempre puede estar bien intencionado, el dirimir estas cuestiones de hondo sentido moral y de árduo conflicto sentimental, es embargar y aumentar enormemente la responsabilidad del profesional, que tiene que actuar como juez dirimiendo hechos muy ajenos al bien circunscrito radio de acción que su misión le marca, fuera del poco agradable papel que se le asigna para cumplir el imperativo que tal eludición traería, yendo contra la voluntad obcecante de un padre o la negativa defensiva de una madre. No se resolverían, muchísimo mejor, estos casos de excepción (que pueden evitarse tal vez con la persuasión reflexiva de parte del médico), dejando establecido que al presentarse pudiera intervenir un juez competente, que resolviera la cuestión y autorizara al médico, al dilucidar estos difíciles problemas de estado de necesidad?" (35).

La exigencia del consentimiento de la gestante ha motivado, pues, serias censuras a la ley, por parte de los que piensan que la mujer embarazada, muchas veces, no puede prestar su consentimiento por hallarse en estado inconsciente, o porque simple y llanamente quiere sacrificarse en holocausto al hijo.

A juicio nuestro, es lógica la exigencia del consentimiento en la forma que lo hace el Código, pues la ley resuelve objetivamente el valor de los bienes en conflicto, el hijo o la madre, en el

(34) LUIS JIMENEZ DE ASUA.— "Libertad de amar y derecho a morir", op. cit., ps. 397-398.

(35) GUILLERMO FERNANDEZ DAVILA.— "El delito de aborto", op. cit., ps. 86-87.

sentido de preferir la conservación de la madre, una persona humana, ya existente, completa y cierta, a la del hijo, una persona incompleta e incierta, pero deja librada a la voluntad de la madre el acogerse a ese "beneficio" u optar por el sacrificio o el riesgo de su propia vida, para no impedir el desarrollo del hijo. Sebastián Soler y Carlos Fontán Balestra son de este parecer. Soler escribe: "Conocemos ya el problema penal planteado por los casos en los cuales el sujeto da el consentimiento sobre un bien tutelado en consideración a intereses sociales y sabemos que en tal caso ese consentimiento es inválido para discriminar la acción. En este caso, se trata precisamente del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido a indudablemente protegido por el interés social. En caso de peligro para la vida de la madre, la ley, para la cual la vida de ésta es más valiosa, puesto que no la sacrifica forzosamente a la del hijo, respeta su derecho heroico si se quiere, a la maternidad y le reconoce a ella, y sólo a ella, el derecho de optar entre su propia vida y la del hijo" (36). No hay que olvidar que se trata de un aborto practicado en *frío*, preventivamente y a largo plazo, no de una situación de necesidad, por lo que la madre puede muy bien prestar su consentimiento, con plena consciencia de la decisión que toma, antes de que la situación grave se presente.

Otro problema es el de la *extensión del mal* que se previene con el aborto terapéutico. Algunos Códigos, como el de Venezuela y el Decreto francés de 1939, sólo hablan de salvar la vida de la madre. Otros se refieren a la salud de la madre, como Canadá y Tasmania. Otros incluyen ambas situaciones, esto es, la necesidad de salvaguardar la vida y de evitar un daño a la salud; tal es el caso del Perú, de Argentina, Checoslovaquia (proyecto de 1926), Letonia, Uruguay, Alemania (ley de 1935), Suiza, Dinamarca (ley de 1937), Costa Rica.

Desde el punto de vista médico tiene que existir grave peligro de muerte para la madre o de daño grave y prolongado en su salud. Se indican al respecto, como justificaciones científicas del aborto médico, las *estrecheces pelvianas*, que sin embargo los tocólogos afirman, a menos de no ser muy exagerados, permiten que el parto se produzca por vías naturales, o por otros medios, como la operación cesárea, pubiotomía, etc.; las *afeccio-*

(36) SEBASTIÁN SOLER.— "Derecho Penal Argentino", t. III, op. cit., p. 128.
Conf. Carlos Fontán Balestra.— "Manual de Derecho Penal", Part eEspecial, t. I, Edit. Depalma". Buenos Aires, 1951, p. 72.

nes graves desarrolladas por el embarazo mismo, como las hemorragias irreductibles, las degeneraciones placentarias, los hidranios excesivos, las anemias perniciosas, etc.; las *intoxicaciones gravídicas*, como vómitos incoercibles, manías, etc.; y las *enfermedades preexistentes*, agravadas por el proceso mismo del embarazo, como las correspondientes a los aparatos cardio-vascular, respiratorio, urinario, etc.

La oportunidad y justificación técnica de la interrupción es del resorte del médico. "La justicia, dice Nerio Rojas, no debe entrar en esa discusión científica, a menos que el aborto no tuviera justificación para ningún criterio médico" (37).

Hay que decir que la ciencia médica, día a día, disminuye los casos en que puede surgir la necesidad del aborto, para evitar la muerte de la mujer embarazada o un mal grave y permanente en su salud.

"El médico, a este respecto, dice Albert Ponsold, debe tener en cuenta, en primer lugar, los puntos de vista que son decisivos para él, sin olvidar que el médico no trata enfermedades, sino enfermos, y que, por consiguiente, no es posible juzgar la salud y las perspectivas de salud de una enferma (en este caso, la embarazada sin tener en cuenta su situación social. Debe razonarse, si "teniendo en cuenta sus circunstancias sociales, al conservar la gravidez, no puede evitarse un grave peligro para la salud o la vida de la paciente". En efecto, la mujer que desempeña un trabajo profesional o la que en sus quehaceres domésticos no puede procurarse ayuda por razones económicas, tiene su salud expuesta a peligros completamente distintos que una embarazada a la cual su situación social le permite toda clase de cuidados y, tal vez, costosos tratamientos. Todo ello debe tenerlo presente el médico al fijar una pauta terapéutica. También debe considerar que una indicación social puede transformarse en una indicación médica por el hecho de que el embarazo, en su proyección social, puede dar lugar a un estado psicopatológico capaz de provocar el suicidio, y, aún, sin peligro de suicidio, puede existir el riesgo de que quede establecido un estado psicopático permanente. Desde luego, en tales casos se requiere también la opinión del psiquiatra" (38).

(37) NERIO ROJAS.— "Medicina Legal", t. I, Librería y Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1936, p. 325.

(38) ALBERT PONSOLD.— "Manual de Medicina Legal", traducción del alemán por Miguel Sales Vásquez, Editorial Científica Médica, Barcelona, 1955, pp. 16-17.

En cuanto al procedimiento que el profesional debe seguir, cuando constreñido por alguna de las indicaciones médicas, se ve obligado a interrumpir una gestación, Tarnier, citado por Guillermo Fernández Dávila, dice: "Para poner la responsabilidad a cubierto, debe asegurarse el concurso de varios colegas, no operar sino con su consentimiento unánime; y las indicaciones aceptadas deben consignarse por escrito, bajo forma de consulta y hacer conocer a la autoridad judicial, la naturaleza de la operación y las razones que la hayan imperiosamente justificado" (39).

Nos parece que la provocación del aborto, lícita por motivos de salud, sólo debe llevarse a cabo cuando un centro oficial de peritación juzgue la intervención como necesaria. El médico que considere una interrupción del embarazo debe solicitarlo a la Federación Médica o al Colegio de Médicos, con un razonamiento extenso, justificando la necesidad de la intervención por motivos de salud. La solicitud, a través del Colegio, será remitida a un Centro de Peritación, el que nombrará a dos peritos, de los cuales uno debe ser tocólogo. El peritaje lo harán ambos independientemente. El examen será remitido al Centro. Cuando los peritos se hallen de acuerdo en la necesidad de la intervención, el Centro comunicará la decisión al médico solicitante. Este, a su vez, la transmite al ginecólogo que ha de llevarla a cabo en un Hospital o Clínica. En el supuesto de que no se hallaran de acuerdo los peritos, el Jefe del Centro sería el llamado a decidir después de la propia exploración de la embarazada o de consultar a un perito superior, el cual decidiría.

El "Código de Moral Médica" del Perú adoptado por el Círculo Médico Peruano, y aprobado por la Asamblea General, realizada en 1922, contiene una fórmula acertada para practicar el aborto terapéutico.

El art. 64 del Código en mención dispone, que "Al médico le está terminantemente prohibido, por la moral y por la ley, la interrupción voluntaria del embarazo en cualquiera de sus épocas; pero podrá provocar el aborto o el parto prematuro con un fin terapéutico, en los casos indicados por la ciencia".

El art. 65 expresa que; "No se procederá a la interrupción del embarazo sino después de haber cumplido los preceptos siguientes: haber agotado todos los recursos destinados a la conservación de la salud de la madre, sin perjuicio de la vida del

(39) GUILLERMO FERNANDEZ DAVILA.— "El delito de aborto", op. cit., p. 84.

feto; haber oído la opinión favorable de otros médicos especialistas en obstetricia y haber obtenido el consentimiento de los padres”.

El art. 66 establece que; “La Embriotomía del feto vivo y viable está formalmente contraindicada por la ciencia y por la deontología. Cuando por una disticia no sea posible el parto por las vías naturales, se hará de preferencia la pubiotomía o la operación cesárea”.

Finalmente el art. 67 señala que: “Si el caso se presenta en una población sin recursos necesarios para intentar una de dichas operaciones conservadoras, o el médico no posee la competencia y la habilidad indispensables para semejantes actos operatorios y no puede ocurrir a ningún cirujano, o si la madre y sus deudos se oponen rotundamente a las dos operaciones antes citadas; si después de haber agotado todos los medios indispensables, la vida de la madre está en peligro por el hecho del parto que no puede verificarse, el médico, en beneficio de la salud de la madre, está autorizado para ejercitar la embriotomía del feto vivo”.

13.— *Otros casos de justificación e impunidad.*— En el área doctrinal menudean los partidarios de que el aborto se justifique o quede impune en numerosos casos:

- a) Aborto autorizado por móviles eugénicos;
- b) Aborto autorizado por motivos sentimentales; y
- c) Aborto impune por miras sociales y económicas.

a) *Aborto autorizado por móviles eugénicos.*—

Es el realizado para evitar el nacimiento de infelices seres tarados con una enorme carga degenerativa. El aborto eugénico, a tenor del Proyecto dinamarcués de 1936, debe ser permitido “cuando existe peligro cierto de que el hijo, en razón de predisposición hereditaria, padecerá de enfermedad mental, imbecilidad u otra grave perturbación psíquica, epilepsia o peligrosa e incurable enfermedad corporal.

“Su admisión en el Derecho Penal, dice Manuel López-Rey y Arrojo se halla supeditada a los datos que suministran la Biología, la Genética y la Eugenesia y la actitud que frente a los mismos toma la Comunidad. No faltan autores que, basándose

en la insuficiencia de los actuales conocimientos sobre la herencia niegan esta forma de aborto. A ello se debe responder que nuestros actuales conocimientos de la herencia permiten respecto a cierto número de casos pronosticar razonablemente que el fruto sería uno gravemente anormal en un sentido o en otro. Aquéllos que para admitir esta clase de abortos esperan a que las leyes de la herencia sean conocidas con exactitud matemática, esperan algo imposible. Dichas leyes nunca podrán presentar tales características, lo que no significa el que no puedan ser aceptadas. Por otra parte, el aborto eugenésico es de índole excepcional y como tal no debe practicarse sino conforme a requisitos pre-establecidos. Como regla general, es preferible no enumerar las enfermedades que pueden justificarle y así sólo tener en cuenta las circunstancias de cada caso" (40).

Luis Jiménez de Asúa (41) confiesa que, intimidado por el tremendo problema de la herencia y la genética, se mostró reservado al principio y más bien enemigo de las prácticas abortivas por indicación eugénica, pero que hoy las acepta, con mayor motivo que los casos de esterilización, en los cuales pone su parecer prudentemente favorable.

"La justificación de naturaleza *eugénica*, apunta Guillermo Fernández Dávila, se relaciona amplia y directamente con la teoría de la herencia y viene a constituir el substratum de esa nueva ciencia que aboga en pro del mejoramiento de la raza y de la especie. Como dice el Profesor Avendaño "este tópico de la eugenesia es asaz interesante y merece de modo preferente la atención de nuestros sociólogos y penalistas". Como médico —que se precia de moderno—, y siguiendo ardorosa las aguas de la medicina social, no puedo permanecer indiferente a las bellas sugerencias de esta doctrina. Es irrefutable el hecho de la necesidad de interrumpir el embarazo, que sólo va a dar como fruto a un ser degenerado o raquítrico, pobre muestra de miseria humana, que tal vez irá, en la prolongación de los años, a ser a su vez productor de una nueva existencia, más degenerada aún. Pero, creemos que no debe buscarse en el aborto autorizado el remedio para tan inevitable desgracia; la ciencia moderna posee otros métodos que consecuentemente nos conducen al mismo fin, y entre ellos en especial, el concerniente a la esterilización de los progenitores, que sin impedir la consecu-

(40) MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO.— "Aborto", op. cit., p. 20.

(41) LUIS JIMENEZ DE ASUA.— "Libertad de amar y derecho a morir", op. cit., ps. 400-401.

ción del acto sexual, los hace incapaces de perpetuizarse. De esta manera, impedimos el mal en su génesis, y no interrumpimos el mal en su camino, cuando ya otras apremiantes obligan a lo contrario" (42).

Participamos del parecer de Nelsón Hungría, en cuanto se indigna ante la idea de que pueda legitimarse el aborto eugenético, diciendo que "no pasa de ser una de las muchas *trouveilles* de esta pretenciosa charlatanería que lleva el nombre de eugenesia" (43). La eugenesia consiste en un conjunto de hipótesis o conjeturas sin ninguna base científica sólida. No existe prueba irrefutable acerca de la previsión de que un hecho será, fatalmente, un producto degenerado. No hay enagenación mental de padre o madre, en virtud de la cual la ciencia, de modo general o en algún caso concreto, pueda, con seguridad, prever el nacimiento de un fruto degenerado, que merezca, sin mayor indagación, ser sacrificado. Los enfermos mentales, puesto que son capaces de procreación, pueden tener descendientes completamente sanos y de alta espiritualidad. La gran mayoría de tuberculosos generan hijos perfectamente sanos y hasta bien robustos.

Admiten el aborto eugenésico: Argentina (art. 86, párrafo 2º, número 2), México (art. 333), Uruguay (C.P. de 1933, antes de la reforma), Cuba (art. 443, C), Ecuador (art. 423, párrafo 2º), Brasil (art. 128, II), y el proyecto peruano de 1928, elaborado por Angel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, en cuanto justifica el aborto en mujer idiota o demente (art. 339).

b) *Aborto autorizado por motivos sentimentales.*— Es el que se refiere a los casos de embarazo resultante de violación.

El problema de la legitimidad del aborto se planteó en Europa durante la guerra de 1914-1918, con motivo de las violaciones de que fueron objeto numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales; y volvió a surgir con iguales o peores matices en la última de 1939-1945.

El fundamento de la impunidad es que toda mujer tiene derecho a una maternidad consciente. Si esa maternidad le ha sido violentamente impuesta, debe reconocérsele a la madre el derecho de deshacerse de ella. Nada justifica que se obligue

(42) GUILLERMO FERNANDEZ DAVILA.— "El delito de aborto", op. cit., p. 79-80.

(43) NELSON HUNGRIA.— "Comentarios ao Código Penal", vol. V, op. cit., p. 275 y ss.

a la mujer violada a aceptar una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recordará perpetuamente el horrible episodio de la violencia sufrida. Sería inútil que el derecho exigiera a la mujer que soporte el fruto de su involuntaria deshonra. "La función sexual es en el hombre breve y pasajera, dice Gregorio Marañón, citado por Cabanellas, de unos minutos o de menos de uno. Pero en la mujer esos minutos no son sino el comienzo de la larga serie de fenómenos complicados y molestos en cuyos largos meses de transcurso todo el organismo materno, hasta la última de sus células, se modifica profundamente para culminar en el trance doloroso del alumbramiento y seguir en el período dilatado de la lactancia, etc. Un soldado ebrio viola, a su paso por la ciudad conquistada, a una mujer desmayada de horror, y sigue su camino sin conservar, tal vez, ni el recuerdo de la pobre hembra pasiva, a la que la naturaleza ordena sin embargo, la misma esclavitud al ciclo sexual que la madre fecundada en una hora de amor consciente y entrañable" (44).

Guillermo Fernández Dávila escribe: "Es evidente que la conciencia sufre apremiantes indiscutibles, al apreciar los casos en los que como resultado de violencias carnales en personas inconscientes, o por acto de fuerza mayor en mujeres honradas, quedan embarazadas *contra su voluntad*. No es posible aceptar y pedir para ellas, la obligación de soportar todas las ansias y todos los dolores, en el proceso en que se gesta un producto aborrecido; la maternidad, por más íntimamente que esté ligada al alma femenina, como esencia de su vida y trasunto de su existir, se convierte en esos casos en odiosa pasión. Y esta mujer en tales trances puesta, no repara en la moral, ni teme al castigo, y el delito del aborto se comete, infalible y fatalmente" (45).

Pero podría impugnarse la autorización legal: el origen criminal de una vida no puede legitimar, desde el punto de vista ético, su aniquilamiento, debiendo el Estado cuidar de los hijos cuya crianza no pueda ser impuesta a la madre; y, además, habría el peligro de los abusos alentados por la impunidad, pues no siempre es fácil la prueba de la violación alegada, de suerte que toda gravidez indeseada sería atribuida a violencia.

(44) GUILLERMO CABANELLAS.— "El aborto", op. cit., p. 105.

(45) GUILLERMO FERNANDEZ DAVILA.— "El delito del Aborto", op. cit., p. 80.

Luis Jiménez de Asúa (46), con exacto criterio, sostiene que la impunidad no puede ampliarse a todas las situaciones de violación, sino sólo a hipótesis excepcionales, transidas de móviles de sensibilidad, porque ¿qué causas sentimentales, de repugnancia al concebido, pueden excusar el aborto de la joven violada por su novio, de la campesina forzada por el jornalero o de la sirvienta violada por su patrono?

Pero, *cuándo* y *por quién* debe otorgarse la autorización legal para abortar.

Eugenio Cuello Calón trata de resolver el problema mediante dos alternativas: una, según la cual "si se quiere mantener la sentencia como condición previa de la autorización judicial que el precepto legal que autoriza este aborto dispusiera que cuando durante la instrucción del proceso aparezca con señales de gran verosimilitud que el embarazo era resultado de una violación, pudiera practicarse el aborto sin esperar la sentencia, sin perjuicio de imponer luego la pena del aborto criminal cuando la continuación del proceso demuestre que eran falsas las alegaciones de la preñada"; y, la otra, "consistiría en solicitar pura y simplemente del juez, sin previo proceso del presunto violador, la autorización para practicar el aborto". "Así, sin duda, agrega, se ganaría tiempo, pero un procedimiento tan simplista originaría un enorme número de abusos" (47).

El Proyecto Oficial de Código Penal para la República de Bolivia, preparado por Manuel López-Rey y Arrojo, establece que la autorización para abortar debe ser solicitada del Juez, dentro de los tres meses, a contar de la comisión de la violación o incesto. Dicha autorización, se dice, "será concedida seguidamente siempre que de las primeras diligencias aparecieren indicios racionales de que el embarazo es consecuencia de violación o incesto" (art. 388).

A juicio de Luis Jiménez de Asúa, preferible es el sistema de la autorización *a priori* del aborto por el Juez. La mujer violada, que se siente víctima de invencibles repugnancias contra el ser concebido, acudirá al magistrado, que, en vista de los hechos y de las circunstancias, autorizará la práctica del aborto, a condición de que se ejecute por un médico de solvencia moral y científica. El pensamiento del profesor se condensó en una propuesta concreta en las sesiones de la Subsección de Derecho Pe-

(46) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.— "Libertad de amar y derecho a morir", p. cit., ps. 404-405.

(47) EUGENIO CUELLO CALÓN.— "Cuestiones penales relativas al aborto". Librería Bosch. Barcelona, 1931. ps. 119-120.

nal del III Congreso Científico Panamericano, habido en Lima en el mes de Diciembre de 1924 y Enero de 1925, que dice así: *
 "Teniendo en cuenta que hay casos excepcionales de violación en que la ultrajada que queda encinta verá en el hijo concebido por fuerza un recuerdo amarguísimo de los instantes más penosos de su vida, puede formularse un artículo, que podría instalarse en los Códigos penales de toda la América hispana, concediendo al magistrado la facultad de otorgar a la mujer violada que lo solicite, por excepcionales causas sentimentales, un permiso para que un médico de solvencia moral y científica le practique el aborto liberador de sus justas repugnancias" (48).

La fórmula de Jiménez de Asúa ha sido comentada favorablemente por Mario Canara (49), y aceptada, entre nosotros, por Guillermo Fernández Dávila. En concepto de Fernández Dávila "no creemos que el remedio debe ser sentimental igualmente, y que la autorización al aborto se halle estatuida legal y ampliamente, como se ha hecho en algunos Códigos modernos. Debe siempre tenerse en cuenta la falacia de la especie humana y temer la simulación, el engaño, la protesta infundada de la fecundación criminal; y pensar igualmente, que tal codificación, más que justificar un hecho que parecía ineludible, va a permitir el abuso y a sancionar perniciosas corruptelas. A nuestro juicio el remedio debe ser social, y es por eso que nos permitimos, honrosamente, ponernos al lado de Jiménez de Asúa y de Alvarez García Prieto, y siguiendo el principio bien fundado del Código alemán en proyecto, opinar que en tales casos debe facultarse al juez, para que, previa una investigación concienzuda, pueda autorizar a la mujer que en tal situación se halla, a la maniobra del aborto provocado, que debe ser certificada por profesional competente y legal. Esto es más lógico, que dejar estatuido en el articulado de un Código penal el perdón para la que delinque y viola la ley, aún cuando ello se justifique por consideraciones de orden sentimental o social" (50).

Admite el aborto autorizado por motivos sentimentales, en caso de violación y a veces también en caso de incesto: Argentina (art. 86, párrafo 2º, N° 2), México (art. 333), Uruguay (C.P. de 1933, después de la reforma de 1938, art. 328, inc. 2º),

(48) LUIS JIMENEZ DE ASUA. — "El Derecho Penal en la República del Perú", Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, 1926, p. 77 y ss.

(49) MARIO CARRARA. — "La questione sessuale e l'aborto", en Rev. "Difesa Sociale", año IV, Nos. 5-6, mayo-junio 1925, ps. 125-132.

(50) GUILLERMO FERNANDEZ DAVILA. — "El delito del Aborto", op. cit., p. 81.

Cuba (art. 443) y Brasil (art. 128, II), así como el Proyecto de Código Penal del Perú, de 1928, preparado por Angel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, que en su art. 339 dice: "Tampoco es punible, mediando las mismas circunstancias (por un facultativo que proceda dentro de las normas de la moral, profesional), si se provoca a solicitud de la víctima de una violación, o si ésta fuere una mujer idiota o demente. La petición formal de la interesada deberá hacerse por escrito que el médico mantendrá en reserva. Cuando se tratare de un incapaz, la decisión del aborto que deberá ser autorizada por dos facultativos, a lo menos, se hará también constar por escrito".

c) *Aborto impune por miras sociales y económicas.*— Es el derecho de la mujer a hacerse abortar, cuando su situación miserable le impide aumentar el número de sus hijos por carecer de recursos para alimentarlos y sostenerlos. Según el art. 286, N° 4, del Proyecto de Código Penal de 1926, para Checoeslovaquia, "no es punible el aborto practicado por un médico con autorización de la mujer encinta, si la mujer en estado de embarazo hubiera ya dado a luz tres niños de los que tenga que ocuparse, o si hubiere dado a luz al menos cinco veces y, en ambos casos, dada su situación, no sea posible exigir racionalmente que lleve su fruto a su término", aunque, en verdad, no es solamente la razón social el fundamento de esta causa de impunidad, sino también una razón de orden eugénica, pues a tenor de la exposición de motivos, "las circunstancias que deberán tomarse en cuenta serán, por una parte, el estado físico y la edad de la mujer, y, por otra, su situación material, las circunstancias en que gana su vida y otras, al mismo tiempo que es preciso guiarse por la idea de saber si en esa circunstancia podría esperarse que diere a luz una descendencia bien constituida y que pudiera educar normalmente", apunta Eugenio Cuello Calón (51).

Se ha encontrado el *fundamento* de la impunidad en la necesidad de evitar graves males a la familia y a la sociedad, ya que la sociedad habrá de preocuparse de las criaturas que vengán al mundo, tendrá que alimentarlas y educarlas.

¿Debe admitirse como legal el tipo de aborto por motivos económico-sociales?

(51) EUGENIO CUELLO CALÓN. — "Cuestiones penales relativas al aborto", op. cit., ps. 130-131.

El C.P. uruguayo de 1933, reformado en 1938, en su art. 328, inc. 4º, lo admite en los siguientes términos: "En caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica, el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena".

Dos razones justifican la respuesta negativa de Manuel López-Rey y Arrojo: una: sociológica-jurídica, y otra: de técnica penal; ambas íntimamente conectadas. "Conforme a la primera, observa, diremos, que la solución del problema no se halla en la creación de un nuevo tipo de aborto impune. La creación del tipo de aborto social significa el reconocimiento legal de las condiciones determinantes de dicho aborto y una incitación a la práctica del mismo, cosa que debe y puede más sensata, humana y socialmente evitarse con una política social adecuada y en ella una de control de la procreación. Ahora bien, en tanto esta política no se siga resultará difícil suprimir el aborto, y sus consecuencias, aún admitida la excepción del aborto social. Hipócritamente la admisión de este último es negada basándose en especiosos argumentos que no sirven para ocultar la terrible realidad que se halla detrás del aborto social. La gente no vive de argumentos y éstos se ignoran o se tratan de ignorar cuando el embarazo surge.

"Conforme a la segunda razón, agrega López-Rey y Arrojo, la multiplicación de excepciones respecto a un hecho delictivo va contra toda técnica jurídica. El delito de aborto es un caso típico. En mayor o menor medida, existen ya cuatro excepciones legales respecto al mismo: terapéutico, eugenésico, ético y social. Tales excepciones plantean una serie de problemas jurídicos no siempre de fácil solución y en todo caso no facilitan la administración de la justicia penal. Añadamos que la existencia de tales excepciones acredita la errónea valoración del problema del aborto por el legislador. Si la formación de los tipos penales debe basarse en una correcta estimación de la realidad dando así lugar a la formación del precepto jurídico que como tal y como consecuencia de su proceso formativo contiene elementos extrajurídicos, la regulación penal del aborto muestra a las claras que se ha tratado por medio de parches o sea, con las excepciones creadas de remediar algo que originariamente fué mal valorado. A los parches jurídico-penal indicados, cabe añadir el medio parche del aborto para ocultar la deshonra que tra-

bajosa y un tanto ridículamente sigue su marcha por la senda penal de privilegios mal entendidos" (52).

Luis Jiménez de Asúa, igualmente, repudia el aborto por motivos económico-sociales, con razones decisivas. "Los legisladores no pueden, a su antojo, dice el Maestro, crear infracciones ni suprimir delitos. Por encima de la ley sancionadora está la *norma de cultura*, como dice Max Ernesto Mayer. De esa cantera social extrae el autor de las leyes el concepto típico que plasma en sus artículos. En la mayoría de los pueblos, y en España más concretamente, el aborto se mira como un hecho reprobable. Las mujeres que no quieran ser madres pueden acudir a otros medios; pero, concebido el ser, no debe autorizarse su destrucción más que en los casos estudiados, en que se reclama por una necesidad salutífera o eugénica, o por móviles sentimentales de poderosa índole. Salvo en esas hipótesis extremas, el aborto debe ser castigado" (53).

La posición de Jiménez de Asúa, es justa. Conviene recordar que no siempre el influjo de los móviles económico-sociales se manifiesta en el trágico factor de la miseria; en su invocación, a veces, suele haber el deseo de una vida cómoda y sin preocupaciones. En caso de malestar económico de los padres, el Estado es el llamado a intervenir celosamente, por imperativo del art. 52 de la Constitución, para cuidar de la alimentación y educación de los niños; y en el supuesto de miseria falsamente invocada, los padres deben tener presente que quien engendra un hijo debe tener consciencia de las cargas y responsabilidades que contrae y, si no puede soportarlas, acudir a los medios preventivos.

(52) MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO.— "Aborto", op. cit., ps. 24-25.

(53) LUIS JIMENEZ DE ASUA.— "Libertad de amar y derecho a morir", op. cit. ps. 408.