

373.0295
A 725 d
1967
F. J. Y. L. S.
8.3

070509

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

EL DELITO DE ABORTO

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JOSE ERNESTO ARRIETA PERALTA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DICIEMBRE DE 1967

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA



UES BIBLIOTECA CENTRAL
INVENTARIO: 10121792

MFN 16268

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE EL SALVADOR

RECTOR

DR. ANGEL GOCHEZ MARIN

SECRETARIO GENERAL

DR. GUSTAVO ADOLFO NOYOLA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. RENE FORTIN MAGAÑA

SECRETARIO

DR. FABIO HERCULES PINEDA

TRIBUNALES QUE PRACTICARON LOS EXAMENES
GENERALES DE DOCTORAMIENTO PRIVADO

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. Guillermo Manuel Ungo

Primer Vocal: Dr. Marcos Gabriel Villacorta

Segundo Vocal: Dr. Luis E. Gutiérrez

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Manuel René Villacorta

Primer Vocal: Dr. Francisco Guillermo Pérez

Segundo Vocal: Dr. Manuel Arrieta Gallegos

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Julio Díaz Sol

Primer Vocal: Dr. Gustavo Adolfo Noyola

Segundo Vocal: Dr. Ronaldy Valencia Uribe

ASESOR DE TESIS

Dr. José Enrique Silva

TRIBUNAL QUE CALIFICO LA TESIS

Presidente: Dr. Arturo Zeledón Castrillo

Primer Vocal: Dr. Marcel Orestes Posada

Segundo Vocal: Dr. Manuel Atilio Hasbún

D E D I C A T O R I A

La consecución de este triunfo no ha sido obra exclusivamente mía, puesto que he recibido la innegable ayuda de Dios. Pero en el plano estrictamente temporal y humano, han sido los consejos, alicientes y eficientísimo apoyo de mis señores padres y de mi querida esposa, los que los han hecho a ellos inmensamente merecedores de esta coronación estudiantil. Por ello, es de ellos y para ellos este triunfo y este reconocimiento pleno de agradecimiento y gratitud imperecedera.

Vayan pues para mi Padre Dr. ERNESTO ARRIETA YUDICE,
mi Madre, Doña CONCEPCION PERALTA DE ARRIETA YUDICE,
y mi Esposa, VIRGINIA ELENA BUSTAMANTE DE ARRIETA PERALTA,
mis eternos agradecimientos.

Lo poco que pueda haber exclusivamente mío, lo debo al estímulo poderosísimo de las bellas sonrisas y las caricias dulces de JAIME ERNESTO y LILLIANE VIRGINIA, biznietos, nietos y ahora también hijos de Abogado.

Hay también dos blancas cabecitas a quienes no podría olvidar:
Doña MARIA TERESA YUDICE v. DE ARRIETA-ROSSI, y
Doña CONCEPCION MENDOZA v. DE PERALTA-LAGOS,
mis abuelitas, quienes han experimentado por fin la dicha por ellas -
tan anhelada de verme profesional. Reciban ellas también este presente.

Un sitio especial merece mi querida hermana, MARIA TERESA ARRIETA DE ESPINO NIETO, así como mis queridos padres políticos Dr. ROBERTO CACERES BUSTAMANTE y Doña LILLIAM DE CACERES BUSTAMANTE, quienes siempre me alentaron fraternalmente en la lucha por coronar mi carrera.

No quiero pecar de ingrato olvidando a mis especiales amigos y compañeros de la promoción 1965-66, con quienes compartimos la culminación de los estudios académicos, así como al esforzado Cuerpo de Fiscales Específicos de la Fiscalía General de la República, con quienes compartí triunfos y sinsabores en la ardua lucha por la Justicia.

De todos y para todos vaya este ansiado triunfo.

E. A. P.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Durante los siete años de mi carrera hubo indudablemente algunas ramas del Derecho en cuyo estudio puse mayor dedicación y entusiasmo; una de ellas fue el Derecho Penal, muy singularmente en su Parte Especial: Los Delitos. Por ello, cuando se trató de elaborar este Trabajo de Tesis, escogí el tema que en él desarrollo.

La intención ha sido realizar una pequeña obra de síntesis en cuanto a los principales temas penales relacionados con el delito de Aborto, a fin de que el estudiante encuentre acá lo que le implicaría buscar en un buen número de obras de diferentes expositores. Claro está que en algunas opiniones me he apartado un tanto de los grandes maestros, no con absurdas pretensiones de originalidad, sino con la más humilde de las intenciones: emitir opinión y despertar la inquietud por el estudio más detallado si se quiere de determinado punto o cuestión.

Es una verdadera lástima que nuestra jurisprudencia sobre el delito en referencia sea tan escasa, pues de lo contrario este Trabajo hubiese resultado mejor ilustrado y por ende más interesante. Las causas de dicha escasez están analizadas en esta Tesis. Sin embargo, la ayuda excelente de la jurisprudencia española ha logrado que al menos en su mayor parte los puntos discutibles quedaran claros. Al menos eso creo y espero.

El Trabajo se encuentra dividido en dos Partes. La segunda de ellas contiene el núcleo de la problemática del Delito de Aborto. Con

sidero sin embargo que la Primera Parte es absolutamente necesaria a fin de lograr una mejor comprensión de la temática general del Trabajo.

Sé muy bien que esta obrita no es acreedora a premio alguno.

El único que deseo conseguir es el de saber que por lo menos a alguien le haya sido de utilidad en su estudio.

EL DELITO DEL ABORTO

PRIMERA PARTE

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO DEL ABORTO

Concepto Médico. Conceptos de la Real Academia de la Lengua. Conceptos Jurídicos.

No voy a intentar definir el tema medular de mi trabajo. Sería un grave error -yo al menos así lo considero- definir primero el objeto de estudio, sin antes haberlo estudiado y delimitado. Voy a indicar solamente los diversos ángulos desde los cuales puede conceptuársele -no definírsele- para procurar desde ya un acercamiento o aproximamiento a tal objeto. La definición vendrá en su oportunidad.

Es así como cabe señalar que los Obstetras conocen por Aborto la expulsión del producto de la fecundación durante los seis primeros meses del embarazo, pues durante ese período -estiman- el feto no es viable.(1). Hay quien prefiere conceptuarlo como la terminación artificial del embarazo antes de la décimasexta semana.(2). Y es que dada la ausencia en el lenguaje médico del término "malparto", es habitual llamar Abortos a todos los casos que terminan antes de la vigésima octava semana.(3). Sintetizando, cabría decir que para el médico - es aborto todo parto que se efectúa durante los seis primeros meses - del embarazo.

La Real Academia de la Lengua Española por su lado da variados conceptos de lo que se debe entender por Aborto en nuestro idioma. Así, en su célebre Diccionario dice: "Aborto". Del latín abortus; de ab: privar; y ortus: nacimiento. Acción de abortar. Cosa Aborta

da".(4). Pero no se queda hasta ahí el intento de la Real Academia, puesto que a continuación nos dice lo que debemos entender por el vocablo "Abortar": "Del latín: abortare.1. Parir antes del tiempo en - que el feto puede vivir.2.- Producir o echar de sí una cosa sumamente imperfecta, extraordinaria, mcunstruosa o abominable.3. Fracasar, ma lograrse una empresa o proyecto.4. Ser nulo o incompleto -en las plan^{tas} el desarrollo de alguna de sus partes orgánicas.5. Acabar, desparecer, alguna enfermedad cuando empieza o antes del término natural o común.(5)". Nos da también como acepciones de la palabra Aborto los vocablos "Abortadura" y "Abortamiento".

El vocablo aborto en nuestro idioma tiene pues muchos significados, los cuales creo haber dejado indicados con la cita del Diccionario aludido.

Dejando de lado los conceptos médicos y las diversas acepciones idiomáticas del vocablo "aborto", creo indicado señalar algo de lo que don Joaquín Escriche, en su magnífico Diccionario de Legislación y Jurisprudencia agrega, cuando apunta que "hablando en general, hay aborto siempre que el producto de la concepción es espelido del útero antes de la época determinada por la naturaleza; pero la ley no entiende por aborto sino la expulsión provocada y premeditada del producto de la concepción antes del término natural de la preñez".(6)

Y ya que nos hemos adentrado en el campo jurídico-penal, para la conceptualización del aborto, cabe señalar la discrepancia existente - entre los grandes penalistas en este sentido, la que se verá mejor - cuando llegue la ocasión de examinar los elementos típicos del delito en cuestión.

El Maestro don Francesco Carrara tenía su opinión muy propia, a tal grado de decir que Feticidio -así le llama él- es la muerte dolorosa del feto en el útero, o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual se haya derivado la muerte del feto.(7).

En Adolfo Merkel, gran pensador y expositor de la Escuela Sociológica Alemana, se encuentra una fundamentación distinta, puesto que estima como aborto "la muerte intencional de un feto humano susceptible de desarrollo, o su expulsión producida por medios artificiales (8)".

En época más reciente Eugenio Cuello Calón dijo que aborto "es la muerte del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos de la gestación, con o sin expulsión del vientre de la madre (9)".

Se ve pues con suma claridad que el simple vocablo "aborto" - tiene en nuestro idioma muchos significados, según sea tomado desde - el punto de vista médico, desde el punto de vista jurídico o para indicar cualquiera otra de las acepciones que nos menciona el Diccionario de la Real Academia. Quedémonos, por de pronto, con estos conceptos, que aunque distintos y muy variados, al menos dan una idea de lo que debemos entender por aborto, como tema principal de este trabajo: la finalización del embarazo antes de su término normal, como consecuencia de maniobras destinadas a producir tal efecto y por consiguiente, la muerte del producto de la concepción, sin lo cual -desde ya puedo adelantarlo- jamás cabría hablar de DELITO de ABORTO.

(1) FABRE: Manual de Obstetricia, pag. 1.

(2) STANDER: Obstetricia, Vol. I. pag. 659.

(3) *STANDER*: ob. cit.

(4) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, pag. 6.

(5) *Ob. cit.*

(6) *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, pag. 26.

(7) *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. I.*,
pag. 322.

(8) *Derecho Penal. Tomo II.* pag. 36.

(9) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II.*

CAPITULO SEGUNDO

LA PUNIBILIDAD DEL ABORTO A TRAVES DE LA HISTORIA

(Primera Parte)

Epocaa Primitiva. El aborto entre los Egipcios, los Persas y los Me-
das. Su castigo entre los Hebreos. La antigua India. Castigos en-
tre los Griegos y los Romanos. Disposiciones en el Fuero Juzgo, El Di-
gesto y las Partidas. Punibilidad entre las civilizaciones Pre-Colom-
binas.

Ningún testimonio he hallado durante mi investigación, que me arroje certidumbre suficiente como para afirmar que el delito en cuestión fue castigado en las épocas primitivas de la humanidad. Es de suponer que el aborto entre tales pueblos fue una cosa rara o sencillamente desconocida —me refiero al aborto provocado o más conocido como aborto criminal— ya que los conocimientos de Anatomía y Fisiología —que supone tener este acto por parte del agente para poder practicarlo, no estaban dentro del escaso acervo de conocimientos que poseían tan antiguos pobladores. Por otra parte, los hijos en aquel entonces constituían un manantial de fuerza y de riqueza, y —en el decir de Ferri— si algún nacimiento venía a ser molesto, el infanticidio era el método más sencillo para solucionar semejante problema. No duda pues, el célebre Maestro, de que tal práctica en un principio desconocida, llegó luego a extenderse, pues el aumento de la población y la carencia de alimentos condicionaron a los pueblos primitivos en la necesidad de evitar los nacimientos y eliminar a los que no rendían económicamente al grupo (1).

Es indudable que conforme aquellos pueblos fueron aumentando —sus conocimientos anatómicos y fisiológicos, la práctica abortiva debe haberse extendida, ya que desde el punto de vista esencialmente —

práctico resulta más recomendable abortar que no sufrir todas las molestias que conlleva el estado de gravidez, para terminar por dar muerte a la inocente criatura una vez nacida.

* Entre los Egipcios el aborto fue apenas conocido y practicado, en los inicios de esta civilización. En los libros de historiadores famosos y de algunos egiptólogos, se encuentran relaciones a las penas señaladas para el infanticidio, pero no para el aborto. Por otra parte, en esa época el respeto al niño que iba a nacer era muy grande, a tal punto que ya entonces se establecía en la ley que a la mujer que se hallaba encinta no se le podía aplicar la pena capital sino hasta después del alumbramiento. Disposición semejante la encontramos, aunque derogada tácitamente, en el Código Penal de nuestro país, Art. 26. El decreto que reformó el Art. 58 del mismo código derogó tácitamente tal disposición, ya que es sabido que a las mujeres que deban sufrir la pena de muerte, esta se les conmutará por la de dieciseis años de presidio.(2).

* Entre los Persas y los Medas sí fue castigado el aborto. La joven embarazada no debía deshacerse de su carga "por bochorno"; y lo que es más: el amante debía protegerla y nutrirla hasta el nacimiento del niño. También se contempló el caso de que una mujer abortare como consecuencia de haber ocurrido a las "artes" de otra persona; en tal caso eran castigadas ambas y se extendía el castigo aún a aquellas personas que habían simplemente indicado los medios a utilizar o los habían facilitado, así como el que había indicado tal práctica.(3)

* Los Hebreos no conocieron este delito durante mucho tiempo y es así que se atribuye por algunos a La Biblia la exclusiva "invención configurativa" del delito de aborto en aquellos tiempos. Pedro

Badanelli fundamenta esta posición en que el dominio jurídico-penal del mundo de la antigüedad no sólo fue marcado por el pueblo hebrero, sino que sus concepciones delictivas lograron infiltrarse e imponerse en todo el ecúmene conocido. Agraga este autor que debe comprenderse que una filosofía social como la de los Israelitas, para quienes la preocupación dominante era hacer efectiva la reiterada promesa de Jehová a Abraham de que su posteridad sería "más numerosa que las estrellas del cielo y que las arenas del mar", tuviese como la más lógica consecuencia la de castigar duramente todo lo que de algún modo se opusiera a esta gran "bendición de Dios" que para el mundo debía significar el dominio numérico de la raza del pueblo escogido. (4)

En efecto, no es sino hasta en el capítulo XXI del Libro del Exodo que se encuentra por vez primera la referencia al aborto provocado, así como sus penas. Los versículos 22 al 25 del capítulo en mención rezan: "si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndola parir, y el niño naciera sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces; pero si resultare daño alguno, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pié por pié, quemadura por quemadura, cardenal por cardenal. (5)".

* En Grecia, las Leyes Lacedemónicas consideraban al "individuo feto" perteneciente al Estado y bajo su protección. Sin embargo, la práctica del aborto entre los griegos no ofrece lugar a dudas.

En la obra "El Aborto: es un Crimen?", del español Alvarez García Prieto, he encontrado testimonios reveladores de que Aspacia de Mileto -célebre cortesana- era una verdadera artista en cuanto a maniobras abortivas se refiere, y lo que es más: también sabía de algu-

nas prácticas anticonceptivas, las cuales recomendaba. En algunos libros que aún se conservan, se han encontrado curiosos datos sobre métodos preservativos, todo lo cual no hace sino confirmar la perversión de las costumbres que ya reinaba por aquel entonces.

El aborto entre los griegos no era considerado como "crimen" sino cuando el feto estaba "animado" y hay testimonios fidedignos acerca de la recomendación que de él hicieron, en determinadas circunstancias, algunos de los más célebres maestros de la filosofía de aquel entonces.

Sócrates opinaba que las comadronas podían, con remedios o encantamientos, despertar o adormecer los dolores del parto; librar a las mujeres que tienen miedo a parir o facilitar el aborto del niño cuando la madre está decidida a realizarlo.(6).

Por su parte Aristóteles aceptada también tal práctica, siempre que el feto no estuviera animado y cuando hubiera necesidad de disminuir el exceso de la población (7). Ya entonces -como se ha visto repetidamente- se habla de presión demográfica.

Platón lo imponía como un deber a toda mujer que hubiera cumplido cuarenta años, y en su diálogo con Glaucón en "La República", agrega: "las mujeres darán hijos al Estado desde los 20 hasta los 40 años, y los hombres desde que haya pasado el primer fuego de su juventud hasta los 55 años. Si un ciudadano, antes o después de ese plazo, da hijos al Estado, lo declararemos culpable de injusticia y de sacrilegio, por haber engendrado un hijo cuyo nacimiento es obra de tinieblas y libertinaje". Proponía también los matrimonios anuales por sorteo y abogaba por cierta libertad sexual, y así apuntaba: "las mujeres tendrán la misma libertad (sexual) con relación a los hombres, menos

con sus abuelos, sus padres, sus hijos y sus nietos. Pero no se les permitirá sino después de haberles prevenido expresamente que no han de dar a luz ningún fruto concebido mediante tal unión; y si a pesar de sus precauciones naciese alguno, deberán abandonarlo, porque el Estado no se encargará de alimentarlo".(8).✓

- * Las Leyes del Manú en la antigua India imponían la obligación de abortar a las mujeres de casta privilegiada que hubieren concebido de un plebeyo. La finalidad era la de conservar la pureza de sangre en las castas elevadas.

- * La época de los Romanos también fue, en algunos de sus períodos, época de depravación y orgía. El relajamiento de las costumbres llegó a tal extremo, que cuando se habla de bacanales asociamos mentalmente tal idea con la Roma de los Emperadores.

En los primeros siglos el delito en cuestión fue extraño, y durante el Reino y en los principios de la República, la simplicidad y austeridad de las costumbres impedían, no sólo su realización, sino - hasta el pensar en este crimen. El Estado era fuerte basado en el individuo, de manera que privarle de él era debilitarlo. ✓ El aborto - sin embargo, aunque oculto al principio, se fue generalizando como una medida práctica para borrar las huellas de uniones ilegítimas. De ahí, que llegada cierta época, las mujeres romanas practicaran con frecuencia el aborto, (triste realidad ésta, que después de tantos siglos, se viene repitiendo casi a diario y a veces con mayor frecuencia en - nuestro país).

Acerca de la penalidad del aborto en aquellos tiempos, Carrara refiere que del aborto provocado por un extraño, ignorándolo y resistiéndose la mujer, los antiguos romanos no encontraron más que una -

ofensa para la mujer misma. Y en el aborto que ella misma se hubiese procurado, encontraron un acto de libre disposición de su cuerpo, que no era imputable políticamente. Sólo sometieron a castigo a la mujer casada que dolosamente hubiere procurado su propio aborto, cuando de ello se hubiere quejado al marido, encontrando en este caso el objeto del maleficio en la lesión del derecho que tiene el marido a la prole esperada(9).

Mas no todos los jurisconsultos aceptan en aquel entonces la punibilidad del aborto, en el decir de Carrara, aún cuando en los textos de Ulpiano se encuentra testimonio de que la pena del aborto era el destierro. Es así como también en el famoso papiro de EVERS, que data del año 1550 a.c., se encuentra firme testimonio de que tanto Severo como Antonino castigaron la práctica del delito en cuestión, pero no da relación ni datos concretos sobre la aplicación de tales castigos, su desarrollo, ni la época exacta en que se aplicaron (10).

Si el aborto no se generalizó más en la depravada Roma, se debió a la viciosa práctica de sostener relaciones sexuales con eunucos. El maestro de la Escuela clásica relata que Juvenal y Marcial, juglares de la época, tienen sendos versos en los que hacen relación a semejantes relaciones, cuando cuentan: "Hay mujeres que se contentan con el frío beso del eunuco, seguras de no necesitar después medios abortivos", o "Preguntas Pánico por qué tu Gelia tiene tantos eunucos?: porque quiere gozar, rechazando concebir!" (11).

* Fue hasta en el DIGESTO o PANDECTAS, en la época de Justiniano, año 529 d.c., cuando aparecieron duras penas aún para los cómplices y para los que lo hubieren causado imprudentemente. Por lo general las penas consistían en el destierro, la confiscación de bienes y hasta la muerte.

* EL FUERO JUZGO, compilación de Leyes establecidas en España - por los Reyes Godos a mediados del siglo VII, se ocupa asimismo "de los que dan abortivos, de las que toman, de los que hieren a las mujeres encinta haciéndolas abortar" y penaba estos hechos con la pena capital, azotes, ceguera o penas pecuniarias.

* En LAS PARTIDAS, Código de Alfonso X El Sabio, publicado el año 1348, pero que había sido terminado el año 1263, aparece la distinción proveniente del Derecho Canónico entre la muerte del feto "animado" (con Alma), en cuyo caso se imponía la pena de muerte, y la del feto "inanimado", castigándole entonces con el destierro a una isla. Esta distinción parte del hecho de que según las colecciones canónicas el Alma se entroniza en el feto hasta cuarenta días después de la concepción en los varones y 80 en las hembras. Por otra parte, LAS PARTIDAS castigaban también al hombre que causare el aborto de su mujer y al extraño que lo practicara.

* Entre las principales civilizaciones Pre-Colombinas, principalmente INCAS Y AZTECAS, el hecho en comento fue castigado con la muerte, tanto para la mujer como para sus colaboradores. Fundábase la penalidad de este acto en cuatro puntos principales: (a) el fuerte sentido de comunidad; (b) el respeto por la mujer embarazada, especialmente por la creencia de que al morir durante el parto gozaba del favor de los dioses; (c) la importancia de todo nacimiento y el gran ceremonial que lo acompañaba; y (d) la aceptación de la restitución como pena prevaliente para otras infracciones(12).

Llamadas del Capítulo Segundo.

(1) Enrico Ferri: El Homicida.

(2) Alvarez García Prieto: El Aborto: es un crimen?

- (3) *Alvarez García Prieto: ob. cit.*
- (4) *Pedro Badanelli: El Derecho Penal en La Biblia.*
- (5) *Nacar y Colunga: La Sagrada Biblia.*
- (6) *Alvarez García Prieto: ob. cit.*
- (7) *Alvarez García Prieto: ob. cit.*
- (8) *Platón: La República, Libro V.*
- (9) *Francisco Carrara: Programa del Curso de Derecho Criminal. Vol.I.
pag.317.*
- (10) *Francisco Carrara: ob. cit.*
- (11) *Francisco Carrara: ob. cit.*
- (12) *Luis Carlos Pérez: Derecho Penal Colombiano. Tomo II pag. 230.*

CAPITULO TERCERO

LA PUNIBILIDAD DEL ABORTO A TRAVES DE LA HISTORIA

(Segunda Parte)

Su castigo en el Medievo. La evolución de las penas. Influencia del pensamiento de Beccaria y John Howard. La Revolución Francesa. Punibilidad actual en el Derecho Comparado.

En la Edad Media, el aborto mereció severos castigos en ciertos lugares, aun cuando en otros fue tratado con mayor benevolencia. Fue así como en Inglaterra el que causase el aborto a una mujer por medio de un golpe, sufría la muerte por colgamiento, no sin antes haber pasado por castigos físicos infamantes que incluían hasta el ser arrastrado por los piés. España en esa época no se quedó atrás y se llegó a castigar a la mujer que abortase aún con su enterramiento con vida u ocasionándole la muerte a golpes.

En el año 1556 en Francia, Enrique II dió un edicto por medio del cual se ordenaba castigar a la mujer aún y cuando solamente hubiese ocultado su estado de embarazo; edicto el cual fue confirmado por Enrique III en 1586 y por Luis XIV y Luis XV en los años 1707, 1731 y 1735 consecutivamente. Para que no fueran olvidadas estas sanciones, los curas las repetían cada tres meses durante los sermones en sus parroquias.

Carlos V moderó un tanto las penas en España con su famosa Constitución, a la cual se le ha denominado LA CAROLINA. En su Art. 133 decía: "si alguno, por privación, alimento o veneno, provoca el aborto de un feto "animado", si hay premeditación y alevosía, el hombre debe ser condenado a muerte de cuchilla, como homicida, y la mujer, si es culpable de haberse hecho abortar, a muerte por sumersión

o de cualquier otra manera. Si el feto no está "animado", los jueces deben consultar a un jurisconsulto sobre la pena a pronunciar".

En Francia, Francisco I trató de imitar al emperador español y en 1539 dió una ordenanza que contenía el Código Criminal francés. La severidad punitiva fue su principal característica y ni siquiera distinguía si el feto estaba "animado" o no, castigando todos los atentados contra la vida del futuro niño. (1)

En la edad media Alemana no existía pena para castigar este delito; su represión estaba reservada a la Iglesia. Su penalidad apareció por primera vez en la Constitutio Barbenguensis en 1507 y luego en la famosa Constitutio Criminalis Carolina -de que ya he hablado-, en 1532. Ambas Constituciones distinguían entre el feto animado e inanimado, penando el primero como homicidio, con la muerte, y dejando el segundo al arbitrio de los jurisconsultos. (2).

En Italia, en su sistema de derechos de las ciudades, se encuentra la misma doctrina, en el de Milán y Génova, datando de los años 1541 y 1556 respectivamente. Se castigaba con la muerte el aborto del feto "animado" y con penas arbitrarias o con la pena temporal de galeras el cometido contra un feto "inanimado". Se castigó duramente en Locarno, con la muerte en la rueda o en la hoguera, pero en otras ciudades como Urbino y Santa Patavina no era punible (3).

Pero por fin, el pensamiento de algunos connotados europeos, vino a poner coto a semejantes castigos. En el siglo XVIII numerosos escritores protestan contra los severos castigos que se imponían contra el aborto. Beccaria juega también, junto con John Howard, un papel importante en esta ardua lucha, pero al fin de cuentas, la presión tremenda ejercida por este grupo de intelectuales, redundó en una efec

tiva atenuación de las penas. Hay que destacar también sobremanera - el papel que jugaron en esta lucha Rosseau y Voltaire, a pesar de que en la Enciclopedia Francesa se mantuvieron por algún tiempo más algunas penas severas. En su artículo relativo al infanticidio, datando del año 1771, se decía: "La mujeres y las muchachas que matan su fruto durante la preñez por medio del aborto, cometen un infanticidio como las que después del parto hacen morir a sus hijos por el hierro o sea otra manera". A pesar del espíritu enciclopedista y del sentido del iluminismo penal que aspiraban a la supresión de los preceptos de carácter moral y religioso del derecho penal laico, Boucher de Argis, redactor de la Enciclopedia en la parte citada, seguía con la antigua concepción religiosa que equiparaba el aborto al homicidio.(4)

Fueron Quistorp en Alemania, en su proyecto de Código Penal - elaborado en el año 1782, Beccaria con su libro "De los delitos y las penas", Howard con su "Estado de las prisiones" y los escritores de - la época de la Revolución Francesa, principalmente Rosseau y Voltaire como se ha señalado, los que contribuyeron grandemente a la atenuación de las penas. El pensamiento muy propio y de hondo contenido humano de los grandes hombres que lograron la Revolución Francesa, contribuyó en forma decidida e innegable a dicha atenuación, Su Declaración de los Derechos del Hombre reviste aún una gran actualidad.

Es digna de señalarse también la influencia de Anselmo de Feuerbach en los albores del siglo XIX, quien marcando nuevos rumbos, combatió la equiparación entre el homicidio y el aborto. Llegado este siglo, las severas penas se atenúan considerablemente y la pena de muerte deja de aplicarse universalmente para este delito, que queda reprimido -por fin- únicamente con penas privativas de la libertad.(5).

En la época actual, hay dos tendencias de las cuales cabe hablar: una más o menos severa, y otra benévola, que llega hasta la legalización del aborto en determinados países. Trataré de extractar - en lo posible la forma como se contempla este delito en algunas legislaciones. Volveré al Derecho Comparado al tratar las formas del aborto no punible en el lugar correspondiente de este trabajo

El Código Penal del Distrito Federal y Territorios Federales - de México, comienza por dar una definición del aborto en su Art. 329, cosa la cual no se encuentra en nuestra legislación. En el Art. 330 castiga en general al que hiciere abortar a una mujer, y en el siguiente artículo se refiere expresamente al "médico, cirujano, comadrona o partera", agravándose en ese caso la pena. El Art. 332 castiga a la mujer que procure o consienta su aborto, honoris causa, siempre que se trate de una mujer de buena fama, que haya ocultado su embarazo y que se trate de un fruto de una unión ilegítima. En este caso la pena se atenúa. El Art. 333 declara impunible el aborto causado por imprudencia de la mujer o cuando el embarazo es producto de violación. El Art. 334 contempla el aborto terapéutico y lo exime de sanción, pero exige que el médico que lo practique siga primero el parecer de otro médico, siempre que no sea peligrosa la demora y que sea posible hacer tal consulta.

El Código Penal del Estado de México, considerado uno de los más modernos de América, castiga escuetamente el aborto en tres artículos. Comprende en sus artículos 242 al 243, los casos de aborto provocado sin el consentimiento de la mujer, aborto consentido, autoaborto y aborto honoris causa, el cual declara atenuado. Castiga a la mujer que consiente en su aborto y declara impunible el resultado de una ac

ción culposa de la embarazada y aquel que se practica para eliminar - el fruto de una violación.

El Código Chileno contempla el aborto en forma muy semejante a nuestro Código Penal. El Art. 342 y 343 del Código Chileno contempla exactamente los mismos casos que los Arts. 364 y 365 de nuestro Código, es decir, aborto provocado, sufrido, consentido y preterintencional. En el Art. 344 sanciona el autoborto y a la mujer que consiente en su propio aborto. Contiene también la figura del aborto honoris causa. Por fin, en el Art. 345 castiga severamente a los Facultativos que lo causen o cooperen a él. En el caso del aborto preterintencional exige que el estado de gravidez sea notorio en la mujer.

El Código Argentino castiga el aborto en sus Arts. 85 al 88 inclusive. Contempla en el Art. 85 exactamente los mismos casos de nuestro Art. 364, con excepción del aborto causado violentamente. Parece subsumirlo en el aborto ocasionado sin el consentimiento de la mujer. En el Art. 85 pena severamente al médico, cirujano, partera o farmacéutico o cualquier otro facultativo semejante, cuando lo practiquen o cooperen a ello. Declara impune el aborto provocado por médico diplomado cuando haya sido consentido por la embarazada y se haya hecho para evitar un peligro mayor para la vida o la salud de la madre, no habiendo otro remedio practicable. Es el caso del aborto terapéutico. Igual condición exige para que el aborto pueda practicarse en mujer cuyo embarazo sea resultado de una violación o de ataques al pudor, si esta mujer es idiota o demente. En este último caso exige el consentimiento del representante legal de la incapaz. El Art. 87 castiga el aborto preterintencional toda vez que al agente activo le conste el estado de gestación de la mujer o fuere notorio. El Art. 88 por

fin, castiga también a la mujer que consiente en el aborto y a la que se lo practica a sí misma. Declara impunible la tentativa de aborto realizada por la embarazada, pero no contempla la figura del aborto - honoris causa.

El Código del Uruguay es el que contiene la más extensa legislación sobre este delito, entre los que ha podido consultar. El Art. 325 castiga a la mujer que practique o consienta el aborto en sí misma. El Art. 325 Bis castiga también al que intervenga en un aborto - con actos de participación principal o secundaria. En su inciso tercero, este mismo artículo castiga al que causa el aborto a una mujer sin su consentimiento o contra él.

En el Art. 326 comprende las consecuencias que pueden sobrevenir en cualquiera de los casos anteriores, es decir, lesiones como resultado de aborto practicado por un tercero en una mujer, con o sin - el consentimiento de ésta. El Art. 327 agrava el delito cuando se comete: a) con violencia o fraude; b) cuando la mujer es menor de 18 años o está privada de la razón o del sentido; c) cuando lo practica el marido o cualquier otra persona, con abuso de confianza o de relaciones domésticas. En el Art. 328 se atenúa el delito cuando se comete para ocultar la deshonra de la madre (honoris causa), pudiendo en tal caso cometer tal delito ella misma o un tercero, que puede ser - el esposo o un pariente cercano de ella. El móvil del honor no ampara sin embargo, al familiar que sea autor del embarazo. Declara asimismo atenuado el aborto cometido sin el consentimiento de la mujer - cuando es para eliminar la consecuencia de una violación, considerándolo impunible si hay consentimiento de la embarazada. Declara también impunible el aborto terapéutico, cuando se practique para salvar



la vida de la mujer o por graves causas de salud de ésta. Lo atenúa cuando se practica por angustia económica, pero es impunible si la mujer consiente. Estas reglas del Art. 328 solamente rigen para cuando el aborto sea practicado durante los primeros tres meses del embarazo, con excepción del aborto terapéutico que puede ser provocado en cualquier momento de la gestación. Además, por ley dada en el año 1937, el médico que practique un aborto o atienda sus consecuencias, tiene la obligación de dar cuenta de ello dentro de las siguientes 48 horas al Ministerio de Salud Pública, pero no será procesado por ningún Juez sin que antes se haya pedido por éste un informe al Ministerio mencionado y que éste haya oído al médico. Impone al médico la obligación de no mencionar nombres en su informe. En su oportunidad trataré la realidad de nuestro país acerca del caso que contempla esta ley Uruguaya.

El Código Penal Español es bastante amplio en su tratamiento del delito en comento. Su Art. 411 castiga el aborto provocado, con o sin el consentimiento de la mujer, e impone una agravante si se emplea violencia, intimidación, amenaza o engaño, castigando asimismo los casos en que se causa una lesión grave, o se derive, sin quererlo, la muerte. El Art. 412 pena el aborto preterintencional si es conocido del agente activo el estado de la mujer, o si al menos es notorio. El Art. 413 contempla el aborto consentido por la mujer y el autoaborto, castigando a aquella en ambos casos. El Art. 414 atenúa el aborto honoris causa e incluye entre las personas a quienes alcanza este beneficio a los padres de la mujer. El Art. 415 castiga al Facultativo que cause un aborto o coopere a ello, agravándole la pena, Comprende también a aquellos que sin tener un título sanitario se dedican habitualmente a la práctica de abortos. Impone severas sanciones

a los Boticarios que expendan abortivos sin prescripción médica. Comprende además taxativamente como Facultativos a los médicos, cirujanos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios. Junto con los Farmacéuticos comprende también a sus dependientes. En el Art. 416 castiga al que indique los medios abortivos, aunque no posea título sanitario; al fabricante o negociante que los venda a personas que no son médicos o comerciantes autorizados para su venta; y al que los ofreciere en venta, o los vendiere, suministrare, expendiere o anunciare en cualquier forma. Castiga también en la misma forma la venta o expendio de medios anticonceptivos y en el Art. 417 impone pena de inhabilitación especial a los culpables de aborto que sean facultativos, y castiga con inhabilitación para trabajar en clínicas, establecimientos ginecológicos, etc... a quienes no son facultativos.

Llamadas del Capítulo Tercero

- (1) Carrara: Vol. I.
- (2) Cuello Calón: Tres Temas Penales.
- (3) Cuello Calón: ob. cit.
- (4) Cuello Calón: ob. cit.
- (5) Cuello Calón: ob. cit.

CAPITULO CUARTO

FUNDAMENTO PUNITIVO DEL ABORTO. EL BIEN JURIDICO TUTELADO

El Bien Jurídico Protegido según la opinión de algunos Penalistas. Opiniones en contra de la punibilidad del Aborto.

No ha habido un acuerdo entre los penalistas en cuanto al fundamento punitivo de este delito. A través de la relación que se haga de diversas opiniones, se verá la certeza de la anterior afirmación.

Algunos han querido encontrar en la Organización Familiar el ente perjudicado, pero al decir de PEREZ este delito es cometido casi siempre por terceras personas ajenas a dicho grupo, por lo que mal se haría en decir que el bien jurídico protegido es el arriba indicado(1).

Otros han indicado que es el interés político del Estado el perjudicado y hacen radicar tal interés en el crecimiento de la población. Luis Carlos Pérez contradice cuando afirma que "la experiencia ha demostrado que el aborto no pone en peligro ninguna Nación o Estado y que ningún pueblo deja de engrandecerse -numéricamente- porque sus mujeres verifiquen tal práctica"(2). En El Salvador -para el caso- es precisamente el aborto criminal uno de los "reguladores" del crecimiento demográfico, según se verá en su oportunidad.

Luego de exponer y rebatir las teorías antes mencionadas, el penalista colombiano en cuestión plantea su opinión, diciendo que el bien jurídico tutelado "es doble: por un lado la vida en formación, y por otro, la integridad de la salud de la madre". En todos los casos -continúa- "hay un atentado contra la vida, pero en los de aborto sin o contra el consentimiento de la embarazada se presenta también un atentado contra la salud de ella (3)".

Un enfoque semejante le da CUELLO CALON a este asunto, y opina que "la represión penal del aborto no tiende a la protección de la -

PERSONA, pues el feto aún no lo es; no es sujeto de derechos". La protección -agrega- "tiende principalmente a la salvaguarda de un futuro ser humano, y también la tutela de la vida y la salud de la madre, puestas en grave peligro por las maniobras abortivas(4)". El maestro ibero también extiende la tutela al "interés nacional de prevenir la disminución de la natalidad", cosa totalmente inaceptable en mi opinión en nuestro Derecho Penal, pues siendo el Derecho un producto social, debe obedecer a la realidad para la cual está destinado.

El ilustre CARRARA estimaba que "por odioso y vituperable que resulte este delito, nunca puede equipararse en gravedad al Homicidio, pues la vida humana que se extinguió no podía considerarse definitivamente adquirida: ella era una esperanza más que una certeza". El daño inmediato es -continúa- respecto al ser que se ha extinguido, tanto menor cuanto mayores eran las posibilidades de que ese ser alcanza se nunca la vida extrauterina; y es otro tanto menor respecto a la familia y la ciudad". El derecho violado -contrario a la opinión posterior de CUELLO CALON ya anotada- "es preciso atribuirlo al mismo feto". Pero para atribuirle un derecho al feto es necesario suponer - que viva. "En este caso -concluye y explica el maestro de la Escuela Clásica- no nos opondremos a reconocerlo como UN DERECHO EN ESPECTATIVA accesorio a la vida".(5)

Fiel a las enseñanzas y proposiciones de la Escuela Sociológica Alemana, de la cual fue uno de sus expositores, MERKEL encuentra - que "la vida del feto se hace objeto de protección desde un especial punto de vista, o sea, en cuanto se refiere, no al derecho que a vivir tiene el ser sobre quien recae el peligro: el embrión; sino a un INTERES LOCAL, que tiene LA SOCIEDAD".(6)

Postición similar a la del español CUELLO CALON adopta su compatriota QUINTANO RIPOLLES, quien indica "que en tanto en la común opinión el delito de Infanticidio, como los Homicidios todos, suponen un ataque a la vida humana extrauterina y a la persona viva, el del aborto -franquea tal límite mínimo y opera sobre la existencia del feto, que -NO ES PERSONA, sino ESPERANZA DE PERSONA, nasciturus que está destinado a nacer, pero que no ha nacido todavía". Siendo esto así -continúa- pudiera ponerse en tela de juicio la sistemática de incluir dicho delito entre los delitos contra las personas, y el Código Italiano tuvo en cuenta tal consideración segregándole del mismo y colocándole entre los delitos contra la integridad y la salud de la estirpe". "Sin embargo -agrega- aunque el objeto material del aborto sea el feto y no el hombre vivo, la vida humana, como valor abstracto, presente o futuro, es el bien jurídico protegido en dicho delito, de entidad étnica muy superior a la de meras consideraciones demográficas -y en esto critica a CUELLO- que son las únicas que cuentan en un plano de integral materialismo. (7)

ETCHEBERRY agrega a esto que "el hecho de que fundamentalmente sea la vida del no nacido el bien jurídico que se protege, no impide que también la ley haya querido proteger otros bienes jurídicos: la vida y la salud de la mujer embarazada; en algunos casos, el orden de las familias, el interés demográfico (que a veces por la inversa lleva a algunas legislaciones a admitir con liberalidad la licitud del aborto) o, como dice la ley italiana, la integridad de la estirpe"(8)

El brillante argentino JOSE PECO en la Exposición de Motivos -del Proyecto del Código Penal de su país, considera que el bien jurídico tutelado es -siguiendo a CARRARA- una esperanza de vida"(9).

Ese gran valor continental que es el maestro Mexicano GONZALEZ DE LA VEGA, considera que el bien jurídico tutelado es la vida en gestación. El feto -dice- "cuya muerte y disociación es el objeto deseado por el que hace abortar, pertenece a la raza humana, pero no es todavía un HOMBRE, sino una ESPERANZA, una ESPECTATIVA INCIERTA en su realización, por depender de los peligros de la continuación del embarazo y del nacimiento". Sigue en mi parecer, los lineamientos de CARRARA (10).

La vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y jerarquía, que para JIMENEZ HUERTA (11) es tutelado no sólo en su autónoma existencia, sino también "en su fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez". El aborto -concluye- "lesiona la vida humana en su germinación biológica", de ahí que para este autor el bien jurídico protegido sea la vida en gestación. Finaliza diciendo que "para la ley penal el concebido tiene existencia, desde luego que el núcleo del tipo -MUERTE- presupone VIDA. (12).

El comentarista español PACHECO considera que el feto es "un germen y una esperanza" y en ello hace radicar el bien jurídico protegido, al igual que algunos de los autores ya citados con anterioridad. (13).

BERNALDO DE QUIROZ, muy original en cuanto a la forma en que agrupa y trata los delitos, dice que "el género único de los delitos contra la vida en formación, es el aborto, en cuya incriminación se conjugan indistintamente dos motivos distintos: de un lado, la protección de un ser que, aunque solo concebido, se tiene por nacido para cuanto le sea favorable; de otro, la defensa de la natalidad de la stirpe y del consiguiente derecho de la raza a propagarse. Según que se acentúe más uno de estos dos motivos que el otro, las consecuencias

jurídicas llegan a ser distintas, siendo conveniente equilibrarlas para evitar efectos exagerados. El primero de ellos sería, dejándose - llevar por el interés de la estirpe, dislocar el puesto natural de este delito (crítica del Código Italiano), que está entre los delitos - contra la vida de los particulares, llevándole a otro más socializado, a saber: el de los delitos contra la integridad y la salud de la especie. "Sin embargo termina por decir: "Todavía nos parece pronto para esto, aunque algún día pueda llegarse a tanto". (14)

Deseo aclarar que cuando antes dije que no ustento la opinión de Cuello Calón en cuanto a que debe estimarse como uno de los bienes tutelados el de evitar la disminución de la natalidad, no estoy negando con esto el derecho a que hace alusión Bernaldo de Quiroz, consisistente en la propagación de la raza. Es simplemente que creo, que dadas las condiciones actuales de nuestro país, en donde nos agobia la llamada presión demográfica, no hay razón para estimar que haya peligro en una disminución razonable y planificada de la natalidad, como para comprenderlo entre los bienes que tutela jurídicamente el delito en cuestión.

Además del Código Italiano, los Proyectos de 1925 en Alemania y de 1926 en Checoslovakia, estimaban este delito como "contrario a la integridad de la estirpe". En 1935 se pasó una ley en Alemania,, que considerando este acto como atentatorio contra los intereses nacionales o de estirpe, extremaba el rigor de su castigo cuando había un móvil individual, pero lo permitía y hasta llegó a IMPONERLO cuando las motivaciones existentes eran de tipo eugénico -raciales-. (15)

Se puede concluir después de toda esta relación, que existe - disparidad en cuanto a la consideración del bien jurídico tutelado y

es tal que algunos penalistas encuentran varios bienes tutelados dentro de esta figura delictiva. Sin embargo, en medio de todo, fácilmente se dilucida la cuestión si se observa que hay un denominador común: LA VIDA HUMANA EN FORMACION; esa "esperanza de vida" de que habló CARRARA hace tanto tiempo.

Pero no todo mundo ha estado de acuerdo con que el delito en comento sea punible. Es así como VON LISZT, por ejemplo, se oponía rotundamente a que el aborto fuera castigado, pues creía que "si no hay violación del derecho de un sujeto activo, el carácter de violación del derecho deja de existir y por la misma definición, no hay "crimen". (16)

WILFRIDO RADBRUSCH también se oponía al castigo del aborto, ya que en su concepto el único fundamento de la represión de este delito está en el interés de la población, interés que igualmente lesiona la provocación de la esterilidad y preservación de fecundidad, y los cuales sin embargo, no se castigan, (17) Estimo que este es un punto sumamente importante, en lo relativo a la repercusión penal de la esterilización, máxime cuando se sabe que "a pesar de los obstáculos que se presentan a las pacientes en los Centros Asistenciales, la demanda es tanta que solamente en el Hospital de Maternidad de San Salvador se practican más de doscientas cincuenta esterilizaciones anuales". (18)

No secundo las opiniones de los dos autores antes citados. Antes bien, concluyo con ALVAREZ GARCIA PRIETO que "sólo hay un derecho de fueros inalterables, de preceptos supremos y reales: el del pequeño ser que este crimen destruye. La base esencial del mantenimiento de la humanidad es el respeto a la vida -aún en gestación, agrego- de los individuos que la forman". (19)

Llamadas del Capítulo Cuarto.

- (1) Luis Carlos Pérez: *Derecho Penal Colombiano. Vol. III Parte Especial. pag. 228.*
- (2) Luis Carlos Pérez: *ob. cit. 228.*
- (3) Luis Carlos Pérez: *ob. cit. pag. 229.*
- (4) Eugenio Cuello Calón: *Derecho Penal Tomo II pag. 491.*
- (5) Francesco Carrara: *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. I. pag. 324.*
- (6) Adolfo Merkel: *Derecho Penal Tomo II pag. 37.*
- (7) Antonio Quintano Ripollés: *Compendio de Derecho Penal Tomo II pag. 212*
- (8) Alfredo Etcheberry: *Derecho Penal Tomo III pag. 90.*
- (9) *Proyecto del Código Penal Argentino y Exposición de Motivos pag. 243*
- (10) Francisco González de La Vega: *Derecho Penal Mexicano: Los Delitos pag. 120.*
- (11) Mariano Jiménez Huerta: *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial Tomo II pag. 166.*
- (12) Mariano Jiménez Huerta: *ob. cit. pag. 166*
- (13) Citado por *ETCHEBERRY: ob. cit. pag. 88.*
- (14) Constancio Bernaldo de Quiroz: *Derecho Penal Parte Especial pag. 83.*
- (15) Antonio Quintano Ripollés: *Comentarios al Código Penal Vol. II pags. 241 y 242.*
- (16) Citado por *ALVAREZ GARCIA PRIETO: El aborto: es un crimen?*
- (17) Citado por *ALVAREZ GARCIA PRIETO: ob. cit.*
- (18) Dr. Jorge Bustamante: *El problema médico en el control de la natalidad.*
- (19) *ALVAREZ GARCIA PRIETO: ob. cit. pag. 58.*

CAPITULO QUINTO

CAUSAS Y MOTIVOS DEL ABORTO. CONSIDERACIONES SOCIALES. LA POSICION DE ALGUNAS RELIGIONES. Causas más frecuentes en nuestro medio. Algunos aspectos de nuestra realidad social. Malthus y el Neomalthusianismo. El control de la natalidad como remedio a la presión demográfica. Planificación de la familia. Fundamentos de la oposición de la Iglesia Católica y su evolución: las encíclicas Casti Connubi, Mater et Magistra, Pacem in Terris y Populorum Progressio. Voces en favor del control natal dentro de la Iglesia. Posición de las Iglesias Protestantes y Judías.

Con todo y lo extenso que parece el contenido de este capítulo, la naturaleza de este trabajo, que debe ser esencialmente jurídico, hará que los temas a tratar sean estudiados brevemente, con el propósito único de provocar un mayor y mejor acercamiento al delito en cuestión, desde todos sus ángulos.

Nadie en nuestro país desconoce la triste realidad del índice tremendo de incidencia del aborto criminal. Sin embargo, con todo y lo que uno cree saber sobre esta cuestión, que desgraciadamente es tomada con gran indiferencia por los sectores obligados a afrontar el problema y dar las soluciones, se queda maravillado al conocer los datos estadísticos, que con la frialdad de los números, nos hablan claramente de la gravedad del problema.

Según refiere el Dr. Jorge Bustamante en su interesante y revelador trabajo sobre "El problema médico del control de la natalidad" (1), en El Salvador se atienden alrededor de TREINTA MIL abortos criminales al año en los Hospitales Asistenciales del Gobierno. Ya se verá cómo a pesar de tan escandalosa cifra, es sólo un mínimo porcentaje el que llega a conocimiento de las autoridades judiciales. Compárese la cifra de abortos con la de Homicidios, que no sobrepasa siquiera los MIL en el año pasado, conforme la memoria de labores presentada por los titulares del Ramo de Salud Pública, y que solamente en el año 1961 sobrepasó esa cifra.

Según estudios efectuados por el Departamento de Medicina Preventiva de la Escuela de Medicina de la Universidad Autónoma de El Salvador, en 10.225 casos de aborto que se investigaron, se comprobó que sólo un 15% eran abortos espontáneos (2). En el mismo Departamento se investigó entre 41.141 partos atendidos en los Hospitales del país en un lapso de cinco años, descubriéndose que 10.225 eran abortos, es decir, aproximadamente un 20%. De entre todos ellos se comprobó que 2.135 eran abortos criminales, pero se afirma decididamente que la realidad es cuatro veces mayor. Así lo expresó el entonces Br. Ronald Avila Araujo en su Conferencia sobre "El problema del Aborto", que se llevó a cabo en el Auditorium de la Facultad de Derecho de la Universidad, el día 28 de Octubre de 1964, bajo el patrocinio del Departamento de Medicina Preventiva ya referido.

Tomando como base las conclusiones de dicha conferencia, cabe anotar que en el país la principal causa de abortos criminales es la situación económica. Un 82.5% de las mujeres que fueron investigadas entre 1958 y 1963 habían abortado por razones económicas, y lo que es más, un 40% de esos casos contaban con el consentimiento del marido. Es digno de hacerse notar que entre 40 mujeres investigadas, 19 de ellas ganaban menos de 50 colones al mes; 12 ganaban entre 55 y 90 colones, y 8 entre 100 y 190. En cuanto al número de hijos deseados, apenas cuatro tenían ya los deseados, y 5 aún no los tenían; pero a la vez 29 ya tenían MAS de los deseados. La mayor parte de las mujeres investigadas en estos casos, según refirió el Profesor Calderón, entonces Director de la Escuela de Trabajo Social en su intervención en el Congreso de Medicina Forense celebrado en el país en 1966, estuvo de acuerdo en que es mejor abortar que traer un hijo a la miseria

y que por ello se habían visto obligadas a hacerlo. Únicamente DOS - de cuarenta mujeres habían abortado por vergüenza.

La conclusión a que llega el Dr. Bustamante es de que El Salvador ha adoptado ya su propio método para controlar la natalidad, pero que desgraciadamente, es el más peligroso para la salud de las madres y el más caro para el Estado, ya que se calcula según su dicho - que para la atención debida de un caso con complicación de tétano, el costo será de tres mil colones por persona. Para abundar en esto señala que en un 50% de los casos de aborto se ha encontrado septicemia generalizada, que causa en un altísimo porcentaje la muerte en forma indefectible. Este porcentaje se refiere a casos de autopsias practicadas durante el año 1965 en el Departamento de Patología del Hospital Rosales, en mujeres muertas como consecuencia de aborto. (3)

Este desgarrador cuadro de la realidad del aborto criminal en el país ha hecho reaccionar de un tiempo acá principalmente a los médicos, quienes constituyen el gremio profesional que con más fuerza - propugna por la implantación de un programa nacional de control de la natalidad.

Este tema tan debatido en la actualidad, con más ardor quizá que cuando Malthus escribió y publicó su "Ensayo sobre la población" tiene raíces históricas que cabe mencionar brevemente.

Tomás Roberto Malthus, en el año 1796, escribió su famosa obra originalmente denominada "Un ensayo sobre el principio de la población, o un examen de sus efectos pasados y presentes sobre la felicidad humana, con una investigación en nuestras perspectivas respecto a la futura supresión o mitigación de los males que ocasiona". En dicha obra exponía medularmente su teoría de que existe una tendencia -

natural y un esfuerzo constante de la población a aumentar más de prisa que los medios de subsistencia. Esta teoría ha sido modernamente expuesta en una forma más sólida y menos discutible, según el decir del economista Estadounidense Henry George (4), de este modo: "Teniendo constantemente la población a aumentar, tiene al fin, cuando no está refrenada, que hacer presión contra los límites de la subsistencia, no contra una barrera fija, sino elástica, que hace cada vez más difícil procurarse el sustento. Y de este modo, dondequiera que la producción haya tenido tiempo de afirmar su poder y no esté limitada por la prudencia, tiene que existir un grado de escasez que mantendrá a la población en los límites de la subsistencia". Tal es la corriente conocida por Neo-Malthusianismo, que aboga en conclusión por la implantación mundial del control de los nacimientos.

Según la teoría de Malthus, la pobreza aparece tan pronto como el aumento de la población obliga a una mayor subdivisión de la subsistencia. A pesar de ello, durante siglo y medio gran parte de los ~~economistas~~, sociólogos y médicos han estado de acuerdo en que el concepto malthusiano es demasiado pesimista. Mas hoy, que la población mundial sobrepasa los TRES MIL MILLONES de habitantes (de los cuales más de cuatrocientos veinticinco millones corresponden al continente Americano), y que sigue aumentando a razón de 55 millones por año (del año 1900 a 1962 aumentó en mil quinientos millones), muchos hombres de ciencia piensan que la teoría malthusiana no se haya tan lejos de la realidad y que terminará por confirmarse si no se toman medidas apropiadas para limitar el crecimiento de la población (5).

La explosión demográfica es una realidad indiscutible. Se ha calculado que se necesitaron 50 mil a 100 mil años para que la pobla-

ción llegara a 250 millones en tiempos de Cristo. En el siglo pasado, a intervalos cada vez más cortos, se han ido sumando cantidades de - 500 millones. Si la población mundial sigue el mismo ritmo, se calcula que dentro de CINCO años habrá otros quinientos millones de almas sobre la tierra y que la población mundial se verá duplicada dentro - de TREINTA años, calculándose en 25.000 millones para el año 2070, es decir, dentro de cien años aproximadamente.

El problema se complica porque la proporción en el crecimiento poblacional varía considerablemente de un lugar a otro. En Japón y - en la mayoría de los países europeos, la población se ha duplicado en los últimos 50 o 100 años, a pesar de que han sido los sectores mundiales mayormente afectados por las guerras; en cambio en Rusia y en Australia, así como en Canadá, Estados Unidos y Argentina, dicha duplicación ha ocurrido solamente en 30 ó 40 años, siendo la segunda de estas Naciones considerablemente castigada con la intervención en guerras foráneas. Asimismo, en los países menos industrializados y desarrollados, la población se ha duplicado apenas en 20 ó 30 años. En la América Latina el índice de crecimiento ha sido superior al 3% en la mayoría de los países. A ese ritmo, la población de esta América nuestra llegará a los 590 millones para el año dos mil. En el año - 1966 la tasa de crecimiento más alta la tuvo Costa Rica (que tiene la mitad de los habitantes de El Salvador, con un territorio dos veces y media mayor), siendo dicha tasa del 4,1%, mientras El Salvador tenía la más baja en Centro América con 2,8% de aumento, bajando considerablemente su tasa de 3,9% del año 1965, que fue ese año la segunda mayor en América Latina, solamente abajo de Costa Rica, que mantuvo al año siguiente -como ya anoté- la misma tasa de 4,1%.

Los expertos de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación) creen sin embargo que con los conocimientos de que se dispone sobre alimentación, es posible proporcionar suficientes alimentos a más del doble de la población actual en el mundo. El progreso técnico ha hecho aumentar en un 60% la producción de alimentos en países altamente desarrollados como los Estados Unidos, después de la guerra; su población en cambio ha aumentado solamente en un 35%. La situación de países como el nuestro es muy distinta, por supuesto.

En el futuro, el hombre, habrá de recurrir a numerosas fuentes de alimentos mal explotadas todavía. De las 350.000 especies conocidas de plantas alimenticias, solo se cultivan 600; de los dos millones de especies zoológicas conocidas en el mundo, sólo 50 han sido domesticadas para la producción de carne comestible. Hay que considerar también que únicamente un 10% de la superficie de la tierra está cultivada, y que el mar, que cubre el 75% del Planeta, sólo proporciona el UNO POR CIENTO del alimento que se consume en el mundo.

Ha sido con base en estas razones, se se ha tratado de desvirtuar la teoría malthusiana y las corrientes que la han seguido. La cuestión pues a mi entender no hay que verla desde el punto de vista de la escasez de alimentos, ya que en El Salvador la tasa de crecimiento de población y la de crecimiento agrícola van paralelamente y si este año la primera de dichas tasas se logra bajar otro tanto -aún cuando no sea tanto como la del año anterior- mientras la tasa de crecimiento agrícola se mantenga por lo menos en el 2% en que se halla, el problema en este sentido no existirá prácticamente. No estoy negando con esto que haya desnutrición en el país. La hay a tal grado

que de 139.666 personas que murieron en el área centroamericana en 1962, 67.869 eran niños menores de CINCO años (casi el 50%), revelando en estudios hechos por el INCAP (Instituto Nutricional de Centro América y Panamá) que la desnutrición era una de las causas específicas para elevar el índice de mortalidad en el país. Pero esto actúa al fin y al cabo como un regulador de la presión demográfica en el país, aunque es indudable que no puede ser deseable desde ningún punto de vista. La escasez de ingresos económicos, provoca esta situación por causas que no es del caso examinar en este trabajo.

Se vió en su oportunidad cómo la mayoría de las mujeres que abortan en el país lo hacen por razones económicas, y es indudable que la excesiva presión demográfica del país es causa innegable de esta situación. El exceso de población, aunado a la escasez de trabajo, condiciona el bajo índice de ingreso per cápita. Los bajos ingresos son causa de la miseria, de la pobreza, siendo la explosión demográfica nuestra, una verdadera explosión de la pobreza, ya que son las clases menesterosas las que se multiplican con mayor rapidez y en mayor número.

Este crecimiento desordenado de nuestra población entre las clases menesterosas tiene varias causas, pero yo creo que entre las principales están: las creencias religiosas, la falta de educación sexual y el desconocimiento de los métodos que ayudan a evitar la concepción, comúnmente llamados en la actualidad métodos anticonceptivos.

Es innegable el fuerte espíritu religioso del pueblo salvadoreño. La religión dominante es la católica, conservadora en forma tremenda hasta hace muy poco en esta cuestión de la regulación de los nacimientos. Tradicionalmente se ha mantenido la idea de que los padres debían tener tantos hijos "como Dios les mande". La recomendación de

los sacerdotes a las parejas que no desean seguir teniendo hijos, era sencilla y llanamente de que "se colocaran en las manos de Dios". Surgió sin embargo el método de Ogino y Knauss, conocido por el "método del ritmo", perfeccionado luego por Smülder. La Iglesia ha llegado a aceptarlo como UNICO MEDIO de evitar los nacimientos. A través de las Encíclicas, Cartas Papales que han fijado el modo de pensar de la Iglesia a través de las épocas, se ha llegado a aceptar tal método.

La "Casti Connubi", de S.S. Pío XI decía: "La prole ocupa el primer lugar entre los bienes del matrimonio. Y por cierto que el mismo creador del linaje humano que quiso benigneamente usar de los Hombres como cooperadores en la propagación de la vida, lo enseñó así, cuando, el instituir al matrimonio en el Paraíso dijo a nuestros primeros padres y por ellos a todos los futuros cónyuges: "CRECED Y MULTIPLICAOS Y LLENAD LA TIERRA" (Génesis, I,28) (6). Después vino la "Mater et Magistra", en la cadena maravillosa de Encíclicas Sociales, completada por la "Pacem in Terris", ambas del Papa Juan XXIII. Su contenido revolucionario abrió una puerta luminosa a la cristiandad, y fue luego la Encíclica "Populorum Progressio" del Papa Paulo VI, la que abiertamente reconoció el "derecho de los padres de familia a limitar el número de hijos". Se quedó la humanidad pendiente del decreto que fijase la posición de la Iglesia Católica frente al control de la natalidad. Pero al menos se ha dado un paso que considero enorme.

Creo del caso incluir las palabras dirigidas por el Papa Paulo VI a la Comisión Internacional Secreta del Control de la Natalidad, por ser tremendamente reveladoras de lo que se puede esperar de aquella: "La Iglesia no puede ignorar el enorme aumento de población. Os pedimos insistentemente no perder de vista la urgencia de esta situa-

ción que exige indicaciones absolutamente claras, por parte de la Iglesia y de su suprema autoridad de enseñanza. Además de las cuestiones urgentes que afectan a los matrimonios, también hay ciertos problemas económicos y sociales que la Iglesia no puede ignorar... Aplicaos completamente a vuestra misión y permitid que madure lo que debe madurar, pero debéis comprender la angustia de las Almas y trabajar con diligencia, sin tomar en cuenta las críticas y dificultades" (7). (Los subrayados son míos).

El Padre Jesuita Peccorini, es en el país el abanderado -que podríamos calificar- de la Revolución Teológica de la Iglesia en cuanto al control de la natalidad. Categóricamente afirma: (8) "no queda más que el camino iniciado por Reuss y seguido decididamente por Suenens y el Patriarca Máximo IV en el Concilio: una revisión a fondo de los principios que han venido dando consistencia a la doctrina de la Iglesia, para lo cual no existen trabas dogmáticas. Y ese proceso es tanto más necesario, cuanto la tranquilidad de las conciencias exige hoy en día perentoriamente una solución radical. Además, filosóficamente, el trayecto que por ese rumbo llevaría a la solución apetecida parece perfectamente transitable". Agrega que "ha llegado para la Iglesia el momento de las decisiones generosas, sinceras y valientes en lo que concierne el "birth control". Gracias a Dios todo parece -prelucirnos que Roma estará a la altura de las circunstancias, ya que la opinión prevalente en el mundo católico se dirige cada día más certestamente en dirección a una respuesta afirmativa al problema máximo que ofrece la vida matrimonial. A ese respecto es sumamente consolador observar el despertar de una Jerarquía que tiene pánico de merecer la ira de Jesucristo por imponer a las conciencias cargas tan insostenibles como las que imponían los fariseos que el Divino Maestro

fustigó tan duramente en el Evangelio." "Concluye su brillante exposición diciendo: "Una era de legalismo "inhumano" está a punto de fenecer". (9)

El Padre y Sicólogo Alfonso Orozco, mexicano, apunta por su parte en relación con las mujeres que abortan por causas económicas: "Cuando el marido las abandona y se ven obligadas por las necesidades a salir a trabajar para alimentarse y alimentar a sus hijos, las grandes empresas les cierran sus puertas para no comprometer sus intereses. Hemos visto también el problema de la vivienda. No fácilmente se rentan casas para familias numerosas obligándolas, de esta manera, a vivir en los arrabales cerca de los basureros en una forma infrahumana. Nos escandalizamos de verlos vivir animalmente y calificamos su zona con el nombre del "cinturón del vicio", cuando en realidad y siendo sinceros el vicio se encuentra fuera del cinturón. Precisamente en los que nos decimos virtuosos. Perdónennos si insisto, pero en el llamado cinturón del vicio hay una gran virtud y es la de luchar para subsistir a pesar de todo y en contra de todos. Ponemos el grito en el Cielo cuando por las estadísticas constatamos que en nuestro católico México el número de abortos es igual al de nacimientos normales, pero por qué no nos sentimos mejor avergonzados de estar exigiendo sin haber dado nada? Queremos luchar en contra de la muerte cuando nosotros mismos les hacemos imposible la vida". (10) Estas bellísimas palabras, más bellas aún por venir de un Sacerdote, son de un tremendo impacto en nuestro medio, aplicables a nuestra realidad, en donde la mujer pobre se ve forzada al aborto criminal y en donde la presión demográfica es una de las causas que contribuyen al alto índice de este delito. Es necesario pues comprender el problema, el

cuál para ser aliviado indudablemente necesita de un pronunciamiento valiente y claro de parte de la Iglesia, puesto que a mi entender, esa incertidumbre mantenida en los últimos años y la posición conservadora de antes, condicionan a nuestras mujeres a no evitar los nacimientos, y desgraciadamente lo que no evitan cuando pudo efectuarse la concepción, lo evitan mediante un acto tan vil, tan inmoral y tan detestable como es el aborto criminal.

Las Iglesias Protestantes y Jüdías, basadas en los textos bíblicos, consideran inaprobable el aborto y también el control natal, en vista del mandato de "Creced y multiplicaos y llenad la Tierra", y la promesa de Jehová a Abraham de que "su posteridad sería más numerosa que las estrellas del cielo y que las arenas del mar". Es de esperarse al menos de parte de los Protestantes un cambio semejante al que debe ocurrir pronto en la Iglesia Católica.

Llamadas del Capítulo Quinto.

- (1) Revistas La Universidad. Enero-Febrero, 1967. Pag. 85 y ss.
- (2) Ronald Avila Araujo: El Problema del Aborto. Conferencia auspiciada por el Departamento de Medicina Preventiva. 28 de Octubre de 1964.
- (3) Dr. Jorge Bustamante: Trabajo citado.
- (4) Henry George: Progreso y Miseria. Pag. 97.
- (5) Book of the Year. Encyclopedia Británica, 1962. Pag. 556-557.
- (6) Direcciones Pontificias: Joaquín Aspiazú, S.J.
- (7) Contracepción y Sentido Profundo de la Maternidad: R.P. Alfonso Orozco, Revista La Universidad, Enero-Febrero 1967, pag. 110

- (8) *Francisco Peccorini Letona: Nuevos enfoques sobre el control de la natalidad. Revista La Universidad, Septiembre-Octubre 1965, pag. 71.*
- (9) *Trabajo citado del Padre Peccorini, pag. 71-72 de la Revista mencionada.*
- (10) *Trabajo citado del Padre Orozco en la revista mencionada, pag. 115-116.*

CAPITULO SEXTO

MEDIOS ABORTIVOS

Algunas substancias químicas y vegetales. Medios mecánicos. Traumatismos físicos o sexuales. Breve relación de algunos casos reales.

La práctica del aborto se ha llegado a popularizar en una forma tremenda en el país, a tal grado que hay quienes hacen un verdadero negocio con ello, "atendiendo" a las mujeres que acuden a solicitar sus servicios. En el país la mayor parte de los abortos criminales que se cometen, son practicados por enfermeras, que con una acción tan baja, desnaturalizan su excelsa profesión de salvaguardar la vida, atentando en una forma alevosa al ser cuya vida apenas está en gestación y quien es atacado en la más completa de las indefensiones, sin que siquiera pueda elevar un leve gemido de impotencia o una leve voz de súplica o clemencia.

Debo distinguir con Nerio Rojas lo que son procedimientos abortivos, substancias abortivas y maniobras abortivas. Los primeros - constituyen lo que cabría llamar el género, siendo los siguientes la especie dentro de tal género. (1)

Interesan los métodos usados en especial para el aborto criminal, dejando a un lado los procedimientos usados por los facultativos médicos para practicar el aborto legal, que los tratadistas del Derecho Penal prefieren llamar Aborto No Punible.

* Rojas niega la existencia real de verdaderas substancias abortivas. Lo que hay en su parecer son medicamentos o tóxicos actuantes por envenenamiento, que provocan el aborto como consecuencia del sufrimiento orgánico, que influye sobre el útero y sobre la vida del feto (2). Explica además que hay substancias de uso popular y de efica

cia dudosa: "purgantes drásticos, áloes, perejil, apiolina, etc. Otras son verdaderos tóxicos: fósforo, plomo, arsénico, mercurio, estricnina, cantáridas, etc.". (3)

Existen también sustancias reputadas directamente abortivas - según el mismo autor (4). Pero en estos casos -agrega- también suele tratarse de un cuadro general de intoxicación más o menos franca. Estas sustancias son en su mayoría de origen vegetal". Contempla entre tales sustancias la Ruda, que "actúa por medio de un aceite esencial existente sobre todo en las hojas y en la raíz, cuyo efecto se manifiesta en primer término sobre al aparato digestivo (vómitos, diarreas, fuerte congestión de mucosas) y puede llevar al síncope y el coma mortales". (5) Advierte también entre estas sustancias a la Sabina, una confiera cuyo aceite esencial tiene una acción semejante a la de la Ruda, aunque es mayor y más grave su intoxicación, la que como consecuencia de sus efectos produce a veces la muerte (6). Explica asimismo la forma de operar del Cornezuelo de Centeno, del cual se extrae la Ergotina". Tiene una acción general tóxica; su efecto abortivo es más posible en la segunda mitad del embarazo; pero contra lo que se cree -afirma Rojas- no despierta por sí solo las contracciones uterinas, (7) opinión que no es secundada íntegramente por Mora (8), quien afirma que el Cornezuelo de Centeno es uno de los abortivos más eficaces, y su derivado: la Ergotina, puede llegar hasta a causar la muerte de la madre debido a su acción tóxica. Explica que el Cornezuelo de Centeno es una enfermedad que causa un hongo en el Centeno y que de tal formación se extrae un polvo el cual se ingiere. Con la ayuda del Microscopio es fácil encontrarlo en el organismo de la mujer que lo haya ingerido, según el autor citado; pero si lo que se ha

ingerido es la Ergotina, resulta imposible determinar su existencia - en las vísceras de la paciente (9)!"

Creo que todos hemos oído hablar mucho de la droga conocida como LSD, cuya ingerencia está causando gravísimos estragos entre la de generada juventud de los Estados Unidos, Inglaterra y algunos países del resto de Europa. Pues bien; esta droga, que se conoce entre los Químicos como el "Dietyl del Acido Lisérgico", es extraída también - del Cornezuelo de Centeno, al igual que la Ergotina. Basta depositar con un gotero una simple gota sobre un terrón de azúcar y disolver es te en la boca, para que se produzcan una serie tan diversa de efectos según la persona, que varían desde las más preciosas hasta las más ho rripilantes alucinaciones, así como también desde los más febriles es tados de excitación y felicidad, hasta los más oscuros cuadros de pro funda de presión. Me pregunto si tal droga, ingerida en una cantidad suficiente puede causar el aborto a una mujer. La verdad es que no - he encontrado referencias a este posible efecto en los Libros de Medi cina Legal consultados, dada la actualización tan reciente en la apli cación de tal droga.

Merio Rojas no se pronuncia abiertamente en ninguna forma sobre la inferencia de la Quinina en el aborto y se limita a decir que muchos la han negado como abortivo (10). Mora en cambio afirma que - dicha substancia no tiene eficacia abortiva más que en las mujeres pa lúdicas, pues es completamente ineficaz cuando se la toma con el deli berado propósito de abortar una mujer que no está padeciendo de Paludismo. Su fama -agrega- es completamente infundada. (11)

Entre los tratadistas del Derecho Penal, Mariano Jiménez Huer- ta (12) considera substancias con propiedades abortivas el Permangan

to, la apiolina, la ergotina y el cornezuelo de centeno entre otras. González de la Vega (13), reconoce como substancias abortivas el cornezuelo de centeno, la ruda y la sabina, dentro siempre de las substancias químicas y vegetales, puesto que hay algunos venenos minerales a los cuales aludí cuando cité a Nerio Rojas: ellos son principalmente el fósforo, el plomo, el arsénico y la estricnina entre otros.

Las maniobras abortivas son para Nerio Rojas lo que conocemos también por medios mecánicos. Son sin lugar a dudas los procedimientos más eficaces para lograr el aborto, pero a la vez los que ocasionan el mayor número de complicaciones.

Se han empleado métodos muy variados, desde las carreras, los saltos a caballo, el efectuar violentos ejercicios físicos, hasta las duchas vaginales con agua fría o tibia durante varias horas en forma repetida, pero han sido más eficaces sin duda aquellos que actúan directamente sobre el útero o sobre el huevo, como la punción de las membranas, su desprendimiento, el curetaje uterino, etc. Para ello se han utilizado tijeras, agujas de tejer, pinzas, horquillas (los famosos "ganchos sandinos"), sondas, etc. Este último instrumento es el más utilizado por las enfermeras en el país, ya que las estadísticas demuestran que un altísimo porcentaje de las mujeres que confiesan la criminalidad de su aborto en los Centros Asistenciales del Estado, aceptan que la maniobra abortiva consistió en la introducción de una sonda, la cual fue efectuada por una enfermera, que de Angeles Guardianes de la vida se convierten en verdaderos instrumentos de muerte. En cuanto a las duchas vaginales, Rojas las califica de "métodos pintorescos e ingenuos". (14).

Mora hace una relación semejante, agregando entre las maniobras abortivas las sobadas, tan famosas también en el país, y la faja duramente ajustada al abdomen. Incluye entre los instrumentos las varillas de paraguas y los lápices muy apuntados. (15)

González de La Vega acepta como maniobras de tal género la dilatación del cuello de la matriz, sondeos, punción de las membranas del huevo, desprendimiento de las mismas, etc. (16) "Jiménez Huerta por su parte contempla la introducción en el útero de sondas o cánulas, masajes o golpes abdominales, corrientes eléctricas, raspadura del útero, etc." (17)

También se contempla como maniobra abortiva el exceso en el coito durante las últimas semanas del embarazo. Neriola califica de ingenua, pero Mora la acepta como maniobra abortiva. Se han atendido casos en el Hospital de Maternidad en que la expulsión prematura del feto se debe a excesos sexuales, pero como generalmente ocurre después del sexto mes, los médicos no estiman como abortos tales alumbramientos, según se explicó al fijar el concepto médico en el Capítulo Primero de este Trabajo.

Los llamados "medios morales", tales como fuertes impresiones, son medios abortivos efectivos en algunas personas, pero Jiménez Huerta (18) los rechaza como tales por falta de idoneidad, ya que los sustos y disgustos en su decir no son típicamente adecuados para la realización del delito en cuestión. Al analizar las modalidades del delito y su descripción típica, volveré sobre este punto. Quiero adelantar que la estadística de "trauma síquico" como medio abortivo es apenas de un 1% en el decir del Doctor Alfredo Zepeda. (19)

En la realidad, según las estadísticas y casos reales que he consultado en diversos trabajos efectuados por médicos y por estudiantes de la Escuela de Medicina de la Universidad Nacional, la gran mayoría de abortos criminales han sido causados por introducción de una sonda, que se confirma cada día más como el método predilecto de los artífices del aborto criminal en El Salvador.

Es del caso mencionar que hay algunos medicamentos que no tienen por sí una finalidad abortiva, pero que administrados por cualquier vía a una persona embarazada, le pueden ocasionar el aborto. Tal es el caso de los reguladores de la menstruación y de algunos preparados a base de hormonas. El efecto de los primeros puede ser en el mejor de los casos la deformación del producto de la concepción. Los segundos, mal recetados, pueden producir el aborto dado que provocan contracciones en el útero. Algunos de estos preparados tienen por misión producir el efecto contrario: detener la actividad uterina, pero mal indicados, según el estado de la paciente, pueden inducir al parto con graves consecuencias para el feto si aún no es viable.

Llamadas del Capítulo Sexto.

- (1) Nerio Rojas: Medicina Legal, pag. 240.
- (2) Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 240.
- (3) Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 240.
- (4) Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 241.
- (5) Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 241.
- (6) Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 241.
- (7) Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 241,

- (8) *Carlos Federico Mora: Medicina Forense.*
- (9) *Carlos Federico Mora: ob. cit.*
- (10) *Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 241.*
- (11) *Carlos Federico Mora: ob. cit.*
- (12) *Derecho Penal Mexicano. Pag. 270.*
- (13) *Francisco González de La Vega. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Pag. 129.*
- (14) *Nerio Rojas: ob. cit. Pag. 241.*
- (15) *Mora: ob. cit.*
- (16) *González de La Vega: ob. cit. Pag. 129.*
- (17) *Jiménez Huerta: ob. cit. Pag. 270.*
- (18) *Jiménez Huerta: ob. cit. Pags. 241-242.*
- (19) *Estudio sobre al Aborto Provocado en El Salvador.*

CAPITULO SEPTIMO

HISTORIA DE LA PUNIBILIDAD DEL ABORTO EN LA LEGISLACION

SALVADOREÑA

Las Leyes Patrias del Padre Menéndez. Los Códigos Penales desde 1859 hasta el vigente. El Proyecto de la Comisión de 1943: Arrieta-Rossi-Escobar-Azúcar Chávez. El más reciente Proyecto de la Comisión de 1959: Castro Ramírez h.-Córdova-Fernández. Disposiciones de la Ley de Policía y del Código de Sanidad.

Desde el primer Código Penal que tuvo el país en su vida independiente, se encuentra castigado el delito que comento. Fue en el año 1826 que el Padre de la legislación salvadoreña, el Pbro. Isidro Menéndez, publicó su Recopilación de Leyes Patrias, y entre ellas se encontraba el susodicho Código Penal. Las penas para el delito en cuestión se hallaban situadas en dos títulos diferentes, y es así como se hayan algunas disposiciones punitivas sobre el aborto en el Art. 372 y otras en los Artos. 654 y 655.

El Art. 372 decía: "Los médicos, cirujanos, boticarios, comadronas o parteras, que a sabiendas, administren, proporcionen o faciliten los medios para el aborto, serán castigados conforme al Capítulo primero del título de delitos en la parte segunda del Código".

El Art. 654 por su parte indicaba: "El que empleando voluntariamente y a sabiendas, alimentos, bebidas, golpes, o cualquiera otro medio análogo, procure que aborte alguna mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá una reclusión de 2 a 6 años. Si lo hiciera con consentimiento de la mujer, será la reclusión de 1 a 4 años".

"Si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusión de 6 a 10 años en el primer caso, y de 4 a 8 años en el segun

do. Pero si es médico, cirujano, boticario, comadrón o matrona el que a sabiendas administra, proporciona o facilita los medios para el aborto, sufrirá, si esto no tuviera efecto, la pena de 5 a 9 años de obras públicas, con inhabilitación perpetua en ambos casos para volver a ejercer la profesión".

El Art. 655 concluía: "La mujer embarazada que para abortar emplea a sabiendas alguno de los medios expresados, y aborte efectivamente, sufrirá una reclusión de 4 a 9 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 fue encubrir su fragilidad, se le impondrán únicamente de 1 a 5 años de reclusión!"

Encuentro una característica principal en esta escala de penas, cual es el arbitrio que conceden al Juez para la aplicación de ellas, institución la cual ha desaparecido en nuestra legislación penal como regla general, contemplándose tal situación únicamente en algunos delitos. Me pronuncio en favor de tal arbitrio, como un bastión en la avanzada del moderno Derecho Penal.

El Código Penal de 1859, que fue editado nuevamente en 1877, contemplaba este delito en sus Artículos 262 al 265 inclusive, en forma bastante similar a la del Código ya estudiado, de 1826.

En 1881 tuvo el país otro Código Penal, tomado del Código Español vigente en aquella época. Sin muchas variantes o más que todo - sin variantes de importancia, castigó el aborto criminal en sus Artos. 368 al 371 inclusive.

En 1893 se reformó el Código Penal, con lo cual varió la contemplación de tal delito en El Salvador. Su redacción era sumamente parecida a la que conserva el Código vigente y los casos de aborto estaban contemplados en sus Artos. 367 al 370 inclusive.

El Art. 367 de dicho Código equivalía al Art. 364 vigente, y así también el 368 correspondía al 365 actual. El Art. 369 correspondía al 366 vigente, pero el 370 no contemplaba la pena de inhabilitación especial para el ejercicio profesional, que sí incluye el Art. 367 vigente. Dicha pena estaba suplida entonces por multas que se imponían al profesional infractor.

En el año 1904 se dio el Código Penal que está vigente, cuyo articulado en lo referente al delito en comento he comparado con el Código anterior, es decir, con las reformas de 1893. El Código vigente en sus Artos. 364 al 367 dice lo siguiente:

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

1o.- Con seis años de presidio si ejerciere violencia en la mujer embarazada;

2o.- Con cinco años de presidio si, aunque no ejerciere violencia obrare sin consentimiento de la mujer;

3o.- Con cuatro años de presidio si la mujer lo consintiese!"

Art. 365: "Será castigado con dos años de prisión mayor el aborto ocasionado violentamente cuando no hubiere propósito de causarlo".

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 para ocultar su deshonra, incurrirá en los dos tercios de la pena antedicha".

Art. 367: "El Facultativo y el Farmacéutico que abusando de su arte - causaren el aborto o cooperen 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".

En su oportunidad haré un análisis de cada una de las figuras delictivas que contemplan los artículos antes transcritos.

En el año 1943 la Comisión Revisora de la Codificación Salvadoreña, integrada por los abogados, doctores Reyes Arrieta Rossi, Carlos Azúcar Chávez y Juan Benjamín Escobar, entregó al Gobierno su informe y entre otros Proyectos el del Código Penal, que en la edición de Códigos del año 1926, apareció con la misma redacción -por su puesto- que el de 1904, el cual aún está vigente, con algunas reformas. En dicho proyecto el delito de aborto sufrió algunas variantes, según se verá a continuación. La contemplación de tal acto delictivo quedó así:

"Art. 365. Será castigado con dos años de prisión mayor, el aborto ocasionado por actos de violencia o maltrato ejecutados en la mujer, aunque no haya habido propósito de causarlo, si el estado de embarazo de ella fuere notorio o le constare al culpable de otro modo".

Al Art. 366 se le agregó el inciso siguiente: "La tentativa de la mujer de cometer el aborto no es punible".

"Art. 366-B.- En caso de aborto para salvar el honor de la esposa, madre, hija o hermana, el culpable sufrirá las penas correspondientes reducidas hasta en las dos cuartas partes".

"Art. 367.- Incurrirán respectivamente en las penas señaladas en el Art. 364 aumentadas en una tercera parte, los médicos, parteras, farmacéuticos, practicantes y ayudantes que abusando de su arte causaren el aborto o cooperaren a él".

"Los Farmacéuticos idóneos o encargados de una Farmacia que vendiesen abortivos sin la correspondiente receta de facultativo autorizado y el médico que recete abortivo sin destino determinado, serán castigados con multa de 25 a 150 colones".

"La multa podrá llegar hasta 500 colones si el abortivo des-pachado o recetado es entregado a una mujer, cuyo estado de embarazo es notorio".

El inciso tercero fue dejado sin variación, tal como aparece en la edición vigente.

Art. 367-B.- 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 Juez de primera instancia competente, estableciere alguna de estas circunstancias:

1a.- Que el embarazo es consecuencia de una violación o un atentado al pudor cometidos en una mujer en estado de enajenación mental; 2a.- Que el aborto es necesario para evitar un peligro grave para la salud o la vida de la madre, que no puede ser evitado por otros medios.

En el primer caso, será necesario el consentimiento del representante legal de la mujer, pero si lo negare, el Juez decidirá con conocimiento de causa si son justificados los motivos de la negativa, que aquel deberá haber expresado".

Así las modificaciones que hiciera la Comisión Revisora nombrada el día 25 de marzo de 1942 por medio de Acuerdo del Poder Ejecutivo en el Ramo de Justicia, la cual rindió su informe en mayo del año siguiente. Ninguna de estas modificaciones fue incluida en la legislación que hasta ahora está vigente. Como podrá verse, desde entonces se consideraban algunas figuras del aborto no punible.

En la década del 50, se elaboró y preparó otro Proyecto, que introdujo nuevas modificaciones en el tratamiento penal del delito que nos ocupa. Estaba redactado así:

"Art. 101.- El aborto con consentimiento de la embarazada se sancionará con prisión de tres a nueve meses impuesta al que lo provocare y a la que lo consienta".

"Art. 102.- El aborto sin consentimiento de la embarazada se sancionará con prisión de dos años a reclusión de ocho".

"Art. 103.- Si por efecto del aborto la mujer resultare lesionada o muere, la pena será de cinco años de prisión a veinte de reclusión".

"Art. 104.- Son agravantes del delito de aborto: la violencia o fraude, la edad menor de dieciocho años, la situación de la mujer que se hallara privada de razón o de sentido. Es atenuante la excusa del honor".

"Art. 105.- El aborto para eliminar el fruto de la violación, sin el consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si la mujer consiente y se consuma por sus padres o por su cónyuge quedarán todos exentos de pena. La misma exención ~~apara~~rá el aborto, provocado con su consentimiento, para salvar la vida de la embarazada".

"Art. 106.- El juez podrá reducir la pena del aborto por debajo de sus límites legales e inclusive llegar a eximir de ella cuando se consume con el consentimiento de la mujer y se practique por fundadas razones de angustia económica".

"Art. 107.- Las personas que participaren en el aborto serán considerados como coautores".

"Art. 108.- La profesionalidad en la práctica de abortos dará lugar a la declaración del estado peligroso y a la imposición de medidas de seguridad".

Las figuras son más o menos las mismas, pero nos parece que en el caso del aborto no punible para salvar la vida de la madre, la falta de condiciones en forma absoluta es un error, así como es también errado por parte de la Comisión de 1943 la exigencia de una información sumaria y del conocimiento de causa por parte del Juez para resolver. Estos trámites pueden llevar al caso de que cuando termine por aprobarse el aborto, ya la madre haya muerto o sea demasiado tarde para salvarle la vida y fallezca durante o después de la operación. En su oportunidad entraré más detalladamente al examen de esta figura no punible del aborto.

En 1959 se dio a conocer el nuevo Proyecto de Código Penal, elaborado por los abogados Doctores Manuel Castro Ramírez h., Enrique Córdova y Julio Fausto Fernández. Colaboraron también en un principio los abogados Doctores José María Méndez y Manuel Arrieta Gallegos. Quiero, antes de mencionar la forma de tratar el aborto en este Proyecto, referirme a algunas disposiciones que se refieren a este delito - en algunas leyes secundarias.

Así, la Ley de Policía vigente, antiquísima por cierto, y por cuya reforma se viene propugnando desde hace muchos años, prohíbe el ejercicio de la medicina y cirugía en su Art. 121 a los Farmacéuticos, a los Médicos suspendidos o inhabilitados por causas legales de las que luego enumera, y a los empíricos. Permite en tanto que en los lugares en donde no hubiere médico, se tolere que un farmacéutico "u otra persona inteligente y honrada", dé consultas y recete, con tal que no sea sobre enfermedades que requieran una operación grande y arriesgada de cirugía, la cual les prohíbe asimismo practicar.

En el Art. 123 dice: "Las parteras no autorizadas podrán ejercer su oficio en los lugares donde no haya médico, debiendo limitar sus funciones únicamente a la simple asistencia de las parturientas y a los cuidados de limpieza de los recién nacidos, sin hacer en ellas manejos torpes e irracionales; pero en los casos anormales deben abstenerse de intervenir. Las obstétricas que autorice la Facultad de Medicina y Cirugía se atenderán al Reglamento y a las instrucciones certificadas que les otorgue dicha Facultad". Este Artículo observa esta redacción a partir de 1930, en que fue reformado junto con el Art. 124, y desapareció el 122.

También en el Art. 124 se lee: "Todos los que con infracción de las leyes y reglamentos se dediquen al ejercicio de la medicina y cirugía, o que accidentalmente receten o inyecten medicinas de cualquier clase, incurrirán por primera vez en la multa de 25 colones", etc. Castiga con mayor severidad la reincidencia y recurre también a imponer la responsabilidad penal que corresponda. Pena también a los farmacéuticos que les despacharen las recetas. Impone la obligación de dar parte a la Facultad respectiva cuando se observe que una de -

esas personas ejerce ilegalmente las profesiones indicadas. Tal obli-
gación corresponde en primer lugar al Alcalde del lugar y también a -
"toda persona". Tal información es para los efectos de ver si aque-
lla persona está autorizada para ejercer la medicina y cirugía o no,
e imponerle una multa en el último caso.

El Código de Sanidad también se ocupa del ejercicio de la medi-
cina y profesiones conexas, en sus Artos. 149 al 161. Exige título -
para el ejercicio de la medicina, cirugía, dentistería, obstetricia,
farmacia, enfermería, veterinaria y optometría, o en caso contrario,
la concesión de la Facultad respectiva. Las parteras tituladas deben
trabajar bajo la inmediata dirección del médico, salvo para asistir -
partos anormales. Las enfermeras no podrán administrar tratamientos
o medicamentos de ninguna naturaleza si no es por orden médica. La -
Dirección General de Sanidad (hoy de Salud Pública) está obligada a -
dar parte a los tribunales de aquellos que ejerzan ilegalmente cual-
quiera de las profesiones antes anotadas. Los que estén autorizados
para tal ejercicio deben avisarlo a la Dirección mencionada y dar el
lugar en donde tienen su clínica.

He citado todas estas disposiciones por la relación que tienen
con la práctica del aborto por medio de las personas que mencionan -
las leyes anotadas anteriormente. Aún desde el punto de vista admi-
nistrativo, y sin que lo diga expresamente la Ley de Policía ni el Có-
digo de Sanidad, las parteras y enfermeras, no están autorizadas des-
de ningún punto de vista para practicar ninguna clase de maniobras -
abortivas.

El Proyecto de Código Penal que antes mencioné, contempla las
siguientes figuras delictivas:

"Art. 114.- La mujer que causare su aborto o lo consintiere, será sancionada con reclusión de 1 a 3 años".

"Art. 115.- El que causare un aborto sin consentimiento de la mujer, se le aplicará reclusión de 3 a 6 años; pero si ejerciere violencia sobre la mujer embarazada, la sanción aplicable será reclusión de 4 a 8 años".

"Art. 116.- Es aborto especialmente agravado, el cometido:

1o.- En mujer menor de 16 años o privada de razón o sentido.

2o.- Por un médico, farmacéutico, partero, comadrona, enfermero, estudiante de medicina o de farmacia.

3o.- Por móviles de provecho económico derivado del régimen sucesoral.

En estos casos se aplicará la sanción máxima señalada en los artículos 114 y 115, sin perjuicio de que si el culpable es alguna de las personas señaladas en el numeral 2o., se considerará como violador de sus deberes profesionales y se le impondrá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio profesional, en los términos que señala el inciso final del artículo 44".

"Art. 117.- Es aborto especialmente atenuado:

1o.- El propio o consentido que obedeciere al propósito de ocultar la deshonra de la embarazada.

2o.- El propio o consentido que obedeciere al propósito de eliminar el fruto de un acceso carnal violento.

3o.- En ambos casos, la sanción aplicable será de 6 meses a 1 año de reclusión".

"Art. 118.- Si a consecuencia del aborto consentido, sobreviniera la muerte de la mujer, el autor será sancionado con reclusión de 3 a 6 años; y cuando se tratase de aborto practicado sin consentimiento de la mujer, y sobreviniera la muerte, se sancionará al autor con reclusión de 6 a 12 años".

"Art. 119.- El que por actos de violencia ocasionara el aborto, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionado con reclusión de 6 meses a 2 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".

"Art. 120.- 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 hubiera otro medio 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".

"Art. 121.- La tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto culposo propio, no darán lugar a sanción alguna.

El aborto culposo verificado por otra persona, será sancionado con reclusión de 1 a 3 años".

Es el primer cuerpo de leyes penales codificadas, aún en proyecto, en que aparece la figura del aborto culposo, y tiene algunas diferencias con los otros proyectos, que más tarde examinaré.

Esta ha sido la trayectoria de la punibilidad del delito en co
mento, en el país. Ojalá algún día no lejano veamos los salvadoreños
aprobado el proyecto del nuevo Código Penal, pues es a todas luces no
torio que el Código vigente desdice de la época en que vivimos. No creo
que exista una causa justificada para que estos proyectos no hayan si
do sometidos a discusión a la Asamblea Legislativa. La verdad es que
ha habido despreocupación y pereza por parte de aquellos funcionarios
encargados de hacer el estudio correspondiente y eso ha retardado el
sometimiento del Proyecto a que sea discutido en la H. Asamblea. Tal
vez con el cambio de funcionarios del Poder Judicial -en sus altas es
feras- que ya se avecina, el estudio del proyecto de Código Penal pue
da salir de las gavetas de los escritorios y cobrar forma de informe
legal para que de él conozcan los señores Diputados. Ya son ocho años
de retraso. Más que suficiente.

Bibliografía del Capítulo Séptimo.

Recopilación de Leyes Patrias, del Pbro. Dr. Isidro Menéndez.

Código Penal de la República de El Salvador, de 1859.

Código Penal de la República de El Salvador, de 1877.

Código Penal de la República de El Salvador, de 1881.

Código Penal de la República de El Salvador, de 1893. Reformas.

Código Penal de la República de El Salvador, de 1904.

Constitución y Códigos de la República de El Salvador, 1926.

Constitución y Códigos de la República de El Salvador, 1947.

Constitución y Códigos de la República de El Salvador, 1967.

Código de Sanidad y anexos, 1954.

Ley de Policía.

Ante Proyectos de Revisión de los Códigos Civil, Penal y de Instrucción Criminal, con su exposición de motivos. 1943.

Código Penal. Exposición de motivos y Ante Proyecto.

Proyecto de Código Penal de la República de El Salvador. 1959.

FIN DE LA PRIMERA PARTE DEL TRABAJO

SEGUNDA PARTE

CAPITULO OCTAVO

DESCRIPCION TIPICA DEL DELITO DE ABORTO.

OPINIONES DIVERSAS ENTRE PENALISTAS.

Si en cuanto al establecimiento del Bien Jurídico Tutelado por esta figura delictiva, dije que ha existido alguna división entre los estudiosos del Derecho Penal, en el punto que ahora pretendo estudiar encuentro una división de criterios más profunda.

Francesco Carrara (1), estima que son cuatro los extremos que deben concurrir para que se dé típicamente el delito en cuestión, a saber: la gravidez de la mujer, el dolo, los medios violentos y la muerte consiguiente del feto.

En cuando el primero de tales elementos, explica el Maestro que "es necesario que el feto exista, porque no puede haber delito contra lo que no es un ente". Por lo tanto -agrega- "es preciso que la mujer esté grávida y que la gravidez esté positivamente comprobada. Siempre que se dude sobre si se trataba de una verdadera gravidez, faltará lo que Carrara llama el "elemento material" para la acusación del "feticidio", porque no será posible en su decir, afirmar que se ha destruido un producto fisiológico, desde que quepa la duda de que se haya en cambio eliminado un "producto patológico" (2).

Afirma el mismo autor, que hoy, "in punto juris", el delito de "feticidio" presenta sus elementos desde el primer instante en que se tiene certeza de la gravidez, y que "existe la materialidad del feticidio aún cuando sea expulsado el feto inm duro sin tener la intención de matarlo y esperando expulsarlo vivo" (3)

Para que exista el delito de aborto, concluye Carrara, deben concurrir TODOS sus elementos, pero con una relación de causa a efecto.

La muerte ocurrida debe ser efecto de los medios utilizados, es decir, su consecuencia. Es indiferente que la muerte del feto ocurra dentro del útero o después de la expulsión, o aún con cierto intervalo, con tal que sea seguro que la expulsión precoz sea la causa de ella. (4)

La opinión ilustradísima y harto respetada de este autor, ha sido -tal como era de esperarse- muy acogida entre los penalistas modernos. Es así como PEREZ (5) dice también que "la acción de "interrumpir" presupone la preñez y encierra los casos en que no presenta expulsión del embrión o feto. Basta destruir el fruto de la concepción para que haya aborto. Esta destrucción (muerte) puede ocurrir -dentro del claustro materno o después que haya sido expulsado vivo el feto, siempre que esto último sea consecuencia de las maniobras abortivas". (6)

La opinión anterior me parece inspirada en Carrara, mientras SOLER (7) difiere un tanto y apunta que "así como el homicidio es la muerte inferida a un hombre, es aborto la muerte inferida a un feto. De ello se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto -que no puede aún ser calificado de sujeto pasivo posible de homicidio," condición -que al decir del autor- comienza con el principio del parto. "Toda acción destructiva de la vida -agrega- anterior a ese momento, es calificada de aborto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como causa de la expulsión prematura!"

De ello deduce el citado autor -que en el fondo sigue también al Maestro clásico- que "el elemento esencial del delito de aborto -consiste en la muerte del feto. Si el feto sigue viviendo, no constituye aborto". Expone asimismo que "una vez establecido el estado de

gestación, es indiferente el grado de desarrollo alcanzado por el feto". Esta sí que es una cuestión importante, que merece toda atención, puesto que se discute si es aborto el que ocurre en las primeras semanas de gestación. La opinión que secundo es la de SOLER, sin duda alguna la más acertada, ya que no encuentro razón valedera alguna para hacer distinción según la etapa en que se halla el proceso de gestación.

La solución más acertada para tener por consumado el delito -según QUINTANO RIPOLLES (7), es la de "no atenerse tanto a los plazos de gestación, como a la voluntad feticida del agente, y a la interrupción de la labor gestatoria". Tan pronto como exista embarazo -dice el autor citado- y con conciencia se interrumpa, se consumará el delito. "Como se ve, esta opinión tiene el mismo sentido que la de SOLER.

HEZGER es más explícito al opinar (8) que "la propiedad de feto comienza cuando el óvulo femenino queda fecundado por el semen masculino en el vientre materno, y termina cuando comienza el parto". La acción característica del delito para este autor es DAR MUERTE al feto.

Fontán Balestra sostiene una opinión distinta en algunos aspectos, en cuanto afirma que "el sujeto pasivo del aborto es el mismo que el del infanticidio, con la diferencia que la muerte se produzca antes o después de manifestarse los primeros dolores del parto, que fijan el comienzo del nacimiento". Esta es también una cuestión muy discutida, y ya se vió cómo Soler está en el mismo sentido y afirma que es imposible jurídicamente cometer aborto cuando ya ha empezado el nacimiento. Fontán Balestra fija cronológicamente este comienzo, hacién-

dolo depender pues, del principio de los dolores del parto. Es de suponer que los dolores de un falso trabajo de parto no sean a los que Fontán ha querido referirse, sino aquellos que en definitiva llevan al alumbramiento.

El mismo autor argentino que comento agrega "que el aborto consiste en la muerte del feto y es ese el momento consumativo y no la expulsión del feto del vientre materno, que puede producirse con bastante posterioridad a la muerte y como una consecuencia natural de ella". El feto, dice "puede ser expulsado con vida y luego morir por los efectos del parto prematuramente provocado. De haber muerto el feto como consecuencia de la expulsión prematura, deja de ser tal para convertirse en recién nacido" (9). "El estado de gravidez es suficiente como presupuesto lógico del delito".

Opinión semejante en esta última parte emite Jiménez Huerta(10), para quien la base natural, lógica y jurídica del delito en cuestión es el "status praegnationis". La preñez, dice: "principia con el fenómeno biológico de la concepción y termina cuando el fisiológico del nacimiento se inicia. Sin la certeza de que el feto vive en el claustro materno, ni aun siquiera es configurable la tentativa de aborto, pues no hay posibilidad típica de que se inicie su ejecución". Agrega además que si se da el caso en que es necesario acelerar el trabajo del parto para salvar la vida de la criatura y a pesar de todos los esfuerzos realizados el niño muere, no puede castigarse este hecho como típico de aborto, por haber faltado el elemento finalístico que consiste en procurar la muerte del feto. En el caso en comento por el contrario, se trató de procurar el alumbramiento para salvarle la vida. (11)

El mismo autor expone que "no se perfecciona el delito de aborto si no se produce la causación del resultado típico. Las maniobras destinadas a acelerar el parto no son subsumibles, puesto que si la criatura vive después del parto, no se ha ocasionado el resultado típico. Tampoco son punibles las maniobras destinadas a acelerar el parto para salvar la vida del feto. Empero, si las maniobras ejecutadas sobre la embarazada fueren realizadas por el agente con el propósito de matar al feto, cuando su propósito no le logre y se salve la vida de la criatura expulsada por sus violencias, se configurará la tentativa de aborto. Por lo demás, es indiferente que la causación del resultado típico—muerte del embrión o feto, acaezca dentro o fuera del vientre de la madre". (12)

Basta la prueba de que el feto tenía vida y que ella se extinguió dentro del claustro materno por efecto de las maniobras abortivas o fuera de él a consecuencia de esas maniobras o de la inmadurez del feto expulsado artificialmente. La muerte del feto es el acontecimiento que consuma o perfecciona el delito, pero la acción ejecutada debe ser idónea para causar el resultado deseado.

En la ilustrada opinión de González de La Vega, hay dos clases de elementos en el delito en examen, que son: a) el elemento externo o material: muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, y b) elemento interno o moral: culpabilidad intencional o imprudente del sujeto activo. (13)

"La única constitutiva material del delito —agrega— es la muerte del producto durante la preñez. En la integración de esta constitutiva poco interesa la edad cronológica del producto de la concepción: huevo, embrión o feto; tampoco interesan las circunstancias de

su formación regular o irregular o la falta de aptitud para la vida externa. Basta comprobar médico-legalmente que el producto VIVIO y fue muerto".

"Los presupuestos necesarios pues al decir de este Maestro mexicano, son: a) embarazo o preñez de la mujer, y b) la maniobra abortiva, en el amplio sentido médico-legal de la frase; en otras palabras, la mecánica de realización del delito, que puede consistir en la extracción violenta y prematura del producto, su expulsión provocada o su destrucción en el seno de la madre".

Juan Del Rosal (14) estima que debe haber "muerte maliciosa - del fruto o producto de la concepción humana, privándole de su vida extrauterina todavía en el claustro materno, o empleando, con el mismo fin, medios que provoquen la expulsión, prematura, hasta conseguir la muerte en el exterior por falta de condiciones fisiológicas de viabilidad".

Dentro de los penalistas modernos de Chile, Alfredo Etcheberry ocupa lugar destacadísimo. He recurrido también a su obra por considerar que arroja nuevas luces sobre la cuestión que he pretendido estudiar en este capítulo (15).

4 El citado autor chileno es de opinión que "debe entenderse por aborto la muerte inferida al producto de la concepción que no es persona". Explica su preferencia por los términos "producto de la concepción" en vez de decir "Feto", ya que esta última acepción según dice es a veces entendida como el producto de la concepción durante la vida intrauterina; no sería feto entonces la criatura que está siendo expulsada del vientre materno por el proceso natural del parto". La verdad es que -según refiere Etcheberry- "la mayoría de autores y le-

gislaciones coinciden en hacer comenzar la esfera del homicidio junto con el comienzo del proceso natural de expulsión (contracciones y dolores del parto) (16). En nuestra ley, la calidad de persona (sujeto pasivo del homicidio) comienza con la individualidad o autonomía de la vida, por lo cual la calidad de persona comienza después del parto, si se ha sobrevivido siquiera un instante. Por consiguiente, para los efectos jurídicos-penales, la calidad de feto comienza en el instante de la concepción y termina, o con su muerte, o con la autonomía de la vida (parto). Mientras dura la calidad de feto se puede ser su je to pa si vo del aborto. Al adquirir la de persona, se pasa a ser su je to pa si vo idóneo del homicidio en cualquiera de sus variedades. Hez ger abunda en este sentido cuando apunta que "la propiedad de feto co mi en za en el momento en que el óvulo femenino queda fecundado por el semen masculino en el vientre materno, o sea, cuando se encuentran en el cuerpo femenino, un óvulo fecundado, y termina en el momento en que el fe to o embrión se convierte en hombre" (17). Como puede verse, para este autor se incluyen como sujetos pasivos del aborto los productos deformes de la concepción, pero es opinión común, según refiere Etcheberry, que la destrucción de la Mola no es aborto (18). Ca be de ci r q ue M o l a es un producto anormal del huevo, proveniente de un embarazo ex tr ó p i c o o ex tr au te ri no, por haberse depositado el huevo no en el útero, sino en las Trompas de Falopio o vísceras adyacentes, donde no tiene posibilidad de llegar a completo desarrollo, y por lo general perece naturalmente en los primeros meses del embarazo (19).

Como conclusión en esta cuestión que he venido estudiando en este Capítulo, creo necesario relacionar parte del estudio hecho por Celestino Porte Petit Candaudap, quien dice: "Si para que haya aborto

se necesita dar muerte al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, es lógico e indispensable la existencia de un presupuesto del hecho: el embarazo. Así lo reconoce la doctrina. El presupuesto del hecho contiene estos requisitos: a) Un elemento jurídico o material, b) previo a la realización de la conducta o del hecho, y c) necesario para la existencia de la conducta o del hecho descritos en el tipo".

"La falta de un presupuesto de la conducta o del hecho implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo. Por tanto, si no hay preñez, no hay posibilidad de la realización del hecho configurado como aborto y estaríamos frente a una tentativa imposible de aborto por falta de objeto material y consecuentemente ante la hipótesis de atipicidad por falta o ausencia de objeto".

"El hecho es el elemento esencial general material y consiste en la muerte del producto de la concepción. Como el hecho está constituido a su vez por tres elementos, es necesario referirse brevemente a los mismos".

"Conducta: la estructura de este delito permite las dos formas de conducta: acción u omisión. Se puede realizar el aborto por medio de un movimiento corporal o por una inactividad, dando lugar en este último caso al delito de aborto de comisión por omisión. La conducta del actor consiste pues en los actos o en el empleo de medios idóneos para procurar el aborto, o también en omitir hacer cuanto se debiera para evitar el aborto". El autor aquí se refiere solamente a los casos de abortos punibles.

"Resultado: Si por resultado debemos entender la mutación en el mundo exterior, física, fisiológica o síquica, descrito por el tipo, en este delito consistirá el resultado en la muerte del producto de la concepción".

"Relación de causalidad: Es indudable que entre la conducta activa u omisiva y el resultado material, debe existir un nexo de causalidad" (20).

Señala también Porte Petit, que hay dos corrientes en cuanto al reconocimiento y aceptación de los medios para cometer este delito: la que acepta los medios morales, además de los físicos y químicos, y la que no acepta los primeros. En este último sentido se pronuncia el penalista español Jiménez Huerta (21). Porte Petit agrega que por su parte, estima "que los medios con los cuales puede cometerse el aborto son físicos, químicos y MORALES". (Las mayúsculas son mías) (22)

Por tanto, creo que a estas alturas se hace ya necesario intentar definir el delito en cuestión, una vez que se ha estudiado su descripción típica, y es así como analizadas las anteriores opiniones, me atrevo a decir que ABORTO ES LA MUERTE DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION en cualquier momento de la gestación, ya sea provocada en el vientre materno, o acontecida a causa de su prematura expulsión del mismo, siempre que se haya verificado como consecuencia de maniobras destinadas a tal efecto.

No quiero dejar pasar inadvertido un caso que ha resuelto nuestra Jurisprudencia y que sirve para delimitar en cierto modo lo que he venido estudiando en este Capítulo.

La Cámara de Tercera Instancia de lo Criminal, por sentencia dictada a las nueve horas del veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, fijó la siguiente doctrina:

"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".

Véase pues cómo la susodicha Cámara estimó que debe existir a) expulsión violenta; b) anterior al término de la preñez; y c) destrucción del feto, la cual debe entenderse como muerte del mismo.

Sin embargo, encuentro un detalle importante en dicha doctrina y es, que en el caso que resolvió, la propia madre CONSUMO la muerte del feto, una vez que éste había sido expulsado a consecuencia de las maniobras abortivas. Desestimó la Cámara el Parricidio, a pesar de aparecer probado en autos que la criatura nació viva y respiró y después fue muerta por asfixia, pues -dice- la víctima del parricidio debe haber nacido naturalmente y debe haber transcurrido un lapso de tiempo desde el parto (no aborto) según dicha Cámara.

Creo no obstante que el caso discutido no es el de un Aborto, sino el de Parricidio, puesto que el feto no murió a consecuencia de su expulsión, sino como consecuencia de asfixia por los "colochos" de madera que se le introdujeron en la boca. Así lo estableció el Reconocimiento Médico Forense. De tal manera que, desestimando el Infanticidio por no haberse probado que se hacía para ocultar la deshonra de la madre, debió estimarse el Parricidio contemplado en el numeral segundo del Artículo 354 Pn., ya que se estableció que el recién nacido VIVIO después de su expulsión y que murió por causas diferentes -

a las maniobras abortivas, como fue la asfixia ocasionada intencionalmente por la propia madre. No creo necesario ningún lapso entre el nacimiento y la muerte para que exista Parricidio. Basta la demostración de que haya vivido. Ese recién nacido vivió, luego fue persona, sujeto idóneo, pasivo, del Parricidio.

CITAS DEL CAPITULO OCTAVO.

- (1) Programa. Vol.I Parte Especial.
- (2) ob. cit.
- (3) ob. cit.
- (4) ob. cit.
- (5) ob. cit.
- (6) ob. cit. Pag.237-238.
- (7) Tomo II, pag. 242.- Comentarios al Código Penal Español.
- (8) Derecho Penal. Libro de Estudio. Tomo II pag. 57-58.
- (9) Manual de Derecho Penal, Tomo I, pag.111-112.
- (10) ob. cit. pag. 168-169.
- (11) ob. cit. pag. 168-169.
- (12) ob. cit. pag. 119.
- (13) ob. cit. pag. 128-129.
- (14) Comentarios a la Doctrina Penal del Tribunal Supremo. Pag. 202.
- (15) Derecho Penal, Tomo III, pag. 86.
- (16) ob. cit. Pag. 86-87.
- (17) ob. cit.
- (18) ob. cit.
- (19) ob. cit.
- (20) Dogmática de los Tipos contra la vida y la salud, pag. 243.

CAPITULO NOVENO

ANALISIS DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DEL ABORTO. 1) Aborto Punible: sufrido o violento; consentido, preterintencional, procurado y honoris causa; 2) Aborto no punible: terapéutico, eugenésico, por motivos económicos o neomalthusiano, y por motivos sentimentales.

Puedo decir que he arriado a la parte medular de mi trabajo, cual es el análisis particular de cada una de las modalidades que la doctrina del Derecho Penal conoce en el delito en estudio. Procuraré no caer en extensos comentarios o en disgregaciones y más bien limitaré el análisis que pretendo realizar, a un estudio práctico y doctrinario elemental de la cuestión. Sería una tarea que escapa a mis capacidades el tratar de realizar otra cosa.

La primera gran división doctrinaria que cabe hacer acerca del delito de aborto es la de Aborto PUNIBLE y Aborto NO PUNIBLE, según esté o no castigado con una pena o sanción. Dentro de la primera clase hay que considerar el Aborto Sufrido, que es llamado también Aborto Violento; el Aborto Consentido, el Preterintencional, el Procurado, que se denomina asimismo Propio, y el Aborto Honoris Causa. Así, dentro de la segunda clase, hay que distinguir el Aborto Terapéutico, el Eugénico, el causado por motivos económicos, llamado también Neomalthusiano, y el Aborto causado por motivos sentimentales. En este capítulo haré pues, un breve análisis de cada una de todas estas figuras.

Creo bueno, indicar desde ahora que el Código Penal de El Salvador, no contempla ninguna de las figuras de Aborto No Punible. Todos los casos que se encuentran contemplados en las disposiciones respectivas, se refieren exclusivamente a casos o figuras de Aborto Punible. Sin embargo, pretendo demostrar en este breve estudio, que algu

nas de las figuras de Aborto No Punible, pueden encajar dentro de algunas Causas de Exclusión de Responsabilidad de las que sí contempla dicho Código. La guía básica para la consideración de las figuras PU
NIBLES será el mencionado Cuerpo Legal, pero por lo que acabo de anotar, tendré que separarme forzosamente de él -en parte- al estudiar - las figuras NO PUNIBLES.

Entrando en materia, cabe decir que el Código Penal salvadoreño regula las figuras de Aborto Punible en la siguiente forma: Aborto Sufrido o Violento, en los dos primeros numerales del artículo 364; Aborto Consentido en el numeral tercero del mismo artículo; Aborto Preterintencional, en el artículo 365; Aborto Procurado o Propio, en el artículo 366, inciso primero; y Aborto Honoris Causa, en el inciso segundo del mismo artículo.

Seguiré en mi exposición principalmente a Porte Petit, por considerar sumamente didáctica su obra de referencia.

En primer lugar creo necesario indicar qué debe entenderse por Aborto Sufrido o Violento. Es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, sin o contra el consentimiento de la mujer grávida (1). Su objeto material es la mujer embarazada, en la cual se realiza el hecho descrito por el tipo: aborto. En esta figura de Aborto existe también un presupuesto del hecho de naturaleza material, pues el resultado consiste en la muerte del producto de la concepción, un resultado material.

Los requisitos de este presupuesto según el autor en consulta son: a) un elemento material: embarazo; b) previo a la realización del hecho, y c) necesario para la existencia del hecho (muerte del producto de la concepción) descrito en el tipo. La ausencia del pre-

supuesto del hecho y en este caso, el embarazo, trae como consecuencia la inexistencia del hecho (aborto), originándose una atipicidad - por falta de objeto material.

Los medios con los cuales puede realizarse esta figura delictiva son físicos, químicos, mecánicos y morales. Estos últimos según se ha visto anteriormente en este trabajo, son aceptados por Porte Petit como idóneos. Jiménez Huerta opina en sentido contrario, En lo Particular creo que los medios morales son idóneos para la comisión del aborto que estudio. Los varios casos que se han dado en la práctica están en apoyo de esta opinión y por supuesto me respaldo en la ilustrada opinión del autor Mexicano a quien sigo.

Esta figura del aborto (sufrido o violento) puede realizarse - cuando falte el consentimiento, ya sea porque no exista voluntad en la mujer o porque se vaya en contra de ella, mediando violencia física o moral.

Necesita esta figura también el dolo. Por sus mismas características de comisión no admite la culpa en ninguna de sus clases (2).

La sanción de esta figura es variable, según se cometa ejerciendo violencia sobre la embarazada u obrando sin su consentimiento. El Código Penal sanciona la primera figura con seis años de presidio y la segunda con cinco en los numerales uno y dos del Art. 364 Pn. Por otra parte, si abusando de su arte un Farmacéutico o un Facultativo causa este tipo de aborto o coopera a él, además de las penas de este artículo se hace acreedor a una agravante de una tercera parte - más conforme al inciso primero del Art. 367 Pn. También se le inhabilita por el tiempo de la condena.

En opinión de Cuello Calón, esta figura se comete sin el consentimiento de la mujer cuando ésta se halla privada de la razón o del conocimiento (3). La mujer que se encuentra en esta situación no tiene voluntad y por lo tanto no puede expresar su querer, no puede consentir o negarse a nada.

La diferencia que podría hallarse en cuanto al consentimiento estriba en que en el aborto violento se hace caso omiso de la negativa de la mujer, y en el aborto sin el consentimiento de ella, dicha negativa ni siquiera se manifiesta, sino que sencillamente se obra sin la consulta de la mujer (4).

Creo necesario aclarar que en mi criterio también se daría esta figura del aborto criminal cuando el consentimiento haya sido arrancado por medio de violencia u obtenido mediante engaño, por ejemplo, en este último caso, haciéndole creer a la mujer que su estado de embarazo le llevará a la muerte. En este sentido se muestra también Jiménez Huerta (5). En síntesis, no sólo se da el Aborto Sufrido o Violento cuando se obra con violencia o sin consultar la voluntad de la mujer, sino también cuando se obra con el consentimiento de ella, pero habiéndolo obtenido mediante la fuerza o el engaño.

En cuando al Aborto Consentido, debe entenderse por tal aquel que se practica en la mujer con su consentimiento.

El presupuesto en esta figura será también el embarazo. Los requisitos de tal presupuesto son los mismos que para el Aborto Sufrido o Violento, es decir, a) Un elemento jurídico o material; b) previo a la realización de la conducta o del hecho, y c) necesario para la existencia de la conducta o del hecho descritos por el tipo. Si no hay preñez, no hay posibilidad de la realización del hecho configura-

do como aborto. El elemento esencial es pues el de la muerte del producto de la concepción.

En cuanto a los medios con los cuales se comete, me remito a lo dicho en cuanto al aborto Sufrido o Violento.

Hay una cuestión importante que analizar referente al consentimiento, y se trata de que el consentimiento de la mujer embarazada no tiene relevancia alguna, como se puede observar en el mismo texto legal que castiga al hechor aún en tal circunstancia. Esta figura delictuosa presupone el consentimiento de la mujer y tratándose de un interés no disponible, a tal consentimiento no podía, naturalmente, ser reconocida eficacia escriminante (6).

Un elemento psicológico se origina del acuerdo de voluntades entre el ejecutor y la mujer encinta, según refiere Ranieri, citado por Porte Petit (7). Este elemento se presenta en el ejecutor como voluntad de ocasionar el aborto de una mujer encinta a quien sabe consiente, y en la mujer encinta, como voluntad de prestarse a la práctica abortiva o tolerarla. El dolo requiere en este delito la voluntad consiente y libre y la intención de ocasionar el aborto de una mujer en estado de gestación, sabiendo o teniendo razón de creer que la mujer consiente. Esto en cuanto al ejecutor, pues el dolo de la mujer requiere la libre prestación del consentimiento o su voluntaria omisión para impedir el hecho. Tomando en consideración la esencia del aborto consentido, es indudable que no puede presentarse la forma culposa.

Porte Petit da pie para seguir asegurando que el consentimiento logrado mediante engaño, es decir, el error en el consentimiento, hace variar el tipo delictivo, de Aborto Consentido a Aborto Sufrido o no consentido (8).

Si además de prestar el consentimiento, la mujer procura también el aborto, el tipo varía hacia el Aborto Procurado, Propio o Autoaborto. Se trata pues del aborto practicado o llevado a cabo por la mujer en ella misma.

El objeto material de este tipo es la misma persona del sujeto activo en el estado de gravidez en el cual se encuentra (9). Su presupuesto es lógicamente el embarazo. Cabe recordar en estos aspectos lo dicho al analizar las figuras anteriores. Lo mismo digo en cuanto a los medios a utilizarse.

Esta figura está sancionada y tipificada en el Art. 336 Pn. - con tres años de prisión mayor. El ejecutor cae en la sanción del numeral tercero del Art. 364, es decir, cuatro años de presidio.

En referencia a los sujetos, no hay duda del sujeto activo, que es la misma mujer encinta. En cuanto al sujeto pasivo, hay divergencias, pues algunos consideran que lo es el feto (Carrara); otros dicen que es la Sociedad interesada en el normal desarrollo de la preñez (10). Algunos tratadistas concluyen que este delito en examen es un delito con sujeto único (11). Estoy por esa posición, ya que no se puede atribuir calidad de sujeto al Feto ni a una colectividad en abstracto como "la Sociedad".

Toca ahora examinar la figura delictiva conocida como Aborto Preterintencional. A algunos autores pasan desapercibida esta figura tan importante y la tratan dentro del Aborto Culposos. Son sin embargo, los tratadistas hispanos los que mejores referencias dan sobre esta cuestión.

Aborto Preterintencional es aquel causado por el agente cuando no habiendo intención de ocasionar tal daño, realiza una acción que -

lleva intención dañosa, pero distinta y menor a la que se ocasionó finalmente. En síntesis, consiste en el aborto que se ocasiona sin quererlo el agente activo ni pasivo, pero existiendo, eso sí, intención de causar un daño físico en el agente pasivo por parte del activo.

Debe existir un presupuesto, que es sin duda alguna el embarazo de la mujer que sufre el aborto y un resultado material cual es la muerte del fruto de la concepción, ocasionada por el hecho o acto del agente activo. Los requisitos de ese presupuesto son: a) un elemento material: el estado de embarazo; b) previo a la realización del hecho; y c) necesario para la existencia del hecho (muerte del producto de la concepción) descrito en el tipo. La ausencia del embarazo implica la ausencia del aborto y origina como consecuencia también la atipicidad por falta del objeto material.

En cuanto a los medios me atengo a lo dicho respecto a las -- otras figuras. Creo que pueden darse todos, es decir: los físicos (golpes, puntapiés, etc.), químicos (brevajes, inyecciones, pastillas, etc.), mecánicos (imagínese el caso de un instrumento que sirve para dilatar el cuello del útero y que ocasione el aborto "preterintencionalmente") y morales (serios disgustos, emociones fuertes provocadas por sustos, etc.).

En cuanto al consentimiento, es lógico que debe faltar por parte de la mujer, pues la misma preterintencionalidad excluye cualquier posibilidad de consentimiento por parte del que sufre el daño final.

Debe haber dolo, pero un dolo que se ve superado en sus efectos finales por el resultado. El agente pretende para el caso golpear a la mujer embarazada, sabiendo que está embarazada o siendo notorio su estado; como consecuencia de la golpiza la mujer aborta, no habiendo

do existido en ningún momento por parte de su victimario, la intención de ocasionarle tal daño. Y digo que el agente activo debe conocer el estado de embarazo de la mujer o al menos que sea notoria tal estado, aunque nuestro Código Penal no exige en su Art. 365 tal requisito.

Considero, inspirado en los autores españoles (12) que estos requisitos deben exigirse para que concurra la figura en estudio, de lo contrario no habría preterintencionalidad, pues no pudo ser previsible en momento alguno para el agente la consecuencia dañosa tan grave, mayor de la que pretendía causar. El Código Español así lo exige. Pero en la ley salvadoreña, es aborto preterintencional aún cuando el que lo comete NO SABE del estado de embarazo de la mujer. A mi modo de ver es demasiado exigente nuestro Código.

Se pone como caso típico de preterintencionalidad en el homicidio el del que da una bofetada a otro, de la cual lo hace caer y golpearse la base del cráneo en una cuneta, muriendo como consecuencia natural y directa de tal fractura. Pues en el caso del Aborto cabría citar como ejemplo típico el que mencionamos anteriormente: el del que da una golpiza a una mujer embarazada, siendo notorio o no tal estado, y causándole a esa mujer el aborto como consecuencia de los golpes o heridas recibidas. Es bueno recordar que el producto de la concepción debe morir como consecuencia de la expulsión o de las heridas, pues si sobrevive nunca podría hablarse de aborto. Tampoco podría hablarse de lesiones en el producto de la concepción, pues aún no era persona cuando le fueron inferidas.

Creo conveniente hacer referencia a una sentencia dictada en un caso muy semejante al que he relatado. La doctrina de la Sentencia

de la Cámara de Tercera Instancia de lo Penal, de fecha 29 de julio - de 1948 dice en lo conducente (13):

"SEGUNDO.- Responden de los delitos de homicidio y aborto quienes conociendo del estado de gravidez de una mujer, ocasiona a esta lesiones que le produjeran natural o directamente la muerte, aunque no haya operado la expulsión prematura del feto, desde 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".

Como puede verse, esta Sentencia consagra dos principios doctrinales primordiales: el primero, que el agente activo DEBE CONOCER EL ESTADO DE EMBARAZO de la mujer, con lo cual concuerdo en un todo; y segundo, que "el objeto material del aborto es el feto", con lo cual discrepo, pues tal opinión, basada en las enseñanzas del Maestro Carrara, quien definía este delito como "Feticidio", ya ha sido superada, como expuse detalladamente cuando traté de los elementos de esta figura Preterintencional en especial.

Después de estas anotaciones críticas a estas jurisprudencia - nacional, cabe pasar al estudio de la figura del aborto por motivos - de honor, más conocido por Aborto Honoris Causa.

Se encuentra sancionado este delito en el inciso segundo del - Artículo 366 del Código Penal. Los presupuestos de esta figura pueden encontrarse en los del Aborto Consentido.

Considero sinembargo interesante la discusión que plantea Porte Petit sobre si se trata de una causal de inculpabilidad o de justificación, ya que en algunos lugares esta figura se encaja dentro de - la causal de "no exigibilidad de otra conducta".

Porte Petit toma partido al decir que no considera a esta figura como causal de justificación, en virtud de que no se presenta la hipótesis de "un interés preponderante". Existen dos bienes en pugna -continúa-: la vida del producto de la concepción y el honor de la mujer, considerándose de mayor valor la vida del primero. Es decir agrega- que no estamos frente a un estado de necesidad, porque el bien "Honor" que se trata de salvar, no es igual y menos de mayor entidad que el valor vida (14).

Algunos estiman que esta figura es una causal de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta. Así lo sostienen, según refiere el autor que sigo, Jiménez de Asúa y Pavón Vasconcelos. El primero expresa que se ha debatido mucho si entra en el estado de necesidad o no el caso de la madre que se procuró el aborto para salvar su honor, problema que el mismo autor considera que debe plantearse de otro modo al no poder encuadrarlo dentro de tal causal, pues piensa que es un caso sentimental que se refiere a la "no exigibilidad de otra conducta", es decir, a la esfera de la culpabilidad. Pavón Vasconcelos por su parte es de opinión que doctrinalmente dentro de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta encuadra en forma perfecta el llamado aborto "honoris causa".

Finaliza Porte Petit por emitir su opinión al sostener que el hecho -conforme a los lineamientos de la Dogmática Alemana- es típicamente antijurídico, imputable al autor, pero "no culpable", al concurrir un motivo superior al deber de no delinquir, originándose el aspecto negativo de la culpabilidad por "no exigibilidad de otra conducta".

En lo personal -y llegando al atrevimiento de emitir una opinión- creo que no hay obstáculo para encuadrar la figura en estudio dentro de la causal que alude Porte Petit, en vista de las razones expuestas, pero toda vez que el estado de embarazo de esa mujer haya sido realmente ocultado, es decir, que su honor realmente haya sido salvaguardado durante la etapa de gestación previa al aborto. Es lógico que debe tratarse de una mujer que no haya sido ya difamada sexualmente, pues el honor de que se trata -y en esto secundo a Porte Petit- es el honor sexual. El Código Penal, con todo, sanciona este figura con dos años de prisión mayor para la mujer y nada dice del que lo practica a ella. Entiendo que cae en el numeral tercero del Art. 364 como autor de Aborto Consentido, con 4 años de Presidio como sanción.

Hay autores que niegan por supuesto que la figura en estudio -deba ser declarada no punible o al menos inculpable, y toman partido en el sentido de que solamente se atenúe. Es la actitud que ha dejado plasmada en el Código Penal el legislador salvadoreño.

Muy interesante es también la opinión de Cuello Calón en tal sentido, quien dice que tratándose de una mujer soltera, el temor a la pérdida del honor y la reputación es una de las causas más frecuentes de aborto. La angustiada situación de la mujer que concibió ilegalmente, ante la catástrofe moral que supone para ella el descubrimiento de su estado, sus consecuencias familiares, quizá también el miedo a un porvenir sombrío, sin recursos para alimentar y educar al hijo que vendrá, son motivos que no sólo explican, sino que justifican en tales casos una considerable atenuación del aborto provocado (15). En cuanto a la soltería, Cuello afirma que no es indispensable por parte de la madre, porque también se concibe el móvil de ocultar

la deshonra de la mujer casada que ha concebido adúlteramente o antes del matrimonio. Secundo esta opinión en cuanto al primer caso, mas - no en cuanto al segundo, ya que es una cosa frecuente entre personas de todas las clases sociales del país tal acontecimiento, el cual es perfectamente conocido postreramente por todo mundo, sin que los con- sabidos comentarios deshonren positivamente a aquella madre, por quan- to el matrimonio en nuestro medio es el agua milagrosa que lava cual- quier deshonra de tal naturaleza. Dada nuestra realidad en este sen- tido, que no es precisamente la del puritanismo español que vivió Cue- llo, estoy en contra de la atenuación en tal caso.

Jiménez Huerta me da la razón en cuanto a lo expuesto referen- te a la participación de terceros en esta figura. El afirma que la - madre debe realizar íntegramente todos los actos necesarios para con- sumar el delito, pues de lo contrario el delito se convierte en Aborto Consentido. Yo encuentro sustento en esta opinión en cuanto al - tercer partícipe, pero no en cuanto a la mujer, que siempre debe ser sancionada con atenuación por motivo de honor, mas no como simple co- autora de Aborto Consentido a secas. El móvil sí debe ser tomado en cuenta respecto a ella. No me opondría a que se tomara en cuenta así mismo cuando esos terceros fueran los ascendientes o el esposo de la víctima, pero nuestro Código nada dice de ello, por lo que considero que deben ser sancionados como si hubiesen cometido un aborto simple- mente consentido. Recuérdese la agravante especial en los casos en - que se trate de Facultativos o Farmacéuticos.

Ya que hablo de ellos y antes de pasar a estudiar las figuras del Aborto No Punible, debo indicar a quiénes debe considerarse como Facultativos.

Indudablemente sólo deben ser considerados como tales aquellos que posean un título sanitario. Debe comprenderse entre ellos a los Médicos y Cirujanos, Biólogos, Tecnólogos, Enfermeras, Parteras-autorizadas y por analogía creo debe incluirse a los estudiantes de Medicina y a las enfermeras y enfermeros "prácticos". En cuanto a los Farmacéuticos, ya el Código los considera aparte y creo que debe entenderse dentro de tal calificativo a los estudiantes de tal carrera universitaria. Sé muy bien que el Código es claro al referirse sólo a FARMACEUTICOS, pero nada obsta que el Juez pueda considerar por tal al estudiante de tal carrera que haya dado muestras de sus conocimientos mal aplicados y haya puesto de manifiesto su falta de moral profesional, al indicar o facilitar un abortivo, por supuesto en los casos que he venido analizando, es decir, en los casos de Aborto Punible.

Las razones de la agravante especial para esta clase de personas salta a la vista, pues su misión es salvar vidas y no atentar contra ellas. El juramento que tales profesionales prestan al graduarse debe ser cumplido en todas y cada una de sus partes, y las faltas a él implican inmoralidad por parte de la persona transgresora.

Tampoco quiero dejar pasar desapercibido el problema que puede presentarse hoy en día con la proliferación de Farmacias y de dependientes en ellas. Debe considerarse incluido en esta pena especialmente agravada al dependiente que expende o indica el abortivo? A mi juicio no, por cuanto esta agravante especial sólo es para aquellos profesionales con TITULO, que han prestado un juramento, o para aquellos cuyas actividades o estudios se les asimilen en cuanto a su misión, pero no para el simple dependiente. Distinta situación se contemplaría si dicho dependiente hace de esa actividad una práctica lu-

crativa acostumbrada, pues su participación en el aborto debe tomarse como un abuso de sus conocimientos y de sus funciones. El hecho simple y aislado de indicar o expender un abortivo por parte del dependiente de un Farmacéutico o la Secretaria de un Médico -no enfermera- debe sancionarse sin la agravante del caso. Por el contrario, como ya dije, si se vuelve una costumbre, debe agravarse en vista del abuso de sus conocimientos.

Visto lo anterior, puedo pasar ahora a las figuras del Aborto No Punible. Son ellas: el Aborto Terapéutico, el Eugenésico, el cometido por motivos económicos, llamado también Neo Malthusiano, y el cometido por motivos sentimentales. Procuraré hacer algunas indicaciones acerca de los países que aceptan estas diversas figuras en sus leyes penales.

En cuanto al Aborto Terapéutico, no es aceptado por nuestro Código Penal. Ya dije que dicho Cuerpo Legal no contempla ningún caso de Aborto No Punible.

El ordenamiento jurídico resuelve en este caso el conflicto - surgido entre dos vidas humanas, con el sacrificio de la del hijo en aras de la de la madre, pues en tanto que la del primero -según dice Jiménez Huerta- es una vida embrionaria, la de la madre se halla en plenitud fecunda. González de La Vega agrega que el Derecho, ante el conflicto de bienes, ante lo inevitable de sacrificar una vida para que otra se conserve, ante ese estado de necesidad, debe resolverlo protegiendo a la vida más importante para la sociedad, que objetivamente es la de la madre, de la que generalmente necesitan otras personas, como son sus anteriores hijos o familiares.

En lo personal soy partícipe de la exclusión de culpabilidad - en este delito en nuestro medio, aún cuando no está contemplado expresamente en el Código Penal, pero es indudable que lo ideal sería que se declarara impune, con la exigencia de ciertos requisitos por su puesto. El Proyecto de 1943 que cité en el Capítulo correspondiente exige una "información sumaria" y que el Juez obre "con conocimiento de causa". Con base en lo que dispone en Art. 979 Fr. (Código de Procedimientos Civiles) "cuando la ley no ordena que se proceda en juicio sumario, sino sólo con conocimiento de causa, o que se justifique una especie sumariamente, no habrá traslado y solamente se recibirá - la prueba con la citación debida dentro del término de ocho días, y vencidos se resolverá la gestión o especie cuestionada de la manera - establecida en el Artículo 975". Este por su parte dice que "se dictará dentro de los siguientes tres días la sentencia que corresponda conforme a derecho, sin más trámite ni diligencia. En todo lo que transcurre esta información, con citaciones, prueba, sentencia, notificación de la misma, etc... puede fallecer la mujer y nada se habrá logrado con toda la tramitación. Por ello me parece más factible el expediente a que recurre el nuevo Proyecto de 1959, de consultar previamente a dos facultativos, quienes deben concordar -aunque así no lo diga el artículo correspondiente- en que el aborto debe practicarse. Esta es la vía más fácil y rápida. No me parece -eso sí- lo dispuesto por el Proyecto anterior al aludido, que fue publicado unos pocos años antes, pues no exige ningún requisito para la práctica de esta figura. No considero conveniente esa absoluta impune, así como tampoco considero necesaria la excesiva tramitación a que pretendía someter esta figura no punible los respetables abogados de la Comisión de 1943.

La discusión se plantea actualmente acerca de si esta figura - debe concebirse como un estado de necesidad o no. Ya se vió la opinión afirmativa de González de La Vega. Pretendo analizar la cuestión a la luz de nuestro Código Penal cuando trate de las eximentes en el Capítulo correspondiente. Desde ya adelanto que en nuestra Ley es im posible que exista estado de necesidad en el caso de la figura a tratar, pues tal causa de exclusión se da sólo cuando el daño causado es en la propiedad ajena, requisito que considero por demás injusto, pues to que deja los conflictos entre bienes jurídicos muy superiores, como son la vida y el honor, fuera de consideración.

Hay otro problema que puede presentarse en esta figura, y es - la de si es necesario el consentimiento de la mujer para la impunibi lidad. En lo particular considero que no es necesario tal consenti- miento, por cuanto ante tal apremio no debe esperarse a consultar a la madre para efectuar tal práctica. Si es posible hacer tal consul- ta, sí creo que debe hacerse, pero aún sin la aprobación debe declarar se impune el aborto cometido ante la negativa de la madre, ya que juz go imposible que se le exija al Médico que deje morir a una mujer en esas dolorosas circunstancias. Por consideración a su propia misión debe excluirse de responsabilidad criminal cuando obre ante tal con flicto. Por otra parte, no creo indispensable que la mujer apruebe - tal aborto, pues por razones sentimentales o religiosas puede negarse a dar su aprobación. Yo creo que tales razones no son valederas ante el conflicto tan tremendo que se presenta y que no puede dejarse a su entera voluntad la práctica de esta clase de aborto, dado el peligro que corre la vida de la madre. Así pues, consienta o no la mujer, en esta figura la impunibilidad procede, si concurren por otra parte los

requisitos formales de consultar a dos facultativos que concuerden en dar su aprobación.

Este tipo de aborto es declarado no punible en América Latina por los Códigos de México, Guatemala, Colombia, Cuba, Brasil, Perú, Venezuela, Argentina y Uruguay. Pocos son los países que como El Salvador aún no contemplan tal figura. Canadá y los Estados Unidos también declaran no punible esta figura en sus respectivos Códigos y cosa similar ocurre en Europa con los Códigos de la mayor parte de países, excepto España, Noruega, Bélgica, Holanda, Inglaterra, Escocia e Irlanda. Japón, China y la Unión Soviética conocen también de este tipo de legislación. La mayor parte de estas legislaciones exigen la previa consulta con un Facultativo por los menos, siempre que ello fuere posible. El denominador común es el de no permitir un abuso de esta figura, sino más bien tener, antes de proceder a practicar el aborto, una confirmación facultativa de su procedencia.

Repito que me pronuncio a favor de la no punibilidad de este tipo de aborto en forma irrestricta cuando no sea posible consultar el consentimiento de la mujer, pero siempre con el dictamen de dos facultativos, cuando esto sea posible. En caso de no poder hacer dicha consulta, pero si se comprueba posteriormente la procedencia de aquel acto, creo que la ley debe amparar también tal acción.

Referente al aborto Eugenésico, hay mucho que discutir a mi modo de ver, ya que no creo en la fatalidad de las leyes de la herencia y soy de parecer que esta clase de aborto no punible debe ser objeto de una regulación muy exigente y muy especial. La extirpación de troncos criminales o de seres tarados debe ser objeto de un estudio cuidadoso desde diversos ángulos, examen para el cual no tengo capacidades.

Se necesitan especiales conocimientos de Criminología, Siquiatría, Biología, etc... para poder hacer un verdadero estudio sobre el tema.

Sin embargo, dentro del campo estrictamente penal, considero que hay razones para declarar no punible este aborto en el caso de que sea la propia madre o el padre el que lo ocasionen, o un facultativo, pero siempre con el consentimiento de ambos padres, nunca con el de uno sólo, pues siendo una cuestión tan delicada, creo deben ser ambos padres los que tomen unánimemente una decisión tan drástica, como es eliminar el fruto de la concepción para evitar un ser tarado en su descendencia. Claro está que cuando la madre o el padre por razones especiales no pueda emitir su voto, como es el caso de pérdida de las facultades mentales o en el caso de que nunca haya gozado plenamente de ellas, bastará el consentimiento del otro cónyuge. Sin el consentimiento de uno de ellos por lo menos, en el caso propuesto, no creo que le quepa derecho alguno a nadie para evitar el nacimiento del nuevo ser.

En cuanto a los troncos criminales, José Ingenieros dice que debe investigarse cuáles son los medios más eficaces para defender a la sociedad contra los actos antisociales que pueden cometer los delincuentes, previniéndolos o evitando su repetición (17). No se muestra partidario pues de la extirpación y deduzco que mucho menos por un medio tan violento como el aborto. El mismo Ingenieros dice que el estudio de las anomalías morfológicas del presupuesto delincuente basta para referir esa anormalidad a la degeneración en general; no tiene valor específico como exponente de criminalidad. Los hombres forman su personalidad dentro de la sociedad en que viven; la educación es un proceso continuo de adaptación del individuo a la sociedad.

La herencia biológica constituye el temperamento y se traduce por tendencias; la educación constituye la experiencia individual. La personalidad es el resultado de las variaciones de la herencia mediante la educación y es siempre un producto social; está representada por el carácter y se manifiesta por la conducta (18). Con todo esto el sabio escritor suramericano sirve de respaldo y sustento a mi parecer de que dicho Aborto Eugénico se limite con mucho rigor.

Pero hay un caso en que estimo que debe accederse con menos rigor a la no punibilidad del aborto eugenésico, y se trata del caso en que el embarazo sea producto de una violación, o en su término genérico, de un ataque violento al pudor, tratándose de una mujer que carece de voluntad. Y aún y en los casos en que no se trate de evitar una tara mental en la criatura, soy de opinión que cuando el embarazo es producto de una violación debe autorizarse el aborto y declararse no punible, si la mujer estando en el pleno uso de sus facultades mentales, consiente en tal práctica. Estimo sin embargo que debe limitarse la época dentro de la cual pueda practicarse tal aborto, tal como lo hacen otras legislaciones, puesto que al dejar transcurrir mucho tiempo, hay un consentimiento tácito en dar a luz a aquel ser no deseado en el momento de la concepción.

La mayor parte de los Códigos de México exigen para el Aborto Eugénico el dictamen de facultativo y que sea practicado para evitar que el producto de la preñez tenga taras mentales graves o estigmas de degeneración. Entre ellos puedo citar los de los Estados de Veracruz, Chiapas, Chihuahua, Puebla, Sonora y Yucatán. La mayor parte de los Códigos Iberoamericanos también contemplan este caso.

Cuando se vea el Aborto por motivos sentimentales volveré al caso del embarazo producto de violación.

También se declara impunible por algunas legislaciones el aborto que es resultado de angustia económica, o sea el denominado Neo Malthusiano. Este es el caso diario de nuestros Hospitales; es el caso patético de nuestra realidad. La gran mayoría de mujeres que abortan lo hacen por este motivo y aunque no soy partícipe de llamarle a este aborto precisamente con el mote de "Neo Malthusiano", pues no secundo las teorías originales de Malthus, sí soy partícipe de que se atenúe el aborto en este caso, pero no que se declare impune, puesto que no remediaría nuestra actual situación, sino que por el contrario la agravaría. Si hoy en día -que no es legal abortar- miles de mujeres lo hacen, imaginémonos qué ocurriría en el país el día que se legalizara este tipo de aborto. Ya he expresado en el Capítulo correspondiente cuál es mi opinión sobre el problema socio económico del país, pero -creo que no es la legalización el medio más adecuado para terminar con esta práctica criminal, sino que debe primero comenzarse por regular los nacimientos y por aliviarse las agobiantes condiciones de vida de las grandes mayorías, con un poca de más conciencia cristiana -de los problemas del país por parte de todos sus habitantes y especialmente por parte de aquellos que nos dirigen y gobiernan.

En otros países, en donde se ha legalizado el aborto, como Japón, China y la Unión Soviética, se ha iniciado a la vez un programa nacional vastísimo de regulación de los nacimientos, y de esa forma -han evitado el número de abortos criminales. No se crea tampoco que la legalización implica absoluta e irrestricta impunidad, sino que debe rodearse del cumplimiento de ciertos requisitos formales para poder

optar a ser declarado legal o impune, que viene a ser, para los efectos prácticos, lo mismo.

En México sólo los Códigos de los Estados de Chiapas y de Yucatán declaran impune esta figura del aborto. La mayoría de legislaciones la atenúan. Soy partícipe de esto último, pero con la exigencia de ciertos requisitos, es decir, que se pruebe en la investigación correspondiente, el estado económico precario o angustioso de la mujer que ha abortado. Para aquel que lo cause con el consentimiento de la mujer creo que debería operar también la atenuante, pero si es el marido quien lo practica sin el consentimiento previo de su mujer, no creo que deba ampararlo la atenuación, toda vez que ella, la mujer, no rindió su aquiescencia a aquella práctica.

Dije algo antes del aborto cuando el producto de la concepción provenía de una violación, relacionándolo entonces con el aborto eugenésico. Mencioné también mi parecer sobre que esa clase de aborto (cuando proviene el embarazo de violación) debe declararse impune, pero olvidé decir, y ahora es el momento de acentuarlo, que dicho aborto es conocido también como aborto por motivos sentimentales. Creo que debe incluirse aquí también aquel que se practica para evitar el nacimiento de niños deformes como consecuencia del contagio de enfermedades a virus en las primeras semanas del embarazo o cuando por haber ingerido la madre determinadas medicinas, como son los calmantes a base de Talidomida, se teme que la criatura nazca con serias deformidades. No creo que esta clase de aborto deba encuadrarse precisamente dentro del aborto eugenésico, sino dentro de esta última figura del aborto por motivos sentimentales, pues influyen mucho estas motivaciones en la comisión de este delito. Estimo sin embargo que este aborto debe -

limitarse en su impunidad a que la enfermedad viral haya sido contraída por la madre durante los primeros tres meses, que es la etapa de formación del feto y en la cual puede sufrir cualquier malformación. En cuanto a la ingerencia de drogas también coincide su perniciosa influencia durante la misma etapa del embarazo. Los Ginecólogos opinan en general que después del tercer mes no hay peligro de deformaciones o contagio de enfermedades virales como el Sarampión, la Varicela y especialmente la Rubeola. En estos casos los médicos indican a las mujeres el aborto. Considero pues, que debe declararse no punible y en mi concepto es un caso de aborto por motivos sentimentales y no exactamente eugenésico, aunque tenga también de éste.

Hay una cuestión que creo importante analizar también en este Capítulo antes de finalizarlo. Se trata de la posibilidad de concurso de delitos cuando se ejecutan las maniobras abortivas o cuando se ejecuta cualquier otro delito y concurre con él el aborto.

Para ello nada más ideal que recurrir a la Jurisprudencia.

La Cámara de Tercera Instancia de lo Criminal, por sentencia dictada a las nueve horas del día veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, sentó la siguiente doctrina:

"Si en un juicio seguido, tramitado y fallado hasta en segunda instancia, contra un individuo por el delito de homicidio en una mujer, se nota que ésta, según constancia de autos, abortó a consecuencia de las lesiones que recibió; pero no se investigó lo suficiente este delito, y sólo se elevó la causa a plenario por el homicidio, habiendo un veredicto condenatorio, que fue la base de los fallos de la 1a. y 2a. instancia, procede en tercera revocar esos dos fallos,

suspender el procedimiento, seguir la investigación del aborto, elevar la causa a plenario por este delito, si procediere, ampliar el verdicto y fallar definitivamente, teniendo presente en su caso los Artos. 64 y 65 Pn. para castigar ambos delitos".

Dicha sentencia estima un Concurso Ideal de Delitos: Homicidio y Aborto, cuando, como en el caso de autos, cuando como consecuencia de la lesión que le fue ocasionada a la mujer, ésta tuvo un aborto y además murió.

Creo acertada dicha sentencia, aun cuando conozco de un caso semejante en el cual se desestimó en primera instancia el delito de aborto y se elevó a plenario únicamente por el homicidio. Tal caso se ventiló en el Juzgado Sexto de lo Penal de San Salvador, en el año mil novecientos sesenta y dos, pero desconozco la resolución que pronunció la Cámara de 2a. instancia al conocer en consulta del sobreseimiento por el aborto.

Sé que los fundamentos que tuvo el Juez para sobreseer por el delito de aborto en tal caso fueron basados en que el feto había sido alcanzado por el arma homicida al penetrar en la cavidad abdominal y a consecuencia de ello había muerto y luego había sido expulsado. El Juez estimó que el feto lesionado no era sujeto pasivo idóneo del delito de lesiones y por lo tanto sobreseyó, olvidándose de la figura delictiva, del Aborto, que en mi criterio sí concurría en tal caso, pues la misma lesión homicida causó la muerte del feto y cabría entonces hablar de Homicidio en concurso con Aborto Preterintencional.

La sentencia de tercera instancia que comentaba originalmente no hace distinción entre si el aborto debe entenderse violento o preterintencional. Todo depende de los hechos probados sin duda, pero -

por lo que relata la sentencia creo que debe estimarse como Preterintencional.

Otro caso digno de comentarse es el que fue resuelto mediante sentencia dictada por la Cámara de Tercera Instancia de lo Criminal a las nueve horas del veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho. En dicho fallo se sentó la siguiente doctrina:

"Responde de los delitos de homicidio y aborto quien conociendo del 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".

Aunque estoy de acuerdo con dicha doctrina en una parte, no lo estoy en otra. Estimo que es correcta la apreciación hecha en cuanto a la concurrencia o concurso de homicidio y aborto preterintencional, máxime que el autor de las lesiones era el compañero de vida de la mujer y el estado de embarazo de ella era notorio según se probó en el juicio. Pero no estoy de acuerdo, como lo digo en otra parte de este trabajo al estudiar el Aborto Preterintencional, con que se diga que el objeto material del delito de aborto es la muerte del feto dentro del claustro materno, o también, como podría interpretarse dada la oscuridad de tal doctrina al final- que tal objeto material lo constituye el feto mismo. Ni lo último -una vez traspasada la época de Carrara- ni lo primero es cierto, puesto que la muerte puede provenir después de la expulsión y no forzosamente -como algunos lo han entendido- dentro del vientre de la madre. Los que así opinan -principalmente

chilenos- se basan en el texto del Código de esos países, el cual define el aborto como la muerte del producto de la concepción ocasionada en el vientre materno. De ello deducen que no puede hablarse de Aborto cuando la muerte no ha ocurrido en tal sitio. Esta opinión está superada y se debe considerar aborto aun y cuando el producto de la concepción muera después de la expulsión, toda vez que sea consecuencia de las maniobras abortivas. En nuestro Código, además, no hay una definición de tal delito, por lo cual sus elementos deben tomarse de la doctrina de los expositores del Derecho Penal. En cuanto a ello, me remito a lo dicho en el Capítulo Octavo.

En cuanto a la forma de castigar el concurso de homicidio con aborto, la sentencia pronunciada por la Cámara de Tercera Instancia de lo Criminal, a las nueve horas del diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y tres, sentó en una de sus partes la siguiente doctrina:

"Si de un sólo 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 esto más favorable al reo que aplicar el Art. 64 Pn."

Conforme a tal Artículo, al reo se le aplicaría la pena de Homicidio agravada hasta en una tercera parte, es decir, veinte años en total. Mientras que castigando ambos delitos separadamente, la pena correspondiente asciende, al ser sumada las de ambos actos delictivos, a diecisiete años, puesto que el aborto en este caso debe estimarse preterintencional, ya que era visible el estado de embarazo de la mujer según se estimó y probó en el juicio.

La jurisprudencia nacional sobre el delito de aborto es muy es casa, de ahí que en mi investigación únicamente haya encontrado unos pocos casos, pero creo que con ellos se han dilucidado en mejor forma algunos problemas.

CITAS DEL CAPITULO NOVENO

- (1) *Porte Petit, ob. cit.*
- (2) *ob. cit.*
- (3) *ob. cit.*
- (4) *ob. cit.*
- (5) *ob. cit.*
- (6) *ob. cit.*
- (7) *ob. cit.*
- (8) *ob. cit.*
- (9) *ob. cit.*
- (10) *ob. cit.*
- (11) *ob. cit.*
- (12) *Quintano, Cuello Calón.*
- (13) *Revista del Ministerio de Justicia. Año 1954.*
- (14) *ob. cit.*
- (15) *ob. cit.*
- (16) *ob. cit.*
- (17) *Criminología. Pag. 102-103.*
- (18) *ob. cit. Pag. 122.*

CAPITULO DECIMO

GRADOS EN QUE PUEDE DARSE EL DELITO DE ABORTO

Requisitoñ del Aborto Consumado. La Frustración en el delito del Aborto. La Tentativa en este delito y su posible impunidad. Cuando cabe el delito imposible. Jurisprudencia y Notas Críticas.

En toda acción delictiva debe dilucidarse entre sus grados, es decir, en qué graduación se produjo el resultado querido por el agente activo: si el delito se consumó, o si se frustró o si se quedó en el campo de la tentativa. Cabe analizar junto con estos grados los casos en que se habla de delito "imposible". De manera breve voy a tratar de hacer un estudio de la graduación en el delito de aborto.

Para que haya consumación en un delito, deben haberse ejecutado por parte del agente activo todos los actos necesarios para producir el resultado, el cual a su vez se produce. Podría hablarse entonces de aborto consumado toda vez que el producto de la concepción haya muerto como consecuencia de las maniobras destinadas a tal efecto. No basta que haya sido expulsado del vientre materno y que luego haya sobrevivido. Eso cae dentro de otro campo que ya examinaré. La muerte del fruto de la concepción es NECESARIA PARA LA CONSUMACION del aborto, pues es el hecho o resultado material perseguido. Así lo dice -
Porte Petit cuando afirma a secas que "el delito de aborto se consuma cuando se priva de la vida al producto de la concepción (1).

Respecto a la Frustración y la Tentativa debo aclarar que muchos autores se refieren a la última de las formas de aparición citadas, como género, y a la Frustración prácticamente como una especie. Así; vemos: ellos llaman tentativa en general a los casos en que -a contrario sensu- no se ha consumado el delito, distinguiendo entre Ten-

tativa Acabada o Frustración, y Tentativa Inacabada o Tentativa Incompleta, que es lo que el Código Penal salvadoreño conoce por Tentativa a secas. Hecha esta distinción paso a examinar brevemente ambas formas de aparición.

Para que haya Frustración, el agente debe haber realizado todos los actos necesarios y conducentes a la realización del resultado, pero por causas independientes a su voluntad, este resultado no se produce. Para el caso: se da a una mujer una inyección abortiva y cuando los movimientos y contracciones del útero se han iniciado y esa mujer está en franco trabajo de parto, es llevada a un Centro Asistencial y por medio de medicamentos -que los hay- le detienen dichos movimientos y se evita así el alumbramiento prematuro, que vendría a ser un aborto. En este caso se han dado todos los medios necesarios, pero por causas ajenas a la voluntad del agente, como es el traslado a una clínica y la medicamentación eficiente, se detiene el trabajo de la matriz. Cuello Calón nos trae varios casos más, como el de que hubo punción vaginal, y por tratamiento postrero se evitó el aborto, etc... Creo, sin embargo, que todo estriba en la declaración de dos facultativos-, para nuestro país, de los Médicos Forenses adscritos al tribunal que conozca- que digan que los medios empleados fueron suficientes para producir el aborto y que éste no se produjo debido al tratamiento al cual se sometió a la mujer. Habría que certificar en el juicio también la relación total, detallada, del Cuadro Clínico de la mujer desde su ingreso al Centro Asistencial, recibir declaración al personal que la atendió, etc... En fin, agotar los medios de prueba para establecer con suficiente claridad los elementos de la Frustración.

Tentativa por su parte hay "cuando se comienza a poner en práctica un tratamiento abortivo" dice Cuello (2). Imagínese el caso de alguien que empieza a tratar de introducir una sonda en la vagina de la mujer, pero que por impericia o por la lucha de la mujer por evitar tal maniobra, no logre su cometido. Creo que aquí cabría hablar de tentativa, puesto que el agente inicia los actos conducentes a producir el aborto, pero cesa en su empeño ante causas que le impiden continuar con sus maniobras. Se daría también el caso en quien lograr dar con engaño una poción abortiva a una mujer y dándose cuenta ésta del fraude se provoca el vómito inmediatamente. Si se deja pasar mucho tiempo y se han iniciado ya los movimientos en la matriz, pero por medio de vomitivos y lavados intestinales y estomacales, se logra que se elimine la poción abortiva y se evita el resultado dañoso consistente en el aborto, cabría entonces hablar de Frustración, pero en su totalidad en mi criterio, puesto que la reacción de la víctima fue inmediata, impidiendo así que la sustancia ejerciera su acción maligna en su organismo.

En cuanto a la punibilidad de la AUTO TENTATIVA -que podría llamar- hay discusión, por cuanto algunos autores, como Cuello, creen que no debe declararse impune. Reconocen para tales casos una atenuación, por cuanto no debe dejarse en la absoluta impunidad a quien ha dado muestras de su tendencia delictiva con un acto de tal naturaleza. El Proyecto del Código Penal sin embargo, declara impune tal tentativa y así lo declaran también otros Códigos extranjeros. Dentro del nuestro no cabe hablar de esta impunidad, pero sí, por el mero hecho de ser en grado de tentativa el delito, amerita la atenuación expresamente concedida por el mismo Código a los que participan en él como autores y como cómplices.

La Tentativa Imposible o Delito Imposible se da cuando se emplean medios no idóneos o cuando no hay estado de embarazo en la mujer. Ya me referí a la opinión de Jiménez Huerta, quien considera in idóneos los llamados medios morales, es decir, los sustos, disgustos, etc... y ya fijé también mi opinión al respecto.

Como ilustración creo conveniente citar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo Español, pronunciada el día 22 de enero de 1931, mediante la cual se declaró que... "Para que el delito de aborto exista es necesario que la mujer que sea objeto de maniobras abortivas se encuentre en estado de gestación o embarazo".

CITAS DEL CAPITULO DECIMO.

(1) ob. cit.

(2) ob. cit.

CAPITULO DECIMO PRIMERO

LA PARTICIPACION CRIMINAL

Los Autores: autores directos, inductores y cooperadores necesarios. Cómplices o auxiliadores. Encubridores. Jurisprudencia y Notas Críticas.

El tema que contiene este capítulo puede ser y ha sido objeto de un estudio singularizado, pues su extensión es vasta. De ahí que no pretendo hacer un extenso estudio del tema sino más bien una explicación somera, principalmente amparado en las luces de la jurisprudencia, de la forma en la cual se puede participar en el Aborto Criminal.

El Código Penal del País en sus Artos. 11 al 15 trata "De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas". En el primero de los artículos citados dice: "Son responsables criminalmente de los delitos: 1o. Los autores; 2o. Los cómplices; 3o. Los encubridores".

En el Art. 13 dice que "se consideran autores: 1o. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho" (son los autores materiales o directos); 2o. Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlos (son los autores llamados inductores directos o autores morales); 3o. Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado (son los cooperadores necesarios).

La doctrina está de acuerdo en que para el caso de los autores directos, puede hablarse de Co-autoría, siempre que pueda deducirse - del elemento subjetivo y moral de la unidad de propósito y plan, el mútuo y previo acuerdo (1).

En el segundo numeral, en el caso de los inductores directos, no es necesario la anulación o avasallamiento o sobreposición de vo-

luntades; basta el consejo, sugestión, fustigación; pero sí es necesario que se refiera a la comisión de un delito determinado; para el caso aborto criminal (2).

Los llamados cooperadores necesarios del número tercero, técnicamente son cómplices, pero por la trascendencia de su acción son autores por ministerio de ley. Caben dentro de esta forma de participación los actos por omisión (3).

Y ya en relación directa con el delito en estudio, es conveniente anotar alguna jurisprudencia extranjera. Encuentro que dado lo escaso del número de juicios por aborto en el país y sobre todo que casi nunca llegan a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino que apenas si llegan las sentencias en consulta a las Cámaras de Segunda Instancia, nuestra jurisprudencia nacional es bastante escasa sobre el delito en cuestión, las que ha encontrado no se refieren a la participación criminal, de ahí que he tenido que recurrir a la jurisprudencia extranjera, más que todo española, para ilustrar un tanto este trabajo.

En cuanto a la coautoría, el Tribunal Supremo español declaró mediante fallo el día 30 de enero de 1948 que "el pacto o convenio entre los culpables es determinante de una de las formas de inducción, que constituyen en autor, no cómplice, al que concorre". Estimo sin embargo, en lo personal, que el pacto o convenio en todo caso podría ser una forma de autoría directa y por excepción -aún cuando no lo aclara el fallo- de alguna de las otras formas de autoría. Si hay pacto o convenio para ocasionar un aborto en forma violenta, para el caso, hay en mi criterio co-autoría directa o material. Aunque reconozco que puede haber pacto o convenio en el caso de la inducción. Ima-

gínese el caso de dos personas que por pacto previo inducen a determinada mujer a cometer un autoaborto. En donde sín encuentro dificultad para que se dé la coautoría en la realidad es en la figura de los cooperadores necesarios. Claro está que en todo caso puede imaginarse hechos que se adapten, pero creo que en dicha figura habría tal vez un poco de dificultad. Tendría que haber un pacto previo o acuerdo - previo de cooperación necesaria. Esto no es tan común como las figuras anteriormente examinadas.

La jurisprudencia española ha considerado autor sin embargo a - aquel que "interviene constantemente en la ideación y realización del delito, que tuvo lugar con su asistencia, y abonó por su parte el precio estipulado para que el aborto de su novia se produjera, trasladándose al fin a la ciudad X, previamente concertado con ella", dándose en tal caso los elementos necesarios para que se le califique e incluya dentro de la figura en estudio. (Sentencia del T.S. Español, 9 de diciembre de 1954). Creo que aquí sí se dan tales elementos, puesto que los actos realizados por el novio han sido de tal naturaleza que no puede hablarse tan sólo de complicidad. Es para mí autor directo.

Hay un acuerdo previo de trasladarse a cierta ciudad con los - fines de que sea practicado el aborto. No puede hablarse pues tampoco de simple inducción directa o de cooperación necesaria. El acuerdo previo en tal caso es lo que convierte este hecho en autoría directa, más bien dicho, en una forma de CO-AUTORIA DIRECTA.

La jurisprudencia española ha declarado también, para el caso del acuerdo previo, que "puede ser expreso; pero puede ser también - tácito" (4). Hay otra sentencia que lleva las cosas al extremo de - considerar autor al que simplemente concibió la idea, aunque otro la

puso en práctica concertada con él (Sentencia del T.S. Español del 31 de marzo de 1944).

Otra sentencia, del 16 de febrero de 1943 establece que "el -
previo acuerdo es suficiente para integrar la solidaridad de los co-
delincuentes a título de autores en los casos de aborto".

Al decir de Quintano Ripollés (5), "especiales y delicadísimos
problemas suelen plantearse en los delitos de aborto. Un punto de vis-
ta excepcional, por la importancia que concede al elemento objetivo,
lo constituye la sentencia del 23 de octubre de 1935. Según ella la
responsabilidad criminal de autores, conforme al numeral primero, se
determina por la realización de actos íntimamente ligados con el he-
cho delictivo, con relación de causalidad, de forma que contribuyan -
directamente, en su conjunto, y unidad, a la perpetración del mismo,
sin individualización ni separación posible".

"El criterio moderno de la solidarización de la responsabili-
dad por el acuerdo, ha llevado, incluso, a integrar en la categoría
de autor conductas de pasividad que, tradicionalmente, hubieran sido
seguramente incluidos en el encubrimiento. Así, la sentencia del 2
de enero de 1940, en la que un compañero de oficina participaba cons-
tantemente y se lucraba con las sustracciones realizadas por otro, que
de este modo le compraba el silencio". No costaría imaginar el caso
de una secretaria de la clínica de un médico que se dedicaba, entre -
otras cosas, a la práctica de abortos criminales, y que al igual que
el compañero de oficina, se lucraba chantajeando al médico. A pesar
de todo lo expuesto por Quintano y del respeto que se merecen los po-
nentes de la sentencia dictada, veo un tanto difícil adecuar tal con-
ducta a la de autoría. Con un criterio rigorista claro que se puede -

todo, máxime en esta clase de delitos que merecen una severa sanción. No se puede negar que aún en los jueces de mayor criterio y que pueden darse el lujo de pregonar imparcialidad, la gravedad de determinadas acciones delictivas pueden llevarlos, dentro del arbitrio judicial, al rigorismo en la aplicación de la sanción.

En la inducción o autoría moral, conviene, con Quintano (6), hacer constar que, aunque relacionadas entre sí voluntades de ambos sujetos, la inducción no requiere, como ya lo hemos insinuado, la anulación de una por otra, ni quizá -como dice el autor en mención- el absoluto dominio de una de ellas. Sicológicamente, se puede concebir la influencia de una voluntad sobre otras, con perfecta y absoluta independencia de la libertad individual. Esto, traducido a términos jurídicos como lo expresa el autor guía, vale tanto como reconocer la sustantividad de la responsabilidad del inductor frente a la del agente inducido; para que la primera se afirme no es preciso, en modo alguno, que la segunda se anule, ni la responsabilidad del uno lleva de por sí anexa la responsabilidad del otro. En el caso contrario, en cambio, si se afirma la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de exención en el sujeto inducido, la afirmación de la responsabilidad del inductor sería inevitable y, por decirlo así, automática (7).

Así, si se da el caso en que una persona haya influido en otra de una manera tal que la haya inducido a provocarse ella misma el aborto o haya accedido a que se lo practiquen, es innegable la participación como inductor directo por parte de aquella persona. Máxime si la violencia que ejerce llega a eximir de responsabilidad al sujeto pasivo, es decir, a la mujer embarazada.

Creo necesario indicar que es necesaria una exigencia de inmediatez temporal en la realización del hecho criminal para que pueda hablarse de inducción, amén de una relación clara de causalidad entre la figura en estudio y el resultado. La segunda sobre todo, pues si no la figura en estudio, como bien dice Quintano, carecería de sentido (8). Un consejo genérico no basta para determinar la calidad de inductor. Según el mismo autor, la inducción ineficaz se confunde inevitablemente con la figura de la provocación, que no existe en nuestro Código, y que no es más que la inducción genérica a cometer "cualquier acción delictiva" (9).

La jurisprudencia antigua ha sido demasiado estricta según refiere el autor citado, pues exigía la "absoluta eficiencia del impulso". Se reconocía sólo carácter de inducción al pacto, mandato o consejo de tal naturaleza que, sin su concurrencia, el delito no se hubiera cometido. Se decía que no existía si los autores materiales por propio impulso de vengar agravios personales actuaban, aunque el inductor estuviera animado también, por el odio o la venganza. Generalmente se requería actos de mando, de consejo o de pacto que POR SI SOLOS determinaren el hecho criminal (9).

De este modo se limitaba el concepto de autoría por inducción a los extremos previstos por las agravantes del precio, o a las atenuantes de miedo, fuerza u obediencia (incluso eximentes respectivas). Pero moderadamente la jurisprudencia ha ido paulatinamente extendiendo la idea de inducción a formas más vagas de coparticipación, siempre que se acredite el nexo espiritual de acuerdo y el material de la eficiencia (10).

La sentencia del 4 de octubre de 1934 dice: "en el concepto de autor por inducción debe entenderse comprendidos los que puestos de acuerdo para la realización de un delito, convienen, aunque sea en líneas generales, la forma de llevarlo a cabo, eligen la persona, y mueven el ánimo de las gentes mediante formas adecuadas, ofertas, esperanzas de ventajas materiales o morales, siempre que la actividad de ésta sea consecuencia directa o inmediata de tales insinuaciones, cualquiera que sea el estado de ánimo del ejecutor material del delito, se halle predispuesto a lo que se concierta o sea ajeno en absoluto a ello".

Esta sentencia creo que deja bastante claro el punto, lo cual se puede ampliar con la sentencia dictada el primero de junio de 1942, en la que se dijo que "instigar y aconsejar on términos que lleven consigo el carácter de inducción, especialmente el primero, ya que instigar tanto, quiere decir como inducir a alguno a que haga alguna cosa". Aparte de su contenido jurídico, llama la atención en esta sentencia su redacción con reminiscencias de castellano antiguo. Más amplio es aún el fallo que el día 22 de mayo de 1940 declaró que "al inductor deben atribuírsele, no sólo las consecuencias queridas, sino las que lógicamente se encadenen con ellas".

Sentadas las bases doctrinales y jurisprudenciales de la inducción como forma de participación criminal, fácil es imaginar su forma de aparición dentro del tipo del aborto criminal.

Dentro de la figura de la cooperación necesaria y recordando siempre que aún se examina las formas de AUTORIA, debe señalarse primordialmente que aquí lo decisivo es la EFICIENCIA de la cooperación, su necesidad y trascendencia en el resultado material de la infracción.

La expresión de la ley: "Se consideran autores", sin afirmar de un modo dogmático e inapelable que efectivamente lo sean, disculpa en el decir de Quintano, un tanto, la asimilación que ha hecho la ley de estos cooperadores con los autores, pues su esencia en doctrina no es la misma. Quiere esto decir que actos no concertados, pero absolutamente necesarios para la comisión del delito, que técnicamente como ya dije son de complicidad, se castigan como de autores -según la expresión de Quintano- "por ministerio de ley, en atención a su trascendencia práctica". Será necesario -agrega- que en interés de la represión, se fuerce un tanto el concepto de la autoría, para dar en él cabida a la modalidad aludida de la "complicidad necesaria" (11).

La letra del concepto habla de realizar "un ACTO". Pregunta Quintano si cabe dentro de tal concepto las omisiones. La solución afirmativa parece ser en su criterio la correcta (12), puesto que "acto" no es igual que "acción", no existiendo motivo alguno gramatical, ni menos jurídico, para que se excluyan de esta forma de cooperación criminal los actos "pasivos", siempre que sean eficientes y necesarios para determinar la comisión del delito. (13)

El Tribunal Supremo español ha declarado por medio de sentencia del 5 de diciembre de 1935 que "autor por cooperación es el que participa por una actividad necesaria e indispensable", y luego el 17 de octubre del mismo año: "aunque no haya participado en todos los actos necesarios".

No es de todos los días encontrar jurisprudencia sobre esta forma de participación. Cabe recordar que es difícil deslindar esta figura del campo de la complicidad, es decir, de los partícipes conocidos como auxiliadores necesarios. Los autores cooperadores son muy

semejantes a los cómplices o auxiliadores necesarios. Prefiero estudiar esta última figura y después citar alguna jurisprudencia que ayude a esclarecer sus diferencias.

Cuello Calón llama a esta figura AYUDA O AUXILIO (13). Dice - que al que ejecuta la acción principal se le denomina delincuente - principal y a los que ejecutan acciones secundarias se les denomina - cómplices". "La complicidad puede ser moral o material; aquella consiste, ora en el hecho de instruir al delincuente indicándole el modo o forma de ejecución del delito, ora en darle ánimos prometiéndole - ayuda para su perpetración o para facilitar su impunidad, etc"...(14) La complicidad es material cuando se prestan medios materiales para - la realización del hecho (como armas, ganzúas para cometer un robo, sondas para cometer un aborto, etc...) o cuando se interviene en su - ejecución mediante actos que no sean propios o característicos del delito. Rechaza Cuello Calón la complicidad NEGATIVA, es decir, la actitud del que tiene conocimiento de que se va a perpetrar un delito o de que se está perpetrando y nada hace para evitarlo. Eso, dice Cuello, no constiye participación, a menos que con tal conducta pasiva - se viole un específico deber jurídico de obrar, como en el caso del - Agente de Policía que ve la realización de un robo, pues en tal caso el omitente es un verdadero partícipe en el delito realizado por el - ejecutor. Se apoya Cuello en Manzini principalmente para sostener - tal aserto.

No puedo ocultar que juzgo un tanto atrevida la primera de las posiciones sostenidas por el maestro hispano en cuestión, puesto que Quintano sostiene que "en la accidentalidad de la participación está, en todo caso, el signo diferencial definitivo de la complicidad"(15).

El cómplice es una especie de autor disminuido, un semiautor, un subalterno dentro de la asociación o negocio criminal, al cual es debida, en estricta justicia, una penalidad menor (16). Encuentro que en el caso que propone Cuello del que observa pasividad ante la comisión de un delito, ~~hay~~ complicidad, por cuanto con su actitud pasiva está auxiliando, ayudando a la comisión de aquel acto. Su aviso o intervención decidida frustraría con una casi completa seguridad aquella acción; sin embargo su pasividad ayuda. Quintano concluye, abundando en la posición que sostengo, que no es cierto que en todos los supuestos de codevincuencia el cómplice tenga una voluntad idéntica a la del autor o autores, ni de que, por tanto, el nexo ideal que los une tienda de modo directo y efectivo a la realización del delito. Lo que sí debe existir es subordinación al ejecutor; el cómplice es un mero subalterno, un auxiliador, y en el caso de que haya pasividad de parte de quien observa, sin ser amenazado, la comisión de un delito, considero que existe tal subordinación, tal auxilio.

Siempre dentro de esta figura delictiva, creo pues que quien se da cuenta de la comisión de un aborto criminal, pudiendo haberlo evitado y no lo hace, se convierte en cómplice del mismo.

La redacción del Art. 14 del Código Penal reza: Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. Gramaticalmente "acto" no es lo mismo que "acción", por lo cual las actitudes pasivas quedan comprendidas dentro del artículo. Asimismo, el texto comprende como posibles actos de cooperación los anteriores y los simultáneos. La sincronización delictiva no es pues necesaria.

Quiero recalcar que la simple presencia en el lugar de la comisión de un delito no es la actitud pasiva a que me he venido refiriendo, sino a la presencia auxiliadora, es decir, a la de aquella persona que PUDIENDO EVITAR LA COMISION, en cualquier forma que pudiera - imaginarse, NO LO HACE, voluntariamente por supuesto.

Y aquí cabe deslindar la cooperación necesaria, de la complicidad. Si el acto es NECESARIO, entraña autoría (cooperación necesaria), pero son cómplices los que contribuyen a dar FACILIDADES y auxilio a los delincuentes, de manera que SIN SU CONCURRENCIA, SEA POSIBLE EL DELITO. Esa es la diferencia. Los actos de participación del cómplice, según sentencia del Tribunal Supremo Español del 4 de febrero de 1944, NI SON NECESARIOS NI SON INDISPENSABLES, pero contribuyen eficazmente a la realización del pensamiento criminal. Para el caso, si la sonda que facilita una "comadrona" es medio necesario para cometer un aborto criminal, pues no se disponía de ningún otro, en tal acto - hay COOPERACION NECESARIA, es decir, una forma de autoría. Si la misma facilitación de la sonda no es un acto indispensable o necesario, ya que se disponía de otros medios o métodos abortivos a la mano, pero posteriormente el autor prefirió el de la sonda, tal acto es de un AUXILIADOR NECESARIO, es decir, de un COMPLICE.

La diferencia ha quedado pues claramente establecida y no creo necesario abundar más en el tema para evitar confusiones.

Resta sólo examinar la figura conocida como Encubrimiento, regulada en el Art. 15 del Código Penal. Tal disposición reza textualmente:

"Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores o como

cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1o.- Aprovechándose por sí mismos o auxiliando a los delin-
cuentes para que se aprovechen de los efectos del delito;

2o.- Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instru-
mentos del delito, para impedir su descubrimiento;

3o.- Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpa-
ble, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera: La de intervenir abuso de funciones públicas de parte
del encubridor;

Segunda: La de ser el delincuente reo de traición, parricidio,
asesinato, o cuando aquél fuere conocido como reo de otros de-
litos.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los -
que lo sean de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legí-
timos o naturales, o de sus afines en los mismos grados, con sólo la
excepción de los que se hallen comprendidos en el número primero de -
este artículo".

Ese es el texto legal que me servirá de base para el análisis
de la participación criminal, a menera de encubrimiento, en el delito
en estudio. Ya dije que por ser este un trabajo sobre un delito en
particular y no un estudio sobre la participación criminal, iba a tra-
tar estos puntos en la forma más breve que fuese posible.

Quiero comenzar por aclarar, que dada la forma de comisión y
la naturaleza del aborto criminal, es imposible que se dé en él la -
primera de las formas de encubrimiento, pues el aprovechamiento en tal
caso debe ser un lucro material y conciente, siendo el objeto de tal

especie de figura las cosas o productos obtenidos con la acción delictiva. En el aborto no puede hablarse de tal forma de participación, pero sí de la segunda, en donde la ocultación o inutilización se refiere a las huellas o indicios que sirven para el descubrimiento e investigación del delito. Los encubridores incluidos en estas dos primeras formas se conocen en doctrina como Receptadores, dándose a estas figuras el título de Encubrimiento Real (de cosas), frente a la tercera forma de encubrimiento que se denomina Personal y es conocido también como Favorecimiento.

No entraré a hacer consideraciones acerca de la discusión suscitada modernamente sobre si el Encubrimiento debe formar y constituir una figura delictiva aparte o seguir siendo una forma de participación criminal. Baste citar que Quintano Ripollés, seguidor en España de la Dogmática Germana, está en el primer sentido, y según sus palabras: "puede decirse que en el actual panorama de la legislación comparada universal, el sistema de considerar al encubridor como co-partícipe es totalmente excepcional" (17). Entre los Códigos modernos que han adoptado tal técnica puedo citar los de Alemania, Noruega, Suiza, Perú y Argentina.

Comenzaré entonces por señalar que según la jurisprudencia hispana, es condición primordial e inexcusable de la responsabilidad del encubridor el conocimiento de la perpetración del delito, y si no se da, no cabe exigir la responsabilidad, aunque aparezcan probados los otros requisitos objetivos (Sentencia del T.S. Español, 11 de diciembre de 1894). La mera sospecha de que "algo anómalo había ocurrido, no es el conocimiento de la perpetración del delito, condición precisa del encubrimiento (Sentencia del T.S. Español del 8 de julio de 1916); pero tampoco se exige un conocimiento detallado de la infrac-

ción, bastando que conste que el encubridor supiese que el otro había cometido delitos" (7 de febrero de 1926).

La sentencia del 14 de octubre de 1943 fija de forma dogmática los cuatro requisitos necesarios para que exista encubrimiento; son a saber: 1o. Tener después de cometido el delito, conocimiento de que se haya perpetrado; 2o. No haber tenido participación alguna, como autor ni como cómplice. 3o. Intervenir con posterioridad a su ejecución; y 4o. Que esta intervención sea precisamente en los modos que la Ley establece taxativamente.

Vistas estas bases a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, ya se puede uno formar una idea de cuál es el sustento doctrinario de la figura en estudio, para aplicar luego tales bases a los casos prácticos.

No puede ser encubridor de un aborto entonces quien no sabe que se ha practicado, pero sí quien tiene tal conocimiento, y no precisamente por haber sido autor (en cualquiera de sus formas) o cómplice de tal acto delictivo, sino habiendo participado o intervenido POSTERIORIDAD a su ejecución. Pero debe constarle que la persona a quien encubre ha delinquido, ha cometido un aborto.

Ya dije que la primera de las formas de encubrimiento del Código Penal no cabe en un delito como el aborto, de manera que pasaré a examinar sólo la segunda figura: la ocultación o inutilización del cuerpo, efectos o instrumentos del delito.

Resulta fácil imaginar ejemplos de este tipo de encubrimiento en el delito en cuestión, Para el caso de la ocultación o inutilización del cuerpo "del delito", debo entender que se trata de la ocultación o inutilización del producto de la concepción una vez expulsado

y muerto como consecuencia de tal expulsión dolosa. Aquí la Ley peca de inexacta, por cuanto el Cuerpo del Delito no puede ser objeto material, sino que es una realidad de ejecución, un conjunto de probanzas legales por medio de las cuales se establece indubitadamente que se ha cometido un delito. Sin embargo, el Código Penal habla de Cuerpo del Delito refiriéndose a cosas. En tal sentido debe tomarse tal disposición, con todo y su inexactitud. Así pues, quien con posterioridad a la comisión de un aborto, es requerido por los autores o cómplices de éste para que oculte o destruya el feto, se convierte en encubridor, toda vez -y eso es necesario recalcarlo- que no haya participado en su comisión como autor o como cómplice.

La inutilización u ocultación de los efectos en el delito de - aborto no creo que pueda darse, puesto que este delito no produce ninguna clase de efectos en el sentido de "productos" en que está tomado ese fvocablo por la Ley. Podría sí darse tal vez el caso de que en el encubridor se depositara el dinero para el pago al autor material, por parte de la mujer embarazada, para que en determinada fecha se lo die se a aquel. Pero sería necesario que este tipo de encubridor conociese de la comisión del delito y que no hubiese intervenido en él. Dicha comisión bien podría constarle por el dicho de la mujer que le pidiese el encargo. El encubridor entonces retendría este dinero para mientras las autoridades investigan la comisión del delito y hasta que la cuestión ha sido olvidada, para hacer entrega entonces de aque lla cantidad al ejecutor material de tan baja acción. Se trata pues de un caso bastante singular.

En cuanto a la ocultación o inutilización de los instrumentos es fácil concebir que se pda la colaboración a posteriori de alguien

que la efectúe con las sondas, pinzas, etc... que hayan ocupado en la perpetración de un aborto criminal.

Todo esto en cuando al encubrimiento real o Receptación. Paso ahora a las formas de Encubrimiento Personal o Favorecimiento.

Ante todo deseo hacer ver que la mera actitud pasiva de no denunciar no puede constituir en el decir de Quintano (18), por sí misma, una responsabilidad a título de encubrimiento. Debe recordarse - además que bien puede el supuesto encubridor actuar amparado por alguna de las eximentes que contempla el Código, tales como la Fuerza Irresistible, el Miedo Insuperable, etc. No son aplicables sin embargo, al encubrimiento, las formas de aparición conocidas como Tentativa y Frustración, pues no se trata de una figura delictiva en sí como ya dije antes. Tampoco puede hablarse de inducción o complicidad dentro del encubrimiento, pues es una figura de participación criminal al igual que aquellas.

La primera de las especies que contempla el numeral tercero, es de carácter necesariamente subjetivo. El hecho de que una autoridad o funcionario se erija en protector de delincuentes es de una gravedad que no precisa ponderación, en el decir del maestro Quintano (19). El Guardia que en lugar de perseguir al delincuente le da albergue, cae dentro de este tipo de encubrimiento. Así, el vigilante de un centro hospitalario que se da cuenta a posteriori de la comisión de un aborto criminal, pues la mujer ha llegado a tal sitio en busca de curación por las hemorragias causadas como consecuencia, y que en lugar de dar parte a sus superiores proporciona cobijo en casa suya a dicha mujer, se hace acreedor a la sanción penal como encubridor. Los

casos de este numeral podrían multiplicarse sin mayor dificultad.

En cuanto a la segunda forma de encubrimiento o favorecimiento que contempla este numeral tercero, es de carácter objetivo. Consagra este tipo de favorecimiento una casuística que sirve para amparar muchas acciones delictivas. "Quien alberga a facilita la fuga a un culpable, fuere por los motivos que fuere, no tiene por qué saber todos los episodios que acompañaron a la ejecución del delito, ni menos estar obligado a hacer una calificación jurídica del mismo. Una vez más, el casuismo es propicio a la consagración de patentes injusticias" (20).

Quintano trae la siguiente cuestión: "Piénsese cuál no será la dificultad para quien, ajeno a las disciplinas jurídicas, alberga de momento a quien sabe reo de la muerte de una persona, pero ignora - quién y en qué circunstancias ejecutó el hecho. Con base en el inciso segundo de este numeral, que consagra una Excusa Absolutiva Genérica, si el encubrimiento está comprendido dentro de los grados de parentesco ahí enumerados o es cónyuge del encubridor, éste no sufre pena. Y a la inversa, conforme a la casuística del numeral tercero en su parte segunda, si el encubierto ha matado al cónyuge o hijo del encubridor, la pena se aplica, mas no si ha cometido un homicidio simple en un hermano del encubridor, ya que el reo debe haber cometido - un delito de traición, parricidio, asesinato, o ser conocido como reo de otros delitos. Este conocimiento según Quintano se refiere a los delincuentes habituales, no al conocimiento de que haya perpetrado un delito de especie distinta a los enumerados, simplemente. Véase que injusta es la Ley y qué injustas eran por supuesto sus fuentes, criticadas duramente por el autor hispano que he venido citando.

Así pues, el facilitar dinero para la fuga, el facilitar una máquina para afeitarse y luego ocultarle, son hechos de encubrimiento según la jurisprudencia hispana, (Sentencias del T.S. del 12 de septiembre de 1924 y 27 de febrero de 1926). No es en tanto medio bastante para que haya encubrimiento, el propalar la especie de que el hechor ha huído hacia tierras lejanas para despistar a la justicia (Sentencia del T.S. de 20 de noviembre de 1917).

Aplicando lo anterior al delito en cuestión, resulta que habría encubrimiento personal en quien facilita dinero a los autores del aborto para que huyan, o por parte de quien alberga en su casa a los culpables, siempre pues que concurren las circunstancias analizadas, del abuso de funciones públicas o de ser el reo conocido como habitualmente dedicado a la perpetración de esta clase de hechos. De lo contrario, muy bien puede llegar el autor de un aborto a pedir albergue a casa de un amigo y éste facilitárselo, que como no es reo de Traición, Parricidio ni Asesinato, ni es tampoco "conocido como reo de delitos", en el sentido de habitualidad en que debe tomarse tal parte de la disposición, el favorecedor en este caso no puede ser considerado como encubridor.

En cuanto a la excusa absolutoria del inciso final del Art. 15, Quintano dice que tiene sus defectos al igual que todos los preceptos categóricos y casuísticos, dejando fuera del amparo legal otros vínculos familiares o de afectos que, aunque más lejanos en el orden genealógico, son a menudo tanto o más fuertes que los enumerados. Es comprensible -agrega- que el vínculo afectivo borr. la odiosidad del hecho del encubrimiento, estimándose que fue un móvil de amor el que lo engendró y no el de obstaculizar la labor de la justicia (21). En lo

que no está de acuerdo es en monopolizar a priori tales sentimientos para los casos todos del artículo, excepto los del numeral primero, ni en que se ponga al mismo nivel los meros receptadores o encubridores reales, a quienes guía únicamente un móvil de lucro o provecho, con quienes encubren personalmente como favorecedores a sus parientes o cónyuge. De todas maneras, creo que esta discusión no tiene mayor repercusión para el caso del delito que nos ocupa, puesto que considero que no puede darse el encubrimiento personal en este delito, por las razones que ya expuse.

CITAS DEL CAPITULO DECIMO PRIMERO.

- (1) Quintano. Comentarios. Tomo I.
- (2) ob. cit. Quintano.
- (3) ob. cit. Quintano.
- (4) ob. cit. Quintano.
- (5) ob. cit. Quintano.
- (6) ob. cit. Quintano.
- (7) ob. cit. Quintano.
- (8) ob. cit. Quintano.
- (9) ob. cit. Quintano.
- (9) b. ob. cit. Quintano.
- (10) Quintano. ob. cit.
- (11) ob. cit.
- (12) ob. cit.
- (13) Quintano. ob. cit.
- (3) b. Tomo I.

(14) *ob. cit.*

(15) *ob. cit.*

(16) *ob. cit.*

(17) *ob. cit.*

(18) *ob. cit.*

(19) *ob. cit.*

(20) *ob. cit.*

(21) *ob. cit.*

CAPITULO DECIMO SEGUNDO

CAUSAS QUE PUEDEN EXCLUIR O MODIFICAR LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL AGENTE.

Posibilidad de concurrencia de algunas de las Causas que excluyen de responsabilidad criminal según el Código Penal. Algunas Atenuantes y Agravantes. Atenuantes Calificadas.

Al estudiar las distintas figuras del Aborto No Punible, dejé pendiente algunas cuestiones sobre las que únicamente adelanté criterio en forma ligera. Este es el sitio en donde voy a estudiarlas con un poco de mayor atención, sin las disgresiones propias de lo que debería ser una Monografía sobre modificación de la responsabilidad criminal, semejante a la que ya un célebre penalista nacional de reconocidos méritos ha escrito. Forzosamente el estudio del que hablo tiene que ser limitado por mis capacidades y por la clase de trabajo en que estoy empeñado.

Entre las llamadas EXIMENTES, es frecuente leer que en el Aborto Terapéutico, su impunidad se debe a que concurre la causal denominada ESTADO DE NECESIDAD. Como bien dije en el capítulo correspondiente al estudiar esa figura no punible, en el país no puede hablarse de tal causal en las personas, ya que sólo se da referente a las cosas. Nunca una persona puede obrar respecto de otra persona llevada por el "estado de necesidad" y recibir el amparo de la eximente del Art. 8, numeral 7o. Está claro pues que conforme al Código Penal, el mal que se ejecuta para evitar uno igual o mayor que se teme ocurra, no habiendo otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo, debe ser EN LA PROPIEDAD AJENA. No puede hablarse de "estado de necesidad" si el conflicto es entre personas. A más de esto, el feto o producto de la concepción, no es tampoco persona, pero no puede ser considerado asimismo como cosa.

Se aduce el "estado de necesidad" en el Aborto Terapéutico y - en el Aborto por motivos sentimentales, cuando el embarazo es producido de una violación. Creo que en el primer caso cabe concluir que el médico obra en el ejercicio legítimo de su oficio y por lo tanto concurre tal eximente.

También puede concurrir la eximente de Violencia Física o Moral, es decir, la Fuerza Irresistible, que da lugar a hablar de Ausencia del Acto por parte del agente activo del delito. Estoy perfectamente de acuerdo en que toda vez que se compruebe fehacientemente la Fuerza Física, a tal grado que haga desaparecer la voluntad por parte del actor, se reconozca la concurrencia de tal eximente de responsabilidad criminal; pero sí encuentro bastante difícil comprobar la segunda de dichas Fuerzas: la moral. No es tan fácil comprobar su existencia ni es tampoco tan fácil que haya llegado a ser tan determinante - que haya inducido u obligado al agente activo a actuar por ella.

En cuanto al Miedo Insuperable hallo que su prueba requiere un tecnicismo especial que hace muy difícil su concurrencia en juicio; sin embargo ya los Tribunales, en un afán meramente gracioso, han contribuido a aumentar la jurisprudencia sobre esta causa, concediendo - la exención de pena en un par de casos en que el autor ha alegado haber actuado bajo el estímulo de un miedo de tal magnitud, a grado tal de tener visiones oníricas que han impedido recordar con posterioridad detalles de un hecho que tenía todos los visos de ser premeditado. Debe pues tenerse muchísimo cuidado en la apreciación de esta causal, aunque reconozco que el ser humano es susceptible de verse en determinadas circunstancias poseído por un estado anímico de tal clase.

Aparte de la locura o demencia, de la menor edad y del caso fortuito, en el cual sí hay que determinar detenidamente si hay imprudencia o si concurre la causal mencionada, cabe hablar también de la posible concurrencia de la obediencia debida. En todas estas causas debe haber una habilidad de parte del litigante para arrojar prueba en el juicio de tal manera que haga al Juez reconocer su existencia, así como habilidad de parte del Juez para la apreciación de ellas, a fin de no incurrir en injusticias ni en simples favoritismos.

Estimo que esas son todas las causas de exclusión de responsabilidad de las que se pueda hablar en un delito como el que vengo estudiando.

En cuanto a las atenuantes, es innegable la concurrencia de cualquiera de las eximentes anotadas cuando sus extremos no pueden ser establecidos en su totalidad y se da entonces lo que se llama una "eximente incompleta".

La Preterintencionalidad, que ya examiné someramente en el capítulo respectivo, convierte al delito en estudio en una figura especial, atenuada "per se".

El Arrebato u Obsecación se aduce para atenuar los casos de Aborto por motivos económicos o por motivos sentimentales. Creo que debe aceptarse la concurrencia de tal causal de atenuación en esos casos, en donde verdaderamente se obra impulsado por sentimientos que no son comunes, atravesando el agente por una situación verdaderamente especial. El Juez debe ser benévolo en tales casos, aunque sin dejarse sorprender y sin actuar con flojedad o tolerancia. Esta misma causal sirve a mi juicio de base para atenuar el aborto por motivos de honor u "honoris causa", pero es bueno recordar que el arrebato es

una situación *MOMENTANEA*, mientras que la obsecación implica haber - pensado la comisión desde algún tiempo atrás, sin llegar por supuesto a la figura de agravación conocida como *Premeditación*.

Es indudable que concurre también la causal de tratar de remediar el mal producido o sus consecuencias perniciosas. Quien luego - de maniobrar para la expulsión del feto se arrepiente y trata por todos los medios a su alcance de salvarle la vida, no lográndolo, creo que puede ser acreedor a una rebaja en su sanción aduciéndose esta - causal.

Y por fin, cabe hablar también de la concurrencia de ciertas - agravantes. Creo que pueden concurrir las siguientes:

1o.- Sin lugar a dudas la del parentesco, es decir, que el autor de aborto sea el padre, abuelo, hermano legítimo, ilegítimo uterino o natural de la mujer que sufre el aborto. También creo que debe extenderse la aplicación de esta agravante al parentesco por Adopción, tal como se ha hecho con el Parricidio.

2o.- Puede concurrir también el precio, promesa o recompensa.

3o.- La mutilación en el feto hace que concorra la agravante - de ensañamiento a mi parecer.

4o.- También concurre sin duda la premeditación en aquellos ca - sos en que el autor haya obrado con base en el pensamiento previo, en forma reflexiva, serena y reposada (1), con ánimo sereno y frío (2).

5o.- El empleo de astucia o fraude es común. La primera se em - plea cuando se utiliza de algún ardid o habilidad para engañar o lo - grar artificialmente cualquier fin, en este caso el aborto criminal. El fraude es la acción contraria a la verdad o la rectitud: el engu - ño (3).

6o.- Sin duda concurre también el abuso de confianza, cuando es cometido por alguna persona en quien se tenga una esperanza firme de fidelidad. Abusa de confianza aquel en quien hemos depositado esperanza y fe y que falta a la consideración de que ha sido objeto, hiriendo la lealtad con que debiera corresponder (4).

7o.- Prevalerse del carácter público del autor, aunque sea un caso más raro, puede también darse. Prevalerse es tanto como aprovecharse de esa circunstancia o motivo favorable para la comisión del delito en cuestión.

8o.- La ignominia podría caber, pero creo que con mayor dificultad. Sin embargo cabría en los casos del aborto consentido u honoris causa, dando a conocer la comisión del hecho para deshonar a la mujer.

9o.- La reincidencia y reiteración pueden concurrir en sus respectivos casos. Puede ser que el autor haya sido condenado en forma ejecutoriada con anterioridad a la comisión del delito de aborto, o que haya cometido otro delito al que la ley le señale igual o mayor pena, o dos a los que señale penas menores

Estas son las circunstancias que estimo pueden concurrir a agravar la pena en el aborto criminal. Desestimo por supuesto el abuso de superioridad por ser parte integrante de la forma necesaria de comisión del delito.

En cuanto a las atenuantes llamadas "Calificadas" o Disminuyentes simplemente, creo que pueden concurrir indudablemente la de la menor edad, que conforme a las reformas que la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores ha introducido, debe entenderse que comprende sólo a los mayores de 16 y menores de 18 años en el Art. 58 Pn. También -

puede concurrir que la autora del aborto provocado sea mujer, pero - por el mismo hecho de serlo la autora del autoaborto, no cabría hablar de esta disminuyente por razones obvias. Concurriría por supuesto la del sordomudo o del loco que obra en un intervalo lúcido, y la de no haber en el proceso más prueba que la confesión judicial no contradicha.

Castro Ramírez (5) niega la atenuación especial de este artículo a las mujeres, pues según su dicho, las tendencias del moderno derecho penal son hacia la equiparación de los sexos. Siento disentir con esta opinión, pero creo que la mujer merece "per se" una especial consideración.

CITAS DEL CAPITULO DECIMO SEGUNDO.

- (1) Castro Ramírez. *Las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal.* Pág. 92.
- (2) ob. cit. Carmignani. Citado por Castro Ramírez.
- (3) ob. cit. Pág. 100.
- (4) ob. cit. Pág. 113.
- (5) ob. cit. Pág. 68

CAPITULO DECIMO TERCERO

LA PROTECCION A LA VIDA EN FORMACION EN OTROS CUERPOS LEGALES DEL PAIS.

Diversas disposiciones del Código Civil. La Legislación Laboral y de Seguridad Social.

Como dije en el capítulo correspondiente, el bien jurídico tutelado por el tipo delictivo que he venido estudiando es la vida en formación. El Código Penal la protege en la forma que se ha visto, pero no es el único cuerpo legal en el país que lo hace. Hay disposiciones en el Código Civil que protegen también en distintas formas la vida del no nacido y algunas disposiciones del Código de Trabajo y de las Leyes de Seguridad Social, vienen a redundar en la misma protección a ese ser en formación. En este capítulo haré una transcripción y cita de estas disposiciones legales.

Creo que la base la da el Art. 73 C. que reza: "La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera 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 peligrá".

Otras disposiciones que se relacionan con esta son las siguientes:

Art. 211.- "La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; y aun que el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no será obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo es ilegítimo".

Art. 364.- "Se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer"

Art. 376.- "Puede asimismo nombrar curador por testamento para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer, con la limitación del Artículo 374; pero si la madre no tiene impedimento legal para ejercer la patria potestad corresponde a ella la representación de los derechos eventuales del póstumo, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 381".

Art. 488.- "Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo, y en el tiempo debido, estarán a cargo de la madre, o en su caso, a cargo del curador que haya sido designado a ese efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el Juez a - pedimento de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo".

Art. 485.- "La persona designada por el testamento del padre - para la tutela del hijo, se presumirá designada asimismo para la cura d i de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno fallece el padre".

Art. 490 inc. 3o.- "La curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer, cesa a consecuencia del parto".

Arr. 486.- "El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración a - todas las trabas de los tutores o curadores, y además se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conser vación y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las - deudas de sus respectivos representados".

El Art. 487 y los siguientes tres, también se refieren a otras prohibiciones para esta clase de curadores.

El Art. 535 reza: "Los curadores de bienes de ausentes, los cu radores de los derechos eventuales de un póstumo, los curadores de una herencia yacente y los curadores especiales, no tienen derecho a la quinta. Se les asignará por el Juez una remuneración equitativa sobre los frutos de los bienes que administran, o una cantidad determinada, en recompensa de su trabajo, no pudiendo bajar de un dos ni exceder de un ocho por ciento".

Art. 963.- "Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 958, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado".

"Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, se rá también preciso existir en el momento de cumplirse la condición".

"Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión".

"Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador".

Art. 1066 inc. 2o.- "Si se sabe que ha de existir el asignatario en ese día, como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente", tendrá lugar lo prevenido en el inciso 1o. del artículo precedente".

Art. 1065.- "La asignación desde día cierto y determinado de - al asignatario desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla, pe ro no el de reclamarla antes de que llegue el día".

"Si el testador impone expresamente la condición de - existir el asignatario ese día, se sujetará a las reglas de las asignaciones condicionales".

Art. 1269.- "No puede hacerse una donación entre vivos a persona que no existe en el momento de la donación".

"Si se dona bajo condición suspensiva, será también ne cesario existir al momento de cumplirse la condición".

"Lo dispuesto en este artículo queda sujeto a las excepciones indicadas en los incisos 3o. y 4o. del artículo 963".

Art. 817.- "La familia comprende (para los efectos de las necesidades del usuario...) la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no está casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución! Este es el inciso 3o. del artículo citado.

Art. 75.- "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 72, inciso 2o., pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido".

Todas las disposiciones antes citadas son del Código Civil, que como se ve, protege de diversas formas la vida en formación.

En el Código de Trabajo también se pueden encontrar disposiciones que de una u otra forma tienden en el fondo a lo mismo, entre ellas la que garantiza en el Art. 49 inc. 1.º la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada, y las que impiden a las mujeres realizar determinada clase de labores, entre ellas las de naturaleza insalubre o de índole peligrosa; las disposiciones que regulan la duración de la jornada de las mujeres, etc... (Artos. 88, 89, 93 y siguientes del Código de Trabajo).

Asimismo hay algunos artículos del Código que se refieren a las prestaciones que el patrono está obligado a dar por maternidad. Estas disposiciones en el fondo también garantizan la vida en formación, principalmente las que conceden vacaciones con goce de sueldo proporcional.

En el Art. 59 y sesenta de la Ley del Seguro Social se encuentran disposiciones semejantes, en las que se enumeran los beneficios que concede el régimen de seguridad social por maternidad, correspondiendo tales beneficios a los que enumeran los artículos 260, 261 y 263 del Código de Trabajo, así como los del 283 del mismo cuerpo legal.

El Art. 30 del Reglamento para la aplicación del Régimen del Seguro Social, consagra también una explicación al beneficio de lactancia que concede el literal d) del Art. 59 de la Ley antes mencionada, y se refiere también a la canastilla maternal. El Art. 28 del Reglamento en cuestión fija la cantidad a que ascenderá el subsidio por maternidad, y los Artos. 25 y 26 establecen los requisitos para gozarlo y el tiempo por el cual serán gozados.

El Art. 55 de tal Reglamento concede los mismos beneficios que al cónyuge, a la compañera de vida del Asegurado, haciendo eco así a la tremenda realidad que vive nuestro pueblo, que ha hecho necesario que se consagre en la ley una equiparación de derechos entre la cónyuge legítima y, la compañera de vida, cuando la primera no existe.

Esas son las disposiciones legales que en nuestro país garantizan o protegen en diversas formas la vida en formación.

Se habla ya también de una Ley de Protección a la Familia, para sancionar en forma severa a los padres irresponsables. Buena falta que hace tal legislación.

CAPITULO DECIMO CUARTO

ALGUNOS DATOS ESTADISTICOS. Reos procesados por Aborto en el país. Número promedio de abortos criminales comprobados en los Centros Asistenciales.

He arri^vado prácticamente al final de este trabajo y creo necesario ilustrarlo con algunos datos estadísticos, pues de esta manera se verá la magnitud de la incidencia del aborto criminal en el país y los escasísimos casos en que los tribunales conocen de estos.

Quiero señalar que debido a la falta de un adecuado método de archivo en la Dirección de Centros Penales y de Readaptación, la tarea de encontrar los casos de reos procesados por el delito en cuestión se dificulta muchísimo, ya que en las tarjetas que se llevan para cada reo, únicamente se indica su nombre, el Tribunal a cuya orden está, su condición de mayor o menor de 16 años y el número de su cartapacio o expediente. Así pues, para averiguar quiénes están procesados por aborto, hay que revisar los cartapacios de todos los reos, hombres y mujeres, que están detenidos, ya que en sus respectivas tarjetas no hay ninguna indicación acerca del delito por el cual se les procesa. Y esto arrojaría únicamente el número de casos en que hay reos detenidos por esta clase de infracción, pero nunca el índice exacto de incidencia de tal delito.

En vista de la dificultad anteriormente expuesta, recurrí al Anuario Estadístico, Vol. II, editado por la Dirección General de Estadística y Censos. Debo indicar que este documento me ha sido de enorme utilidad.

He encontrado que durante el año 1965, del cual sí se tienen cifras revisadas y completas —no así de 1966— en los Centros Hospita-

larios del país se atendió a SEIS MIL TRESCIENTAS NOVENTA mujeres que llegaron a consulta, diagnosticándose "Aborto, sin mención de infección o de toxemia", de las cuales CUATRO MIL QUINIENTAS CINCUENTA llegaron por primera vez. Las edades de estas mujeres oscilaban entre los 10 y los 69 años, estando 10 de ellas entre 10 y 14; 765 entre 15 y 19; 2850 entre 20 y 29; 2685 entre 30 y 49; 15 entre 50 y 69; y 65 de edad desconocida.

Además de estos 6390 casos de aborto sin mención de infección o de toxemia, hubo QUINIENTOS NOVENTA casos de consulta por "aborto con infección", de las que TRESCIENTAS SETENTA llegaban por vez primera a un hospital. Las edades oscilaron entre los 15 y los 49 años, así: 90 entre 15 y 19; 305 entre 20 y 29; 195 entre 30 y 49. Entre estas mujeres, entre los 15 y 19 años, 55 de ellas ya habían consultado antes por igual causa; así también 180 de las comprendidas entre 20 y 29 años y 135 de las que tenían entre 30 y 49.

Los casos de Aborto con infección SE REPUTAN CRIMINALES, a más de otros muchos entre los que no aparecen con cuadros infecciosos o de toxemias, pero que acuden a los Centros Asistenciales para buscar curación a las fuertes hemorragias u otros trastornos.

Aparte de esto, es de interés ver los números de defunciones ocurridas en los Hospitales del país. En 1965, 5 mujeres fallecieron por causa de "aborto sin mención de infección o toxemia" y 9 murieron por causa de "Aborto con infección". De las primeras cinco, tres de ellas tenían entre 15 y 19 años; 1 estaba entre los 20 y 24 años; y una también entre los 25 y los 29. De las nueve que murieron por Aborto con infección, que como ya dije debe reputarse criminal, tres tenían entre 20 y 24 años; dos entre 25 y 29; una entre 30 y 34; una también entre 35 y 39; y dos entre 40 y 44.

Cabe señalar también el número de personas enjuiciadas por Aborto Criminal en los últimos años. Así, en 1960 fueron OCHO; en 1961 - fueron ONCE; en 1962, NUEVE; en 1963, sólo TRES y en 1964 DOCE, siendo apenas SIETE en 1965. Carezco de datos referentes a 1966 porque - la Dirección General de Estadística y Censos aun no ha publicado el - Anuario correspondiente y tampoco aparecen los datos respectivos en - los Avances Estadísticos publicados hasta la fecha en el año en curso.

De los siete casos de personas procesadas por Aborto en 1965, TRES lo fueron en San Salvador, UNA en San Juan Opico, DOS en Dulce - Nombre de María; y UNA más en Cojutepeque. El número de procesos por tal causa en el mismo año fue de CINCO, de los cuales dos se instruyeron en San Salvador, y uno en San Juan Opico, Dulce Nombre de María y Cojutepeque respectivamente.

En los años anteriores el número de procesos instruidos fue el siguiente: SEIS en 1960; OCHO en 1961; SIETE en 1962; DOS en 1963 y NUEVE en 1964.

En cuanto a los casos que llegaron a Jurado, sólo fue UNO en - 1965, siendo ABSOLUTORIO el veredicto que se pronunció.

* Puede verse cómo es ridícula la comparación de cifras entre los casos de aborto CON INFECCION, que se reputan criminales, atendidos - en los Centros Hospitalarios del país durante el año de 1965 (QUINIEN - TOS NOVENTA casos) y el número de procesos instruidos por aborto criminal en el mismo año (CINCO apenas). A esto auméntesele como ya dije que algunos casos de aborto sin infección son también criminales, pero su comprobación se hace difícil, a más de que las mujeres lo ocultan en esos casos. Es lógico que debe existir algo anómalo para que concorra esa divergencia entre el número de abortos atendidos en los Centros Asistenciales y el número de juicios instruidos.

Atribuyo tal divergencia al personal hospitalario del país; médicos y enfermeras principalmente, pues aún y cuando la misma paciente les confiese haberse provocado el aborto o haber permitido su provocación, ninguna de esas personas da parte a los tribunales para que se inicie el informativo de ley.

El personal hospitalario del país se ampara en el secreto profesional y en que si se da parte a los tribunales para que juzguen a los responsables de estos delitos -cuya comprobación no ofrecería dificultad puesto que la delincuencia se establece con la confesión extrajudicial y el Cuerpo del Delito con el reconocimiento de la mujer y del producto expulsado cuando sea posible- la publicidad haría que buen número de mujeres pusiera su barba en remojo -valga la expresión- y no llegarían a los Hospitales a solicitar curación, lo cual provocaría que muriesen en buen número. El personal aludido prefiere el silencio ante tal acción monstruosa y no la denuncia, ya que esta traería como consecuencia un aumento en los casos de muerte por aborto -criminal, a causa de las complicaciones.

A todas las cifras anotadas debe aumentarse los casos que no conllevan complicaciones, así como los que llevándolas provocan la muerte de las mujeres sin asistencia médica, sin acudir a los Hospitales; y por supuesto todos aquellos casos -que no son pocos- en que el frío escenario de una clínica particular es testigo de un simple "raspado". Bien dice el Doctor Bustamante en el trabajo que cité oportunamente, que la realidad nacional del aborto criminal asciende a unos TREINTA MIL casos al año. Aunque aparentemente esta cifra parezca exagerada, comparándola con los datos estadísticos anotados, la verdad es que la autoridad del Ginecólogo mencionado me hace inclinarme a creerlo.

Los números son fríos -se ha dicho- pero el ánimo de quien conoce la triste realidad del Aborto Criminal no puede ni debe permanecer frío. Ojalá y en un no lejano día, El Salvador pueda, con legítimo orgullo, quitarse de encima, despojarse por fin de la sangrienta y vergonzosa vestimenta que lleva a consecuencia de esa lacra social - constituida por la alta incidencia del Aborto Criminal.

Dios así lo quiera, por el bien de la Patria, sus mujeres y - sus hijos, y en particular de las capas sociales más afectadas.

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

- 1) ALVAREZ GARCIA PRIETO, Guillermo. *El Aborto, es un crimen?* Madrid. 19-
- 2) BADANELLI, Pedro. *El Derecho Penal en La Biblia; los grandes delitos sexuales.* Buenos Aires, Editorial Tartessos, 1959.
- 3) BERNALDO DE QUIROZ, Constanancio. *Derecho Penal. Parte Especial.* México, Editorial José M. Cajica Jr. 2a. Ed. 1957.
- 4) CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial.* Vol. I. Bogotá, Editorial Temis, 1957.
- 5) CASTRO RAMIREZ, Manuel n., *Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.* San Salvador, Talleres Gráficos Ariel.
- 6) CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal; conforme al Código Penal, texto refundido de 1944, 9a. edición, Barcelona, Bosch, 1955, 2 v.*
- 7) CUELLO CALON, Eugenio. *Cuestiones penales relativas al aborto.* Barcelona, Librería Bosch, 1931.
- 8) CUELLO CALON, Eugenio. *Tres temas penales.* Barcelona Bosch, 1955.
- 9) ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal; Parte Especial.* Santiago - de Chile. Carlos E. Gibbs, Editor, 1965, v. 3
- 10) FABRE, Profesor. *Manual de Obstetricia.* Barcelona, Salvat Editores. 1938; v. 2.
- 11) FONTAN BALESTRA, Carlos. *Manual de Derecho Penal.* Buenos Aires, Editorial Depalma, 1967, 2 v.
- 12) GEORGE, Henry. *Progreso y Miseria.* Valencia, Ediciones Fomento de Cultura, 1963, 7a. edición.
- 13) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos.* México, D.F. Editorial Porrúa, 1961.
- 14) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. *Derecho Penal Mexicano. México. Antigua Librería Robredo, .1958. v.2.*
- 15) MEDINA, LEON Y MARAÑON, Manuel. *Leyes Penales de España; conforme a los textos oficiales. 10a. edición. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947. 1 v.*

- 16) MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal; Parte Especial. Trad. por Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1954.*
- 17) MORA, Carlos Federico. *Medicina Forense. Guatemala, Talleres de la Tipografía de Guatemala, 1938.*
- 18) MERKEL, Adolfo. *Derecho Penal. Trad. por P. Dorado. Madrid. La España Moderna. v. 2. 19*
- 19) PECO, José, *Proyecto de Código Penal; exposición de motivos. La Plata, Argentina. Universidad Nacional de La Plata, 1942.*
- 20) PEREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal Colombiano. Bogotá, Editorial Temis. 1956-1959. v.3.*
- 21) PLATON. *La República, Buenos Aires, Editorial Sopena.*
- 22) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Dogmática de los tipos contra la vida y la salud. 3a. ed. México. 1 v. (Mimeografiado).*
- 23) QUINTANO RIPOLLIES, Antonio. *Comentarios al Código Penal. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1956. 2 v.*
- 24) QUINTANO RIPOLLIES, Antonio. *Compendio de Derecho Penal. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. 2 v.*
- 25) RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel. *Doctrina Penal del Tribunal Supremo. Apéndice II, 1948 a 1949. Madrid, Aguilar Ediciones, 1950.*
- 26) ROJAS, NERIO. *Medicina Legal. 7a. ed. Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1961.*
- 27) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1951. v. 2 y 3.*
- 28) ROSAL, Juan del. *Comentarios a la Doctrina Penal del Tribunal Supremo. Madrid, Aguilar Ediciones. 1961. 1v.*
- 29) AVILA ARAUJO, Ronald. *El Aborto en El Salvador. (Conferencia). San Salvador, 1964.*
- 30) BUSTAMANTE, Jorge. *El problema del Aborto Provocado. (Conferencia). San Salvador, Congreso de Patología y Medicina Forense, 1966.*
- 31) BUSTAMANTE, Jorge. *El problema médico en el control de la natalidad. La Universidad, Revista Bimestral de la Universidad de El Salvador. 42(1):85-93. 1967.*

- 32) OROZCO, Adolfo. *Contracepción y sentido profundo de la maternidad. La Universidad, Revista Bimestral de la Universidad de El Salvador.* 42(1):107-188. 1967.
- 33) PECCORINI LETONA, Francisco. *Nuevos enfoques sobre el control de la natalidad. La Universidad, Revista Bimestral de la Universidad de El Salvador.* 40(5):51-72. 1965.
- 34) PROGRESO. *Información Básica sobre América Latina.* 234-235. 1966.
- 35) PROGRESO. *Información Básica sobre América Latina.* 214-216-1967.
- 36) BIBLIA. *La Sagrada Biblia, trad. y notas de Elio Nacar Fuster y Alberto Colunga.* 16a. Ed. Madrid, La Editorial Católica. 1965.
- 37) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual.* 1a. ed. Buenos Aires, 1946.
- 38) *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.* Madrid, Real Academia Española. 1a. 1930.
- 39) ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia.* París. Librería de Garnier, 1869.
- 49) *ANUARIO ESTADISTICO.* Dirección Gral. de Estadística y Censos. Vol. 2. 1965.
- 50) *EL SALVADOR. Código Penal de 1904 y sus reformas hasta la fecha. Constitución y Códigos de la República de El Salvador, Imprenta Nacional, 1947. Ministerio de Justicia.*
- 51) *EL SALVADOR. Código Civil vigente con sus reformas. Constitución y Códigos de la República de El Salvador. San Salvador, Imprenta Nacional, 1947. Ministerio de Justicia.*
- 52) *EL SALVADOR. Código de Trabajo. San Salvador. Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 1963.*
- 53) *EL SALVADOR. Ley de Creación del Instituto Salvadoreño del Seguro Social. Ley del Seguro Social y sus Reglamentos. San Salvador, Instituto Salvadoreño del Seguro Social, 1966.*
- 54) *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Revistas Judiciales: 1941, 1942, 1943, 1948.*

INDICE

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

PRIMERA PARTE

Páginas

CAPITULO I.- CONCEPTO DEL ABORTO. Conceptos Médicos. Conceptos de la Real Academia de la Lengua. Algunos Conceptos Jurídicos 3

CAPITULO II. LA PUNIBILIDAD DEL ABORTO A TRAVEZ DE LA HISTORIA. (Primera Parte), Epoca primitiva. El aborto entre los Egipcios, los Persas y los Medas. Su castigo entre los Hebreos. La antigua India. Castigos entre los Griegos y los Romanos. Disposiciones en el Fuero Juzgo, El Digesto y Las Partidas. Punibilidad entre las civilizaciones Pre-Colombianas. 7

CAPITULO III. LA PUNIBILIDAD DEL ABORTO A TRAVEZ DE LA HISTORIA. (Segunda Parte). Su castigo en el Medievo. La Evolución de las penas. Influencia del pensamiento de Beccaria y John Howard. La Revolución Francesa. Punibilidad actual en el Derecho Comparado. 15

CAPITULO IV. FUNDAMENTO PUNITIVO DEL ABORTO. EL BIEN JURIDICO TUTELADO. El Bien Jurídico Protegido según la opinión de algunos penalistas. Opiniones en contra de la punibilidad del aborto. 23

CAPITULO V. CAUSAS Y MOTIVOS DEL ABORTO. CONSIDERACIONES SOCIALES. LA POSICION DE ALGUNAS RELIGIONES. Causas más frecuentes en nuestro medio. Algunos aspectos de nuestra realidad social. Malthus y el Neomalthusianismo. El control de la natalidad, como remedio a la presión demográfica. Plantificación de la familia. Fundamentos de la oposición de la Iglesia Católica y su evolución: las Encíclicas "Casti Connubi", "Mater et Magistra", "Pacem in Terris" y "Populorum Progressio". Voces en favor del control natal dentro de la Iglesia. Posición de las Iglesias Protestantes y Judías. .. 30

CAPITULO VI. MEDIOS ABORTIVOS. Algunas sustancias químicas y vegetales. Medios Mecánicos. Traumatismos físicos o sexuales. Breve relación de algunos casos reales. 42

CAPITULO VII. HISTORIA DE LA PUNIBILIDAD DEL ABORTO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA. Las Leyes Patrias del Padre Menéndez. Los Códigos Penales desde 1857 hasta el vigente. El Proyecto de la Comisión de 1943; Arrieta-Rossi-Escobar-Azúcar Chávez. El más reciente Proyecto de la Comisión de 1959: Castro-Ramírez n.-Córdova-Fernández. Disposiciones de la Ley de Policía y del Código de Sanidad. 49

SEGUNDA PARTE

Páginas

CAPITULO VIII. DESCRIPCION TIPICA DEL DELITO DE ABORTO. Opiniones diversas entre penalistas. 62

CAPITULO IX. ANALISIS DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DEL ABORTO. 1) Aborto Punible: sufrido o violento; consentido, preterintencional, procurado o propio y "honoris causa"; 2) Aborto No Punible: terapéutico, eugenésico, por motivos económicos o neomalthusiano, y por motivos sentimentales. 74

CAPITULO X. GRADOS EN QUE PUEDE DARSE EL DELITO DE ABORTO. Requisitos del Aborto Consumado. La Frustración en el delito de Aborto. La Tentativa de este delito y su posible impunidad. Cuando cabe el delito imposible. Jurisprudencia y Notas Críticas. 100

CAPITULO XI. LA PARTICIPACION CRIMINAL. Los Autores: autores directos, inductores y cooperadores necesarios. Cómplices o auxiliares. Encubrimiento. Jurisprudencia y Notas Críticas. 104

CAPITULO XII. CAUSAS QUE PUEDEN EXCLUIR O MODIFICAR LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL AGENTE. Posibilidad de concurrencia de algunas de las Causas que excluyen de responsabilidad criminal según el Código Penal. Algunas Atenuantes y Agravantes. Atenuantes Calificadas. 124

CAPITULO XIII. LA PROTECCION A LA VIDA EN FORMACION EN OTROS CUERPOS LEGALES DEL PAIS. Diversas disposiciones del Código Civil. La legislación Laboral y de Seguridad Social. ... 130

CAPITULO XIV. ALGUNOS DATOS ESTADISTICOS. Reos procesados por Aborto en el país. Número promedio de abortos criminales comprobados en los Centros Asistenciales. 136