

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

EL ABORTO NO PUNICLE EN NUESTRA  
LEGISLACION PENAL

TRABAJO DE GRADUACION  
PRESENTADO POR

RICARDO ANTONIO MONTALVO BARBERO

PARA OPTAR AL GRADO DE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

JUNIO, 1985



T  
345.0285  
M763a

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

f. 3

RECTOR

Dr. Miguel Angel Parada

SECRETARIO GENERAL

Dra. Ana Cecilia Castaneda de Montoya

FISCAL

Dr. Jorge Alberico Gómez Arias

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Manuel Adán Mejía Rodríguez

SECRETARIO

Dr. Selim Arturo Sánchez Campos

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y  
LEYES ADMINISTRATIVAS.

PRESIDENTE: Lic. Miguel Angel Flores Macall  
PRIMER VOCAL: Dr. Oscar Augusto Cañas  
SEGUNDO VOCAL: Dr. José Belarmino Jaime

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION  
Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr. Román Gilberto Zúniga Velis  
PRIMER VOCAL: Lic. Salvador Va Valencia Robles  
SEGUNDO VOCAL: Dr. Oscar de Jesús Zamora

CALIFICADOR DE TRABAJO DE GRADUACION:

LIC. Luis Edgar Morales Joya

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MATERIA: DERECHO PENAL

TEMA: EL ABORTO NO PUNIBLE

TRABAJO: MONOGRAFIA PRESENTADA POR EL BACHILLER  
RICARDO ANTONIO MONTALVO BARBERO.

PREVIO A LA OPCION DEL TITULO DE:

LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

D E D I C A T O R I A

A DIOS TODOPODEROSO

Y

A MARIA AUXILIADORA - CON GRATITUD ETERNA  
POR EL MILAGRO REALIZADO.

A MIS DIFUNTOS PADRES Y A MAMA LOTY  
( Q. E. P. D. ) COMO POSTRER OFRENDA

A MIS DOS UNICOS HIJOS:  
JOSE MAURICIO Y RICHARDO ANTONIO  
CON PATERNAL CARIÑO

A MIS PROFESORES,  
CON AGRADECIMIENTO.

## P R O L O G O

El tema que me he propuesto desarrollar es aparentemente sencillo, sin embargo al abordarlo con atención se comprende cuan distinto resulta pues no valdría analizarlo como ya lo - han hecho otros, limitándose al simple comentario de los artícu los que a él hacen referencia. Ya pienso que el análisis profundo del delito de Aborto debe abarcar el estudio de la vida y de la muerte, porque sin quererlo nos obliga a conocer cuando comienza la una y cuando se produce la otra, sin dejar de reconocer sus íntimas conexiones con la moral y la ley.

Con respecto a la moral se puede afirmar que su solo nombre no significa nada, pero su ejercicio, su práctica llevan al ser humano a tener conocimiento de su verdadero sentido y ese llega a constituir lo que se denomina "Conciencia Moral". Esta contiene dentro de sí un buen número de principios en virtud de los cuales los hombres condicionan su hacer cotidiano. Tienen en ellos la razón fundamental para emitir juicios morales acerca de todo lo que les rodea y acerca de si mismos. Los juicios morales son tales como lo son los juicios lógicos de la razón. Aristóteles llamó a la Conciencia Moral (Nosus praktikos) o sea "Razón Práctica". Kant recoge este concepto para demostrar que la Conciencia Moral actúa al impulso de algo tan poderoso como la misma razón; no la razón que se aplica a conocer la e esencia de las cosas, sino la razón aplicada a la práctica de la moral.

Lo anterior, analizado en forma pormenorizada, lleva dice Kant a lo que se califica como buena, mala, moral, inmoral, inocente, pecaminoso, etc. Hemos de reconocer sin embargo que éstos calificativos, aunque solemos aplicarlos a las cosas, solamente pueden referirse a las personas que son los únicos dignos de ser llamados buenos o malos. Las cosas son indiferentes al bien y al mal, en cambio los hombres realizan actos que pueden ser voluntarios o involuntarios. Cuando un hombre hace la que no quiere hacer como en el Homicidio Preterintencional, estamos frente a una desgracia, por consiguiente no podemos calificar al autor de bueno ni de malo, pues lo que sirve para aplicar el calificativo es la voluntad del agente.

La moralidad no es lo mismo que la Legalidad. "La legalidad de un acto voluntario consiste en que la acción realizada con él, sea conforme y ajustada a la ley", pero no bastan estos requisitos para que una acción sea moral, es necesario además, que en el instante que antecede a su realización exista concordancia entre el acto a realizarse y la voluntad de quien lo llevará a cabo. Por lo mismo cuando se realiza una acción por temor a un castigo o por interés pecuniario, pierde todo su valor moral, aunque dicha acción sea perfectamente legal.

Manuel García Morente dice al respecto: "Un acto moral tiene pleno mérito, cuando la persona que lo verifica ha sido determinada a realizarlo, únicamente porque ese es el acto moral debido". No puede ser la voluntad moral meritoria, si no fuere autónoma o sea libre, si estuviere sujeta a leyes de -

cualquier naturaleza, incluyendo la de causas y efectos. Ese es el "Principio de la libertad de la voluntad", y esa voluntad libre es la que determina, si el acto es moral o inmoral.

Respecto de la vida se puede decir que existe un adagio metafísico cristiano que es aquel de que " de la nada es de don de nace todo ente en cuanto ente", el ser no podría tomarse como existencia a vida si no estuviere, como afirman algunos filósofos, "flotando sobre el inmenso abismo de la nada". La vida en su raíz contiene el tiempo, o sea que la estructura ontoló-gica de la vida es el tiempo y tiene la particularidad de que cuando ha sido, ya no es vida, La vida como tan pronto ha sido, deja de ser, por ello significa afán de querer ser, o como dice un filósofo "El tiempo vital, el tiempo existencial en que la vida consiste, es un tiempo en donde lo que va a ser está - antes de la que es; lo que va a ser trae lo que es". Este filósofo a que alude, es Heidegger. Por lo antes expresado se deduce fácilmente que la vida el tiempo está dentro del ser, lo - que la convierte en un ser temporal; cuando finaliza el tiempo, finaliza o termina la vida.

Siendo la vida algo metafísico encierra una contradicción, pues dentro de ella se encuentran el ser o sea la existencia y el no ser, que es la nada de donde proviene todo.

Y la nada es la muerte también. Principio y fin de todo ser, de toda existencia y aplicada a los seres humanos signifi-ca el final del querer ser, del poder ser, o lo que es lo mismo dejar de ser. Ortega y Gasset se expresaba así: " La muerte me

recuerda a los navegantes cuando desde la proa del barco anuncian tierra. La proa de nuestro barco (la vida) navega hacia un continente en cuyo horizonte se divisa el alto promontorio de la divinidad". Estimado lector:

He escrito estas líneas, tomando casi literalmente los conceptos filosóficos que buscando, pude encontrar y es que en verdad, cuesta mucho decir algo propio, cuando ya todo o casi todo está dicho y el temor de que decirles en otra forma me llevaría a equivocarme, no me permitió intentarlo.

Sirva esta aclaración como disculpa sincera por la falta de originalidad de estas líneas.

Gracias !

## LA VIDA Y LA INTEGRIDAD COMO BIENES JURIDICOS

Para Mariano Jiménez Huerta: "Entre los bienes jurídicos pertenecientes al ser humano considerado en su genuina individualidad, los de mayor grado y jerarquía son los delitos contra la vida e integridad orgánica." Continúa expresando que tales delitos tienen una bien definida característica personal y física. Personal porque están íntimamente vinculadas o dirigidas al ser como persona. Física porque se materializan en estados que pueden ser apreciados por los sentidos y que son fisiológicos y orgánicos.

Estos bienes significan intereses de suyo prioritarios como lo es la existencia que va acompañando al hombre desde la concepción, luego en su nacimiento, hasta la muerte, determinando y calificando su naturaleza tanto como su desarrollo.

Para Maggiere: "La vida y la integridad personales constituyen por si solas el fundamento de todo derecho."

Es innegable el bien jurídico de la vida y su importancia lo mismo aunque en menor escala, la integridad personal que abarca tanto el cuerpo como parte del ser humano así como la salud denominada corporal o física como la salud mental.

Y hablando de los delitos contra la vida hay que reconocer dos grandes grupos a saber: los que atañen al daño que se causa o se pretenda causar a la vida y los que le ponen en peligro.

Precisamente al clasificar los delitos de daño contra la

vida, vemos los siguientes: Homicidio en todas sus formas, Parricidio y Asesinato, Homicidio atenuado o infanticidio, Inducción y Ayuda al Suicidio, Aborto, Lesiones y Mutilación que en nuestro Código Penal vigente se encuentran regulados en los artículos del 152 al 173 Pn.

#### ABORTO - DEFINICION - SIGNIFICADO

ABORTO: Viene del latín Abortus, palabra compuesta de dos raíces AB, que significa privar y ORTUS que significa nacimiento. También se le hace derivar del verbo latín Abortare, que equivale a parir anticipadamente antes del tiempo normal dentro del cual el feto se desarrolla y puede vivir, o sea expulsar algo imperfecto o deforme.

Por ampliación en nuestro idioma el concepto de Aborto se aplica al fracaso o malogro de acciones que apenas comienzan a ejecutarse o proyectar, que no pasaron de ser tales; - sueños e ilusiones que no llegaron a realizarse por causas extrañas a la voluntad de quien los lleva consigo.

Diccionario ESCRICH: Hay Aborto cuando el producto de la concepción es expelido del útero antes del tiempo normal o natural que dura el embarazo.

#### DEFINICION JURIDICA DEL ABORTO

Carrara define el Aborto como "La muerte dolosa del feto en el útero a su violenta expulsión del vientre materno de la cual se deriva la muerte del mismo.

Nuestro Código Penal define de manera clara lo que debe de entenderse por aborto desde el punto de vista legal, en el inciso segundo del Art. 161 Pn. cuando expresa que " por Aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento. Comprende en consecuencia lo que algunos tratadistas como Labatut Glens denomina Feticidio, - cuando únicamente ocurre la destrucción del feto, más no su expulsión, ya que abarca el proceso del embarazo a partir de la época de la concepción y si bien es cierto no emplea el vo cablo expulsión, esto se explica porque produciéndose la destrucción o aniquilamiento del feto, no caben más que dos posi bilidades: la expulsión el mismo debido a la causa que los mo tivó a la extracción necesaria e indispensable mediante inter vención quirúrgica.

En Medicina se define el Aborto como "La destrucción del embarazo en una fecha cualquiera antes de que el feto haya alcanzado el estado de viabilidad "limitando en consecuencia el hecho a aquellos casos en que por no haber alcanzado un sufi-- ciente aunque no perfecto y completo desarrollo el producto de la concepción, no tuviere posibilidad de sobrevivir.

VIABILIDAD: Significa condición de Viable.

VIABLE: Según el diccionario es lo que puede ser, lo que puede realizarse, que puede vivir.

Se habla entonces de feto que ha alcanzado un desarrollo de aproximadamente veinte semanas, equivalente a cinco meses

más o menos y que por su poco peso no tiene posibilidad de sobrevivir. Cuando esta clase de feto es expulsado espontáneamente o violentamente del útero, estamos en presencia de un Aborto.

De las anteriores definiciones se concluye que el Aborto puede ser causado "voluntaria o involuntariamente". Usando la razón como nuestra mejor aliada es inobjetable el deseo, el anhelo supremo de toda mujer, de convertirse en madre, pero no siempre encuentra el hombre responsable para formar hogar. - Cuando para su buena suerte lo halla, es casi imposible que en tales circunstancias se de el Aborto Procurado, o consentido, aunque puede darse el sufrido.

Sin darse cuenta vemos de pronto que existen distintos tipos de Abortos y una de ellas es la que acabamos de nominar o sea Aborto Procurado o propio que es el que se hace alusión el Maestro Carrara.

#### ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE ABORTO

Los elementos esenciales de éste delito son: 1) Un estado fisiológico de gravides, Así tiene necesariamente que ser pues solamente estando embarazada la mujer puede ser víctima en algunos casos y consentir o procurar su Aborto en otros.

2) Empleo de medios físicos para realizarlo. Los medios químicos se descartan pues en la mayoría de los casos son imperantes. Medios físicos son por ejemplo, el empleo de la Sonda que se hace con el deliberado propósito de provocar el Aborto, pues al ser colocada termina destruyendo la membrana, produce la evacuación del líquido, a lo que sigue inmediatamente la expulsión del feto; 3) Muerte del Feto.- El producto de la

concepción debe tener vida para poder ocasionar su destrucción. Y puede darse en cualquier momento del embarazo; en caso contrario o sea que dicho producto no tuviere vida, estaríamos en presencia de un delito imposible; 4) DOLO.- El dolo es el cuarto elemento y consiste en la intención positiva de cometer este delito, por ello responde la mujer embarazada cuando procura o consiente su Aborto.

Nuestro ordenamiento jurídico legal reconoce y castiga los distintos tipos de Aborto Punible a saber. El Aborto Propio o Procurado (Art. 161 Pn.); El aborto Consentido (Art. 162 Pn.) El Aborto No Consentido (Art. 163 Pn.); El Aborto Agravado, -- que en cuatro numerales establece los casos en que el delito merece una sanción más severa (Art. 164 Pn.) El Aborto Atenuado (Art. 165 Pn.); El Aborto de Consecuencias Mortales (Art. 166 Pn.); El Aborto Preterintencional (Art. 167 Pn.) y el Aborto Culposo (Art. 168 Pn.) El Artículo 169 Pn. se refiere al ABORTO NO PUNIBLE.

En esta Monografía me atreveré a analizar los casos en que el delito de Aborto no es castigado, que desde luego implica comentario y crítica en su caso, de acuerdo a mi particular manera de razonar.

Nuestro Código Penal en el artículo 2 por no citar más que uno, cuando se refiere al Principio de Responsabilidad en su primer inciso dice: "Nadie podrá ser penado por un hecho punible si no es sujeto imputable o culpable. Y en el título II Hecho Punible y Responsabilidad Penal Capítulo I Hechos Pu

en el Art. 20 Pn., expresa "Los Hechos Punibles se dividen en delitos o faltas, pero el artículo 1 Pn. al definir el principio de legalidad lo hace en estos términos "Nadie puede ser sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles, etc.

Comenzaré por reconocer que nuestro legislador lo califica de delito, igualmente nuestro Código Procesal Penal nos habla indistintamente de hecho y de infracción penal como términos sinónimos. Ambos comprenden tanto a los delitos como a las faltas, así el Art. 1 Pr. Pn. expresa: "el juicio penal tendrá por objeto establecer la existencia de una infracción penal, averiguar a quien o quienes lo cometieron y sancionar o absolver a las personas que resultaren o fueren declaradas culpables o inocentes".

Pese a lo expresado en los artículos mencionados no encontramos ninguno que nos defina lo que son delitos y los que son faltas en nuestro Código Penal Vigente. En cambio el Código Penal anterior, comenzaba en su primer artículo por definir que "Es delito o falta, toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley".

Hemos de admitir que el Código Penal no tiene por que dar definiciones, no es su objeto definir. Para ello están la Jurisprudencia y la Doctrina, sin embargo, vale la pena admitir que en ambos el Código actual y el anterior, el Aborto es considerado como delito. De acuerdo a la Teoría Heptatómica de don Luis Jiménez de Asúa, uno de los requisitos del delito es su -

condición de punible. Cabe entonces preguntarse ¿ Puede haber delito no punible ?

Cuando hablamos de aborto no punible, estamos restándole la calidad de delito?

Leyendo al Maestro don Luis Jiménez de Asúa, encontramos que para él existen cuatro casos de aborto no punibles que son:

a) EL ABORTO TERAPEUTICO O NECESARIO que se causa para evitar un peligro cierto e inevitable de otro modo a la vida o salud de la mujer.

Al respecto el Doctor Manuel Castro Ramírez h. de grata recordación, ya en el año de 1947 cuando nuestro Código Penal no había sido objeto de reformas, comentaba "Aunque el Código actual no contiene ninguna disposición que prevea especialmente el caso del Aborto Terapéutico, el médico cuando para salvar la vida a la madre interrumpe el embarazo o causa la muerte del feto, está exento de responsabilidad, ya que su conducta estaría ajustada al ejercicio legítimo de su profesión."

Para Jiménez Huerta el Aborto terapéutico debe de estar comprendido en el Estado de Necesidad.

Los doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez h., ya citado y Julio Fausto Fernández en la Exposición de Motivos del Código Penal en el año de 1959, refiriéndose al tema, expresaron: "El art. 120 aborda el proyecto del 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

de tratarse de un aborto practicado por 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 gestación y sin que haya otro medio para evitar el peligro que corre la vida o la salud de la madre, siempre que ésta conciente y la operación se practique previo dictamen de otros facultativos".

b) EL ABORTO EUGENESICO O EUGENICO. Que se causa cuando se tiene la certeza de que el niño nacerá enfermo o con taras degenerativas.

Es necesario e indispensable el examen previo del médico quien dictaminará la certeza de la enfermedad, en consecuencia no puede ser cualquier médico, sino un Ginecólogo el que despejará todas sus dudas, para poder afirmar que el niño que está por nacer viene con enfermedad que le hará llevara desde su nacimiento, una existencia miserable o que no será un sujeto normal. Hay que advertir que las taras degenerativas pueden ser no solo físicas sino también psíquicas o transmitidas como es el caso de la sífilis. Los hijos de padres alcohólicos están expuestos a nacer con anormalidades.

c) EL ABORTO POR MOTIVOS SENTIMENTALES. O sea el que se produce para destruir el producto de una concepción originada por violación o estupro, delitos éstos, de los que la mujer haya sido víctima.

Este aborto es también conocido como aborto honoris-causa, nos encontramos aquí frente a un acto típico, antijurídico, imputable, pero no culpable al concurrir una motivación superior

al deber de no delinquir, originándose así, el aspecto negativo de la culpabilidad por "no exigibilidad de otra conducta".

Cuando hablamos de honor, a que tipo de honor ha de referirse? Es indudable que al honor sexual. Por ello Ranieri expresa que "para que el delito no sea castigado es necesario que la finalidad de la conducta de la mujer embarazada debe ser el de salvar su honor o mejor dicho de evitar su deshonor y por lo tanto es indispensable para conceder su aplicación, que la mujer no haya sido difamada en su moralidad sexual, pues de otra manera no habría ninguna honestidad que salvar".

Manzini considera: "que la mujer violada y encinta se encuentra en las circunstancias justificantes del Estado de Necesidad, porque las consecuencias dañosas de la violación o sea la gravidez, constituyen la permanencia de la causa creadora del peligro actual de un daño grave a su persona" y razona "Por otra parte sería inhumano obligar a una mujer que ha sido víctima de violación carnal a soportar también el de una gravidez - ofensiva. El derecho Penal no puede ni debe nunca estar en pugna con el sentimiento común, pues la Ley tiene suficientes recursos para evitar semejantes contrastes".

Antonio de P. Moreno, piensa que este tipo de aborto tiene las características de un delito, pero no es culpable por motivos de política criminal.

#### d) EL ABORTO POR MOTIVOS ECONÓMICOS O NEO-MALTHUSIANO.

Que consiste en causar la muerte del producto de la concepción cuando la familia es numerosa, es decir cuando el número

mero de hijos de los padres es excesivo.

Sin embargo, el mismo Jiménez de Azúa, piensa que es mucho más discutible este tipo de aborto, "no porque el Estado no tenga como finalidad reconocida, el bienestar de las gentes, sino porque hay otros medios, no lesivos del bien demográfico, para lograrlo" Declara "que no se atreve a ir tan lejos en la autorización del aborto y que no le parece legítimo que, en el ejercicio del derecho que la mujer tiene a convertirse en madre, interrumpa su embarazo cuando no desee más hijos por tener ya varios y no disponer de medios económicos abundantes.

José Agustín Martínez, es uno de los más fervientes partidarios de esta clase de aborto... Por su parte Tabio agrega: "que la miseria puede ser una causa de justificación del aborto, porque no se puede obligar a nadie a vivir azotado por la miseria en unión de los hijos, por muy respetable que sea la concepción y su trascendencia socio-biológica.

Solamente falta definir o cuando menos explicar en que consiste el aborto Culposo Propio. El Art. 35 Pn., nos da el concepto de delito culposo. ARTICULO 35 Pn. "Obra con culpa el que produce un resultado delictivo sin quererlo, por imprudencia, negligencia, impericia y por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones obligatorias sin prever que tal resultado ocurriría o creyendo poder evitarlo por su propia acción o confiando en el azar. Los delitos culposos solo son punibles en los casos específicamente determinados en la ley".

Para armonizar el N° 1 del art. 169 en relación con el -

art. 35 ambos de nuestro Código Penal, hay que analizar según lo expresa Celestino Ponte Petit Candaudap si el término "Imprudencia" abarca a las dos clases de culpa, con representación o sin representación o bien únicamente a una de ellas.

El Proyecto de Código Penal tipo para la república mexicana de 1963, establece que " no es punible el aborto cuando por culpa sin previsión de la mujer embarazada o sea que será sancionado el aborto cuando sea resultado de una conducta con culpa con representación, posición que adoptan los Códigos de Veracruz y Guerrero y que al parecer tomó en consideración - nuestro Legislador.

Nuestro Código Penal no hace ninguna distinción. Admite que el resultado dañoso es una consecuencia de la Imprudencia, Negligia, Impericia o inobservancia, en este caso, de recomendaciones hechas a la mujer con anterioridad. El Legislador toma en cuenta en este caso, el dolor que sufre la futura madre al perder el fruto de la concepción y por ello no le parece justo aumentárselo imponiéndole además otro castigo, que sería la sanción penal; ejemplo: 1) La mujer embarazada que imprudentemente se causa una lesión ignorando que la hemorragia de sangre en - cualquier parte del cuerpo puede producir aborto; 2) La que - toma medicamentos sin consultar al Doctor; 3) La que se hace frecuentes duchas vaginales, por aseo sin precaución ninguna, etc.

En el artículo 169 Nuestro Código Penal acepta o sea reconoce los abortos: Culposos Propios, Terapéuticos, Sentimentales y

Eugenésico, aunque rodeados de requisitos, no así el aborto por motivos Económicos.

Como expresé al principio uno de los elementos del delito es su punibilidad, la no punibilidad o impunidad la constituye lo que conocemos como excusas absolutorias.

En que consiste la Excusa absoluta ? Al decir del Doctor Manuel Arrieta Gallegos, "Consiste en la ausencia de pena para una conducta típica y objetivamente antijurídica de un sujeto capaz de imputabilidad, pero no reprochable ni condenable en atención al móvil de la misma, sea ya el que determinó al agente a actuar o el tenido en cuenta por el legislador".

Si el fundamento de la excusa absoluta es el móvil, no obstante estar en presencia de un delito, hay según el mismo autor "Falta de reprochabilidad a la conducta, haciendo -- coincidir así el acto ejecutado al amparo de una excusa absolutoria con la inculpabilidad".

Continúa manifestando que se diferencia en que la irre--prochabilidad del acto inculpable se debe a que a quien lo ejacuta no puede exigírsele otra conducta que la que observó, en cambio en la excusa absoluta se atiende de manera preferen--cial al móvil.

Para la determinación de las excusas absolutorias no se ha seguido un criterio rígido ni uniforme, variando como consecuencia en armonía con la evolución de cada sociedad en particular.

En concordancia con lo antes expresado, el Título de aborto no Punible, debería sustituirse por el de aborto Privilegiado según lo manifestaron en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de mil novecientos cincuenta y nueve, los Doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez h. y Julio Fausto Fernández . que "Comprendería el propio o consentido que obedeciere al propósito de ocultar la deshonra de la embarazada y que se justifica por los mismos motivos de privilegio. concedido el Infanticidio y el aborto ya expresado que obedeciere al propósito de eliminar el fruto de un acceso carnal violento, conocido en doctrina con el nombre de aborto Sentimental para el que algunos tratadistas pretenden la impunidad. La comisión no acepta esta posición extrema, pero considera que merece atenuación el aborto practicado por móviles sentimentales de repudio al fruto de una violación."

Luego si esta comisión como las posteriores han tomado en consideración los móviles, estamos en presencia de verdaderas o falsas, pero en todo caso excusas absolutorias.

### CONCLUSIONES

1) En mi particular manera de pensar el art. 169 debería estar redactado en forma distinta, por ejemplo: El aborto no constituye delito en los casos siguientes; y luego vendría la enumeración de dichos casos.

2) El caso contemplado en el N° 1 de dicho artículo debería contemplar únicamente "El aborto culposo propio que se hubiese ocasionado la mujer "pero jamás" la tentativa de ésta para causar su aborto" porque éste caso implica voluntariedad del agente o sea el propósito, lo cual no encaja dentro del concepto de culpa.

Respecto de los numerales 2, 3 y 4 de dicho artículo estoy de acuerdo de que en el primero nos encontramos dentro de una Causa de Justificación que es la contemplada en el inciso 1º del art. 37 que reza textualmente: " No comete delito 1º el que actúa u omite en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, cargo, oficio o profesión, sin traspasar los límites legales".

"Se considera ejercicio legítimo de la profesión médica los actos que causen daños en la salud o en el cuerpo con el consentimiento del paciente o su representante legal si aquel no darlo y realizado por el facultativo usando medios adecuados con el fin de asegurar o restaurar la salud física o síquica del mismo paciente o de otra persona".

Lo anterior con respecto al médico que realiza el aborto.

Con respecto de la madre que consiente, estamos frente a un Estado de Necesidad, de acuerdo al mismo Art. 37 N° 3 letra d, Pn.

En el número 3 considero que debería limitarse a los casos de violación, tal como se establece en otras legislaciones. El estupro implica voluntariedad, ya que de haberse realizado en contra de la voluntad de la víctima, se convierte en violación. Puede haber engaño, seducción y promesa de matrimonio, como medios para obtener el consentimiento, es indudable, pero hay consentimiento. Por ello insisto se debería limitar a los casos de violación. En atención al móvil tomado en cuenta estamos en presencia de una verdadera excusa absolutoria.

Y en el N° 4 igual que en el anterior se toma en cuenta el dictamen médico y se lleva a cabo con el propósito (móvil) de evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción, tenemos otra excusa absolutoria.

Hasta aquí mis consideraciones sobre el tema que me propuse desarrollar brevemente. La simple lectura que del mismo se haga, compensará con creces, el haberlas escrito.

A P E N D I C E

POSICION DE LA IGLESIA FRENTE AL ABORTO

Un célebre comentante español expresa que "El aborto existió siempre y seguirá existiendo, como las guerras, el odio y tantas cosas más; pero la preocupante no es que muchas mujeres aborten, sino el cambio de mentalidad operando en algunos sectores sociales en relación con el valor de la vida humana en el seno materno. El vientre materno es el lugar natural del nuevo ser engendrado, allí es donde por naturaleza encuentra, su primer espacio vital y la madre se convierte así en la primera protectora que la naturaleza le ofrece contra los peligros del exterior. Según esta nueva mentalidad, la madre invierte sus funciones tanto cuando ella misma pide abortar la criatura como cuando la abandona a la decisión del médico, del Estado o a la arbitrariedad emocional del padre de la criatura. Resulta así el fenómeno macabro de que en lugar de ser la madre la primera e incondicional defensa natural y amorosa del hijo llamado a nacer, se convierte, abortando, en su propio verdugo. Esa es la realidad, lo demás eufemismo del lenguaje y monsergas de personas que han perdido su dignidad humana. Sólo así se explica el que algunos se esfuerzen tanto y se devanen los sesos para justificar hipócrita y neurasténicamente lo que el buen Cervantes llamara la razón de la sin razón. Esta inversión perversa de las funciones naturales de la maternidad explica en parte el que en un país de -

habla española, la palabra Madre no se puede ni pronunciar en la conversación ordinaria, por haber pasado a significar ni más ni menos, lo que en España se significa con el término Puta, pero esto demuestra también que mal que nos pese, todavía sigue habiendo diferencias entre una buena y una mala madre".

F. Wertham manifiesta: "Si damos a una madre el derecho legal de matar a su hijo por nacer, el cual es una carga social para ella, mañana tendremos que dar, lógicamente, el derecho al hijo de matar a su madre, porque ha llegado a ser una carga social para él" y continúa " Si no hay razón para que un niño concebido nazca ¿ Por qué regla de tres, la ha de haber para que un demente, un herido grave, un minusválido, o un viejo achacoso viva ?.

#### LOS HIJOS DEFORMES - EL DILEMA MADRE- HIJO

Los traficantes del sensacionalismo y hasta personas de buena fé se rinden a veces ante la posibilidad de que el niño nazca con deformaciones congénitas diagnosticables por el médico durante el embarazo. El sentimentalismo es mal consejero. Si un adulto tiene derecho a ser curado, un niño mal engendrado lo tiene con mayor razón para que esos posibles defectos de nacimiento sean reparadas en lo posible. Su derecho a vivir es sagrado y los padres no tienen más alternativas que la de ayudar a vivir a quien sin su consentimiento engendraron mal. De lo contrario justificariamos que por repugnancia sentimental se -

eliminaran los asilos, los Manicomios y los muchos hospitales. Esta repugnancia parece hacerse gratamente llevadera siempre que haya posibilidades de lucro. Cuando hay dinero de por medio lo mismo se convive con los muertos que se asesina a los vivos, aunque sean indefensos e inocentes, como son los niños todos, desde el momento de su concepción.

Jerónimo Lejeune dice al respecto: "No hay absolutamente ninguna duda !'El Cadáver será muy pequeño... Pero existe un ser humano que ha desaparecido porque usted lo ha matado, sobre esto no hay ninguna duda".

El dilema Madre-hijo, en la práctica no tiene ya razón de ser, cuando el servicio clínico se realiza con profesionalismo y honestidad. "La decisión de abortar es ya un síntoma, en muchos casos de demencia, mientras que la aceptación gozoza de la maternidad lo es de responsabilidad y cordura. Prueba de ello es que los agentes legales del aborto, antes de proceder a la truculenta operación, someten a las madres a un proceso de lavado cerebral".

En la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, sobre el Aborto Provocado N° 21 se lee: "Replican los Juristas: la ley debe ser eficaz. Toda Ley dicen, que no es acatada por la mayoría, debe suprimirse. Piensan así, con muy poco seso y muchos intereses lucrativos, que la misión del legislador se reduce a coordinar los gustos caprichosos de todo el mundo. Olvidan voluntariamente que aquello que por su -

propia naturaleza es inmoral, como matar a un inocente no puede ser jamás legislado, aunque todo el mundo haga lo contrario.

"Según ese extraño modo de entender, se podría pedir la protección del terrorismo y del robo así como la supresión de la mayor parte de leyes de orden público por razón de su incumplimiento democrático ". Desde el momento de la fecundación del óvulo, se inicia una vida que no es del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser que se desarrolla por si mismo. No llegaría nunca a ser humano si no lo fuera ya en aquel momento.

Niceto Blásquez, el autor de la mayor parte de estos argumentos en su obra El aborto B...C. Popular 4, p. 147 y más en la Dictura del aborto, en la página quince se pronuncia porque todo aborto voluntariamente provocado legal o ilegalmente es un homicidio agravado, por ello expone que: "La Biología moderna enseña que lo que se aborta, es decir lo que es arrojado fuera del seno materno, desde el momento preciso de la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoo masculino, es un todo individual independiente del cuerpo materno y con especie propia. Nos hallamos ante una nueva vida humana distinta de la del padre y de la madre en virtud de su propio Código Genético. Destruir abortando esa nueva vida, equivale a matar a un hombre o a una mujer en su primera cuna que es el vientre materno. El Código Genético es como una cinta magnetofónica en la que se encuentra registrado todo lo que llegaremos a ser en la vida, - aunque en miniatura. Nuestro ser y nuestra humanidad están allí como en una microscópica dispositiva y lo que somos hoy no

es más que su ampliación o agrandamiento cuantitativo. Nuestra adultez es el bello revelado de la película en negativo, cual es el feto en el seno materno desde el momento matemático de la concepción. Abortar significa romper esos bellos negativos. El aborto biológicamente hablando es como arrancar de cuajo del jardín materno, no la semilla de un rosal, sino la de una persona humana".

La Metafísica reconoce que ese ser biológico existente es una persona humana por tratarse de algo o alguien de la misma especie de quien lo engendró y que además posee ya su propia principio vital que en el lenguaje común llamemos alma.

Y la Teología añade que éste principio vital o alma del feto es Imagen de Dios, La vida del hombre es pues, sagrada, es decir intangible desde el momento justo de la concepción y únicamente al Todopoderoso, corresponde la facultad de otorgarla o negarla.

En el Concilio Vaticano II, Gaudium Etspes 51 se concluyó que "la vida ya concebida ha de ser salvaguardada con tremendos cuidados. El aborto y el Infanticidio son crímenes abominables."

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

- 1) LECCIONES DE DERECHO PENAL  
DR. MANUEL ARRIETA GALLEGOS - 1972
- 2) DERECHO PENAL SALVADOREÑO - REVISTA DE DERECHO  
COMPENDIO DE LA PARTE ESPECIAL  
DR. JOSE ENRIQUE SILVA
- 3) EL DELITO DE ABORTO EN EL CODIGO PENAL PERUANO  
LUIS A. BRAMONT BRIAS - LIMA 1957
- 4) EL ABORTO - NO MATARIS  
EDIC. BAC. POPULAR VOLUMEN 4 MADRID  
NICETO BLAZQUEZ
- 5) TRATADO DE DERECHO PENAL IV p. 403, Buenos Aires  
LUIS JIMENEZ DE AZUA
- 6) DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y SALUD PER-  
SONAL.  
CELESTINO PORTE PETIT GAUDAPAP
- 7) DECLARACION SOBRE EL ABORTO - ECCLESIS ( 1974)  
SAGRADA CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE
- 8) LA DICTADURA DEL ABORTO.  
EDIC. BAC POPULAR N° 4  
NICETO BLAZQUEZ.