

Universidad de El Salvador

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



El Aborto en la Legislación Salvadoreña y en la Doctrina

Tesis Doctoral Presentada Por:

ADOLFO MENDOZA VASQUEZ

Como Acto Previo de su Investidura Académica de
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1991



SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA.

T

364.18
M539a

Ej. 2.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DR. JOSE BENJAMIN LOPEZ GULLEN

SECRETARIO GENERAL

DRA. GLORIA ESTELA GOMEZ DE PEREZ

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. HECTOR ANTONIO HERNANDEZ TURCIOS

SECRETARIO

LIC. MATEO ALVAREZ GUZMAN

TRIBUNALES EXAMINADORES

**EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:
MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.**

Presidente : Dr. Oscar de Jesús Zamora
1er. Vocal : Dr. Mario Mezquita
2do. Vocal : Dr. Román Gilberto Zúniga Velis

**EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:
MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.**

Presidente : Dr. Hugo René Bañoz Sánchez
1er. Vocal : Lic. Salvador Valencia Robles
2do. Vocal : Dr. Oscar Armando Melhado Montes

**EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:
CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL**

Presidente : Dr. Enrique Argumedo
1er. Vocal : Dr. manuel Adán Mejía Rodríguez
2do. Vocal : Dr. Oscar Armando Melhado Montes

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112889

ASESOR DE TESIS

PROFESOR NORMALISTA Y LIC. ABELINO CHICAS ALFARO

San Salvador, 3 de Abril de 1991

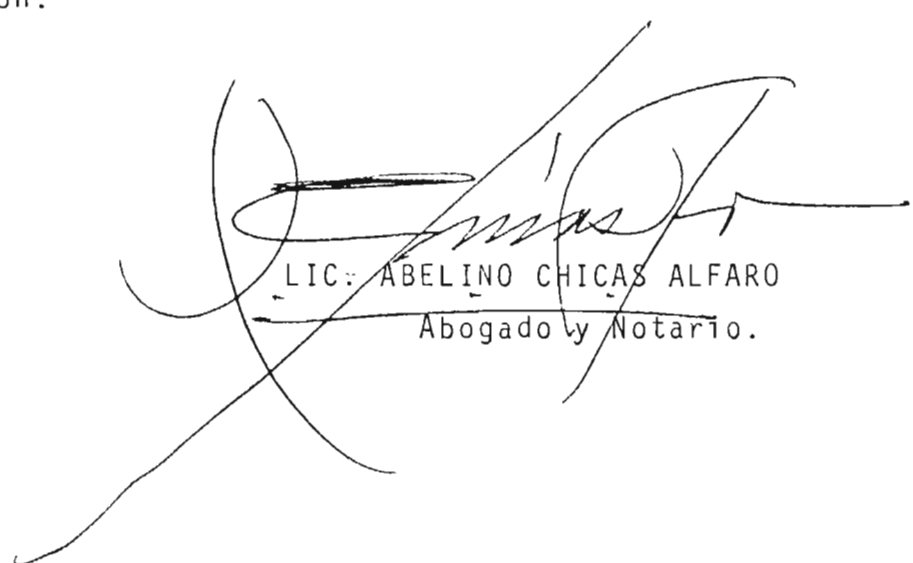
Señor Secretario de la Facultad de
Jurisprudencia y Ciencias Sociales,
Presente .

De la manera más atenta me dirijo a usted como asesor de tesis doctoral, que sobre el tema: " EL ABORTO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA Y EN LA DOCTRINA ", ha desarrollado el Bachiller ADOLFO MENDOZA VASQUEZ, a propuesta de este Departamento.

Sobre ello digo:

- a) Que doy mi aprobación al desarrollo de dicha tesis, en la --cual se han seguido los lineamientos determinados por el asesor;
- b) La presente tesis, constituye un esfuerzo digno de reconocer, tomando en consideración la importancia del tema tratado.

Con toda atención.



LIC: ABELINO CHICAS ALFARO
Abogado y Notario.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: DR. JOSE RAMON FLORES BERRIOS

PRIMER VOCAL: LIC. TITO EDMUNDO ZELADA

SEGUNDO VOCAL: LIC. WILLIAM CALDERON ALFEREZ

DEDICATORIA

Entrego esta tesis Doctoral a la Universidad Nacional de El Salvador, profundamente inspirado de un espíritu de gratitud y de humildad, agradecido por el privilegio de haberme gestado y parido en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en el tiempo justo en que está celebrando su 150 aniversario de fundación, en la vorágine de grandes convulsiones políticas e ideológicas en que, incluso, abiertamente se ha pretendido injustificadamente negarle su existencia, a lo cual, siempre ha nacido una firme e ineludible respuesta: Hacia la cultura por la cultura. Mi agradecimiento además, porque me ha dado la oportunidad de ofrecerle a los estudiantes, al menos como divulgación, el fruto de mis estudios a los que he dedicado gran parte de mi vida.

He quedado en deuda con mi padre, don Adolfo Mendoza Hernández, humilde agricultor y de gran fe en Dios, quien profundamente quiso ver, con fervor, que su hijo último, recibiese la borla del doctorado que hoy recibo, pero su vocación de padre fue concluida un domingo 18 de enero de 1976, víctima de una trombosis cerebral.

Para mi madre, doña Filomena Vásquez de Mendoza, dormida en la paz del Señor, también un día domingo 2 de abril de 1989, esta mi ofrenda póstuma, a ella que ansió y esperó en silencio mi triunfo; a ella que siempre unida a mi padre sacrificaron sus vidas con la esperanza de verme un día doctorado.

Sirvan estas palabras también como fiel testimonio de agradecimiento a Mauricio,

mi hermano, quien me cedió el paso en los estudios universitarios, dadas las circunstancias económicas difíciles de mis progenitores. Asimismo, presento este mi esfuerzo a mis otros hermanos: Concho, Paco (R.I.P), Berna y Pacita, con auténtico amor de hermano. Y para mis criaturas: Adolfo, quien, con su nombre, suscita en mí la nostalgia de mi padre, Luis Felipe y Jaime Miguel, como orientación para que jamás renuncien al combate por la búsqueda y conquista de sus ideales.

Presento finalmente, un especial apartado de agradecimiento a mi amigo, -- Dr. Roberto Arturo Castrillo Hidalgo, hombre de leyes, inmerso en los avatares diplomáticos, quien me brindó su bondad incondicional en los momentos -- más cruentos de mi vida de estudiante universitario. A Ramón Narciso Granados Zelaya, abogado, brote leal, expresión de mi vieja amistad.

P R E F A C I O

El origen de mi escogitación del punto de tesis doctoral, cuyo título se denomina: " El Aborto en la Legislación Salvadoreña y en la Doctrina ", al cual le dediqué todo mi esfuerzo físico e intelectual por más de un año, se debió no por la creencia de que se trate de una institución jurídica nueva, todo lo contrario, pues siendo bien conocida y abordado el tema por la casi totalidad de tratadistas de derecho penal y estando legislado en nuestro país, con todo, el aborto es y seguirá siendo un problema social serio. Ha sido mi ánimo, sin la más mínima pretensión, despertar en los jóvenes que, por vocación, se inician en los intrincados caminos del derecho, que nazca una inquietud, un interés de preocupación en el estudio de por qué debe protegerse el producto de la concepción humana. Si ello tiene acogida, puedo afirmar que se habrá hecho eco en mi afán que dejo estampado en estas mis sencillas páginas.

En el desarrollo del trabajo se han analizado los diferentes criterios doctrinarios sobre la existencia y punibilidad del delito aludido; luego, los diferentes tratamientos que nuestra legislación penal salvadoreña da a dicha figura delictiva, con lo cual, al final advertimos que el delito en nuestra realidad nacional se comete y raramente o nunca llega al conocimiento de las autoridades judiciales para su correspondiente investigación y castigo, según el caso.

San Pedro Perulapán, mi ciudad natal.



INDICE

	Pág.
GENERALIDADES	1
CAPITULO I	
Aspectos Doctrinarios sobre el Delito de Aborto	
Naturaleza Jurídica	7
Concepto	8
Bien Jurídico Tutelado	12
Elementos	14
Clases de Aborto	
Aborto Propio	23
Aborto Consentido	23
Aborto sin Consentimiento	24
Aborto Agravado	25
Aborto Honoris Causa	26
Aborto seguido de muerte de la abortada	27
Aborto preterintencional	29
Aborto Culposo	31
Aborto Impune	32
CAPITULO II	
El Delito de Aborto en la Legislación Penal Salvadoreña	
1.- Aborto Propio o Procurado: Art. 161 Pn.	35
2.- Aborto Consentido: Art. 162 Pn.	37
3.- Aborto sin Consentimiento : Art. 163 PN.	38
4.- Aborto Agravado: Art. 164 Pn.	39
5.- Aborto Atenuado: Art. 165 Pn.	41

Pág.

6.- Aborto de Consecuencias Mortales: Art. 166 Pn.	42
7.- Aborto preterintencional: Art. 167 Pn.	43
8.- Aborto Culposo: Art. 168 Pn.	43
9.- Aborto No Punible: Art. 169 Pn.	44

CAPITULO III

Conclusiones y Recomendaciones	47
Referencias Bibliográficas	52

GENERALIDADES

Históricamente, el aborto, como hecho punible, es desconocido por los salvajes, entre los cuales, tan lícito es a una mujer el destruir el fruto de sus entrañas, - como el cortarse los cabellos.

Hay que llegar hasta el Zend-Avesta para encontrar las primeras prohibiciones a este respecto. Letourneau menciona la isla de Formosa, donde se imponía el - aborto por utilidad pública y donde las mujeres no concebían antes de los treintiseis años, habiendo sacerdotisas especializadas para procurar el aborto a las - que quedaran encinta antes de esa edad. (1)

Los pueblos paganos no consideraron delictuoso el hecho de que una mujer se - causara su propio aborto ni el de que se lo ocasionase un tercero con su consentimiento, pues entendían ellos que el feto no era más que una parte de las entrañas maternas y que, por tanto, la embarazada podía destruirselo o consentir que otro se lo destruyera, sin que se incurriera en ningún atentado que reclamase represión penal. Con el mismo criterio con que se prescindía de sancionar la autolesión, debía dejarse impune el aborto realizado o consentido por la abortada. Las penas que en la antigua Roma se conminaban contra el aborto no consentido tenían la finalidad de proteger la salud y la integridad personal de la mujer encinta y no la vida del feto. Alrededor del año 200 de la era cristiana comenzó a castigarse en el derecho romano el aborto propio o consentido por la abortada, pero sólo cuando ésta era casada y no con el fin de proteger la vida intrauterina del ser humano, sino el derecho que tenía el marido a su descendencia.

En los pueblos que consideraban el aborto propio o consentido como un hecho impune, proliferaron en forma inusitada los abortos, a los cuales acudía la mujer, - ya para librarse de las incomodidades y molestias del embarazo, ya para eludir los dolores y peligros del parto, bien para evitar los sinsabores y obligaciones de la crianza del niño, o la multiplicación de la prole. Se llegó, incluso, a ver en el aborto como medio para la conservación de la esbeltez del cuerpo y la belleza - de las líneas femeninas.

El cristianismo reaccionó severamente contra la concepción que de nían los paganos. Consideró, en verdad, que el feto es una criatura de Dios, la esperanza de una vida humana, que debe ser protegida por la religión, la moral y el derecho. (2)

Con el cristianismo pues, comenzó a verse en el aborto un verdaero delito, salvo que el Derecho Canónico, imbuído en las teorías anímicas, distinguió la muerte del feto vivificado, con alma, y la del feto en que no residía ésta; para establecer la distinción, se decía que el embrión se animaba de seis a diez semanas después de la concepción, según el sexo; cuando el aborto causaba la muerte del feto provisto de alma, la penalidad era la muerte porque la acción condenaba al limbo un ánima no redimida por las aguas del bautismo; en caso contrario, las - penas eran inferiores, pecuniarias generalmente. Las Partidas siguieron la distinción canónica sobre la animación del feto, con penalidad de muerte o de destierra en sus casos. En la antigua legislación de España, el Fuero Juzgo castigaba con muerte o ceguera a los que mataban a sus hijos antes o después del nacimiento, así como a los que proporcionaban hierbas abortivas (Libro VI, título

III, leyes 1a. y 6a.).

En el siglo XVIII se inició enérgico movimiento intelectual en contra de la severa penalidad del aborto. Beccaría, protestando contra las penas del infanticidio, introdujo también en el aborto la atenuación. Todas las legislaciones actuales - han aceptado con mayor o menor intensidad la disminución de la pena. La atenuación ha sido mayor en aborto que en infanticidio porque aun cuando ambos - pueden reconocer las mismas causas, el bien jurídico protegido a través de la sanción penal es distinto; el feto o embrión cuya muerte o disociación es el objeto deseado por el que hace abortar, pertenece a la especie humana, pero no es todavía un hombre, sino una esperanza, una simple expectativa incierta en su realización por depender de los peligros de la continuación del embarazo y del nacimiento. En cambio, el nacimiento proporciona al producto de la concepción la verdadera personalidad humana biológica y jurídicamente considerada - porque la fisiología del recién nacido, es ya autónoma respecto de la fisiología materna. La vida del infante es un bien jurídico de mayor categoría que la vida en gestación; la conciencia de la especie es más enérgica mientras mayor identidad existe con el ser a quien se dirige. Por eso, la transgresión efectuada por el infanticida es más grave que la del abortador; aquél representa mayor peligro para la comunidad que éste, porque viola normas superiores de solidaridad humana. (3)

En el transcurso del siglo XIX, las penas para el aborto se fueron modificando y si no desembocaron en la vieja impunidad, al menos se redujeron considerablemente.

En las primeras décadas del presente siglo, algunas voces se han levantado para defender el derecho de la mujer a poner fin arbitrario a su embarazo. Equivocadamente se quiso establecer una relación entre las tendencias neomalthusianas y la ideología socialista y hasta se intentó comprobar esa relación con la política Soviética que, al iniciarse el régimen proletario, se vio obligada a permitir el aborto, si bien controlándolo en establecimientos especiales. El aborto no es un Canon del socialismo científico. Si se toleró en la U.R.S.S. fue debido a hechos graves y contingentes. Apenas la situación social se modificó, vino la prohibición, salvo cuando se practicaba legalmente por motivos sanitarios. (4)

La cuestión de la punibilidad del aborto no es nueva. Razones de distinta índole, morales, demográficas, médicas, de política criminal, de filosofía del derecho y religiosas se han hecho y se hacen valer para castigarlo o para declararlo impune, idea esta última que ha tenido poca acogida en las legislaciones. (5)

La disciplina penultimamente referida en el párrafo anterior, la cual en su contenido fundamental se circunscribe en escudriñar la esencia del derecho, se refiere al derecho a la vida como primer corolario de la dignidad de la persona individual y en ese sentido expresa que la vida biológica del hombre que, desde luego es un hecho, constituye algo más que un mero hecho, comparado con los demás hechos de la naturaleza. Es también un derecho. Esto quiere decir que socialmente el ser humano tiene el derecho a ser protegido por las normas jurídicas. Este derecho es ciertamente inseparable del hecho mismo de la vida. El hecho de la vida constituye el título del derecho a la vida. Este derecho se refiere en primer lugar a la vida física, a la biológica. La realidad de la vida biológica

no es la más valiosa, porque no es ella la que califica al hombre como ser humano, pero si esa vida biológica no es la más importante, ni la más valiosa, es ciertamente la base indispensable para que puedan existir las formas superiores de vida que son características del ser humano. La vida biológica del hombre se convierte, además, en un derecho porque el ser humano es diferente de todos los otros seres del universo, en virtud de que tiene dignidad personal, es decir, porque es un sujeto con una misión moral. (6)

La vida es un bien que debe ser protegido desde su propio origen y no menos contundente se pronuncia la iglesia católica cuando en los Documentos del Vaticano II hace referencia al respecto a la vida humana, es decir, el aborto. ".....Pues Dios, Señor de la vida, ha confiado a los hombres la insigne misión de conservar la vida, misión que ha de llevarse a cabo de modo digno del hombre. Por tanto, la vida desde su concepción ha de ser salvaguardada con el máximo cuidado; el aborto y el infanticidio son crímenes abominables. La índole sexual del hombre y la facultad generativa humana superan admirablemente lo que de esto existe en los grados inferiores de vida; por tanto, los mismos actos propios de la vida conyugal, ordenados según la genuina dignidad humana, deben ser respetados con gran reverencia. Cuando se trata, pues, de conjugar el amor conyugal con la responsable transmisión de la vida, la índole moral de la conducta no depende solamente de la sincera intención y apreciación de los motivos, sino que debe determinarse con criterios objetivos tomados de la naturaleza de la persona y de sus actos, criterios que mantienen íntegro el sentido de la mutua entrega y de la humana procreación, entretejidos con el amor verdadero; esto es imposible sin cultivar sinceramente la virtud de la castidad conyugal. No es lícito a los hijos de la iglesia, fundados en estos principios, ir por caminos que el Magiste

rio, al explicar la ley divina, reprueba sobre la regulación de la natalidad."

"Tengan todos entendido que la vida de los hombres y la misión de transmitirla - no se limita a este mundo, ni puede ser conmensurada y entendida a este solo ni vel, sino que siempre mira el destino eterno de los hombres." (7)

De lo que hasta aquí he reseñado sobre el aborto, advertimos que, a través de - la historia, ha sufrido intensas transformaciones jurídicas en los distintos lugares. En un principio, impunidad absoluta; después, penalidad exagerada; posteriormente, atenuación de la sanción; en la época presente, vigorosa tendencia a declarar la impunidad en ciertos abortos efectuados con consentimiento de - la madre, especialmente en los primeros meses de la gestación, no faltando - quienes aboguen por estatuirlo como obligatorio en algunos casos. Estos son, - en esencia, los grandes lineamientos de su evolución. (8)

CAPITULO I

ASPECTOS DOCTRINARIOS SOBRE EL DELITO DE ABORTO

NATURALEZA JURIDICA

Existen antecedentes históricos sobre el nacimiento del aborto como institución. Ya en Grecia, Roma, China en la antigüedad lo conocieron, pero no se consideraba como infracción penal porque se pensaba que el feto es parte de la mujer, — quien podía hacer de él lo que le viniese en gana. En esa época no podemos estudiar el aborto como una institución penal, sencillamente porque no se estimaba como una violación penal.

Con el advenimiento de la evolución de las ideas y transformaciones de las sociedades en forma constante, nace un hecho de capital importancia en la época de la república en Roma, las ideas de los pensadores y legisladores hacen nacer la legislación del aborto, ya como un delito, como una infracción penal, pues se llegó al concepto de que la persona humana es motivo esencial de protección y que la república no podía subsistir si se dejaba al propio arbitrio de la mujer, la decisión de separación del producto de la concepción que llevaba en su vientre materno, había que imponer una sanción. Muy anteriormente a la era cristiana existía una conceptualización de la persona humana, bien diferente a la actual civilización, la mujer en gestación era libre con su cuerpo. Desde luego, ello continúa siendo así, pero para mantener la especie humana, es preciso prohibir el arbitrio de la mujer, es decir, no debe, a su entera voluntad deshacerse del producto de la concepción, ello es delito siempre y cuando lo haga intencionalmente, -

cuando no está en riesgo su vida porque el ser humano, aparte de las concepciones morales y religiosas, es un elemento del Estado y éste dentro de su finalidad intrínseca está llamado a proteger la existencia del elemento humano y obvio es expresar que, sin ese elemento, inexorablemente desaparece el Estado.

Concepto.

En el desarrollo de este capítulo considero indispensable referirme, en primer lugar, al origen etimológico del término Aborto.

Del latín: abortus, de ab, privación, y ortus, nacimiento. Equivale a mal parto, - parto anticipado, nacimiento antes de tiempo. Generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo. Siendo distinto - el aborto según la causa que lo provoque, son también diversas las definiciones que sobre el mismo pueden darse. (1)

Según el criterio de los diversos tratadistas que se ocupan sobre este tema, nos presentan diversas significaciones que tiene la palabra aborto. En ese sentido, - en obstetricia por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea hasta el final del sexto mes del embarazo; la expulsión en los tres últimos meses se denomina parto prematuro, por la viabilidad del producto. Desde cierto punto de vista, el concepto médico obstétrico es más amplio que el concepto jurídico-penal porque aquél no toma en cuenta como éste la causa del aborto; el ginecólogo denomina aborto, tanto al espontáneo por causas patológicas, como al provocado: terapéutico o criminal. Desde otro punto de vista, el lenguaje obstétrico es más restringido porque se refiere a la época de no via-

bilidad del feto, concepto éste que no tiene aplicación jurídica.

La medicina legal, ciencia que pone al servicio del derecho las ciencias biológicas y las artes médicas, limita la noción del aborto a aquéllos que pueden ser - constitutivos de delito, es decir, a los provocados, a los que se originan en la - conducta intencional o imprudente del hombre; la medicina legal no atiende ni a la edad cronológica del feto ni a su aptitud para la vida extrauterina o viabilidad. (2)

El Dr. Alfonso Acosta Guzmán, profesor de Medicina y Derecho en Costa Rica dice que debe entenderse por aborto: " la interrupción del embarazo en un tiempo en el cual el fruto todavía no es capaz de vivir extrauterinamente y cuyo desarrollo no ha pasado de la veintiochava semana de vida intrauterina." De ello, según las circunstancias que ocasionan esta interrupción, el autor hace diferencia en medicina forense un aborto espontáneo, un aborto criminal y un aborto médico. (3)

Una tercera significación adoptada por los tratadistas sobre el aborto es la noción jurídica, la cual, en las diversas legislaciones presenta variantes; algunas definen o reglamentan la infracción, entendiéndola por ella la maniobra abortiva (delito de aborto propiamente dicho), sin fijarse directamente en que dé o no - por consecuencia la muerte del feto. Otras legislaciones, definen el delito por su consecuencia final, por la muerte del feto (delito de aborto impropio o delito de feticidio); la maniobra abortiva es apenas un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista: aniquilamiento de la vida en gestación.

Lo que desean teleológicamente el abortador o la abortada, salvo casos de excepción, es la muerte del feto; es ese el objeto del delito, en él radica la intencionalidad y no en la maniobra abortiva, que es simplemente el modo de ejecución del propósito. (4)

En la misma tercera significación arriba señalada, Pedro Pacheco Osorio, expresa que en sentido jurídico-penal la definición más comúnmente admitida es la que suministra Carrara en los siguientes términos: "La muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto."

Como se ve, sigue expresando Pacheco Osorio, el criterio preponderante para precisar el concepto de aborto es la muerte del feto. No es, por consiguiente, necesaria la expulsión, cuando aquélla ocurre en el claustro materno, y producida ésta es menester que sobrevenga la muerte a consecuencia de lo prematuro de dicha expulsión.

El término feto, según Pacheco Osorio, no está usado en la definición Carrarina en su sentido propio de producto de la concepción desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto, sino en el alcance que suele dársele en el lenguaje del derecho penal, que se refiere al mismo producto, desde el instante de ser concebido hasta que se inicia el proceso de su nacimiento natural. El adverbio violentamente está empleado también en ella para expresar la idea de que la expulsión no se produzca naturalmente, sino provocada por medios artificiales. (5)

Continuando siempre con el aspecto doctrinario del concepto de aborto, Ricardo C. Nuñez expresa que en la legislación Argentina no existe un concepto de aborto, pero no por ello se puede decir que no se lo pueda definir de manera específicamente jurídica. En ese sentido, el autor presenta un concepto legal de aborto, como delito contra la vida, atiende en su materialidad, a la muerte provocada - del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte de su fruto. (6)

Por su parte, Vannini define el aborto diciendo: " la muerte dolosa del feto mediante interrupción violenta del proceso de madurez del mismo feto".

Eugenio Cuello Calón, referido por José Enrique Silva, define el aborto como: "la muerte del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la gestación, con o sin expulsión del vientre de la madre."(7)

Con el concepto últimamente transcrito advertimos que existen en doctrina muchas definiciones, unas en estricto sentido médico, otras en sentido jurídico, pero casi siempre defectuosas, sin embargo, todas se refieren a la muerte del feto, lo que Carrara dio al delito, una denominación especial: " feticidio" .

En suma pues, se trata de la interrupción o destrucción del producto concebido y que está en gestación, sin precisar la expulsión, que vendrá luego, como inmediata consecuencia, idea ésta que comparte el legislador salvadoreño cuando, también, precisando un concepto, expresa lo que debe entenderse por aborto que, — por cierto, me parece acabado, amplio y precisamente porque concretiza el tiempo

po de la destrucción del producto de la concepción. No pudo ser más feliz nuestro legislador al respecto, como trataré de explicar más adelante cuando entre a analizar nuestra legislación penal positiva vigente.

Bien Jurídico Tutelado.

En este apartado analizaré lo que en doctrina, según el criterio de los expositores, han presentado a la luz del derecho penal, aquello que constituye esencialmente objeto de protección, de tutela, motivo por el cual en los códigos penales en la generalidad de los países del mundo regulan el delito de aborto.

Hice notar en el apartado anterior cuando me referí al aspecto conceptual, que entrañaba en ello, la muerte del feto. Entonces, en el aborto, "el objeto de la protección penal es la vida del feto, ser concebido, pero no nacido; una esperanza de vida humana que se convertirá en tal al terminar el proceso de la gestación y comenzar el nacimiento." (8)

El citado jurisconsulto Argentino, Fontán Balestra expresa que la ley tutela la vida del feto independientemente de la de la madre y dice, asimismo, que estas son las razones para que el delito de aborto sea situado en la gran mayoría de los códigos entre los contrarios a la vida o a las personas, pero desde luego - dice el autor - hay excepciones a esta sistemática legislativa y hace referencia - al Código Penal Italiano de 1930 que lo incluye entre los "delitos contra la integridad y la salud de la estirpe" y el Código Belga, que lo sitúa entre los "crímenes y delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública".

Vemos pues, que excepcionalmente algunas legislaciones consideran que el aborto lesiona de modo principal otro interés como los ya apuntados en las legislaciones Belga e Italiana, pero hay más, otros autores, entre ellos, Pedro Pacheco Osorio (9) al referirse al bien jurídico especialmente amparado por la incriminación del aborto señala que el delito lesiona además otros intereses, como son: el derecho a la maternidad y la salud e integridad personal de la madre, cuando no se trata del aborto propio o del consentido, el del padre a tener descendencia y el demográfico de la sociedad y del Estado.

Cualquiera que sea el título a que se discierna la protección, el objeto esencial de ésta es siempre la vida del feto. La estirpe, el orden de las familias, la moral pública, el derecho a la maternidad no son, sino motivos para conservar la vida del feto, que sustenta los otros intereses. Lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida de ésta, pero no de su salud. (10)

Insisto en afirmar que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida del feto, pero como vemos, no ha habido suficiente claridad entre los jurisconsultos en relación con el bien jurídico tutelado en el delito referido, para el caso, no está demás recordar que, según Ranieri (11) en ese interés protegido encuentra su defensa la sociedad, tomada en el sentido de colectividad de todos los individuos que integran la población del Estado, por su aspecto étnico y nacional, pero de cuyos intereses se hace representante el Estado mismo en el momento en que se encarga de su protección. En este sentido, según Ranieri, los intereses que se protegen son los que se refieren a la normalidad de las gestaciones y de los nacimientos, a la fecundación y a la defensa contra los efectos del conta

gio venéreo.

Por nuestra parte, en el código penal salvadoreño admitimos y comulgamos con el criterio de que en el delito de aborto se protege la vida del feto, una esperanza de vida humana, sólo que cambiamos de terminología que, a mi juicio, no es de esencia, sino de forma, pues no va en contra de los principios elementales de la semántica. Así pues, en lugar de decir nuestra ley "muerte del feto", expresa: "destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento." Por otro lado, y siguiendo el criterio de que el objeto de la protección penal es la vida del feto, como lo sostiene la doctrina de los expositores y por la misma razón, nuestro legislador Salvadoreño, al redactar el código penal y publicado en el Diario Oficial No. 63, Tomo No. 238 de 30 de Marzo de 1973, el delito de aborto fue ubicado en el Libro Segundo que trata precisamente de los Delitos contra la vida y la integridad personal. Considero, sin embargo, no obstante tener un carácter doble el bien jurídico tutelado, de un lado, la vida en formación y, de otro, la integridad de la salud de la madre, nuestra legislación penal sólo hace referencia al primero y, el segundo lo recoge por vía de consecuencia.

Elementos.

Recordemos que la represión penal de aborto no tiende a la protección de la persona, pues el feto aún no lo es, no es sujeto de Derechos, sino, principalmente, a la protección de un futuro ser humano (*spes hominis*), pero también tutela la vida y la salud de la madre puestas en peligro por las maniobras abortivas. En consecuencia, en este apartado me referiré a los elementos estructurales del delito

y que, dicho sea de paso, la opinión doctrinaria al respecto, si bien difiere algunas veces en la enumeración, con todo, fundamentalmente se acomodan en aceptar y principalmente en el mundo Iberoamericano, que tales elementos son:

- a) el embarazo; (12)
- b) el empleo de medios artificiales;
- c) la muerte del feto;
- d) el dolo.

a) El Embarazo: La gravidez es conditio sine qua non para la existencia de ese delito, y la hay desde el instante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta que se inician los dolores del parto. Para el embarazo, pues, no hay diferencia en cuanto a la edad del producto de la concepción ni en relación con sus condiciones fisiológicas. El huevo, el embrión y el feto, tomado este término en su acepción castiza, es el producto de la concepción y lo que caracteriza la preñez.

Se habla también en doctrina que hay un producto patológico del útero, conocido con el nombre de Mola o Mola Matriz, que presenta características muy semejantes a las del feto y que crece en forma que presenta todas las manifestaciones de una gravidez, pero como no es un ser vivo ni producto de la concepción, su presencia en las entrañas de la mujer no implica embarazo; por lo cual su expulsión, aunque se cause mediante el empleo de abortivos, no constituye este delito, a pesar de que el agente proceda en la creencia de que elimina un feto.

Por otro lado, existen otras manifestaciones conocidas con el nombre de Embarazo Nervioso, consistentes en la suspensión de la menstruación, en la dilata -

ción del vientre y en todas las demás que presenta la mujer realmente grávida.- Pero como tales manifestaciones tampoco constituyen preñez, el uso de maniobras abortivas encaminadas a suprimir el feto, en cuya existencia erróneamente se cree, tampoco entraña aborto consumado ni imperfecto.

Huelga decir pues, que para que se profile el delito de aborto, precisa que haya embarazo, en ese sentido si por ejemplo hay expulsión o esterilización del semen viril antes de haber fecundado a la mujer y constituído un nuevo ser, no constituye un aborto. (13) A contrario Sensu, Fontán Balestra, (14) expresa que el delito existe tanto si la preñez proviene de fecundación material como de inseminación artificial, idea que, por lo demás, es compartida por Cuello Calón y Manzini.

b) El Empleo de Medios Artificiales: En el amplio significado médico-legal de la mecánica de realización del delito, el cual puede consistir en la extracción violenta y prematura del producto, su expulsión provocada o su destrucción en el seno de la madre, los medios abortivos pueden ser: Físicos, como sustancias farmacéuticas, vegetales, ruda o ciertos venenos minerales que producen profundos trastornos en la fisiología materna; mecánicos, como ciertas manipulaciones, sondas, lavados, tocamientos, punción del útero, prácticas todas ellas que tienen la virtud de producir la muerte del feto dentro del claustro materno o su expulsión prematura; morales, como una fuerte conmoción síquica a consecuencia de la cual se produzca uno de tales resultados. (15)

Hay que advertir, desde luego, que debe existir, como en todo delito, una relación de causalidad entre los medios empleados y la muerte del feto o su expulsión prematura. Puede ocurrir, realmente, que una mujer embarazada use medi

camentos u otras maniobras abortivas, que en su caso no resulten idóneas para producir el aborto, y que éste se efectúe por una circunstancia distinta: porque ella, por ejemplo, se encuentre sifilítica. En este caso no puede hablarse de delito de aborto, por lo menos consumado, porque falta el nexo causal entre los medios y el resultado, criterio que, por lo demás, es compartido por Carrara, Groizard, Cuello Calón e Irureta Goyena.

c) La muerte del feto: Sobre este tercer elemento, doctrinariamente se dice que aun cuando lo natural es que el feto muerto se desprenda del cuerpo de la madre y sea expulsado, ello puede, con todo, no ocurrir, particularmente en los casos de muerte de la abortada, pero la expulsión o no expulsión del feto no forma parte del hecho aborto, por lo que el delito se consuma en el momento de ser destruída la vida infrauterina que es el objeto de la tutela penal y desde el punto de vista conceptual, como anoté al principio de este trabajo, el delito supone un presupuesto, cual es, la existencia de feto vivo e impone una limitación: que la muerte haya sido causada antes de comenzar a nacer.

Se dice que debe tratarse de feto vivo porque el delito consiste en causar su muerte. Pero no es indispensable que la muerte se produzca dentro del seno materno; puede ser el feto expulsado con vida y morir sin mediar hecho alguno posterior, como consecuencia de la expulsión prematura provocada por el aborto. Sólo cuando la causa de la muerte es la expulsión prematura consecuente a la interrupción del embarazo, se configura el aborto; si el ser nace con vida, aunque sea precaria y la muerte se causa durante el nacimiento o por un acto posterior a él, esa muerte no será aborto, sino un homicidio. (16)

De lo que hasta aquí llevo anotado pues, vemos que la muerte del feto puede producirse dentro del útero o después de su expulsión y aun ofrecerse el evento de — que ésta no ocurra. En todos estos casos el delito, que es instantáneo, se entiende consumado desde el momento en que muere el producto de la concepción, tal es el criterio que sustentan Maggiore, Cuello Calón y Soler.

Para terminar de referirme al tercer elemento, haré mención a lo que Pacheco - Osorio (17) expresa con relación a la muerte del feto. El citado autor dice: " Si la criatura nace viva y viable, no hay aborto, por lo menos consumado, y si después se ejercen contra ella violencias que le causen la muerte, se estará en presencia de un asesinato o de un infanticidio, según el caso. "

d) El Dolo: Considero conveniente referirme, aunque en forma sucinta, al aspecto evolutivo de éste y así decimos que el dolo es un elemento subjetivo y, desde luego, la especie principal de la culpabilidad, lo cual representó un progreso en la evolución del derecho Penal. En el derecho romano de la primera época y en el primitivo derecho germánico, los castigos se descargaban por el mero resultado, sin tener en cuenta la intención del agente, pero hay que reconocer que el dolo apareció con sus finas elaboraciones en el derecho de Roma.

Ahora bien, precisa esclarecer primero si el concepto de dolo ha de basarse en la voluntariedad o en la representación. Ello, desde luego, para desentrañar los ingredientes que constituyen la esencia del dolo.

Los viejos autores sólo percibieron la teoría de la voluntariedad y por ello lo definieron en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha desea-

do. Sin embargo, a medida que la técnica evolucionó, otros autores creyeron que no es posible definir el dolo apoyándose sólo en la voluntariedad porque entonces sería difícil definir el dolo eventual; luego, se substituyó el concepto de la voluntariedad por el de la representación.

Al respecto, Luis Jiménez de Asúa (18) sostiene que es preciso conservar los dos conceptos, construyendo el dolo sobre la voluntad y la representación y en base a esa fórmula, el autor hace el estudio de los elementos del dolo y estima que hay:

1.- Elementos Intelectuales:

Lo primero que hay que explorar es si el dolo supone en el agente la conciencia del tipo, entendido éste como la descripción que ha hecho la ley. Cuando, por ejemplo, se dice que el homicidio es matar a un hombre, ¿ es preciso que el sujeto, para que obre con dolo, tenga conciencia de que hay un artículo en el código que define como delito ese acto, tipificando el hecho?. Sobre esta cuestión hay criterios diversos. Ernesto Beling, cuando demanda la conciencia de la tipicidad, no supone que se conozca por el agente la descripción típica, del mismo modo que la sabe el técnico, lo cual presupone un estudio jurídico. Exagerada fue la posición de Frans Von Liszt que afirmó que el dolo debe captar las circunstancias del hecho y el autor cree que, en cambio, no se necesita la conciencia de lo injusto. Por su parte, Binding exigió la antijuricidad como elemento ético del dolo, es decir, el sujeto debe tener conciencia de que el acto es antijurídico.

De todos modos, el elemento esencial del dolo no es otro que la conciencia de

violación del deber, pero no sólo eso, sino también el conocimiento de que el hecho – se haya descrito en la ley. Se debe pues exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica.

2.- Elementos Afectivos.

Respecto a este elemento, hay que hacer notar que cuando apareció la escuela criminal positiva, Ferri, según lo expresa Jiménez de Asúa en *La ley y el Delito*, insistió que no basta la conciencia y la voluntad y que es preciso el análisis de – la voluntad, la intención y el fin para que exista dolo. En ese sentido el autor – Italiano dice: "podemos disparar un revólver queriendo matar, o se nos dispara casualmente. El acto en sí es el mismo, pero es muy diferente en cuanto al problema doloso. Si se nos dispara casualmente, entonces no hay dolo, pero para – que haya dolo de homicidio, no basta querer, sino que tenemos que dispararlo – con intención de matar. Si el disparo se hace para herir o para hacer ruido, no hay dolo de homicidio."

En tal sentido, y siguiendo el criterio del autor en referencia, hay que llegar al efecto: disparamos el revólver para matar, ya por venganza o por defensa. De – tal suerte, que se requiere: primero, la voluntad de disparar el arma; segundo, – la intención de matar a alguien; y tercero, el móvil de matar por venganza y no por defensa.

Por nuestra parte, deben unirse la teoría de la voluntad y de la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. De ahí que por lo dicho

acerca del dolo, diríamos que existe tal, y lo dice Jiménez de Asúa (19) " cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."

Nos hemos referido a lo que en esencia encierra el dolo. Considero, como consecuencia de ello, hacer referencia a las clases del dolo que, si bien en doctrina existen varias clasificaciones, con todo, me parece desde todo punto de vista, -acomodable lo que al respecto nos dice el Argentino Jiménez de Asúa (20). En tal virtud, se distinguen cuatro clases de dolo: a) dolo directo; b) dolo específico; c) dolo de consecuencias necesarias; y d) dolo eventual.

Con relación al dolo directo, huelga comentario alguno pues a él me he referido en el apartado que comento y significa, por lo demás, el tipo de dolo que nos sirve de comparación para las demás clases.

En cuanto a la segunda clase, es decir, dolo específico, no puede hablarse de tal porque es imposible construir el mal llamado dolo genérico, pues todo dolo al conectarse con la imagen rectora del tipo, se adapta a ella exactamente y constituye un tipo de culpabilidad.

El dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual nos precisan un comentario para su diferenciación y lo primero que apuntamos es que el primero no es el segundo, ya que en el primero, la producción de los efectos no es aleato -

ria, sino irremediable. Tanto es así esto que, en su mayoría, los tratadistas consideran el dolo de consecuencias necesarias como una variedad del directo. Un ejemplo lo aclara: una persona quiere dar muerte al presidente de la república, quien viaja siempre con su motorista y guardaespaldas. La bomba, de gran contenido letal, va a destruir el automóvil en que van el presidente, su motorista y su guardaespaldas. La muerte de estos dos últimos, que la persona no desea, es absolutamente necesaria para el homicidio del presidente. Por eso pueden imputarse estas dos muertes, no deseadas, pero necesarias para la producción de la querida por la persona que lanza la bomba.

En cambio, hay dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia. Este dolo pertenece al territorio del delito intencional, aunque se halle en la frontera que delimita el dolo y la culpa. En esta clase de dolo, unimos -como se hace en el concepto del dolo- tanto la doctrina de la voluntad y la de la representación - y así, el dolo eventual será la representación de la posibilidad de un resultado, - cuyo advenimiento ratifica la voluntad.

Ahora bien, el dolo en el delito de aborto, desprendido de lo hasta aquí dicho sobre este elemento, consiste en la intención de " la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento ", tal como lo estatuye el inciso segundo del Art. 161 del Código Penal nuestro de 1973. Vemos entonces que el dolo directo es necesario en cuanto a la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción, circunstancia ésta que tiene perfecta cabida cuando en el mismo código penal salvadoreño, en el Art. 33 expresa que: " Hay dolo cuando el efecto ha sido previs-

to y querido por el agente o cuando se acepte el resultado que se hubiere previsto como posible."

CLASES DE ABORTO.

Doctrinariamente, el delito de aborto se clasifica según el criterio de cada autor y en base a la legislación positiva vigente de cada país. En tal virtud, no existe un criterio unánime entre los expositores en lo que a clases de delito de aborto se refiere, sin embargo, haré mención en este apartado a algunos de ellos que, me parecen, se acomodan a nuestra legislación salvadoreña, como haré referencia cuando en el siguiente capítulo lo analicemos a la luz de la ley penal vigente. Expuesta esta salvedad, comienzo por el aborto propio.

Aborto Propio:

Esta figura es conocida como autoaborto, o sea el hecho de que la mujer se cause el aborto intencionalmente por sí misma. El sujeto activo es la mujer embarazada y el sujeto pasivo, el feto.

Aborto Consentido:

Consiste en que la mujer embarazada permita a un tercero que le cause el aborto. No es suficiente que la mujer adopte una actitud meramente pasiva, el consentimiento o permiso para que se le ocasione el aborto debe implicar cierta actividad por parte de la mujer, para el caso, tomarse el brebaje, colocarse para ser inyectada o, siquiera, en posición obstétrica. No basta el simple consenti-

miento de la embarazada, sino que es menester que el permiso que es, sin duda, sólo un acto preparatorio, incapaz de constituir tentativa, debe estar seguido - de actos ejecutivos del aborto para sancionarse siquiera como conato. Para que opere esta figura delictiva es preciso que la mujer embarazada no se encuentre en estado de inconciencia, alienación mental, embriaguez, etc. y que no haya - sido obtenido mediante violencia o engaño. (21)

Aborto sin consentimiento:

Cuando la mujer no ha consentido el aborto, el que lo procuró o intentó es evidentemente el autor del delito o de la tentativa. Es requisito indispensable que se ejecute con desconocimiento de la embarazada (por encontrarse inconciente o privada de razón), y no sólo que se lleve a cabo venciendo las resistencias físicas o morales de ésta. En cuanto al medio empleado para practicar el aborto sin consentimiento, la expresión "medio" se comprende no sólo la cosa usada, sino el uso mismo que de ella se hace. En esta clase de aborto nace el problema con el estado de necesidad. (22) Es decir, puede presentarse colusión entre la negativa de la - mujer para que se le practique el aborto y su estado de salud que exige inevitablemente la intervención, entonces, ¿ qué principio se impone: el del consentimiento de la embarazada, expresado en contra del aborto, o el de los peritos que lo aconsejan para salvar la propia existencia de la madre?

Sobre la cuestión, doctrinariamente se responde que el derecho y la conveniencia personal obligan a salvar la vida de la mujer, la cual es una vida cierta, ya formada, sobre la cual se instituyen frecuentemente intereses familiares, pues el estado de necesidad se extiende a la eliminación de un peligro grave e inminente; -

hay más, la voluntad individual no puede buscar indirectamente la muerte.

Aborto Agravado:

Los tratadistas, al referirse a esta especie de aborto, en su mayoría, se fincan en la circunstancia de la agravación por razón de la profesión del responsable y no hacen hincapié, como lo hace nuestro legislador Salvadoreño, en la edad de la mujer abortada y el móvil de provecho económico.

Los expositores consideran que el profesional involucrado en este delito es violador no sólo de la moral corriente, sino del especial respeto que está obligado a guardar por la vida y la integridad. Su actividad profesional tiene por fin de fender la existencia y no combatirla, preservar la salud y no ser causa de dolencias. Afirman los tratadistas pues, que este es el sentido justo de la agravación. En este sentido, la intervención del profesional, en cualquiera de las ramas de la medicina, por el hecho de hacer más fácil el ocultamiento del delito y propiciar su impunidad y porque además, vulnera la confianza depositada en él por el Estado al facultarlo para el ejercicio de la profesión, por tales razones, agrava su participación.

Sin embargo, como lo dice Ricardo C. Núñez, (23) " lo punible no es cualquier intervención profesional en el aborto, sino que, al hacerlo, el profesional debe abusar de su ciencia o arte. No es abusiva la intervención necesaria del profesional para salvar la vida de la madre que está en peligro por el embarazo o el parto; tampoco lo es cualquier otra que, aunque no entrañe un caso necesario, implique una intervención tendente a curar o a evitar mayores males físicos -

en el caso de un aborto a cuya criminalidad el profesional ha permanecido extraño". Y sigue diciendo el Argentino Núñez: " Sólo es abusiva la intervención del profesional en el proceso abortivo si lo hace maliciosamente para causarlo o cooperar a causarlo". Consideramos entonces que el profesional puede originar el aborto de buena fe en razón de los remedios o el tratamiento aconsejado, por falta de pericia o por error, pero en este caso no es punible a título de aborto, lo cual se encuadra cabalmente en lo que nuestra ley Penal Salvadoreña llama aborto no punible.

Aborto Honoris Causa:

Según el criterio de algunos tratadistas latinoamericanos, esta clase de aborto es una forma privilegiada, que varía en los textos, pero esencialmente idéntica; algunos códigos hablan de: "ocultar la deshonra", término que por lo demás, lo recogía el Código Penal Salvadoreño de 1904, vigente hasta 1973, cuando en el delito de infanticidio y en el artículo 363 expresaba: " La madre que para ocultar su deshonra causare la muerte de su hijo. . ." Desde luego, no es justa ni conveniente esta supervivencia del feudalismo, que superpone el honor familiar a la vida. El concepto de honor, impreciso y cambiante, ha degenerado siempre en formas caprichosas que frecuentemente encubren impulsos malsanos.

Vemos pues, que los tratadistas critican acremente el motivo de por qué algunas legislaciones toman el honor como la buena apariencia de la mujer desde el punto de vista sexual. Para el caso, en muchas ocasiones la deshonra es conocida con anterioridad por no pocas personas, excepto los parientes más cercanos (marido, padre, hermano). La ocultación parece pues, que va dirigida más con

tra cualquiera de ellos que contra la opinión que los demás puedan tener de la interesada.

Así el honor, cobra un carácter estrictamente familiar que tiene todas las características de un convencionalismo que -según los autores- debe ser superado.

Se habla en doctrina de otras atenuantes más importantes que la llamada "causa de honor". Me refiero a una situación sentimental y económica. Entonces, aparece el aborto sentimental, llamado también aborto ético, cuyo fundamento para -su impunidad es que se trata de una maternidad violentamente impuesta y, por -tanto, debe reconocerse a la madre el derecho de deshacerse de ella.

La otra situación se trata del aborto económico, que se conoce como aborto social, cuya atenuante se funda en la imposibilidad en que está la madre sola para mantener un hijo más, fuera de las profundas perturbaciones que el embarazo -trae por la cesación del trabajo, etc. (24)

Con el respeto que me merece el tratadista citado, pienso que dicha causa es -débil moral y jurídicamente, puesto que se trata de tutelar una vida en gesta -ción, y una atenuación de esa naturaleza hace nacer un conflicto entre dos va -lores: la esperanza de vida y la miseria o pobreza de la mujer, que es perfecta -mente previsible antes de una nueva concepción.

Aborto seguido de muerte de la abortada:

La figura que comentamos se trata de un aborto causado por un tercero, ya sea

que consienta o no la mujer, pero que, en todo caso, se agrava si muere la mujer sometida a las maniobras abortivas. Este es el pensar y sentir de muchos tratadistas del derecho penal, pero cabe observar que sobre las exigencias de este agravamiento hay discusiones. Para el caso, Fontán Balestra (véase referencia 8) exige para que la muerte de la mujer agrave el hecho, que éste realice plenamente el tipo de aborto, es decir, que el autor mate el feto de la mujer, lo que para nosotros en nuestra legislación penal salvadoreña es destruir o aniquilar el producto de la concepción. Entiende el autor pues, que si por no existir embarazo o por estar ya muerto el feto o por no lograrse su muerte, el tipo del aborto no se consuma, la muerte de la mujer resultante de las maniobras abortivas, no sería punible, sería o se daría nada más, una tentativa o un delito imposible de aborto.

Otros tratadistas afirman que no se requiere la consumación del aborto, sino sólo la realización del tipo del aborto en su forma tentada o imposible, según las circunstancias. Dicha afirmación la explican así: es razonable que, cuando nos referimos al hecho, no se restringe su alcance al caso del delito consumado, sino que se toma en consideración a la maniobra abortiva que representa el factor causal; por otro lado, el principio de la tentativa extiende la aplicabilidad del agravamiento del delito básico de aborto consumado, también a su tentativa y, finalmente, expresan que lo que se pretende castigar aquí es la muerte de la mujer en forma distinta al caso general del homicidio, no porque interese al aspecto mecánico de la relación causal de la muerte del feto con la de la mujer, sino porque se toma en cuenta que se trata de una muerte resultante de un caso que es presidido por el dolo de aborto.

De otro lado, se nos expresa en doctrina, si el autor somete a la mujer a manio-

bras abortivas para matarla, el tipo agravado queda excluído y entra en su reemplazo el de homicidio, pero mientras no concorra este dolo directo de homicidio, mantiene el hecho dentro del tipo de aborto. (25)

Aborto Preterintencional:

He dejado dicho, cuando me referí al elemento del dolo, que en el delito de aborto, el sujeto activo tiene el propósito de causarlo, ello en su forma ordinaria. Sin embargo, en esta figura, también se imputa, bajo ciertas condiciones, como sería el hecho de que se procediera con violencia por parte del sujeto activo cuando le constase el estado de gravidez de la mujer, o tal estado es notorio, pero no lleva el propósito de causarle el aborto.

El Código Penal Argentino, igual que el Salvadoreño (Art. 167 Pn), regula la misma figura casi en los mismos términos.

No se trata aquí de castigar un delito de sangre contra la mujer. Se castiga lo que objetiva y subjetivamente sólo es un hecho de violencia contra la madre — con resultado mortal para el hijo concebido. Este hecho no se diferencia del aborto común por el medio empleado por el autor, pues el aborto también se puede cometer usándose violencia. Tampoco se diferencia por el resultado, porque éste es el mismo en ambos delitos. La diferencia estriba en lo que caracteriza la muerte de un feto (destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción, entre nosotros) como aborto común punible, vale decir, el propósito de causarlo. En ese sentido pues, el aborto causado por violencia no es un aborto común, — precisamente porque no está presidido por ese propósito.

En esta figura se comprende toda violencia que no obedezca al propósito aludido, aunque por las circunstancias del caso, el aborto se le presente al autor como un resultado eventual de su violencia. En consecuencia, en el aborto preterintencional se elimina únicamente el dolo de propósito pues, de otra suerte, el delito perdería su especialidad para confundirse con el delito ordinario de aborto. Por otro lado, la denominación de este delito tiene su justificación porque la muerte del feto se produce más allá de la intención propia del aborto común.

La figura delictiva en comento se refiere a tres aspectos o requisitos. En primer lugar: la violencia, la cual es el despliegue de una energía física por el autor, debe dirigirse contra la mujer, aunque no obre encima de su cuerpo, tanto implica una violencia golpear a la mujer como utilizar en su contra vías de hecho que no la toquen. La violencia debe causar el aborto. También puede causar lesiones a la mujer o su muerte. Por su parte, Soler sostiene que si las lesiones son leves - quedan absorbidas por el aborto, pero no las graves y las gravísimas (lesiones - muy graves entre nosotros).

Doctrinariamente, y según nuestra legislación, en este delito están absorbidas las lesiones de la mujer inherentes al resultado que prevé, cualquiera que sea - su grado. También están absorbidas las inherentes al medio previsto por la figura delictiva, pues la violencia supone las consecuencias dañosas que, por su propia naturaleza, produce en el cuerpo o en la salud. Respecto a las lesiones muy graves que resultan de la violencia y separadas del proceso abortivo en sí, ni el medio ni el resultado operan como absorbentes. Estas lesiones concurren como hechos independientes del aborto. En segundo lugar, encontramos el requisito - de notoriedad del embarazo. Esto es cuando se muestra patente por su exteriorio

rización material, de manera que la generalidad pueda advertirlo sin esfuerzo. - No basta que el embarazo debiera resultar notorio por su grado o por la conformación de la mujer, aunque ésta lo disimule. Es preciso que las formas significativas del embarazo aparezcan patentes ante el autor en el momento del hecho. En tercer lugar, precisa el delito, el requisito de que le conste al autor, el embarazo de la mujer, es decir, que tenga certeza de que ésta ha concebido. La duda no basta, salvo que recaiga sobre si el fruto de la mujer vive o está muerto, sólo exige certidumbre sobre el embarazo y no sobre sus condiciones. (26)

Aborto Culposo:

En primer lugar, sucintamente me referiré a la culpa que es una forma de culpabilidad. Se acepta que culpa es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió haberse previsto al obrar y en la representación típicamente antijurídica que se confía en evitar, obrando en consecuencia. De la idea desprendemos que en la culpa hay ausencia de intención dolosa por parte — del autor, como también falta de previsibilidad del mal que puede ser previsto y, desde luego, hay falta del deber de prever ese mal que, como consecuencia, puede y debe preverse conforme a la norma jurídica.

En íntima relación con lo anotado y según criterio doctrinario, Sebastián Soler (27) afirma que el aborto sería culposo si el sujeto lo causara por sus violencias, pero sin que el estado de embarazo le constare o fuere notorio, así como se responde por las consecuencias culposas no ya cuando se sabe lo que puede suceder, sino cuando se debía saber lo que podía suceder. En la figura delictiva que comentamos, entonces, y a diferencia del anterior, el autor ignora el embarazo -

notorio y también no le consta, se tipifica en consecuencia el aborto culposo.

Aborto Impune:

La doctrina de los expositores al referirse a esta clase de aborto hacen mención de varias figuras. Francisco González de la Vega (28) hace alusión al aborto culposo, es decir, el causado por imprudencia de la mujer embarazada y expresa el jurista mexicano que esta causa especial de impunidad, derogatoria de las reglas generales aplicables en los delitos por imprudencia, se funda en la consideración de que cuando la mujer por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría inequitativo reprimirla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad.

Por su parte, Soler (29) hace referencia al aborto necesario o aborto terapéutico. Se exige en éste quien practique el aborto sea un médico, y que éste proceda con el consentimiento de la mujer. Aquí, el mal que amenaza es necesario, pero la situación no lo es. En el aborto necesario -expresa el autor- se supone siempre una situación de urgencia, lo cual, el terapéutico no contempla esa situación. - El consentimiento en el aborto necesario no funciona corrientemente y la causa especial de justificación del aborto por un estado de necesidad, deriva de un conflicto entre dos distintos intereses protegidos ambos por el derecho: la vida de la madre y la vida del ser en formación. Cuando la embarazada, víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación, como ciertas formas de tuberculosis, afecciones cardíacas o males renales, se encuentra en peligro de perecer de no provocarse un aborto médico artificial con sacrificio del embrión o del feto, entonces, se autoriza al médico para que provoque -

el aborto.

Dicho sea de paso, la iglesia católica se opone a la embriotomía por estado de necesidad y le impone a la mujer como obligación, una maternidad heroica con peligro de su misma vida si es menester, fundándose originalmente en consideraciones espirituales sobre la redención del nuevo ser.

El derecho, ante el conflicto de bienes, ante lo inevitable de sacrificar una vida para que la otra se conserve, ante este estado de necesidad, debe resolverlo protegiendo la vida más importante para la sociedad que, originalmente, es la de la madre, de la que generalmente necesitan otras personas, como sus anteriores hijos o familiares.

También se habla doctrinariamente del aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación, lo que Jiménez de Asúa (30) llama aborto sentimental porque se trata de interrumpir el embarazo para librar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello. La figura exige la intervención del facultativo y el consentimiento de la embarazada. Se contempla la impunidad de este aborto porque se trata de la situación moral de la mujer que ha concebido al ser víctima de un delito, es decir, sin capacidad para aceptar el acto o sin voluntad de realizarlo. Nadie le puede imponer a una mujer (31) el deber de aceptar un hijo en tales condiciones. Muy contundente se expresó en el Proyecto Peco: " El vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer soltera y perturba la tranquilidad de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa".

Finalmente, dentro de las clases de aborto impune, encontramos el aborto eugénico o eugénico, que se causa cuando se tiene la certeza de que el niño nacerá enfermo o con taras degenerativas. Desde luego, que la doctrina exige, igual - que en las anteriores figuras, la participación del facultativo y el consentimiento de la embarazada, pero hace hincapié especialmente en la circunstancia de ser la mujer idiota o demente.

En conclusión a este capítulo primero, diremos que los legisladores de todas las latitudes, como los tratadistas de derecho penal a través de los tiempos y no menos importante también, la filosofía, la moral, la religión han fincado su interés máximo, con sus correspondientes controversias en pro y en contra, sobre la tutela de la vida uterina de un futuro ser, cuya destrucción haría imposible el goce de los derechos inherentes a la persona humana y que, además, se protege la vida y la salud de la madre puesta en peligro por las maniobras abortivas. A ese tenor, nuestro legislador salvadoreño se ha unido también al sentir y al deseo, - con conocimiento de causa, de regular la figura delictiva del delito de aborto, - imponiendo su correspondiente punibilidad a las diferentes formas de provocar el aborto y, esto más, inspirado el legislador en las doctrinas y concepciones - más avanzadas de la actualidad penal contemporánea.

CAPITULO II

EL DELITO DE ABORTO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

Nuestra legislación penal salvadoreña vigente data de 1973, cuyo código penal fue publicado por Decreto Legislativo No. 270, publicado en el Diario Oficial - No.63, Tomo No. 238, de 30 de Marzo del año en referencia, siendo dicho cuerpo de leyes del quinto código penal que rige nuestra vida independiente y que, a su nacimiento, quedó derogado el Código de 1904.

El código tiene inspiración de la corriente moderna en cuanto que le da primacía al bien jurídico de la vida, a diferencia del derogado que no tomaba en consideración la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, entre los que la vida merece especial mención, pues comenzaba con los delitos contra la seguridad del Estado, dando a éste mayor importancia que a la persona natural. De lo expresado, el código cuando en el Libro Segundo trata de Los Delitos, ubica el delito de Aborto dentro del Título I, " Delitos contra la vida y la integridad personal" , y específicamente lo regula en el capítulo II, del Art. 161 Pn al Art. 169 Pn inclusive. Veamos cada una de las clase en el orden que lo contempla el Código Penal Salvadoreño:

1.- Aborto Propio o Procurado:

Art. 161.- La mujer que intencionalmente causare su aborto, será sancionada con prisión de uno a tres años.

Por aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento.

Novedad en el código constituye el hecho de darnos la idea de qué debemos entender por aborto, lo cual está prescrito en el inc. segundo; " Por aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento".

Sobre esta novedad, modernamente, los tratadistas critican el hecho de que en un código aparezcan definiciones. Sin duda, ello obedece al aspecto limitativo y determinante que encierra definir algo, pues según el criterio de la Real Academia Española por definición se entiende la enunciación de las cualidades y caracteres de un objeto; toda definición debe ser clara y breve; entonces, conceptualizar un delito en un cuerpo de leyes nos lleva a una insuficiencia, en la cual, se pueden dejar por fuera aspectos importantes que rodean a la figura delictiva que se define, ya que una definición es, por su naturaleza, limitativa.

En esta figura delictiva, sujeto activo es la propia madre, ella es el agente único y principal, quien procede a " la destrucción o aniquilamiento" , habida cuenta de la existencia del feto viviente y actuando con su voluntad criminal, es decir, con dolo, tal como se establece en el Art. 33 Pn. y para comprobarse tal delito habrá menester dictaminarse sobre la época del embarazo; signos que demuestren la expulsión del feto y las causas que hayan determinado el hecho, circuns-

aborto propio o procurado, (autoaborto en doctrina) con prisión de uno a tres - años.

2.- Aborto Consentido.

Art. 162.- Será sancionada con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere que otra persona le practique aborto. En este caso, el que practique el aborto será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

En esta disposición en comento encontramos como elementos constitutivos: destrucción del feto, dolo; sujetos activos, tanto la madre como el tercero que le - practicara el aborto y, desde luego, conocimiento del embarazo. Se trata aquí cuando la mujer permite que se le practique el aborto, de tal manera que debe ser obra de una voluntad libre, puesto que si ha existido error o engaño se estaría en presencia de una voluntad viciada y no se podría hablar de responsabilidad alguna en contra de la mujer.

Entendemos que el consentimiento de la embarazada implica una actividad como, por ejemplo, colocarse en posición obstétrica. El simple consentimiento, - que es un acto preparatorio (no punible en este caso, relac. Art. 26 Pn.) debe estar seguido de actos ejecutivos del aborto. Además, el consentimiento debe ser expreso, (ya verbal o por escrito) o tácito, (cuando la mujer se deja practicar el aborto sin poner oposición).

El legislador da diferente tratamiento punitivo a la mujer que consintiere y a -

la persona que le practica el aborto, siendo para la primera, una sanción que, da da su naturaleza, es excarcelable, Art. 250 Pr. Pn. y para el segundo, la pena se rá de prisión de dos a cuatro años.

No hay duda que la conducta criminal que revela el que practica el aborto con la anuencia de la mujer, es de un significado perverso, puesto que su conducta bien puede estar alimentada por intereses diversos, para el caso, el económico, por un precio o remuneración por la realización de la maniobra abortiva, o con el propó sito de evitar el nacimiento de una persona que tendrá incidencia en el campo pa trimonial, a parte de que cabe la posibilidad de que se atente contra la vida y la integridad personal de la mujer grávida. De ahí que el legislador le da un trata miento más severo en cuanto a la penalidad.

3.- Aborto sin Consentimiento.

Art . 163.- El que causare un aborto sin con sentimiento de la mujer, si contra ésta se hubiere empleado fuerza física, intimidación o engaño será sancionado con prisión de tres a ocho años.

Aquí la mujer , se convierte en sujeto pasivo del delito. Encontramos en la dis posición estos elementos: a) dolo, que comprende la intención de causar el abor to, conocimiento del embarazo y el conocimiento del poder abortivo del medio - empleado; b) interrupción del embarazo; c) relación de causalidad del primer ele mento y el segundo. La mujer en tales circunstancias queda excluída de responsa bilidad penal, Art. 36 literal c) Pn.

Se precisa en esta figura delictiva que la maniobra abortiva se ejecute, por parte del sujeto activo, en la mujer grávida, empleando una fuerza física, material, concreta; o empleando una presión moral que haga irresistible su ejecución.

Se necesita -según la disposición en comento- que la mujer exprese su negativa y también que se ejerza violencia sobre ella, habida cuenta que la falta de consentimiento es un elemento estructural de la figura.

La penalidad de esta figura delictiva es de prisión de tres a ocho años, sin perjuicio de aumentarse si concurriese para el caso, lo estatuido en el Art. 42 - - No. 4º Pn.

4.- Aborto Agravado.

Art. 164.- Es aborto especialmente agravado el cometido:

1º) - En mujer de dieciséis años o menos, con o sin su consentimiento;

2º) - En mujer que se encontrare en estado de perturbación de la conciencia que la incapacite para comprender sus actos;

3º) - Por médico, farmacéutico u otra persona, con abuso de su profesión:

4º) - Por móviles de provecho económico.

En estos casos, se aplicará la pena máxima

correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte, e inhabilitación especial para el ejercicio profesional, en su caso.

Advertimos que la disposición en referencia comprende tres hipótesis: a) una - agravación objetiva, cuando se trata de una mujer menor de dieciseis años o privada de razón o de sentido, la cual se explica como una protección más eficaz en mujer que por razón de la edad o privación de razón o de sentido no está en capacidad de prestar válido consentimiento; b) una agravación personal, cuando el aborto es realizado por personas cuya profesión o estudios están dentro de alguna de las ramas del arte de curar y cuya agravación se justifica por razones de política criminal, pues es evidente una mayor responsabilidad del profesional para los actos ilícitos que realiza valiéndose de sus conocimientos; c) una agravación subjetiva, referente al móvil, cuando el aborto se practica con miras a un provecho económico.

En cuanto a los elementos de este delito, huelga decir que son los mismos contemplados en el Art. anterior.

Referente a lo estatuido en el No. 2 del Art. que comentamos, una mujer en tales circunstancias, incapaz de comprender el carácter ilícito del hecho, dada su incapacidad síquica, es inimputable, Art. 38 Pn.

No. 3, Art. 164 Pn.: no hay duda que la agravante que contempla el numeral de la disposición se refiere a aquellas personas que, por sus conocimientos científicos, causan el aborto o cooperan con él y tal cooperación, estimo, debe ser ne

cesaria, tal como lo exige el mismo código penal en el Título III del Libro Primero cuando se refiere al concurso de delincuentes, Art. 46 N° 4° PN. Por otro lado, pienso que la agravante debería hacerse extensiva o debió contemplarla - el legislador a enfermeras u otras personas que, estando facultadas para dar - atención de esta naturaleza, cooperan necesariamente al aborto.

N° 4°, Art. 164 Pn.: esta agravante no se refiere a lo que en doctrina, lo he - dejado dicho cuando hice mención al aborto honoris causa, se conoce como aborto social, situación en la cual la madre sola no puede mantener un hijo más por la pobreza o, como también se llama aborto neomalthusiano que, por cierto, no tiene muchos defensores. Se trata en esta agravante del delito, de una circunstancia que el legislador salvadoreño, con sobrada justificación, trata de proteger la vida del que está por nacer y que no prevalezca el interés mesquino del dinero, fruto del acto criminal. De ahí que, al infractor se le aplique, además, lo que estatuye el Art. 42 N° 18 Pn.

5.- Aborto Atenuado.

Art. 165.- Es Aborto especialmente atenuado el de la mujer de comprobada buena conducta, que para preservar su reputación y sin que haya sido público su embarazo, provocare su propio aborto o consintiere que otro se lo practique.

En este caso la sanción aplicable será de seis meses a un año de prisión.

La figura que contempla la disposición citada es lo que en doctrina se conoce -

como aborto "honoris causa". Advertimos que el móvil de cometer el aborto es, precisamente, preservar su reputación y es necesario para que se dé esta clase de aborto: a) que la concepción sea ilícita; b) que sea un embarazo oculto; c) que la mujer sea de comprobada buena conducta; d) que sea para preservar su reputación. Se comprende en esta clase de aborto, el propio o procurado y el consentido, de ahí que puede ser sujeto activo, tanto la embarazada como un tercero y para éste la sanción será la establecida en el Art. 162 Pn., parte final.

6.- Aborto de Consecuencias Mortales.

Art. 166.- Si a consecuencia del aborto consentido sobreviniere la muerte de la mujer, el autor será sancionado con prisión de tres a seis años; y cuando se tratase de aborto practicado sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte, se sancionará al autor con prisión de seis a doce años.

La disposición transcrita contempla dos situaciones: 1) que sea con consentimiento de la mujer y que a causa del aborto sobreviniere la muerte; 2) cuando es sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte. Estamos aquí en presencia de un delito complejo, es decir, no se aplica el concurso ideal del que se trata - en el Libro Primero, Título III, Capítulo II del mismo código y ello porque es un delito especial. El legislador le ha dado al infractor un tratamiento más severo, dada la naturaleza y condiciones del hecho delictivo mismo.

7.- Aborto Preterintencional.

Art. 167.- El que con violencia causare un aborto, sin propósito de ocasionarlo, cuando el embarazo fuere notorio o le constare, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Advertimos en la disposición que el sujeto activo no tiene el propósito de causar el aborto, sino causarle otro daño en la salud de la mujer, tal sería por ejemplo si el marido golpea a su esposa y como consecuencia de tal acción abortare. Es tamos en presencia cabalmente entonces en la circunstancia de no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Ahora bien, estimamos que la violencia ejercida es índice del dolo y si el aborto se produce, se produce un delito más grave que el querido, lo cual se configura lo que en el mismo código regula en el Art. 34 Pn. Precisa además que el embarazo sea noto rio o que le conste al sujeto activo.

8.- Aborto Culposos.

Art. 168.- El que culposamente causare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

Indiscutiblemente, la disposición no se refiere a la futura madre, sino que tiene que ser una tercera persona. Además, para que se configure el hecho delictivo se requiere que el sujeto no tenga el propósito de causar el aborto, sino que ocurra

tal por imprudencia, impericia o por negligencia, grados de culpabilidad que, precisamente lo regula el legislador en el Art. 35 Pn. La penalidad benigna se debe justamente al sentido filosófico de la ley.

9.- Aborto no Punible.

Art. 169.- No es punible:

1o) — El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto;

2o) — El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico.

Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviere imposibilitada de dar el consentimiento, será necesario el de su cónyuge, el de su representante legal o el de un pariente cercano;

3o) — El realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer; y

4o) — El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en

el producto de la concepción.

El legislador en este punto de la no punibilidad del aborto ha considerado varias situaciones. Primero: hace referencia al aborto culposo propio o la tentativa de la mujer para causar su aborto. Creemos que no ha podido ser menos justo darle este tratamiento a la mujer ubicada en una situación de esa naturaleza. Además, el legislador ha hecho eco recogiendo las concepciones doctrinarias más modernas en lo que a culpa se refiere, es decir, cuando la mujer por una simple negligencia o descuido de su parte, sin intención dolosa, causa su propio aborto, tal es el caso por ejemplo, de una mujer embarazada que practica la equitación y como consecuencia de tal deporte, aborta. Imponer una sanción de naturaleza penal a la mujer, siendo ella la primera víctima de su imprudencia al perder la esperanza de maternidad, al experimentar el dolor de haber perdido a su futuro hijo, sería ello injusto e inequitativo. De ahí que se plasma una verdadera excusa absoluta incondicional a favor de la mujer.

Segundo: la disposición señala como requisitos: a) que el aborto lo realice un facultativo, excluye la intervención de una persona con conocimientos o autorización para el ejercicio de una ciencia paramédica; b) que el acto abortivo tenga como finalidad salvar la vida de la madre; c) consentimiento de la mujer, lo cual, el legislador, dada la situación de emergencia, faculta expresamente a otras personas para que presten su consentimiento como son el esposo, su representante legal o, en su defecto, cualquier pariente cercano.

Consideramos que el legislador al hacer una valoración jurídico-filosófica de la persona humana, ante el conflicto de bienes, por un lado la vida de la madre, y

por otro, la esperanza de vida, en el apartado legal en comento, resolvió proteger la vida más importante para la sociedad que, desde luego, es la de la madre, de cuya actividad es imprescindible, pues la necesitan otras personas como son directamente sus otros hijos o parientes. Se trata también en este caso de una causa de inculpabilidad que, se dijo en doctrina, se llama aborto terapéutico. Tal inculpabilidad ya está referida en el mismo cuerpo de leyes, en la parte general, Art. 40 No. 3, literal c Pn. en íntima relación con el cumplimiento de deber, como causa de justificación que señala el Art. 37 N° 1° Pn. para el galeno que interviene.

Tercero: cuando la ley presume que el embarazo es consecuencia de un delito contra el pudor y la libertad sexual. Sobre el particular nos remitimos a lo que el Código de procedimientos Civiles señala como presunción en el Art. 408: - "Presunción es una consecuencia que la ley o el juez deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas para averiguar un hecho desconocido". Al decir la ley "de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas" debe entenderse que tales antecedentes o circunstancias deben estar establecidas en forma suficiente, para los efectos jurídico-penales. En tal virtud, el legislador no ha desamparado a la mujer en esa situación, siempre y cuando, desde luego, - que la ofendida dé su consentimiento. Opera una excusa absolutoria condicional.

Finalmente, tenemos la cuarta situación que contempla la disposición, es decir, cuando el aborto es practicado para evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción. Al igual que la tercera situación, en este caso estamos en presencia de una excusa absolutoria por el móvil del legislador.

C A P I T U L O I I I

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para terminar esta mi labor de tesis doctoral, después que hemos esbozado doctrinaria y legalmente el delito de aborto, diré que nuestra ley penal protege al ser humano desde el momento en que es concebido, tanto que dicha figura delictiva está inserta -como lo hice ver al inicio del Capítulo II- en los "Delitos contra la vida y la integridad personal". Y ello no podía ser de otra manera, porque entiendo que el legislador lo que hace es interpretar lo que la sociedad siente y quiere para plasmarlo como una norma jurídica de estricto y obligatorio cumplimiento.

Nos damos cuenta de que nuestra legislación, desde su historia, desde su origen siempre ha considerado que estos hechos o actos del ser humano son totalmente violatorios, tanto de las normas morales como de las normas legales. Vemos que en estos momentos, incluso en los países desarrollados, se pretende llevar el aborto a un tema como que sea un hecho lícito, cosa que, entre nosotros, no es considerado, ni personalmente creo que lo sea y baso mi negación por nuestra ascendencia religiosa y por nuestra forma de ser dentro de todos los latinos.- Es más, cuando allá por 1973 se analizó el proyecto del código penal, siendo yo un alumno del cuarto año en la Facultad de Derecho, la iglesia católica hizo sus observaciones y críticas fuertes a la incorporación de algunas disposiciones legales que han sido consideradas como válidas en toda la legislación de América latina, es decir, nuestro código penal está plasmado sobre la base de un código penal tipo, o sea, el código que debería de ir como rector o mode

lo para los demás Códigos de América Latina.

Sin embargo, advierto en nuestra legislación penal salvadoreña, en cuanto al delito de aborto se refiere, un vacío una debilidad. Pero esa deficiencia a la cual me refiero no es desprendida por defecto alguno, de fondo o forma del legislador, sino el problema grave es: ¿Cuál es la verdadera realidad social en nuestro país frente a la existencia de la punibilidad del aborto, su persecución y el resultado?. La cuestión no es fácil de responder.

El Estado cuenta con una legislación sustantiva, como también posee los correspondientes mecanismos jurisdiccionales para cumplir su cometido. Ahora bien, en nuestra campaña, sin distinción de clases, es una realidad, este delito se comete, tan común como cualquier homicidio, lesiones o delitos contra el patrimonio, pero nos asoma la pregunta: ¿Cuántos hechos delictivos de esa naturaleza son denunciados ante la justicia de los tribunales del país?. La respuesta sencilla es simplemente: ninguno. En los libros de entradas criminales que los tribunales llevan en orden cronológico para registrar los nombres de personas imputadas, ofensas y clase de delito, nunca encontramos un aviso, denuncia y mucho menos una acusación de la comisión de un delito de aborto. La experiencia de dieciseis años en que presté mis servicios a la Fiscalía General de la República en calidad de fiscal adscrito, fiscal específico y jefe de departamento, es lo que me refuerza para sostener tal aseveración.

Si el Estado, cuidadosamente ha legislado para la protección de la "spes hominis" (lo expreso así para no lesionar el término clásico, general), ¿cuál debe ser la actitud estatal para combatir el delito de aborto?. No hay duda que la respues-

ta es compleja y sumamente delicada. Pienso que, sin ser tan idealista, como primer paso, el Estado debe crear una comisión o departamento dependiente del órgano judicial, en el cual, esté formado por un personal de comprobada capacidad científica o técnica y de intachable solvencia moral, integrado por médicos, enfermeras, matronas, sicólogos, cuyo cometido sea controlar, en todos los centros asistenciales del país, ya sean públicos o privados, sobre el ingreso de mujeres que demanden atención ginecológica, pero no sólo eso, sino - que informen al correspondiente juzgado de paz que esté de turno o, a los órganos auxiliares, según el caso para que éstos inicien el informativo de ley. Desde luego que esta sugerencia se sumaría al hecho de práctica corriente como en la actualidad se hace, es decir, siempre que a un hospital o centro asistencial ingresa una persona lesionada o, por ejemplo, hace sospechar que ha ingerido alguna poción venenosa, sabemos, inmediatamente se informa a la Policía Nacional o a cualquier otro cuerpo de seguridad, huelga mencionar cuando se trata de una persona que ingresa moribunda y fallece por causas violentas, consecuencia inmediata de la acción delictuosa de otra persona.

Como una segunda medida que el Estado debe activamente emplear para evitar o minimizar el aborto es revisar la política demográfica. Existe la Asociación - Demográfica Salvadoreña (ADS), la cual cobró personería jurídica el cuatro de Junio de 1963, mediante decreto Ejecutivo No. 1035, D.O. No. 102, Tomo 199 (32). Según la finalidad de la citada entidad, nació como respuesta a tres problemas, así: 1) por la elevada tasa de crecimiento en contraste al exiguo desarrollo económico; 2) ese desequilibrio planteaba el problema alimentario, vivienda, educación, desocupación; 3) no había un programa integral para resolver el problema del crecimiento demográfico.

Frente a estos tres problemas serios, sugiero que los programas de la A.D.S. se desarrollen con una conciencia de causa, con un verdadero espíritu patriótico; que realmente haya una educación a nivel nacional sobre el uso de los diferentes métodos naturales para evitar la concepción a los ubicados concretamente en tal situación, pues no basta con la simple entrega de la "píldora", tan conocida ha sido la Obrol-28, en las diferentes clínicas y hospitales del país, pero que no ha dado resultados del todo felices; por el contrario, la llevada y traída propaganda del control natal por todos los medios divulgativos con que contamos en el país, de por sí, implica la idea de la práctica abortiva.

Es cierto que el aborto clandestino siempre continuará siendo en lo individual un problema social de muchas consecuencias, pero ello no nos debe llevar tampoco a adoptar una actitud pasiva, algo se tiene que hacer para reducir al mínimo su práctica. En ese sentido, y sin ninguna pretensión maliciosa dentro del campo moral y jurídico, yo propondría que se suprima del código penal el delito de aborto atenuado, el cual está regulado en el Art. 165 Pn. ¿Cuáles son mis razones?. Son éstas:

1.- Considero que la disposición legal, en alguna medida, abre una válvula de salida, en la cual, se escudan las otras figuras graves de aborto por el hecho de que se mira sólo el bien decir, la fama de la mujer y no la protección del producto de la concepción.

2.- Además, no podemos sostener que la mujer sea la única que decide si debe o no abortar, pues el Estado, la sociedad tienen un derecho que nace no de la

mujer, sino de la propia naturaleza. Por otro lado, si la penalidad del aborto - en nuestro medio es prácticamente inoperante, cuanto más lo seguirá siendo al contar con el eco legislativo de que existe una penalidad benigna para la - mujer que quiere seguir aparentando su buena reputación.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

GENERALIDADES

- 1.- Luis Carlos Pérez, Derecho Penal Colombiano, vol. III, Editorial Temis, Bogotá, 1959.
- 2.- Pedro Pacheco Osorio, Derecho Penal Especial, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1972.
- 3.- Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, 7a. Edición, 1964, Editorial Porrúa, S.A.
- 4.- Luis Carlos Pérez, Ob. Cit.
- 5.- Ricardo C. Núñez, Derecho Penal Argentino, Tomo III, parte especial, Editorial Bibliográfica, Argentina S.R.L.
- 6.- Luis Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, 8a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.
- 7.- Documentos del Vaticano II, 7a. Edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1969.
- 8.- Francisco González de la Vega, Ob. Cit.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO I

- 1.- Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 11a. Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires.
- 2.- Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, 7a. Edición, 1964, Editorial Porrúa, S.A.
- 3.- Alfonso Acosta Guzmán, Medicina Legal y Toxicología, Tomo I, 4a. Edición, 1969, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, Serie Ciencias Médicas No. 9.
- 4.- Francisco González de la Vega, Ob. Cit.
- 5.- Pedro Pacheco Osorio, Derecho Penal Especial, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1972.
- 6.- Ricardo C. Núñez, Derecho Penal Argentino, Tomo III, parte Especial, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L.
- 7.- José Enrique Silva, Derecho Penal Salvadoreño (Compendio de la Parte Especial), Separata, Revista de Derecho, Año 1 No. 2, S.S., El Salvador, C.A.

- 8.- Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, (parte especial), 9a. Edición, - Editorial Abeledo-Perrot.
- 9.- Pedro Pacheco Osorio, Ob. Cit.
- 10.- Ricardo C. Núñez, Ob. Cit.
- 11.- Silvio Ranieri, Manual de Derecho Penal, Tomo V, parte especial, De los Delitos en particular, Editorial Temis, Bogotá, 1975.
- 12.- Pedro Pacheco Osorio, Ob. Cit.
- 13.- Ricardo C. Núñez, ob. Cit.
- 14.- Carlos Fontán Balestra, Ob. Cit.
- 15.- Pedro Pacheco Osorio, Ob. Cit.
- 16.- Carlos Fontán Balestra, Ob. Cit.
- 17.- Pedro Pacheco Osorio, Ob. Cit.
- 18.- Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, 4a. Edición, 1963, Editorial Hermes.
- 19.- Luis Jiménez de Asúa, ob. Cit.

- 20.- Luis Jiménez de Asúa, Ob. cit.
- 21.- Pedro Pacheco Osorio, Ob, Cit.
- 22.- Luis Carlos Pérez, Ob. Cit.
- 23.- Ricardo C. Núñez, Ob. Cit.
- 24.- Luis Carlos Pérez, Ob. Cit.
- 25.- Ricardo C. Núñez, Ob. Cit.
- 26.- Ricardo C. Núñez, Ob. Cit.
- 27.- Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo III, Editorial Tea, 7a. Reimpresión, 1976.
- 28.- Francisco González de la Vega, Ob. Cit.
- 29.- Sebastián Soler, Ob. Cit.
- 30.- Luis Jiménez de Asúa, Libertad de Amar y Derecho a Morir.
- 31.- Ricardo C. Núñez, ob. Cit.

CAPITULO III

32.- Profesor Luis Angel Rodríguez, "15 años de labor en Población y Planificación familiar".