

1517d
1964
J.Y.C.S
J:4

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

"EL DELITO DE ABORTO Y SU REGLAMENTACION EN EL CODIGO
PENAL SALVADOREÑO".

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

LUIS ALONSO MELARA

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA

AGOSTO DE 1964.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

DOCTOR FABIO CASTILLO FIGUEROA

SECRETARIO GENERAL:

DOCTOR MARIO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DOCTOR ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO:

DOCTOR MANUEL ATILIO HASBUN

PRIMER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE " MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS "

PRESIDENTE: Dr. José María Méndez

PRIMER VOCAL: Dr. Francisco Arrieta Gallegos

SEGUNDO VOCAL: Dr. Alfonso Moisés Beatriz

SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE " MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES "

PRESIDENTE: Dr. José Leandro Echeverría

PRIMER VOCAL: Dr. Rafael Ignacio Funes

SEGUNDO VOCAL: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda

TERCER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE " CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL "

PRESIDENTE: Dr. Reynaldo Galindo Pohl

PRIMER VOCAL: Dr. Armando Napoleón Albanez

SEGUNDO VOCAL: Dr. Pedro Noubleau

EXAMEN TESIS DOCTORAL

PRESIDENTE: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda

PRIMER VOCAL: Dr. Manuel Atilio Hasbún

SEGUNDO VOCAL: Dr. Santiago Ricardo Martínez

DEDICO ESTA TESIS:

A mis abnegados padres: LUIS ALONSO MELARA Y
CARMEN SOLIS DE MELARA

A mi querida esposa: MERCEDES PINEDA DE MELARA

A mis hijos: LUIS ALBERTO, IRAIDA DEL
CARMEN, YANIRA MERCEDES Y
ANA EVELYN.

I N D I C E

CAPITULO I

Breve exposición histórica del delito de aborto.

CAPITULO II

Concepto de aborto y fundamento de su punibilidad.

CAPITULO III

Elementos integrantes del delito de aborto.

CAPITULO IV

Clases de aborto.

CAPITULO V

Abortos impunes o casos de impunidad del aborto.

CAPITULO VI

Legislación comparada respecto a la sanción por el delito de aborto.

CAPITULO VII

Procedimientos abortivos.

CAPITULO VIII

El delito de aborto en nuestro Código Penal.

CAPITULO IX

Jurisprudencia.

CAPITULO X

Consideraciones finales.

C A P I T U L O P R I M E R O

BREVE EXPOSICION HISTORICA DEL DELITO DE ABORTO

En el transcurso del tiempo encontramos que el aborto provocado ha sufrido enormes transformaciones jurídicas; unas veces impunidad absoluta; otras, castigado con mayor o menor severidad según las creencias imperantes en las diversas épocas.

Así encontramos que en los pueblos primitivos el aborto como hecho punible es desconocido, entre los cuales tan lícito es a -- una mujer el cortarse sus cabellos o cualquier otra parte de su cuerpo, como el destruir el producto de la concepción que lleva dentro de su claustro materno.

En Roma, durante los primeros tiempos, el aborto fué considerado como una falta grave de inmoralidad, y posteriormente, durante la Monarquía, la época republicana y cierto período del Imperio, no fué considerado como delito ni como un hecho que contrariara o -- violara las normas morales y religiosas, ya que, si la mujer abortaba por su propia voluntad no hacía más que disponer libremente de -- una parte de su cuerpo, pues el feto no era considerado como un ser viviente con vida propia sino como algo que formaba parte del cuerpo de la grávida misma, y si era el marido quien ocasionaba el aborto, tampoco contrariaba ninguna norma moral y religiosa ya que no hacía más que poner en ejercicio el derecho patrimonial que tenía sobre -- sus hijos.

Pero en tiempo de los emperadores Septimio Severo y Antonio Caracalla en el Siglo Tercero, el aborto que años atrás se había considerado como un acto lícito que no contrariaba ninguna de las --

normas de cultura de ese entonces, fué castigado severamente, en opinión de algunos, con la pena de muerte, fundándose la gravedad de su castigo en la ofensa o agravio inferido al marido y en opinión de al otros, con la pena de destierro a las mujeres que se encontraban culpables de haberse provocado su aborto.

En la antigua Grecia no se consideraba el aborto como un acto inmoral y en algunas de sus Ciudades se imponía muchas veces como necesario.

Tan es así que filósofos como Platón y Aristóteles lo consideraron "como un deber social" y eran de la opinión de que no se cometía delito cuando se destruía el fruto de la concepción, pues lo importante era destruir éste antes de que tuviere sensibilidad.

Platón, en su obra " La República " y Aristóteles en su " Política " lo aceptan y lo aprueban pues " como un deber social ", con la finalidad de evitar una superpoblación, pues el excesivo desarrollo de la población según manifiestan no puede llevar más en un momento determinado que a una crisis económica, naciendo seres en condiciones lastimosas que no servirían para nada al Estado, sino que el Estado los serviría totalmente a ellos por las condiciones de indigencia en que nacieron y a que están condenados a seguir viviendo.

Con el advenimiento del Cristianismo el aborto ya fué considerado como delito, habiéndose hecho una distinción en el Derecho Canónico entre la muerte del feto animado, con alma y la del feto sin alma; para ello, es decir, para establecer la distinción, se partía del siguiente dato: el feto se animaba y recibía alma, cuando transcurrieran de seis a diez semanas después de la concepción, según el sexo, siendo el término menor para los varones; antes de esos lapsos el feto era inanimado.

La importancia de tal distinción obedecía en cuanto a su punibilidad, ya que, el aborto de un feto animado, con alma, por el hecho de no haber recibido las aguas baustimales era castigado con la pena de muerte y el aborto de un feto sin alma, es decir, inanimado, con una pena pecuniaria, aunque posteriormente la pena se cambió por el confinamiento en una isla por un cierto tiempo.

La antigua legislación germánica, también influenciada por el Cristianismo castigó el aborto con penas severísimas y así la Lex Romana Wisigotorum imponía la pena de muerte a la grávida que procurase su aborto como también a todas aquellas personas que en el mismo intervinieran.

En general, la Iglesia, ha penado siempre con severidad el delito de abortó y así en el Concilio de Elvira se penó con la privación de los sacramentos a la mujer abortadora, incluso al final de su vida.

Pero antes de seguir adelante con la historia de este delito, he de advertir, que en la Biblia no he encontrado datos precisos que me lleven a la convicción de que el aborto doloso fuese castigado, deduciendo únicamente que en pueblos como Israel donde el sentimiento religiosos era bien marcado y en donde la preocupación del pueblo era hacer realidad la promesa de Jehová a Abraham de que su posteridad sería, según las palabras bíblicas, " mas numerosa que las arenas del mar y que las estrellas del cielo ", se castigara también el aborto por oponerse al mandato de Dios.

En la Biblia, en el Libro Segundo de Moisés, llamado "Exo-

do", encuentro la figura delictiva del aborto culposo y así, los versículos XXII y XXIII del Capítulo XXI, dicen exactamente lo siguiente: " Si algunos riñieren, e hiriesen a alguna mujer preñada y ésta abortare, pero sin haber muerte, será penado conforme a lo que le impusiere el marido de la mujer y juzgaren los árbitros, más si hubiere muerte, pagarás entonces vida por vida " .

Como se advierte, pues de los versículos transcritos, se trata en este caso de un delito de aborto culposo, ya que, cuando varias personas se encuentran riñiendo y lesionan por casualidad a alguna mujer embarazada provocándole el aborto, no han tenido la intención específica de ocasionárselo, siendo el versículo XXII el antecedente del aborto causado violentamente sin ánimo de causarlo que existe en las Legislaciones de todos los países actualmente.

El Libro VII, Título II, del Fuero Juzgo trataba de las personas que suministraban abortivos, de las mujeres que los tomaban y de los que lesionaban a mujeres embarazadas haciéndolas abortar, castigando éstos hechos con las penas siguientes; muerte, ceguera, azotes y penas pecuniarias y en las Partidas, exactamente en la Partida VII, Título VIII, Ley Octava, se siguió sustentando el mismo criterio que en el antiguo Derecho Canónico.

El actual Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria impone al aborto, como pena, es decir, los que en él intervienen, la " excomunión latae sententias reservada al ordinario " en su Art. 2350 No. 1º.

Así transcurrió mucho tiempo en que el aborto como delito fué castigado con penas severísimas al igual que se castigaban la ma-

yoría de delitos, tiempo en el cual la pena era considerada como retribución por mandato divino.

Pero a finales del Siglo Diecisiete y durante el Siglo Dieciocho se elevan muchas voces protestando por la justicia penal imperante; Pufendorf y Wolff atacan fuertemente el derecho tradicional Romano y Canónico sobre el concepto de la pena, la cual era considerado como retribución por mandato divino y defienden el racionalismo del Estado.

Voltaire lanza por medio de su pluma los dardos de su ironía al acusar a los Tribunales Franceses de homicidio judicial debido a la injusta condena impuesta a Juan Calás en el año de mil setecientos sesenta y dos y en el año de mil setecientos sesenta y cuatro, en que el autor de la Obra " Del Delito y de La Pena ", César Bonesana, Marqués de Beccaría, protesta fuertemente alzando también su voz contra las penas imperantes y particularmente contra la pena del infanticidio, se logra, gracias al gran movimiento intelectual de todos esos grandes humanistas y pensadores la atenuación de las penas en general, lo que introdujo también en el aborto la atenuación de su pena.

Actualmente el aborto es considerado como delito en las Legislaciones de todos los países, aún cuando tiene una pena atenuada, teniendo ésto como fundamento de que el feto no es más que una esperanza, una expectativa incierta en su realización por depender de los peligros que encierra o puede encerrar la continuación del embarazo; no se trata pues de proteger una vida, pues como dijo Carrara, " el feto es más bien una esperanza que una certeza ".

Pero en el aborto no se da una sola figura delictiva, se dan varias, castigándose unas con penas mayores que otras y gozando algunas según las Legislaciones de los diferentes países de impunidad total.

Esto último lo trataré en el Capítulo correspondiente con mayor detalle.

C A P I T U L O S E G U N D O

CONCEPTO DE ABORTO Y FUNDAMENTO DE SU PUNIBILIDAD

Necesario es, ante todo, hacer constar que el aborto puede ser natural o provocado en cuanto a las causas que lo producen, y -- que, el aborto natural puede obedecer a causas predisponentes, tales como a la mala conformación de los órganos genitales de la mujer, a ciertas enfermedades crónicas, a deficiencias hormonales, a infecciones generales y focales, etc. como también puede obedecer a causas -- determinantes, como ciertos movimientos bruscos, traumatismos físicos y psíquicos, etc.

El aborto provocado que es el que aquí nos interesa, puede ser lícito e ilícito; lícito como su propio nombre lo indica, es el permitido por la Ley, tal como el aborto terapéutico, el practicado por motivos sentimentales, el legitimado por fines eugenésicos, el -- practicado por causas sociales en ciertas Legislaciones; es ilícito, cuando la Ley lo castiga.

La palabra aborto como es bien sabido tiene diversas significaciones y así podremos dar un concepto del aborto desde el punto de vista de la Obstetricia Social; otro, desde el punto de vista Mé-

dico Legal y en fin, desde el punto de vista Jurídico-Delictivo.

CONCEPTO DEL ABORTO EN OBSTETRICIA

En esta Ciencia, no se toma en cuenta el origen del aborto.

Desde el punto de vista de la Obstetricia Social existe el aborto cuando hay expulsión del feto hasta el final del sexto mes -- del embarazo; durante este tiempo se dice, el producto de la concepción no es viable y transcurrido dicho lapso, dado caso verificarse la expulsión del feto ya no podría hablarse de aborto sino de parto prematuro.

Como puede advertirse en Obstetricia solo puede hablarse - de aborto cuando el producto de la concepción no es viable y en esta circunstancia hay expulsión del mismo, importando la causa que le de origen.

CONCEPTO MEDICO LEGAL

A diferencia del concepto anterior, desde este punto de -- vista, el aborto puede realizarse en cualquier momento de la preñez de la mujer, atendiendo sobre todo, a las causas que lo provocaron; no cabe aquí el aborto natural o espontáneo.

Se hablará de aborto en este campo siempre que sea intencional, provocado o bien, realizado por un acto imprudente de cualquier persona a excepción de la grávida misma.

Así, el ilustre penalista don Eugenio Cuello Calón lo definió como " la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Tardieu, como " la expulsión prematura, violentamente provocada del producto de la concepción independiente de todas sus circunstancias de edad, de viabilidad y aún de formación regular".

Eusebio Gómez, como " la interrupción maliciosa de un embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana".

Como se ve pues, este concepto, desde este punto de vista, limita la noción del aborto para todos aquellos casos constitutivos de delito.

CONCEPTO JURIDICO DELICTIVO

El concepto de la palabra aborto desde este punto de vista depende de la Legislación de cada país.

En algunas se ha definido como la simple maniobra abortiva; en la mayoría de las Legislaciones, como el aniquilamiento del producto de la concepción dado que el fin que persigue el abortador o la abortada es precisamente la muerte del feto, siendo este resultado lo que se persigue realmente cuando se comete el delito.

La mayor parte de los Códigos Penales al igual que el nuestro omiten dar una definición al respecto, a excepción de los Códigos de algunos países y especialmente, de los Códigos Mejicanos de mil ochocientos setenta y uno, mil novecientos veinte y nueve y mil novecientos treinta y uno, que lo han definido en el orden mencionado, así:

"Llámase aborto a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión, provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad". (Art. 569 C. Pn. 1871 Mejicano).

"Es aborto 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".

"Denomínase aborto a la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Nuestro Código, como ya dije anteriormente, no da un concepto del aborto pero, por la Jurisprudencia establecida en las diferentes sentencias pronunciadas por los distintos Tribunales de nuestro país, podemos llegar a definirlo como " la muerte, destrucción o aniquilamiento del feto, ya exista expulsión o no, pues la muerte puede verificarse en el claustro materno".

Es aquí la Jurisprudencia establecida.

"El marido que mata a su mujer embarazada de seis meses, comete dos delitos: el de parricidio y el de aborto, porque el hecho de la muerte de un feto en el claustro materno, como consecuencia de la muerte violenta de la madre, por más que en la acepción gramatical no pueda calificarse de aborto por faltar la emisión extemporánea del feto, en el sentido jurídico hay que darle esa significación, porque con la muerte de la madre se produce también, fatal y necesariamente la del feto, cuando no es viable, por el poco tiempo que lleva de vida intra-uterina". (Rev. Jud. 1924, página 609).

"Responde de los delitos de homicidio y aborto quien conociendo el estado de gravidez de una mujer, ocasiona a ésta lesiones que le causaron directa y naturalmente la muerte, aunque no se haya operado la expulsión prematura del feto, desde luego que la muerte violenta de la madre, produjo necesariamente la muerte, dentro del

claustro materno, del feto no viable, que es el objeto material del delito de aborto". (Rev. Jud. del 29 de Julio de 1948, Tomo Tercero, Página 359).

También nuestro actual Proyecto del Código Penal omite dar una definición del aborto, pero con la Jurisprudencia establecida llegamos a la conclusión que para nuestro Derecho Positivo, es la muerte, destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción ya exista expulsión o no, en cualquier momento de la preñez.

FUNDAMENTO DE SU PUNIBILIDAD

No obstante que en la actualidad el aborto provocado está castigado en todos los países con mayor o menor rigor, y que la mayoría de los penalistas y otros ilustres pensadores se inclinan por su punición, no faltaron quienes abogaran por su cancelación de la lista de los delitos y propugnaran la libertad del aborto.

Así en Alemania, Jungmann sostenía que la Ley al penar el aborto viola la libertad humana, pues la muerte del feto solo atañe a la moral sexual en cuya esfera no puede inmiscuirse el Legislador.

He aquí las razones que invocan los partidarios de esta corriente.

1.- El derecho de la mujer embarazada de disponer libremente de si misma.

El feto hasta el momento del nacimiento no es más que una parte de la madre, forma parte del cuerpo, le pertenece como sus mismas entrañas, por tanto no posee ninguna individualidad susceptible -

de derechos y únicamente cuando tenga una vida independiente, entonces deberá ser protegido por el Derecho como todo individuo humano.

2.- La amenaza penal es impotente contra el aborto, pues existen circunstancias que son más poderosas que toda Ley y a éstas pertenecen muchas que son causa del aborto criminal. No desaparecerá nunca porque sus causas son múltiples.

Además, este delito por su especial naturaleza escapa casi siempre a las sanciones penales, lo que se comprueba con el número de abortos registrados en las estadísticas criminales en relación con la verdadera realidad.

También se han expresado argumentos de carácter social y económico, entre ellos, los siguientes:

1.- La Ley que pena el aborto es una Ley de excepción contra las clases trabajadoras, ya que, mientras la mujer de las clases acomodadas tiene la posibilidad de abortar de tal manera que escape a los rigores de la justicia represiva, ésta recae duramente sobre las mujeres de la clase trabajadora. La causa del aborto hay que buscarla en la creciente miseria económica.

2.- La punición del aborto contradice también la esencia del moderno Derecho Penal, la protección de intereses, pues en este caso se trata de proteger a alguien que no solicita tal protección y la protección de intereses contra la voluntad del interesado encierra una contradicción.

3.- Y por último se ha dicho que a un país lo que perjudica es el nacimiento de seres tarados, anormales, degenerados y no la

disminución de nacimientos.

La campaña a favor de la libertad de abortar ha perdido actualmente toda su fuerza, inclinándose como dije en un principio la mayoría de los penalistas y otros ilustres pensadores, a favor de su punición.

He aquí las razones que se invocan.

1.- El derecho de disponer de si misma que puede tener una mujer no es absoluto y sin limitación alguna, pues se halla circinscrito por el respeto debido al fruto de la concepción, por ser éste una esperanza de vida.

2.- Es cierto que el aborto pocas veces llega al conoci---miento de la Justicia, pero no nos es dado a conocer el número de --personas que intimidadas por la pena, se hayan obstenido de practi--carlo.

3.- El aborto representa un grave peligro para la salud y la vida de la mujer, aún en aquellos casos en que se practique higiénicamente.

4.- La supresión del delito de aborto aumentaría considerablemente el número, artificiales, de abortos.

El ilustre penalista don Luis Jiménez de Asúa en su obra - " Aspectos Jurídicos de la Eugenesia y de la Selección", sostiene --que, las mujeres que no quieren ser madres pueden acudir a otros me--dios, pero que, una vez concebido el ser, no debe autorizarse su destrucción más que en los casos en que se reclame por una necesidad salutífera o por móviles sentimentales de poderosa índole.

Nuestro Legislador, con el fin de proteger la existencia -

del futuro ser ha tomado en cuenta la existencia natural, la cual comienza con la concepción y así, tanto en el Código Civil como en el Código Penal, encontramos las disposiciones siguientes:

1.- La Ley protege la vida del que está por nacer; el Juez en consecuencia tomará a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peli--gra. Art. 73 C. Libro Primero.

2.- No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se -halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento. - (Art. 26 Pn.).

3.- Y finalmente, las disposiciones relativas al aborto.

Y así como hemos citado las anteriores disposiciones, po--dríamos citar otras que aparecen en el Código de Trabajo, Ley del Seguro Social, etc., lo cual viene a corroborar que nuestro Legislador ha tomado muy en cuenta la existencia natural, protegiéndola en todo lo posible.

Pero cual es la razón de que el aborto sea punible ?.

Además de las razones ya expuestas estimo que el fundamen--to de su punibilidad estriba en la protección de esa esperanza de vida que el feto representa, y el fundamento de que las penas estable--cidas para las diversas modalidades del mismo sean atenuadas, es de--bido a que el feto representa también una expectativa incierta en su realización por depender de los pelibros que encierra o puede ence--rrar la continuación del embarazo.

Finalmente, preciso es también manifestar que únicamente es punible el aborto provocado y no el espontáneo, pues éste se produce naturalmente, por causas endógenas y exógenas y no es ni puede ser castigado por la Ley.

C A P I T U L O T E R C E R O

ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DELITO DE ABORTO

Son elementos constitutivos del delito de aborto, los siguientes:

1.- EXISTENCIA DE UN EMBARAZO. He manifestado anteriormente que el aborto es la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto, fuera de las excepciones legales, de donde se desprende que para que se tipifique tal delito es necesario que se de este primer elemento.

Si este elemento falta, no puede tipificarse el delito de -- aborto.

2.- INTERRUPCION DEL EMBARAZO. No cuenta la expulsión del -- producto de la concepción, porque en algunos casos no se produce, como cuando se lesiona a una mujer en estado de gravidez conociéndose -- su estado y a consecuencia de tales lesiones muere el producto de la concepción dentro del claustro materno, pero en la gran mayoría de -- los casos se reúnen las dos situaciones, ya que la expulsión es conse -- cuencia de la interrupción.

3.- VOLUNTAD DE PRODUCIR EL ABORTO. La intención criminal en este delito supone: a)-conocimiento del estado de gravidez de la mu -- jer; b)-propósito de causar el aborto; y, c)-conocimiento del poder --

abortivo de los medios empleados para causar el aborto.

Si falta alguna de estas circunstancias, no hay delito de aborto.

4.- LA MUERTE DEL FETO. He manifestado anteriormente, tomando en cuenta la definición del penalista don Eugenio Cuello Cazón, de que el aborto es la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de los momentos de la preñez, de donde se desprende que este elemento es necesario para que se tipifique el delito como consumado.

Ahora bien, si los actos ejecutados por el culpable con el intento de cometer el delito habrían sido por su naturaleza suficientes para producirlo y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes a la voluntad del agente, aplicamos las reglas generales y estamos en presencia del delito de aborto frustrado, como cuando una mujer grávida practica sobre si misma ciertas maniobras abortivas con el fin específico de provocarse un aborto y no obstante ello, por causas o accidentes independientes de su voluntad, el feto nace con vida.

La tentativa es también posible y existe cuando el sujeto activo comienza a poner en práctica el tratamiento abortivo y no prosigue en su realización por cualquier causa o accidente que no sea su voluntario y propio desistimiento.

Es menester para que se tipifique el delito que el feto tenga vida, porque de lo contrario, estaríamos en presencia de un delito imposible, ya que es precisamente la muerte del feto el fin perseguido por el sujeto activo.

5.- ILEGITIMIDAD DEL HECHO. Entendemos por ello, el aborto que no está permitido por la Ley Penal.

En algunas Legislaciones el aborto es permitido en determinadas circunstancias, como por ejemplo el llamado "aborto terapéutico", el cual ya aparece reglamentado en nuestro Proyecto del Código Penal, en el Art. 120 que dice: "El aborto terapéutico practicado por un Médico con el propósito de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud, seriamente perturbada o amenazada por el proceso de la gestación, se declarará impune si no hubiere otro modio para evitar el peligro en la vida o la salud de la madre y se verificare con el consentimiento de ésta y previo el dictamen de dos facultativos".

Nuestro actual Código Penal no prevee el caso antes citado, pero en el dado caso de darse, aplicaríamos al Médico que provoca un aborto para salvar la vida de la madre, el numeral once del Artículo Ocho del citado Código.

Al abordar el tema del aborto terapéutico trataré de este último punto.

C A P I T U L O C U A R T O

CLASES DE ABORTO

En la generalidad de los Tratados de Derecho Penal, como en los Proyectos y Códigos Penales de la mayoría de los países, se establece una distinción del aborto según tenga o no sanción; de allí que pueda construir la clasificación siguiente:

Procurado, siendo la mujer el sujeto activo primario.

Clases o modalidades del aborto; Consentido, cuando la mujer participa en el mismo.

Sufrido, cuando el aborto se realiza contra la voluntad de la mujer o sin ella.

Aborto terapéutico

Aborto legitimado por fines eugenésicos

Abortos impunes: Aborto impune por causas sentimentales

Aborto por causas sociales

La primera clasificación la desarrollaré cuando trate del delito de aborto en nuestro Código Penal, entrando ya al desarrollo de la clasificación relativa a los abortos impunes.

C A P I T U L O Q U I N T O

ABORTOS IMPUNES O CASOS DE IMPUNIDAD DEL ABORTO

ABORTO TERAPEUTICO: Podemos definirlo como la interrupción del embarazo causado de propósito, para salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud seriamente perturbada o amenazada por el -- proceso de la gestación.

También podemos definir el aborto terapéutico como la interrupción artificial del embarazo o en la provocación prematura del - parto con el fin de salvar la vida de la mujer embarazada.

La cuestión de si el aborto terapéutico no debe ser punible fué un problema muy discutido, siendo aceptado o permitido en la actualidad en la mayoría de las Legislaciones de los diferentes países.

Muchos intelectuales y famosos académicos se han opuesto tenazmente a la impunidad del aborto terapéutico y la razón que han invocado para su oposición ha sido la misma que ha sustentado la Iglesia Católica, esto es, el postulado de la religión cristiana " No matarás ", pues manifiestan que el aborto provocado sea con el fin que fuere, es, ha sido y será siempre, un verdadero crimen.

Entre ellos se cuentan los doctores Vallejo y Nájera (neurólogo), Soler y Guerrero (ginecólogo), Herrera y Creus (cirujano), etc., lo mismo que insignes representantes de la Iglesia Católica que han abordado este tema en forma personal.

El Papa Pío XI cuando abordó este problema manifestó exactamente lo siguiente: " Por lo que toca a la indicación médica y terapéutica, cuanta compasión sentimos por la madre, que por su función natural se encuentra expuesta a graves peligros, de la salud y de la misma vida: pero ¿ por que razón podrá jamás hacer excusable la muerte directa del inocente ? Porque aquí se trata precisamente de esto.

Sea que se imponga a la madre, sea que se ocasione a la prole, es siempre contra el mandato divino y a la voz misma de la naturaleza: "¡ No matar !". Y tan sagrada es la vida de la madre como la de la prole: destruirla, jamás podrá permitir poder alguno, ni siquiera la Autoridad Pública. Si lo pudiera, se desplegaría con suma ligereza contra los inocentes por derecho de la espada, lo que sólo puede tener lugar cuando se trata de castigar al reo. Ni tiene aquí lugar el derecho de defensa hasta la sangre contra el injusto agresor, ni tam-

poco en modo alguno el derecho que dice de extrema necesidad y que pueda llegar hasta la muerte directa del inocente.

Por lo tanto los Médicos probos y capaces se aprestan laudablemente a defender y conservar así la vida de la madre como la -- del hijo; de lo contrario se mostrarían indignísimos del noble título y del honor de Médicos los que, bajo el pretexto de ejercer la Medicina, o por una mal entendida piedad, expusiesen de propósito a la madre o al hijo al peligro de muerte." (Casti Connubii).

El Papa Pío XII en el año de mil novecientos cincuenta y uno, cuando se dirigió por medio de un discurso a los Tocólogos católicos, dijo exactamente lo siguiente: " Hombre es el niño, aunque no haya todavía nacido; en el mismo grado y por el mismo título que la madre.

Todo ser humano, e incluso un niño en el seno de la madre, tiene un derecho inmediato a la vida. Este derecho procede de Dios, no de sus padres, ni de ninguna sociedad humana.

No hay hombre, ni Autoridad humana, ni Medicina, ni eugenesia, ni razones sociales, económicas o morales, que puedan dar una decisión válida jurídica para disponer deliberada y directamente de una vida humana o inocente.

Salvar la vida de una madre es una finalidad muy noble; pero matar directamente al niño, como medio para lograrla, está prohibido. La destrucción directa de la llamada " vida sin valor ", nacida o sin nacer aún, no puede justificarse de ninguna manera.

La vida de un inocente es intangible y cualquier atentado o agresión directa contra ella es la violación de una de las Leyes fundamentales, sin las que no es posible la convivencia humana.

La inviolabilidad de la vida de un inocente no depende de su mayor o menor valor ".

De todo lo anterior concluimos que la Iglesia Católica siempre se ha opuesto a la impunidad del aborto terapéutico como también, a la impunidad de las otras modalidades del aborto que el moderno Derecho Penal declara impunes.

Al respecto, el Art. 2350, No. 1º. del Código de Derecho Canónico, dice: " Los que procuren el aborto, incluso la madre, incurreren, si el aborto se verifica, en excomunión latae sententiae reservada al Ordinario, y si son Clérigos, deben además ser depuestos ".

En Inglaterra, desde finales del siglo dieciseis fué permitido el aborto terapéutico, ocurriendo lo mismo en Alemania y en Italia.

En Francia, la Facultad de Medicina de París declaró legítimos los abortos terapéuticos en el año de mil ochocientos cincuenta y dos, después que muchos Médicos abogaron porque se declararan legítimos los mismos, haciendo la salvedad que anteriormente al año citado se habían practicado sin número de abortos cuando se habían encontrado en conflicto la vida del feto y la de la madre, con la finalidad y la esperanza de salvar la vida de ésta, sacrificando la de aquel.

En la mayoría de los países se ha tomado como causa especial de justificación del aborto terapéutico, el ser un " ESTADO DE NECESIDAD ", razón por la cual se autoriza sacrificar la vida del feto para salvar la de la madre.

Se trata de dos intereses distintos protegidos por el Derecho; de un conflicto de bienes de valor desigual, siendo el bien de mayor importancia el de la vida de la madre por encontrarse en pleni-

tud fecunda y por ser ya un ser conciente y por otro lado, la vida - del feto, bien de menor importancia por ser una vida en gestación, - inconsciente, fisiológica y que es solamente una esperanza.

Esta es la opinión generalizada y que en la actualidad cuenta con mayores adeptos, no obstante que en el pasado, muchos Penalistas sustentaron otras diferentes tesis, entre ellas, las siguientes:

En que el aborto terapéutico se justificaba porque la intervención médica constituía un medio adecuado para la obtención de un fin reconocido por el Estado.

En que la justificación se encontraba en el derecho nacido de la profesión médica y que por consiguiente, el practicar un aborto terapéutico no necesitaba justificación penal alguna.

Como puede advertirse casi todos los Penalistas han estado de acuerdo sobre la licitud del aborto terapéutico, encontrándose divergencias solamente en cuanto al fundamento que justifique la licitud del mismo.

Yo también soy de la opinión de que el aborto terapéutico sea declarado impune por considerar de un valor mayor la vida de la madre que la del feto, ya que éste ciertamente es solamente una esperanza, una expectativa incierta en su realización, por los peligros que encierra o pueda encerrar la continuación del embarazo.

Con lo único que no estoy de acuerdo es en cuanto a los fundamentos que se han dado para justificar la licitud del mismo, pues la teoría del " Estado de Necesidad " que es la que ha contado con mayores adeptos no podría jamás llegar a justificarlo; no se requiere que exista un peligro actual o inminente para realizar un aborto terapéutico; para practicar este basta que exista un peligro y que a juicio

del Médico o Médicos pueda causar en el futuro la muerte de la madre o dañar seriamente su salud, entendiendo por futuro, todo el lapso de su preñez.

Por otra parte, el que actúa por " Estado de Necesidad ", no necesita el consentimiento de nadie para realizar todos los actos -- que la Ley le permite, dado la naturaleza del peligro que corre, lo que no ocurre en el caso del aborto terapéutico en el que el Médico, para practicarlo necesita el consentimiento de la grávida o en su defecto, de las demás personas que la Ley señale, como también, observar todos los requisitos que la misma Ley estipule.

En la mayor parte de los países se ha reglamentado sobre esta modalidad del aborto; así por ejemplo, el Código Penal Mojicano de mil novecientos treinta y uno, en su Art. 334 que dice: " No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del Médico que la asista, -- oyendo éste el dictamen de otro Médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora ".

El Código Penal Colombiano que dice que exime de responsabilidad cuando el aborto se practica según los verdaderos principios de la Ciencia Médica.

El Código Penal Argentino, en su Art. 86 dice: " Incurrirán en las penas establecidas en el Artículo anterior y sufrirán, -- además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1.- Si se ha hecho 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.

2.- Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto."

También se ha reglamentado sobre el aborto terapéutico declarándolo impune en los Códigos Penales de Dinamarca, Polonia, Venezuela, Checoslovaquia, Suiza, Colombia, Perú, Inglaterra, Letonia, Alemania Occidental, Japón, China Nacionalista, Canadá, Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico, etc.

Para practicar el aborto terapéutico han sostenido muchos que es necesario obtener previamente el consentimiento de la mujer en cinta y dado caso que este consentimiento no pueda obtenerse de ella, ya sea por ser la mujer menor de edad, alienada, estar privada de sentido, etc., siempre el consentimiento debe ser dado por su representante legal o cualquier pariente cercano a falta del representante.

Otros por el contrario estiman que no es necesario obtener previamente dicho consentimiento y así Radbruch lo rechaza argumentando que la vida o la muerte de la grávida que representa un valor social mayor que el del feto, no puede hacerse depender del consentimiento de aquella o de su representante.

Garçon dice que esa discusión del consentimiento es una cuestión sin interés práctico y que en ningún caso puede ser perseguido el Médico, cualquiera que sea el partido que tome para resolver

este caso de conciencia.

La mayor parte de las Legislaciones exigen como requisito - previo el consentimiento de la grávida o de su representante o pa-- riente cercano, según el caso.

Yo considero que esa exigencia de la Ley respecto al consen-- timiento se justifica, pues no puede obligarse a ninguna mujer a so-- meterse a una operación que va a destruir el producto de la concep-- ción, cuando desea sacrificarse en aras de la maternidad.

Dicho consentimiento debe provenir en primer lugar de la -- grávida misma; caso no pueda obtenerse de ella por ser menor de edad o por encontrarse privada de razón por cualquier causa, el consenti-- miento debe ser otorgado por su representante legal; a falta de és-- te, por sus parientes cercanos dentro del cuarto grado de consangui-- nidad o segundo de afinidad y si aún éstos faltan y el caso fuere de urgencia, el Médico para salvar la vida de la madre debe proceder a intervenirla quirúrgicamente provocando el aborto y su actuación es-- tará exenta de responsabilidad penal con base en el Art. 8, No. 11.

En nuestro Código Penal no encontramos reglamentación algu-- na respecto a esta modalidad del aborto, de tal manera que en mi opi-- nión el Médico que llegare a provocarlo con el fin de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud seriamente perturbada o amena-- zada por el proceso de la gestación, se encontraría exento de respon-- sabilidad conforme al No. 11 del Art. 8 Pn.

El Médico en esta situación obra en el ejercicio legítimo de su oficio, ya que su conducta está enmarcada dentro de los postu--

lados de su misma profesión, cuales son, realizar todos los actos -- necesarios para la curación de las enfermedades o para la preservación de la salud o de la vida en caso de amenaza de estos bienes.

Siendo la misión del Médico luchar por preservar la salud de sus semejantes, como también la de salvar vidas siempre que ésto fuere posible, su conducta al interrumpir de propósito el proceso de la gestación con el fin de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud seriamente perturbada o amenazada por el embarazo, es lícita, pues está actuando en el ejercicio legítimo de su profesión.

Claro es que en todo caso necesita obtener previamente el consentimiento de la grávida, de sus representantes o parientes cercanos cuando de aquella no puede obtenerlo por ser menor de edad o encontrarse privada de razón; si el peligro que amenaza la vida o la salud de la grávida es grave y requiere una pronta intervención quirúrgica, ya que cualquier demora sería de fatales consecuencias y no puede obtener el consentimiento de la mujer encinta por encontrarse privada de razón ni de inmediato el de las otras personas a que ya he hecho referencias antes, y provoca un aborto con el fin de salvar le la vida o en beneficio de su salud, su conducta se ha adecuado al principio del ejercicio legítimo de su profesión y por consiguiente está exento de responsabilidad penal.

En nuestro actual Proyecto del Código Penal ya se reglamentó sobre la impunidad del aborto terapéutico y el Art. 120 del mismo dice: " El Aborto terapéutico practicado por un Médico con el propó-

sito de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud, seriamente perturbada o amenazada por el proceso de la gestación, se declarará impune si no hubiere otro medio de evitar el peligro en la vida o la salud de la madre y se verificare con el consentimiento de ésta y previo el dictamen de dos facultativos ".

La exposición de motivos al respecto dice: " en el Art. -- 120 aborda el Proyecto el debatido problema del aborto necesario o terapéutico, ampliamente glosado en la literatura jurídico-penal, -- concluyendo la Comisión por aceptarlo, pero rodeándolo de extremos -- rigurosamente fijados: debe tratarse de un aborto practicado por un Médico, con el propósito de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud seriamente perturbada o amenazada por el proceso de la gestación, sin que haya otro medio para evitar el peligro que corre la vida o la salud de la madre, siempre que ésta consienta y la operación se practique previo dictamen de otros dos facultativos ".

El Proyecto del Código Penal fija en forma precisa los requisitos que se necesitan para que pueda calificarse el aborto como terapéutico y lo ha rodeado de todas esas exigencias con el objeto de evitar abusos, ya que, bajo la apariencia de un aborto terapéutico podrían practicarse sin número de verdaderos abortos criminales que escaparían del conocimiento de la Justicia.

Lo criticable de la disposición del Proyecto es en cuanto -- a que el consentimiento únicamente puede ser dado por la grávida, -- no ampliándolo como en todas las Legislaciones a otras personas --

cuando aquella no pueda prestarlo, razón por la cual el artículo citado debe ampliarse en el sentido de que cuando la que debe otorgar el consentimiento no pueda por ser incapaz o encontrarse privada de razón por cualquier causa, debe requerirse, para realizar el aborto, el consentimiento de su representante legal y a falta de éste, recurrir a los parientes cercanos para que den dicho consentimiento.

En el artículo citado, no cabe el aborto terapéutico en -- una mujer incapaz de prestar su consentimiento, como en el caso de -- la menor de edad, como tampoco en las que están privadas de sus fa-- cultades mentales por cualquier causa.

Ahora bien, es menester advertir, refiriéndome al Proyec-- to, de que cuando la vida de la grávida se encuentra en peligro inmi-- nente de muerte, como también su salud, si el aborto no se provoca, el Médico que lo realiza con el fin de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud seriamente perturbada, se encuentra exento de responsabilidad criminal con base en el Art. 21, No. 1, siendo la diferencia de esta disposición con la del Art. 120 en que en aquel -- el peligro debe ser inminente y en este último, aún cuando el peli-- gro también existe, da lugar a corroborar dicho peligro y ha compro-- bar si se hace necesario el aborto, mediante el dictamen de los dos facultativos que la disposición señala.

En el primer caso el peligro es inminente que no dá lugar a demora alguna; en el segundo caso no, no obstante que exista tam-- bién un peligro.

Para terminar con este punto he de manifestar que con base

en nuestro Código Penal, en el que no está reglamentado el aborto terapéutico, el Médico que lo realiza está exento de responsabilidad criminal con base en el Art. 8, No. 11, pero para ello deberá probar que se trataba realmente de un aborto de tal naturaleza.

Probado por el Médico que si bien es cierto que de propósito y mediante el consentimiento de la mujer embarazada interrumpió el embarazo al provocar el aborto, con el objeto de salvar la vida de ésta o en beneficio de su salud amenazada por el proceso de la gestación, dado caso se instruyera informativo criminal en su contra, se sobreseería por haber obrado en el ejercicio legítimo de su profesión.

Opinar lo contrario es obligar al Médico a traicionar su propio juramento, cual es la de salvar vidas y luchar por preservar la salud de sus semejantes.

ABORTO LEGITIMADO POR FINES EUGENESICOS: Es este una clase o modalidad de aborto provocado y su finalidad es impedir el nacimiento de seres tarados.

Los defensores de la impunidad del aborto eugenésico sostienen que éste no debe ser punible, pues mediante él se persigue un fin noble y no se viola ningún principio ético; por el contrario, mediante él se evitaría una vida miserable, una vida penosa que llevaría el futuro ser a partir de su nacimiento.

Los defensores de esta posición sostienen que los seres tarados con cargas degenerativas, son seres que llevan dentro de sí un sinnúmero de complejos por razón misma de la enfermedad que adqui-

rieron en virtud de las Leyes de la Herencia Biológica y que las más de las veces constituyen una carga para la Sociedad, razón por la cual no es inhumano ni inmoral el provocar un aborto con ese fin loable de evitar el nacimiento de un ser tarado.

Partidarios de esta tesis, son: Neü Kamp; Henkel; Grotjahn; F. Kretschmcer; H. Luxemburger, etc., quienes sostienen que el aborto con fines eugénicos debe realizarse especialmente en los casos de sífilis, epilepsia, tuberculosis, enfermedades mentales, etc.

Por otro lado, muchos Penalistas combaten el aborto eugénico sosteniendo que, aún con los avances de la Ciencia, no puede llegar a afirmarse con absoluta seguridad que el feto, por la enfermedad de que adolecen sus progenitores, será un producto degenerado.

Don Luis Jiménez de Asúa es uno de los Penalistas que ha sostenido que hay que detener los avances jurídicos en este campo. Por lo menos, mientras los Biólogos no completen totalmente sus investigaciones y don Eugenio Cuello Calón, partidario también de esa misma opinión, ha sostenido o manifestado, que autorizar el aborto eugénico sería prematuro, pues no se conocen perfectamente las Leyes de la Herencia Biológica, de tal manera que no es aconsejable interrumpir un embarazo con el objeto de impedir el nacimiento de un ser que no sabe con certeza si será un producto degenerado.

Muchos de los impugnadores de la licitud del aborto con fines eugénicos han impugnado también todas aquellas doctrinas que

han abogado porque se legisle sobre la prevención de la descendencia con taras hereditarias mediante la esterilización y la castración y como este punto es objeto de un estudio y desarrollo distinto al tema del aborto que me ocupa, únicamente lo desarrollaré en una forma breve, no obstante la importancia del mismo.

La palabra "Eugenesia" se compone de las palabras " Eu " que significa " buen " y " génesis " que significa " origen ".

Pues bien, la Eugenesia tiene por finalidad el evitar la procreación de seres tarados, ya que el nacimiento de éstos constituye un peligro social que conduce al decaimiento de la raza.

Entre las medidas eugenésicas adoptadas se encuentran -- las siguientes:

Reglamentación del matrimonio: Esta reglamentación tiene por objeto el tomar todas las medidas que necesario fueren para -- evitar que personas con enfermedades o anomalías hereditarias puedan contraer matrimonio, luchando así por el mejoramiento de la raza.

Entre estas medidas se encuentran la de exigir a los futuros cónyuges, como requisito previo al matrimonio, un Certificado médico en el que conste que no adolecen de enfermedad alguna que pueda afectar la salud de los hijos.

Alemania, el veinte y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y cinco promulgó su " Reglamento para la aplicación de la Ley de Sanidad Matrimonial ", ignorando si otros países siguieron su ejemplo.

Desde la antigüedad se ha tratado sobre este tema tan es así que Platón, en su obra "República", abogaba por limitar la pro

creación y escoger a los progenitores, y Hitler, con base en esas ideas manifestó en su tan discutida obra " Mi lucha ", lo siguiente: " Quien no es sano física y psíquicamente y a la vez digno, no tiene derecho a eternizar su miseria en un hijo. El estado debe permitir que solo el sano tenga familia. Al mismo tiempo debe ser inaceptable que un sano le niegue descendencia al Estado. La exigencia de hacer imposible la reproducción de dañados o lisiados es una exigencia que nace de la más clara prudencia y equivale a la realización, en forma sistemática y organizada, de la mejor intención del hombre. Ella ahorraría a millones de almas sufrimientos injustificados e inmerecidos y, en consecuencia, nos llevará a una sanidad integral cada vez mas robusta " .

Esta medida eugenésica tiene pues, la finalidad a que antes he hecho referencia.

Esterilización y Castración: Se entiende por esterilización la infecundidad producida por la ligadura de los cordones espermáticos en el hombre o de las trompas de Falopio en la mujer.

Por castración, la supresión quirúrgica de los testículos en el hombre o de los ovarios en la mujer.

Ambas medidas tienen un doble aspecto: como práctica privada y como medida social aplicable por el Estado.

Como práctica privada se legisló sobre ello en Alemania, al promulgarse el catorce de Junio de mil novecientos treinta y tres su " Ley para prevenir la descendencia con taras hereditarias" y en Chile, solamente se elaboró un Proyecto que según informes que tengo, nunca cristalizó en Ley.

En el segundo aspecto, en muchos países, el Estado basándose en las Leyes de la Herencia aplicó estas medidas eugénicas para la extirpación de troncos criminales a fin de que delincuentes que -adolecían de ciertas enfermedades hereditarias como ciertas psicosis, desequilibrios sexuales con tendencias anormales, etc. no pudieran -procrear, transmitiendo así al futuro ser, la tara de que ellos mismos adolecían.

Por esa razón algunos países legislaron sobre esas medidas eugénicas para ser aplicadas especialmente a los desequilibrados sexuales, por cuestión de profilaxis individual y social.

Estas medidas fueron adoptadas a principios de este siglo en algunos estados de los Estados Unidos de Norte América y Canadá; En Dinamarca, en los años de mil novecientos veinte y nueve y mil novecientos treinta y cuatro; en Estonia, en mil novecientos treinta y seis; en Alemania, en mil novecientos treinta y tres; en Noruega, en mil novecientos treinta y cuatro y en Suecia, en el mismo año antes citado.

Como dije en un principio, este punto que he desarrollado escuetamente, no tiene relación directa con el tema objeto de esta tesis, ya que las medidas eugénicas antes mencionadas relativas a la extirpación de troncos criminales son con la finalidad de evitar la procreación y en el aborto, ya existe el producto de la concepción y solamente por la importancia del tema hice un pequeño bosquejo del mismo.

Siguiendo con mi punto de tesis he de decir que son pocos los países en los cuales se ha legislado sobre el aborto eugénico

declarándolo impune; entre ellos tenemos: Argentina, que en el Artículo ochenta y seis de su Código Penal, dice: " Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su Ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1.- Si se ha hecho 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.

2.- Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto ".

El Código de Defensa Social de Cuba establecía en el Art. 443, letra "C" que estaba exento de responsabilidad criminal " el que se provocare o llevara a cabo, con la anuencia de los padres -- cuando el propósito sea evitar la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa de carácter grave " refiriéndose al aborto eugenésico.

El Código Penal del Estado de Veracruz de mil novecientos treinta y dos de la República de Méjico, en su Art. 856 derogado, -- decía: " Cuando el aborto se practicara con el consentimiento de la madre y de su cónyuge en su caso, siempre que a juicio de los Médicos titulados hubiere temor fundado en que el producto de la preñez

tuviere taras corporales o mentales graves o estigmas de degeneración y dentro de los tres primeros meses del embarazo y con todas las reglas de higiene y profilaxis ".

También ha sido reglamentado el aborto eugenésico declarándolo impune, en los Códigos Penales de Rumanía, Art. 482; Rusia, en el Art. 140; Checoeslovaquia, en el Art. 218; Islandia, por Ley del trece de Enero de mil novecientos treinta y ocho; Suecia, por Ley del diecisiete de febrero de mil novecientos cincuenta; Dinamarca, por Ley del dieciccho de mayo de mil novecientos treinta y siete, etc.

El Ante-Proyecto salvadoreño de mil novecientos cuarenta y tres establecía que: " No es punible el aborto practicado por un Médico autorizado, con el consentimiento de la mujer encinta, si el interesado, en diligencias que se tramitarán sumariamente, oyendo el dictamen de los Médicos Forenses, ante el Juez de Primera Instancia competente, estableciere que el embarazo es consecuencia de una violación o de un atentado al pudor cometido en una mujer en estado de enajenación mental ".

Para terminar he de manifestar que mi opinión al respecto es la de no permitir se autorize un aborto por fines eugenésicos, ya que las diferentes teorías sobre la " Herencia Biológica " no han sido uniformes en sus conclusiones, pues mientras unas sostienen que ciertos caracteres de los progenitores se transmiten al feto, otras por el contrario solo aceptan que se trata de una posibilidad y nunca una posibilidad puede ser base suficiente para autorizar la destrucción de esa esperanza de vida que se llama " feto ".

Debe detenerse, tal como dice don Luis Jiménez de Asúa, los avances jurídicos en este campo, mientras los Biólogos no completen

sus investigaciones.

ABORTO POR CAUSAS SENTIMENTALES: Don Luis Jiménez de Asúa sostiene que los motivos sentimentales son los únicos que pueden alegarse para autorizar el aborto de mujeres encinta por causa de una violación, pues al interrumpir el embarazo se pretende con ello de que la mujer se libre de los recuerdos de un bárbaro atropello.

Permitir el aborto en estas circunstancias significa el "reconocimiento palmaric del derecho de las mujeres a una maternidad consiente y debe permitirse siempre que los motivos sentimentales tengan su origen en la violación cometida."

No obstante lo anterior, no puede justificarse en todos los casos de violación, pues según él mismo manifiesta, ¿ que causas sentimentales, de repugnancia al concebido, pueden excusar el aborto de la joven violada por su novio ?; de donde resulta, siguiendo la opinión sustentada por don Luis Jiménez de Asúa y la cual comparto, que sería una monstruosidad jurídica ampliarlo a todas las situaciones de violación. El Juzgador debe tener muy en cuenta que las causas que pueden excusar el aborto deben ser las sentimentales, no de repugnancia y deben tener su origen en el atropello.

El Penalista cubano, don José Agustín Martínez llama al aborto por causas sentimentales, " aborto legítimo " y a diferencia de don Luis Jiménez de Asúa, lo amplía a los casos en que la mujer ha sido víctima de una violación, de un rapto no seguido de matrimonio, por causa imputable al raptor o de haberse cometido sobre la víctima cualquier abuso deshonesto que haya producido su fecundación.

En estos casos dice el Penalista cubano, el aborto se justifica, ya que no puede obligarse a una mujer soportar la carga de un

hijo que es el fruto del odio o del crimen y no fruto del amor.

Don Luis Jiménez de Asúa no acepta la amplitud que da al aborto por causas sentimentales don José Agustín Martínez, ya que esas -- causas o motivos sentimentales deben tener su origen dice, en el atropello cometido, pues no basta la simple repugnancia posterior al hecho.

Lo cierto es que quienes defienden la impunidad de esta clase o modalidad del aborto toman como fundamento de que la mujer realiza o ejerce un verdadero derecho, pues con ello borra o hace cesar los resultados de un acto antijurídico cuyas consecuencias está sufriendo, pero haciendo constar que los Penalistas lo limitan en su mayoría a -- los casos de violación, acordes al criterio sustentado por don Luis Jiménez de Asúa.

Fué en el Proyecto del Código Penal Suizo de mil novecientos dieciseis donde apareció esta modalidad del aborto por primera vez y fué limitado a los casos de violación o atentado al pudor de una mujer idiota, enajonada, inconsciente o incapaz de resistir, como también en los casos de incesto.

En el Proyecto del Código de Defensa Social de Veracruz, se estableció en su Art. 242 que: " No es punible el aborto causado solo por culpa inconsciente de la mujer embarazada o cuando el embarazo -- sea producto de una violación o existan en la mujer causas sentimentales suficientes.

El Código Penal de Méjico de mil novecientos treinta y uno, en su Art. 333 estableció que: " No es punible el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación ".

Pero es indudable que fué el Código de Defensa Social de Cu-

ba quien amplió más este criterio al extenderlo además de los casos - de violación, a los casos de rapto no seguido de matrimonio o estupro.

Sin embargo, a pesar de todo lo expuesto, hay también muchos Penalistas que se oponen a la impunidad de esta modalidad del aborto, arguyendo que no siempre es fácil la prueba de la violencia sufrida, por lo que la impunidad se presta a sinnúmero de abusos; por otra parte, nada puede legitimar éticamente el aniquilamiento del producto de la concepción, aún cuando el embarazo sea el resultado del delito de violación cometido sobre la mujer.

Ahora bien, como en nuestra Legislación no existe disposición alguna que exima de responsabilidad criminal a la mujer que procure - su aborto o consienta en que otra persona se lo provoqu cuando el em- barazo sea el resultado de un delito de violación, yo estimo, acorde al criterio sustentado por don Luis Jiménez de Asúa, que debería le- gislarse al respecto y la disposición pertinente podría tener la ro- dacción siguiente: " Está exenta de responsabilidad criminal la mujer grávida que procure su aborto, cuando el embarazo hubiere sido ocasio- nado por haberse cometido en ella el delito de violación, siempre que existan en la mujer grávida causas sentimentales, suficientes, que -- tengan su origen en la violación cometida.

También están exentos de responsabilidad criminal: el Médico, el partero y la comadrona legalmente autorizados para el ejercicio de su profesión, que causaren el aborto o cooperaren en él, con el con- sentimiento de la mujer embarazada y en las circunstancias antes di- chas " .

ABORTO POR CAUSAS SOCIALES: Los partidarios de la impunidad de esta modalidad del aborto toman como fundamento la situación econó

mica de la mujer grávida, situación que, con el aumento en el número de hijos se agravaría; prohibir el aborto cuando se dan estas circunstancias dicen, es condenar a los hijos a vivir en la miseria, teniendo que morir tarde o temprano por falta de alimentación.

Miseria, según el Diccionario de la Lengua Española, significa: " falta de lo necesario para el sustento u otra cosa " y pretender obligar a las madres el esperar el nacimiento de hijos que vivirán en un estado de indigencia, sin educación alguna, sin la certeza de que sobrevivirán por todas las consecuencias que produce el hambre en el organismo, es condenar al sufrimiento, a la angustia constante y demás padecimientos materiales, tanto a las madres como a las inocentes víctimas, cuyo futuro será siempre, caso de sobrevivir, un mundo lleno de resentimientos y complejos.

No podemos negar la realidad de la miseria que hoy se combate o trata de combatirse en el mundo entero y por eso soy partidario de la impunidad de esta modalidad del aborto; por doquier vemos niños famélicos deambulando; más parecen cadáveres; en sus rostros se refleja la muerte; viviendo en ambientes de promiscuidad y al verlos, viene a mi memoria el pensamiento de Suñer al respecto: " Ellos tienen un derecho anterior, el de no ser creados ".

Sin embargo, es mayor el número de los que adversan la tesis anterior, pues sostienen que el malestar económico no puede ser nunca causa justificativa para impedir el desarrollo normal del embarazo.

Entre las Legislaciones que han declarado la licitud de esta modalidad del aborto y que en realidad son muy pocas, tenemos: la Ley del diecisiete de febrero de mil novecientos cincuenta en Finlan

día; el Código Penal Rumano, no obstante que la Iglesia Ortodoxa Rumana ha reprobado la impunidad de esta clase de aborto; en Suecia, - mediante una Ley que entró en vigor el primero de Julio de mil novecientos cuarenta y seis; en Dinamarca, por Ley del dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y siete y en Islandia, por Ley del trece de Enero de mil novecientos treinta y ocho.

C A P I T U L O S E X T O

LEGISLACION COMPARADA RESPECTO A LA SANCION POR EL DELITO DE ABORTO.

En Bélgica, la sanción por el delito de aborto es de dos a cinco años para la mujer que voluntariamente se cause al aborto -- (Art. 315 C. Pn. Belga); en Italia, la mujer que con cualquier medio empleado por ella o por otro, con su consentimiento se procure el -- aborto, es castigada con sanción de uno a cuatro años (Art. 371 C. Pn. Italiano); en Francia, se señalaba reclusión como pena del aborto (Art. 317 C. Pn. Francés); la Ley del veinte y siete de marzo de mil novecientos veinte y tres sustituyó la pena de reclusión por la de prisión, siendo la duración de la pena de seis meses a dos años y multa para la mujer que practique sobre su persona o permita se le -- practique el aborto; en Alemania, la sanción era de reclusión (Art. 218 C. Pn. Alemán); posteriormente fué disminuida la sanción por Ley del quince de mayo de mil novecientos veintiseis a prisión de un día a cinco años; en Argentina, la mujer que causare su aborto o con-- sienta en que otro se lo cause será penado con uno a cuatro años de prisión; en España, el Código Penal de mil novecientos veinte y ocho imponía a la mujer que causare su aborto o destruyere el producto de

la concepción, de dos a cuatro años y cuando se provocaba el aborto con el objeto de ocultar su deshonra, la pena era de tres meses a un año (Art. 527 Pn.); El Código Penal vigente Español impone a la mujer arresto mayor (Arts. 418 y 419); en Holanda, se impone a la mu-
jer tres años de prisión como máximo (Art. 295 C. Pn. Holandés); el Código Penal Mejicano vigente castiga el aborto con uno a tres años de prisión al que hiciera abortar a una mujer con su consentimiento; con tres a seis años cuando falte el consentimiento; con seis a ocho años si mediare violencia física o moral; a la madre que practica o consienta su aborto Honoris Causa, de seis meses a un año de prisión o de un año a cinco años cuando faltare alguna de las circunstancias del Honoris Causa; los abortos terapéuticos, por violación previa o por imprudencia de la madre no son punibles (Arts. 330, 332, 333 y 334 C. Pn. Mejicano); en la U. R. S.S. en noviembre de mil novecien-
tos dieciocho se declaró no punible el aborto consentido por la mu-
jer, siempre que se practicara conforme las reglas higiénicas; los -
Códigos Penales rusos de mil novecientos veinte y dos y mil novecien-
tos veinte y seis solo castigaban el aborto cuando se practicaba sin consentimiento de la mujer después de los tres primeros meses de la gestación y por persona sin Título Médico o sin preparación adecuada; en las clínicas del Estado se practicaba gratuitamente la operación de la mujer en la primera época de la gestación; actualmente, a par-
tir de mil novecientos treinta y seis, la operación está prohibida -
tanto en las casas especiales de salud como en el domicilio de los -
Médicos y de las mujeres embarazadas; los abortos se toleran única-
mente en aquellos casos en que la prolongación de la preñez amenaza

la vida de la madre o pueda causar un serio perjuicio a su salud y - también ante la existencia de graves enfermedades hereditarias en - los padres; el Médico que viole la reglamentación establecida, es en - encarcelado por tiempo no inferior a tres años; la misma pena se apli - ca a la persona que realice el aborto sin tener instrucción técnica - especial; igualmente se sanciona la coerción sobre la embarazada y - el sometimiento a una operación ilegal de esta clase; en nuestro Códig - go Penal las penas van desde prisión mayor hasta presidio, según la - modadlidad del aborto cometido.

Que se deduce de todo lo anterior?

Que a travez de los años se ha ido atenuando la pena impuesta - al delito de aborto, llegándose incluso en algunas ocasiones y en - algunos países a legalizarlo, pero volviéndose nuevamente a penarlo - por no haber disminuido el número de los mismos, por la gran vario-- - dad de motivos que impulsan a que dicho delito se realice.

La situación de miseria, el vivir en un ambiente de promis - cuidad, el desamparo en que se encuentran la mayor parte de las mujer - res por parte de sus compañeros de vida o esposos, cuyo único recuerd - do de un amor frustrado es el observar con tristeza el nacimiento de - hijos cuyos padres jamás conocerán, el crecimiento y desarrollo de - los mismos en una forma enfermiza, afectados de su salud por la si-- - tuación de miseria en que viven la mayor parte de madres del mundo - entero, han sido una de las tantas causas, para la atenuación de su - pena.

Podría decirse que la situación económica no es el factor - principal en esta clase de delito y que bien pueden las mujeres que - no quieren ser madres acudir a otros medios para evitar la concepción,

pero lo cierto es que mientras no haya una educación sexual bien cimentada; mientras no se conozcan por parte de los pueblos a conciencia, todos los efectos dañinos que el aborto criminal ocasiona en la vida o la salud de las mujeres; mientras no se comprenda la verdadera importancia de los métodos anti-conceptivos por falta de una divulgación científica bien organizada de parte de las autoridades competentes, el delito seguirá verificándose con la misma frecuencia. Estas son las razones por las cuales se justifica la atenuación de la pena en las Legislaciones de los diferentes países.

C A P I T U L O S E P T I M O

PROCEDIMIENTOS ABORTIVOS

Entre los procedimientos empleados para causar el aborto criminal tenemos diferentes medicamentos que actúan por envenamiento sobre el útero y la vida del feto y a consecuencia del sufrimiento orgánico se provoca el aborto, ya que propiamente, no existen las sustancias abortivas.

Entre estas sustancias que actúan por envenamiento sobre el útero y la vida del feto, tenemos las siguientes: purgantes drásticos, perejil, sabina, cornezuelo de centeno, quinina, aloes, apio lina, etc; entre las sustancias minerales, las siguientes: plomo, arsénico, fósforo, estricnina y cantáridas, etc.

Los procedimientos más eficaces pero más peligrosos en la vida y la salud de la grávida son las maniobras sobre el útero y entre ellas podemos citar las que siguen: coito repetido, duchas vaginales calientes o frías durante varias horas, el empleo de la "sonda", introducción en la vagina de pastillas o sustancias corrosivas que

perforan la mucosa vaginal hasta la introducción en el cuello y cavidad del útero de los objetos más variados para actuar directamente sobre el huevo.

Los resultados más frecuentes por el empleo de estas maniobras, son: lesiones abdominales en el intestino, peritoneo y vejiga; peritonitis y septicemias; perforación del útero en su fondo; embolia gaseosa por entrada de aire en la inserción placentaria; muerte súbita por inhibición en el momento de la maniobra sobre el cuello del útero; hemorragia profusa, etc.

De lo anterior se deduce o se advierte el peligro a que se someten las mujeres que se provocan o consenten en el aborto, razón por la cual se justifica las medidas adoptadas por los diferentes países al sancionar la venta sin prescripción médica, de ciertas sustancias que si bien no son abortivas por si mismas, pueden actuar por envenamiento y provocar el aborto al actuar sobre el útero, a consecuencia del sufrimiento orgánico.

La propaganda de sustancias que el pueblo cree son abortivas no puede ser objeto de sanción, por las razones antes dichas.

Entre los países que se pena la venta de sustancias " abortivas " tenemos: Guatemala, en el Art. 307 Pn; Honduras, en el Art. 412, Inc. 2o.; Nicaragua, en el Art. 402 Pn; Paraguay, en el Art. 354 Pn; España, en el Art. 415 Pn; Cuba que lo sancionó en su Código de Defensa Social en el Art. 442, letras " B " y " C "; nuestro Código Penal, en el Art. 367, Inc. 2o. etc.

C A P I T U L O O C T A V O

EL DELITO DE ABORTO EN NUESTRO CODIGO PENAL

En nuestra Legislación encontramos que el aborto figura como delito desde el año de mil ochocientos veinte y seis, habiéndolo comprendido el Código de aquel año en sus Arts. 654 y 655, disposiciones que se encontraban en el Capítulo destinado al homicidio.

Decían así las disposiciones mencionadas: " El que empleando voluntariamente y a sabiendas, alimentos, bebidas, golpes, o cualquier otro medio análogo, procure que aborte alguna mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años.

Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será la reclusión de uno a cuatro años; si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusión de seis a diez años en el primer caso y cuatro a ocho años en el segundo. Pero si es un Médico, Cirujano, - Boticario, Comadrón o Matrona el que a sabiendas administra, proporciona o facilita los remedios para el aborto, sufrirá, si éste no tuviere efecto, la pena de cinco a nueve años de obras públicas y de ocho a catorce, si lo tuviere, con inhabilitación perpetua en ambos casos para volver a ejercer la profesión.

La mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas alguno de los medios expresados y aborte efectivamente, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años.

Pero si fuere soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior y resultare, a juicio de los Jueces, que el único y principal móvil de la acción fué el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente uno a cinco años de reclusión. "

Desde mil ochocientos cincuenta y nueve, el delito de aborto se encuentra reglamentado en Capítulo aparte y comprendido antes dentro del Título " DELITOS CONTRA LAS PERSONAS " y ahora " DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL " y su reglamentación actual en nuestro Código Penal es idéntica a la que tuvo en los Códigos de mil ochocientos cincuenta y nueve y mil ochocientos ochenta y uno, en lo referente a los Artos. 364, 365 y 366.

Nuestro Código Penal trata el delito de aborto en la forma siguiente:

1.- Aborto causado por tercero, que la Doctrina le llama -- " Aborto Sufrido " y que comprende los siguientes casos, a saber:

A.- Aborto causado contra la voluntad del sujeto pasivo.

B.- Aborto causado sin su voluntad; y

C.- Aborto causado con el consentimiento del sujeto pasivo.

Las letras A y B, corresponden a los numerales primero y segundo y la letra C, al numeral tercero, todos del Art. 364 Pn.

2.- Aborto Procurado, en el que la grávida es sujeto activo.

3.- Aborto causado por Facultativos y Farmacéuticos.

4.- Y además, nuestro Código Penal castiga el aborto causado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo.

Art. 364.-El que de propósito causare un aborto será castigado:

1.- Con seis años de presidio si ejerciera violencia en la mujer embarazada.

2.- Con cinco años de presidio si, aunque no ejerciere --

violencia, obrare sin consentimiento de la mujer.

3.- Con cuatro años de presidio si la mujer lo consintiere.

C O M E N T A R I O

Este artículo comprende dos modalidades del aborto que la Doctrina les llama: Aborto Sufrido y Aborto Consentido, sancionando los en ambos casos con penas distintas; como muy bien puede apreciarse de la lectura de la disposición legal, el hecho reviste caracteres más graves en los casos en que se hace abortar a una mujer contra su voluntad o sin ella, que cuando ella misma consiente en el hecho criminal.

Sujeto activo de este delito en los dos primeros casos -- del artículo comentado puede ser cualquier persona a excepción de la grávida misma, pero si el que hiciera abortar a una mujer intencionalmente fuere un Facultativo o un Farmacéutico, la pena se aumentaría a tenor del Art. 367 Pn., lo cual viene a demostrar que es necesario tener muy en cuenta la calidad del sujeto activo.

Elementos integrantes del delito de aborto sufrido contra la voluntad del sujeto pasivo, son: 1.- Existencia del embarazo. 2. La intención específica de causar el aborto. 3. Los medios violentos empleados para conseguir el fin perseguido; y 4. La muerte del feto.

Ahora bien, si tal como he manifestado en páginas anteriores, el aborto consiste en la interrupción provocada del proceso fisiológico de la preñez en cualquiera de sus etapas, es indispensable para que se tipifique el delito, que se de el primer clo-

mento que he dejado anotado, o sea, la existencia del embarazo, ya que si este elemento falta aún cuando se den cualquiera de los -- otros, estaríamos en presencia de un delito de aborto imposible por inidoneidad absoluta del sujeto pasivo.

Podría tipificarse cualquiera otra figura delictiva, menos el delito de aborto.

* El segundo elemento está constituido por el dolo o sea, la voluntad criminal, que supone el conocimiento de dos extremos: -- el conocimiento del estado de embarazo de la mujer y el conocimiento del poder abortivo del medio empleado, con el propósito, claro es, de causar la muerte del feto.

Es necesario digo, que el sujeto activo tenga conocimiento del poder abortivo del medio empleado, porque la inidoneidad del medio excluye el aborto, sin perjuicio de que subsista cualquier -- otro tipo de delito.

* Como tercer elemento tenemos la violencia que puede ser física y moral, y si el medio violento empleado llega a constituir por sí un hecho delictivo, tendremos entonces una concurrencia de delitos aplicando el Art. 64 o el 65 Pn. según el caso.

Y por último, como cuarto elemento tenemos la muerte del feto que es el fin, o el propósito perseguido por el sujeto activo.

El producto de la concepción debe haber tenido vida cuando se realizó el hecho criminal, porque de lo contrario, no habría delito de aborto aún cuando se den otros de los elementos, por falta de objeto material de la infracción.

Ahora bien, si el agente ha realizado todos los actos nece

sarios que por su naturaleza habrían sido suficientes para provocar el aborto y por causas o accidentes independientes de su voluntad -- no llega a realizarse, estamos en presencia del delito de aborto -- frustrado y aplicamos las reglas generales, como cuando se realizan todos los actos necesarios para provocar un aborto con el objeto de que muera un feto viable y por causas ajenas a la voluntad del agente, el feto nace con vida al provocarse la expulsión.

En el caso del aborto sin la voluntad de la mujer, que es el contemplado en el numeral segundo del Artículo comentado, los elementos son los mismos enunciados anteriormente, difiriendo solamente los medios empleados por el sujeto activo que pueden ser: el engaño, como cuando se oculta a la mujer el carácter de las sustancias tóxicas que pueden causar el aborto o por la ausencia de la capacidad para consentir en la mujer, como cuando se encuentra bajo el influjo del hipnotismo o privada de razón por cualquier causa.

Esta modalidad del aborto que la doctrina llama " Sufrido ", tiene diferente pena en uno y otro caso, más la agravante de ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su dignidad, edad, o sexo mereciere el ofendido.

ABORTO CONSENTIDO: Es el caso contemplado en el numeral --tercero del Art. 364 Pn.

A diferencia de los casos anteriores, en éste la mujer embarazada es también autor del hecho delictivo y la víctima es solamente una: el feto, haciendo la salvedad que la pena que corresponde a la mujer es menor a la que le corresponde al otro sujeto activo.

La pena que corresponde a la mujer que permite se le practique un aborto es de tres años de prisión mayor, con base en el Art. 366 Pn. y de cuatro años de presidio, para el otro autor del hecho delictivo.

Consentir es permitir que se haga algo, pudiendo ser el consentimiento expreso o tácito.

El consentimiento expreso no necesita comentario alguno; el tácito ocurre cuando la mujer embarazada permite, sabiendo el fin --perseguido, que se le practique cualquier maniobra abortiva, haciendo constar que dicho consentimiento no debe adolecer de vicio alguno y al mismo tiempo, que debe haber sido dado por persona capaz.

Art. 365.- Será castigado con dos años de prisión mayor el aborto ocasionado violontamente cuando no haya habido propósito de -causarlo.

C O M E N T A R I O

Hemos visto al comentar los artículos anteriores que uno de los elementos del delito de aborto es el dolo, esto es, la intención específica por parte del sujeto activo de causarlo; no obstante ---ello, vemos en la presente disposición que falta ese elemento esen--cial, y precisamente por la falta de ese elemento se han dado opinio--nes diversas al comentar esta nueva modalidad del aborto los diferen--tes tratadistas.

Para Carrara por ejemplo, solamente existe el delito de ---aborto doloso; si falta esa intención específica encaminada a inte--rrumpir el proceso fisiológico de la proñez en cualquiera de sus eta--pas con el objeto de ocasionar la muerte del feto y sin embargo ccu-

rre, pero por culpa de un tercero, no hay delito de aborto, dice: --- existirá, manifiesta, cualquiera otra clase de delito y para ello hace un distingo según que el sujeto activo tenga o no conocimiento -- del estado de gravidez de la mujer; si conoce dicho estado y con ese conocimiento que tiene golpea a la mujer provocándole el aborto a -- consecuencia de los golpes ocasionados, aborto que no pretendía ocasionar, responde el sujeto activo del delito de lesión grave dolosa y si ignoraba el estado de embarazo de la mujer, y a consecuencia de -- los golpes propinados ocurre el aborto, responderá del delito de lesión grave preterintencional.

Si el aborto se provoca por un hecho culposo de la mujer - embarazada, es decir, sin que haya habido por parte de ésta propósito de causarlo, no responde criminalmente, encontrándose por consi-- guiente exenta de responsabilidad penal, ya que ella es la primera - víctima de su imprudencia al defraudar sus esperanzas de maternidad, siendo esta tesis la sustentada y aceptada por la mayoría de los Tratadistas del Derecho Penal, a excepción de unos pocos, tales como -- Altavilla, Puglia, etc.

Nuestro actual Proyecto del Código Penal, acorde a la co-- rriente generalizada, reglamentó en su Art. 121 que el aborto culposo propio no da lugar a sanción alguna.

El Penalista cubano don José Agustín Martínez, a diferen-- cia del Maestro Carrara, sostiene que si puede darse el delito de -- aborto culposo, ya que todo hecho reputado por la Ley como delito es susceptible de admitir la forma culposa.

Ahora bien, como dice don Luis Jiménez de Asúa, para que - un hecho constituya delito no basta que encaje en el tipo que la Ley

describa; es necesario que exista además culpabilidad en el sujeto activo y este elemento de culpa se manifiesta en dos grados, a saber: - el dolo y la culpa propiamente dicha.

El dolo se divide en dolo directo, en el que el efecto es - previsto y querido; dolo indirecto, eventual o indeterminado que consiste en la previsión de un resultado que no se quiere pero que se ratifica por los actos del agente y dolo de consecuencias necesarias, - en el que hay un efecto previsto y querido, pero cuya realización causará otros daños necesarios e indispensables.

La culpa es la omisión voluntaria de diligencias al calcu-- lar las consecuencias posibles y permisibles del propio hecho.

La culpa admite la clasificación de culpa con representa--- ción y culpa sin representación, y así considerada la culpa puede definirse: " como la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando está ausente la representación del resultado que sobrevendrá, sino también - cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado ni ratificarlo ".

Ahora bien, en el artículo comentado, si tomamos en cuenta que uno de los elementos integrantes de este delito es el conocimiento de la preñez por parte del sujeto activo, llegamos a la conclusión que no puede realizarse por simple culpa, pues basta tener ese conocimiento de la existencia del embarazo para prever que el aborto puede provocarse si se maltrata de obra a la grávida; si el sujeto activo, no obstante que prevee que el aborto puede producirse y aún con esa - previsión no renuncia a la ejecución de realizar el hecho violento so

bre la mujer embarazada aún cuando dicho resultado le sea desagradable, entramos en el campo del dolo eventual; si el agente, aunque -- previendo el aborto no lo toma en cuenta, esperando que no se producirá o que con su habilidad podrá evitarlo y se realiza, estamos en el caso de la culpa con representación.

De tal manera pues que en la disposición legal comentada -- no hay dolo directo o sea, esa intención específica de causar el --- aborto, según se desprende de su misma lectura; habrá dolo eventual y cuando menos, culpa con representación y nunca simple culpa, por-- que faltaría en el agente la representación de las consecuencias de su conducta.

Elementos de esta modalidad del aborto, son: 1.- concei--- miento del estado de embarazo de la mujer por cualquier medio; 2.- que el sujeto activo realice voluntariamente actos de violencia física -- contra la mujer embarazada y; 3.- que no tenga el propósito de cau-- sar el aborto.

Si además del aborto la violencia llegase a constituir por sí otro delito, como cuando a consecuencia de los golpes propinados a la mujer embarazada ésta fallece o queda gravemente lesionada, habrá concurso de delitos a tenor de las disposiciones generales de -- nuestro Código Penal.

El elemento del conocimiento de la preñez por parte del su jeto activo ha sido aceptado por la Doctrina y la Jurisprudencia, -- tanto nacional como extranjera, tan es así que nuestro actual Proyecto del Código Penal, en su Art. 119, claramente lo deja establecido y la pena que fija es de seis meses a dos años, con la salvedad que si al sujeto activo le correspondiere mayor pena por las lesiones in feridas, se le aplicará la máxima sanción señalada para el delito de

lesiones que resultare, no aplicándose conforme al Proyecto, el Art. 64 Pn. vigente.

El Tribunal Supremo de España ha establecido de manera uniforme que el culpable de aborto por consecuencia de violencias ejercidas en la madre, precisa, para serlo, que conozca el estado de gestación de ésta.

El Tribunal Supremo de España ha agregado que: " si bien - el estado de gestación habrá de merecer el mayor respeto al culpable de violencias en su persona y por ello debe, aún sin el propósito de causar el aborto, hacerse responsable al agente del resultado de tales violencias; es lo cierto que para la responsabilidad por dicho - sujeto ha de partirse siempre de la presunción racional de que el autor de la violencia ejercida sobre la mujer en dicha situación, te--nía conocimiento del embarazo."

Hay mucha más Jurisprudencia al respecto de que es necesario de que el sujeto activo tenga conocimiento de la preñez para ser responsable del delito de aborto en el caso comentado.

Respecto a la violencia empleada, el Tribunal Supremo de - España, dice: " Violencia implica empleo de fuerza física; intimidación, supone coacción moral "

" Las violencias ejercidas contra las personas, técnica y jurídicamente apreciada, es muy distinta de la intimidación, porque ésta supone coacción moral y aquella implica el empleo de fuerza física "

Nuestro actual Proyecto del Código Penal, en el Art. 119, dice: " El que por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la -- ofendida, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años, a

menos que por las lesiones inferidas le correspondiere mayor sanción, pues en este caso se aplicará la máxima señalada para el delito de lesiones que resultare ".

De todo lo antes expuesto llegamos pues a la conclusión de que el conocimiento de la preñez por parto del sujeto activo es el elemento primordial para que se configure esta modalidad del delito de aborto, amén de los otros elementos que ya he dejado anotado.

Art. 366.- La mujer que causare su aborto o consintiere -- que otra persona se lo cause, será castigada con tres años de prisión mayor.

Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en los -- dos tercios de la pena antes dicha.

C O M E N T A R I O

Esta disposición comprende tres modalidades del aborto que son:

- 1.- El aborto procurado.
- 2.- El aborto consentido, y;
- 3.- El aborto Honoris Causa.

ABORTO PROCURADO

Sujeto activo de este delito es únicamente la mujer embarazada que provoca por sí misma su aborto y el feto, es la única víctima, comprendiendo la disposición a todas las mujeres independientemente de su estado civil.

Los elementos integrantes de esta modalidad del aborto, -- son: 1.- Intención específica de destruir el producto de la concepción; 2.- Existencia de un feto vivo y; 3.- Un hecho de procuración del aborto.

Como ya he comentado anteriormente los elementos del delito de aborto, no creo necesario repetir lo dicho ya en páginas anterior-

ros.

He manifestado ya también anteriormente que consentir es - permitir que se haga algo y que el consentimiento puede ser expreso o tácito; que es tácito cuando la mujer permite, sabiendo el fin perseguido, que se le practique cualquier maniobra abortiva; que dicho consentimiento no debe estar viciado porque si esto ocurre ya no estamos en presencia de este caso y que si la mujer embarazada que consiente en su aborto es una menor de quince años de edad, a quien los Médicos Forenses, de acuerdo al numeral tercero del Art. 8 Pn. declaran que obró sin discernimiento, no cabría tampoco deducirle a ésta responsabilidad alguna y no podríamos también hablar en este caso de aborto consentido.

El consentimiento pues, debe estar exento de todo vicio.

En este delito hay dos coautores: la mujer que consiente y la otra persona que lo causa y solo una víctima, el feto.

La pena que corresponde a la grávida en este caso por el hecho de consentir en el aborto es de tres años de prisión mayor y de cuatro años de presidio, para el otro autor del hecho delictivo.

En el actual Proyecto del Código Penal, la pena que corresponde a la mujer que causare su aborto o lo consintiere, es de uno a tres años, según el Art. 114 del mismo.

ABORTO HONORIS CAUSA

Muchos Penalistas han sostenido que no existen razones poderosas que expliquen y justifiquen la atenuación de la pena en el aborto "Honoris Causa " y han abogado porque dicha atenuación sea -- abolida, como remanente que es de una moral de clase, hipócrita, antinatural y regresiva.

Así, el Penalista Diego Vicente Tejera, en su obra " El aborto Criminal ", dice: " El honor es otra de las causas que se pretende invocar para justificar el aborto, más ¿ que es el honor ?. El buen nombre, la estimación social en que se tiene a un individuo. Se pretende que para que una mujer no pierda su estimación social, se autorice el aborto. El honor, aunque elástico y acomodaticio en todos los tiempos, porque se pliega a la conveniencia del hombre, no ha sido -- más que una causa de atenuación en la mayor parte de las Legislaciones del mundo; esas ideas que la Sociedad basa en una moral falsa, como diría Vieites, sosteniendo la tesis contraria, no pueden llegar a justificar un acto que representa los caracteres esenciales de que se forma todo delito. ¡ Honor, honor ! Honor en nuestros días. El vocablo solo tiene una acepción: no dar escándalo, es decir, no exteriorizar lo que se hace en privado: esto es, ser hipócrita. A esa moral -- que a nadie convence ni conmueve ¿ se le va a dar tal importancia que en leer a ella, se permita la muerte de un ser en formación ?..."

Por su parte, los Penalistas Ibídem y Luis Carlos Pérez expresaron: " El honor no es sino la buena apariencia de la mujer desde el punto de vista sexual y es por eso engañoso. Piénsase que la destrucción del feto significa automáticamente que la deshonra es oculta o el honor salvado, lo que en verdad es más que dudoso. En buen número de casos por no decir la mayoría, la llamada deshonra es conocida con anterioridad, en ocasiones por no pocas personas, excepto, -- aunque no siempre por los más allegados: marido, padre o hermano.

La ocultación parece, pues, que va dirigida más contra cualquiera de ellos que contra la opinión que los demás puedan tener de --

la interesada. El honor cobra así un carácter estrictamente familiar que, aunque respetable, tiene todas las características de un convencionalismo que debe ser superado. Desde un punto de vista moral y jurídico, parece difícil admitir la destrucción de una vida en aras de dicho convencionalismo ".

Por otra parte, muchos Penalistas han defendido esta modalidad de aborto privilegiado y así, el Penalista José Agustín Martínez, en su obra " Aborto ilícito y Derecho al aborto ", ha manifestado que mientras las Legislaciones y especialmente la de su Patria, no hayan sido radicalmente reconstruídas en materia de paternidad y filiación, al Jurista le será siempre grato tender la mano de la misericordia a estas desgraciadas mujeres, acordando en su beneficio una atenuante de su responsabilidad, la cual, si no existiera específicamente consignada en las Leyes, podría encontrarse en la perturbación moral profunda, en el desequilibrio de las facultades causado por la inminente deshonra, en el temor del ánimo apocado, en la obsesión que a veces llegan a producir en los espíritus mejor templados, estas terribles situaciones de prueba que la vida ofrece ".

Expuesto lo anterior, he de manifestar que en esta modalidad del aborto la mujer embarazada puede causárselo ella misma o permitir que otra persona se le cause, pero con la finalidad única de ocultar su deshonra y al mismo tiempo, deben concurrir las circunstancias siguientes para que la figura se tipifique, y ellas son: 1.- Que la grávida no tenga mala fama; 2.- Que haya logrado ocultar su embarazo y; 3.- Que dicho embarazo sea el fruto de una unión ilegítima.

Si la grávida ha logrado ocultar su embarazo pero no ha tenido una buena reputación anterior, el aborto procurado por ella misma o permitido para que otra persona se lo cause, no puede calificarse de " Honoris Causa ", ya que el concepto de reputación se refiere a la conducta sexual observada; si no ha ocultado su embarazo, el aborto tampoco podrá calificarse como tal, por el hecho mismo de haber desaparecido el ocultamiento de la deshonra, que es el interés perseguido en este caso.

Por último he de decir que ese embarazo debe ser el fruto de una unión ilegítima, excluyéndose por consiguiente a las mujeres casadas, ya que el embarazo en éstas la Ley lo considera, presumiéndolo legalmente, como producto de una unión legítima.

Elementos integrantes de esta figura delictiva son los mismos que antes señalé al referirme al aborto procurado, solo que, el móvil cambia, pues la finalidad que se persigue en el caso comentado es el de evitar la deshonra, el miedo a perder una buena reputación.

La atenuación especial de la pena en este delito no se extiende a los padres de la grávida cuando ellos causaren su aborto con el fin de salvarle su honor, no obstante que el motivo que inspiró al Legislador para atenuar la pena en el caso del delito de Infanticidio, es el mismo motivo contemplado en esta disposición.

Entre las Legislaciones de los países que regulan esta modalidad del aborto, tenemos: Colombia, en el Art. 389 Pn. que hasta -- permite la concesión del perdón judicial; Portugal, en el Art. 358, No. 3o. Pn.; Uruguay, en el Art. 328 Pn; Venezuela, en el Art. 436 - Pn. Brasil, en el Art. 301 Pn; Chile, en el Art. 344 Pn; Italia, en el Art. 551 Pn; Guatemala, en el Art. 305 Pn; Ecuador, en el Art. -- 420 Pn; Paraguay, en el Art. 216 Pn. etc.

Art. 367.- El facultativo y el farmacéutico que abusando de su arte causaren el aborto o cooperaren a él, incurrirán respectivamente en las penas señaladas en el Art. 364, aumentadas en una tercera parte.

El farmacéutico que sin la debida prescripción facultativa despachare un abortivo, incurrirá en la pena de un año de prisión mayor.

En los casos de este artículo se impondrá además al culpable, la pena de inhabilitación especial por el tiempo de la condena.

C O M E N T A R I O

Este artículo se refiere expresamente al aborto practicado por personas cuya profesión está dentro de alguna de las ramas del arte de curar y para que, tanto el facultativo como el farmacéutico se hagan acreedores a las penas establecidas en esta disposición, es necesario que hayan obrado abusando de su Ciencia para causar el aborto o cooperar a causarlo.

Cual es el significado de la palabra " abusar " en esta -- disposición ?

La palabra "abusando" significa según mi opinión, no adecuarse tanto el facultativo como el farmacéutico sus actividad profesional dentro del marco legal, pues cuando actúan en el ejercicio legítimo de su profesión, están exentos de responsabilidad criminal.

La razón de la gravedad de la pena se justifica por cuestiones de Política Criminal, ya que la responsabilidad del profesional que se prevalece de sus conocimientos para la realización de actos ilícitos tiene que ser mayor que la de cualquier otra persona.

Por otra parte, si el Estado concede Títulos Académicos a estas personas después que han realizado los estudios correspondien-

tes, es precisamente para que ejerzan su profesión en beneficio de la Sociedad y no para la realización de actos reñidos con la Ley, -- pues de lo contrario, están abusando de su profesión.

Es por las razones anteriores que la Ley castiga por igual, tanto al facultativo y al farmacéutico que abusando de su arto causaren el aborto, que en este caso son autores, que cuando son cómplices del delito o sea, cuando cooperan a causarlo.

El término " facultativo " como muy bien dice el Penalista salvadoreño, doctor Manuel Castro Ramírez h. en su obra " Derecho Penal Salvadoreño ", no comprende a las enfermeras obstétricas, comadronas, estudiantes de Medicina y Farmacia, parteros y enfermeros cuya culpabilidad es semejante a la de un facultativo propiamente dicho y por esa razón, en el actual Proyecto del Código Penal, todas esas personas han quedado comprendidas en el Art. 116, No. 2o.

El segundo inciso del artículo comentado apareció por vez primera en el Código de mil ochocientos ochenta y uno y la razón de su aparición se justifica, ya que si no existiera tal disposición se dejaría abierto el camino para obtener toda clase de medicamentos conocidos como capaces de actuar en el organismo provocando el aborto y el número de éstos aumentaría mucho más de los que se cometen a diario.

Es por esa razón digo, que se justifica la sanción establecida en la Ley para el Farmacéutico que coopera indirectamente al expender sin la prescripción facultativa, alguna sustancia conocida como capaz de poder provocar un aborto.

C A P I T U L O N O V E N O

JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia de España al igual que la de otros mu--

chos países ha sido poco numerosa pero sí muy valiosa para el estudio del delito de aborto con todas sus modalidades, razón por la cual me limitaré a exponer textualmente parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España y a exponer también textualmente, la escasa Jurisprudencia nuestra.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DE ESPAÑA

DOCTRINA GENERAL: " Para que exista aborto es indispensable que la mujer objeto de las maniobras encaminadas a producirlo se encuentre en estado de embarazo..., y no precisa consignar detalladamente las manipulaciones que lo produjeron ".

Ya se estime que la represión penal de aborto tiene su fundamento en la protección que la Ley dispense a un futuro ser humano o bien que lo que se trata de tutelar es la vida y la salud de la madre, que se pone en grave peligro por la práctica de maniobras abortivas, o lo que se pretende defender es el interés general de evitar la disminución de la población o todas estas razones a la vez, es lo cierto que la actual doctrina jurídico penal, las modernas Legislaciones, -- sin excepción y la constante Jurisprudencia de esta Sala consideran -- punibles las maniobras practicadas en una mujer grávida encaminada de propósito a provocar la expulsión o producir la destrucción o aniquilamiento, dentro del vientre de la madre, del fruto de la concepción, cualquiera que sea el tiempo de la gestación; por lo que probado que la recurrente, conociendo que la otra procesada, que no ha recurrido, se hallaba embarazada de dos meses, a instancia de ésta, que no quería tener más hijos, realizó diversas manipulaciones en sus órganos genitales y le dió unos lavados, a consecuencia de lo cual a las pocas horas expulsó el coágulo embrionario; es incuestionable que ya --

fuera un embrión lo que expulsó la gestante por no haber llegado a -- los tres meses de gestación, o bien tuviera la consideración de feto por haber rebasado ese tiempo de vida intrauterina, la actuación de la recurrente es constitutiva del delito de aborto que sancionan los Arts. 411 y 417, como acertadamente ha sido calificada por la sentencia de Instancia, puesto que lo mismo en un supuesto que en otro se ha interrumpido de losamente el curso normal de la preñez, cualesquiera que sean las circunstancias de edad, de viabilidad y aún de formación regular del embrión o feto, porque en todo caso se ha truncado la esperanza, al menos, de una nueva vida y se ha puesto en peligro la vida de la mujer embarazada, máxime cuando la recurrente que realizó las maniobras abortivas no es profesional de la Medicina. (S. 17-6-959; Rep. Jurisp. Aranzadi, 2.271).

DOCTRINA GENERAL: " El culpable de aborto por consecuencias de violencias ejercidas en la madre precisa, para serlo, que conozca el estado de gestación de ésta ".

Con arreglo a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, si bien el estado de gestación habrá de merecer el mayor respeto el culpable de violencias en su persona, y por ello debe, aún sin el propósito de causar el aborto, hacerse responsable al agente del resultado de tales violencias; es lo cierto que para la responsabilidad por dicho delito ha de partirse siempre de la presunción racional de que el autor de la violencia ejercida sobre la mujer en dicha situación tenía conocimiento del embarazo. (S.25-2-901; G. 4-10-901; t.Pág.124).

El hecho de la muerte de un feto en el claustro materno como consecuencia de la muerte violenta de la madre, por mas que en la acepción gramatical no pueda calificarse de aborto, por faltar la emisión extemporánea del feto, en el sentido jurídico de la palabra hay

que darle esa significación, porque con la muerte de la madre se produce también necesariamente la del feto cuando no es viable por el poco tiempo que lleva de vida intrauterina. (S.1-2-887; G. 4-6-887; t. 38, Pág. 181).

DOCTRINA GENERAL: " La muerte de un feto llevado en su seno por la interfecta no es homicidio, porque solo merece la consideración de persona quien posee la vida civil, conforme al artículo 29 - del Código Civil ".

La muerte de un feto llevado en su seno por la interfecta no constituye delito de homicidio, porque solo merece la consideración de persona quien posea la vida civil, conforme al artículo 29 - del C. C., ni tampoco constituye el de aborto, previsto en el Art. - 412, si no constaba al autor de las violencias el estado de embarazo de la agraviada.

NOTA: El Art. 412 del Código Penal Español corresponde al Art. 365 del Código Penal nuestro, con la diferencia de que en aquel se hace referencia expresa de que el autor de las violencias debe tener conocimiento del estado de embarazo de la mujer.

DOCTRINA GENERAL: " Siempre en relación con el Art. 412 - citado ".

" Violencia implica empleo de fuerza física; intimidación supone coacción moral ".

Este artículo solo es aplicable cuando violentamente se da ocasión a un aborto sin ánimo de causarlo.

Las violencias ejercidas contra las personas, técnica y jurídicamente apreciada, es muy distinta de la intimidación, porque ésta supone coacción moral y aquella implica empleo de la fuerza física.

Los actos, consistentes en que un hombre embriagado, sacando una pistola amenace a una mujer con matarla y también a su marido, produciéndose con este motivo el aborto de la primera, son de mora - intimidación y solo arguyen responsabilidad penal por el delito de - amenazas sin perjuicio de la civil a quo de lugar por sus efectos el hecho justiciable. (S. 30-11-887; G. 4. 4-888; t. 39. Pág. 839).

JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

DOCTRINA GENERAL: " Si de un solo hecho resultan dos delitos, homicidio en una mujer y aborto en la misma, procede castigar - al delincuente imponiéndole separadamente la pena que corresponde a cada delito, por ser este más favorable al rec que aplicar el Art.64 Pn.

Concurre en este caso la agravante de haberse cometido el hecho faltando al respeto que por su condición de mujer merecía la - ofendida y por esta agravante procede aumentar la pena en una cuarta parte.

En el aborto relacionado no concurre la agravante de arma prohibida, aunque proceda del homicidio cometido con esta clase de - arma, porque el aborto fué causado como acción refleja de dicho homicidio.

(Revista Judicial, Tomo XLVIII, 19 de Junio de 1943, Pág. 670)

DOCTRINA GENERAL: " La expulsión violenta del feto antes - del término legal de la preñez, consentida por la madre y la destrucción de ese feto consumada por la misma madre, constituye el delito de aborto y no el de parricidio ".

(Revista Judicial, Tomo LIII, febrero 28 de 1948, Pág.321)

DOCTRINA GENERAL: Responde de los delitos de homicidio y - aborto quien conociendo el estado de gravidez de una mujer, ocasiona

a ésta lesiones que lo causaren directa y naturalmente la muerte, aun que no se haya operado la expulsión prematura del feto, desde luego -- que la muerte violenta de la madre, produjo necesariamente la muerte, dentro del claustro materno, del feto no viable, que es el objeto material del delito de aborto".

(Revista Judicial, Tomo LIII; Julio 29 de 1948, Pág. 359)

Como puede advertirse de lo anterior nosotros no tenemos -- Jurisprudencia que sea exclusiva del delito de aborto y la razón es obvia; nuestros Tribunales en raras ocasiones han tenido conocimiento de esta clase de delito, ya que por su especial naturaleza escapa casi siempre del conocimiento de la Justicia.

Las personas que en él participan y las que tienen conocimiento del mismo son las mas interesadas en callar, de tal manera -- que la prueba es difícil llegar a obtenerla.

En Enero, se conoció en los Juzgados de la Ciudad de Santa Ana solamente de dos casos de aborto; en febrero, marzo y diciembre, de un caso en cada mes en los Juzgados de esta Ciudad Capital y en -- junio, de un solo caso en el Juzgado de Primera Instancia de Metapán, meses todos correspondientes a mil novecientos sesenta y tres.

En el corriente año, se han conocido de dos casos en los -- Juzgados de la Capital en los meses de febrero y abril y de un solo caso en Santa Ana, en el mes de marzo.

Ninguno de los casos antes dichos ha llegado al conocimiento del Jurado, habiéndose ya sobreescido en la mayoría de ellos, mientras que los otros continúan depurándose, para llegar a sobreescribirse más tarde por falta de prueba de la delincuencia.

Esa es la razón por la cual nosotros no tenemos Jurisprudencia que sea exclusiva de este delito.

Pero, cual es la importancia de la Jurisprudencia Salvadoreña citada ?

Que establece como requisito primordial en el caso del --- aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de --- causarlo, el conocimiento de la preñez por parte del sujeto activo, de tal manera que si ese conocimiento falta, dicha figura delictiva no se tipifica.

La Jurisprudencia en este caso llena el vacío del Art. 365 Pn. en el cual no se establece que sea necesario tal conocimiento por parte del sujeto activo, uniformándose así el criterio con la Doctrina en general y con todas las Legislaciones que lo establecen en una forma expresa, al igual que nuestro actual Proyecto del Código Penal, como requisito indispensable para que se tipifique el delito.

Ya anteriormente había manifestado que si la violencia llegase a constituir por sí otro delito habría concurso de delitos, tal como nuestra propia Jurisprudencia lo establece, de acuerdo con las disposiciones generales de nuestro Código Penal.

C A P I T U L O D E C I M O

CONSIDERACIONES FINALES

Es Innegable que este delito ha alcanzado en la mayoría de los países proporciones considerables como sucede también en nuestro país y que no obstante que es difícil precisar con certeza el número que de los mismos se realizan ya que en su mayoría escapan al conocimiento de la Justicia, las Estadísticas Criminales sin embargo de los diferentes países acusan una constante progresión.

Así en Francia, el Jurado conoció en el año de mil novecientos nueve de veinte y siete casos de delito de aborto; de cua--

renta y cuatro en mil novecientos quince y de ciento treinta, en el año de mil novecientos veintiuno; en Inglaterra, en mil novecientos treinta y ocho, solo sesenta y seis personas fueron condenadas por este delito; en nuestro país, de Enero de mil novecientos sesenta y tres a la fecha, solo nueve casos han llegado a conocimiento de los Tribunales de Justicia habiendo terminado la mayoría de ellos sobreseídos por falta de prueba y al igual que en todos los demás países, aunque el número de ellos que ha llegado a conocimiento de la Justicia es insignificante en comparación a la verdadera realidad, ha quedado comprobado sin embargo su constante progresión.

El doctor Laccassagne estimaba hace algún tiempo en quinientos mil el número anual de abortos practicados en Francia; el doctor Mo nin, en cien mil los realizados en París y actualmente se considera que no bajan de cuatrocientos mil los efectuados en toda Francia.

En Inglaterra, se estima en ciento cincuenta mil el número de abortos anuales de los cuales el cuarenta por ciento son abortos criminales y en Alemania, el Ginecólogo doctor Bum, en el año de mil novecientos veinte y dos, estimaba que de cada cinco embarazos uno terminaba en aborto; en Suiza, los Médicos calculan en cincuenta mil el número de abortos efectuados anualmente, de los cuales solo el cinco por ciento es objeto de castigo y en los Estados Unidos de Norte América, en doscientos mil el número de abortos también anuales que se realizan.

En nuestro país, en el Hospital de Maternidad se registraron en el año de mil novecientos veinte por lo menos unos cinco abortos por cada cien partes; en el año de mil novecientos cincuenta y tres hubo mas de dos mil abortos por unos cuatro mil partes y actualmon-

te se atienden por lo menos a diez personas diarias que llegan graves por haberse practicado maniobras abortivas con el fin de destruir el fruto de la concepción.

Lo anterior demuestra una constante progresión de este delito y como los Médicos del Hospital de Maternidad guardan estricto silencio respecto de los abortos criminales de que ellos se dan cuenta cuando tratan a las pacientes que se presentan al citado Hospital, necesario es determinar si dichos Médicos incurren en responsabilidad criminal por el hecho de no dar parte a la Autoridad competente, y al mismo tiempo, de si están obligados a declarar como testigos dado caso fueren requeridos para ello por Juez competente.

Todo Profesional que en el ejercicio de su profesión se impone de un hecho del cual una persona tiene interés en ocultar, debe guardar reserva de él, no revelándolo a ninguna persona, tan es así, que la indiscreción que en este caso sería la violación del secreto profesional se encuentra sancionado como delito en todas las Legislaciones y en la nuestra, en el Art. 297 Pn. cuyo tenor literal es el siguiente: " En estas mismas penas incurrirán los Ministros de cualquier culto y los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de su oficio se les hubiere confiado ".

Ahora bien, si el secreto en este caso consiste en la obligación que tiene el Médico de guardar en reserva los hechos personales de que se impone en el ejercicio profesional y que para el afectado pueden constituir un secreto, sea de que se haya impuesto de esos hechos personales porque se lo ha comunicado el paciente confidencialmente o porque lo haya descubierto por sí mismo, no incurre en responsabilidad criminal alguna por callar, pues el secre-

to profesional lo impone esa conducta, mas tratándose de este delito que por si mismo constituye en nuestro medio social un secreto.

Si el aborto no constituyera un secreto en nuestro medio social y el Médico no diera aviso a la Autoridad competente inmediatamente de haber tenido conocimiento de dicho delito al asistir a la paciente, incurriría en responsabilidad criminal de acuerdo al Art. 536, No. 5o. Pn.

Por otra parte, refiriéndome siempre al aborto que para mí constituye un secreto, el Médico que fuere requerido por Juez competente para declarar como testigo, puede excusarse de declarar como tal con base en el Art. 407-A, No. 5o. I.

Tratado así escuetamente este punto que podría ser objeto de otro trabajo, cabe formular la otra interrogante.

Como combatir el aborto criminal ?

Legalizando el control de la natalidad en una forma científica, ya que dicho control tiene por objeto evitar en una forma voluntaria la fecundación del óvulo por el espermatozoide, a pesar del contacto sexual.

No podemos negar la impetencia de nuestra Ley, de las normas morales y religiosas frente al aborto criminal, pues mientras no exista una maternidad deseada seguirá verificándose con una intensidad cada día más escandalosa.

Que Ley, que norma puede impedir que disminuya el número de abortos criminales.

No acaso el noventa por ciento de mujeres que abortan lo hacen por la necesidad imperiosa en que su situación económica las coloca, sin importarles el daño que puedan ocasionar a su salud y aún a costa de su propia vida?

No acaso la realidad misma lo demuestra que éstas mujeres -
recurren a este hecho criminal por tener ya el número de hijos que -
ellas consideran suficientes y que un hijo más significaría hundir--
las totalmente en la miseria?

Pues bien, la única arma eficaz para luchar contra el abor-
to criminal es el control de la natalidad, ya que la mujer que cuen-
ta con medios eficaces e inofensivos para su salud para evitar un em-
barazo no deseado, jamás consentirá en someterse a la arriesgada ma-
niobra abortiva; es precisamente por ignorar los métodos del control
de la concepción que las mujeres se arriesgan a las maniobras de la
interrupción del embarazo.

Para ello, es menester la difusión de la educación sexual,
del conocimiento de los métodos legítimos de contra-concepción, ya -
que el país que prohíbe la difusión de los medios necesarios para el
control de la natalidad es el verdadero culpable del aumento en la -
cantidad de mujeres que se ven obligadas por diversas circunstancias,
a interrumpir su preñez.

Son varios los países que han aceptado el control de la na-
talidad; en los Estados Unidos por ejemplo la " Asociación Médica --
Americana" en el año de mil novecientos treinta y siete adoptó las -
resoluciones siguientes: 1.- La de informar a los Médicos de sus de-
rechos legales de utilizar la contracepción; 2.- La de que todos
los dispensarios, clínicas y establecimientos similares en los que -
se den consejos e informaciones al público sobre el control de la --
concepción deben funcionar con licencia legal y bajo supervisión y -
control médicos, etc.

La India en el año de mil novecientos cincuenta y dos se --
pronunció en el sentido de aceptar el control de la natalidad y así

también muchos otros países, tanto del Asia como de Europa.

Con este mismo objeto de evitar el aborto criminal o lograr su disminución se fundó en mil novecientos cincuenta y tres La Federación Internacional de la Procreación Planeada, cuyos objetivos son los siguientes: Luchar por una paternidad responsable y la aceptación universal de la Familia Planeada; legalizar el derecho que asiste a todo matrimonio de procrear el número de hijos que se desee y en el tiempo que más les convenga y aceptar la contracepción en vez de recurrir al aborto para limitar el número de hijos.

La Federación de la Procreación Planeada sostiene que: -- " tanto la salud de la madre como la del niño y la felicidad de toda una familia, pueden derrumbarse por la llegada rápida o por un gran número de hijos. El conocimiento de los métodos contracceptivos es uno de los medios más seguros para fundar familias dichosas dentro de las cuales, los ciudadanos del mañana podrán crecer y progresar ".

El doctor J. Witridge, refiriéndose al control de la natalidad dijo: " como Médicos ¿ cual debe ser nuestra posición frente al problema del control de la concepción?. Para mí no hay sino una respuesta. Es justicia y deber dar consejos, como lo es propender al empleo de cualquier otra medida profiláctica; debemos aconsejar a la multípara que sufre de nefritis crónica, tuberculosis o cardiopatías, de no tener más hijos y si consideramos útil y prudente el consejo de enseñar los medios para que eso se realice, porque si hacemos lo primero y no lo segundo faltamos a nuestro deber de médicos. Igual consejo debe darse cuando vemos que una paciente se desmorona como resultados de embarazos que se suceden a muy cortos intérvalos, así como en ciertas mujeres, mal adaptadas, cuya vida en

tera está perturbada por un constante temor del embarazo ".

Julián Huxley, en su obra " People ", manifestó también su apoyo al control de la natalidad, al expresar: " Con esta nueva arma en nuestras manos estamos preparados para atacar activa e inteligentemente los graves problemas de la relación entre la población y la defensa y el progreso sociales ".

Y así, la tendencia actual es aceptar el control de la natalidad como medio de luchar contra ese flagelo social que se denomina, aborto criminal.

Actualmente, solamente la Iglesia Católica condena los contraconceptivos y no acepta los principios de la Familia planeada, - ya que aceptarlos sería ir contra los principios en que descansa dicha Religión.

Pues bien, en nuestro país yo estimo que debería formarse una Comisión de Médicos adscrita al Ministerio de Salud Pública y - Asistencia Social, donde las personas interesadas podrían acudir para obtener la información necesaria sobre los medios de evitar el - aborto, pero para ello, habría que haber también un Cuerpo de Trabajadores Sociales que investigaran cada caso en particular para sa--ber si es recomendable dar la información solicitada a la persona - interesada.

Por otra parte, también podrían colaborar en esa misión -- las Brigadas Alfabetizadoras del Departamento de Educación Fundamental del Ministerio de Educación en el sentido de inspirar confianza a las personas del campo que, por su incultura son temerosas y desconfiadas, para que visitaran la Comisión referida donde se les explicara, de acuerdo a su nivel cultural, las medidas que podrían -- adoptar para tener el número de hijos en relación a su situación -

económica.

Por el momento, aunque la Ley castigue el abarco y lo lle-
gara a castigar con penas severísimas, siempre seguirá aumentando el
número de los mismos y no podríamos mas que exclamar, trayendo a --
cuenta la frase de Goethe: " La Ley es poderosa, pero más poderosa -
es la necesidad ".

B I B L I O G R A F I A

DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

EUGENIO CUELLO CALON

DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

GUSTAVO LAVATUT GLENA

DERECHO PENAL MEJICANO

FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA

DERECHO PENAL MEJICANO: PARTE ESPECIAL

MARIANO JIMENEZ HUERTA

DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

EDMUNDO MEZGER

DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

LUI CARLOS PEREZ

DERECHO PENAL

VICENTE CONCHA

CODIGO PENAL ARGENTINO ANOTADO

MARIO A. ODERIGO

PROGRAMA DEL DERECHO CRIMINAL: PARTE ESPECIAL

FRANCESCO CARRARA

DERECHO PENAL MEJICANO

CELESTINO PORTE PETIT

ABORTO ILICITO Y DERECHO AL ABORTO

JOSE AGUSTIN MARTINEZ

MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

CARLOS FONTAN BALESTRA

DERECHO PENAL SALVADOREÑO

MANUEL CASTRO RAMIREZ h.

LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR

LUIS JIMENEZ DE ASUA

TRES TEMAS PENALES

EUGENIO CUELLO CALON

DERECHO PENAL ARGENTINO

SEBASTIAN SOLER

PROYECTO Y EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO PENAL

SALVADOREÑO.