

678
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO



“Estudio Jurídico Sociológico del Delito de Aborto”



FACULTAD DE DERECHO
LIBRO DE LA FACULTAD DE DERECHO
CARRERA DE DERECHO

MARGARITA RAMIREZ CARDOSO



FALLA EN ABRIL 1990

MEXICO 1990.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ESTUDIO JURIDICO SOCIOLOGICO DEL DELITO DE ABORTO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ABORTO

I.- EL ABORTO EN LA ANTIGÜEDAD: 1.- Egipto; - -
2.- Antiguo Testamento; 3.- Grecia; 4.- Roma.- II.- DERECHO CANONICO.- III.- DERECHO ROMANO-GERMANICO.- IV.- EDAD MEDIA.- V.- EL ABORTO EN AMERICA: 1.- Derecho Precolombino; A) Derecho Penal Azteca; B) Derecho Penal Incaico; 2.- El Derecho Penal en la época de la Colonia.- VI.- EPOCA ACTUAL.- VII.- Reflexión de los antecedentes.

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ABORTO

CAPITULO SEGUNDO

EXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO

I.- DE LOS PRESUPUESTOS (análisis genérico).- -
II.- EL PRESUPUESTO EN EL DELITO DE ABORTO.- III.- TEORIAS QUE ESTRUCTURAN AL DELITO.- IV.- EL ELEMENTO OBJETIVO ESPECIAL O ESPECIFICO EN EL DELITO DE ABORTO: 1.- Formas de la conducta: A) Acción; B) Omisión: a) omisión propia; b) omisión impropia; 2.- Clasificación del delito en orden a la conducta; 3.- Clasificación del delito en orden al resultado. V.- TIPO-TIPICIDAD COMO CORRELATIVO AL DELITO DE ABORTO: 1.- Clasificación del delito de aborto en orden al

tipo.- VI.- ANTIJURIDICIDAD.- VII.- IMPUTABILIDAD.-
VIII.- CULPABILIDAD: 1.- Teoría psicologista; 2.- Teoría
normativa de la culpabilidad; 3.- Teoría finalista; 4.- Con-
cepto de culpabilidad; 5.- Formas de culpabilidad: A) Do-
lo; B) Culpa: a) negligencia; b) imprudencia; c) imperi-
cia; d) clases de culpa; C) Preterintencionalidad.- IX.-
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.- X.- PUNIBILIDAD.

CAPITULO TERCERO

INEXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO.

I.- AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO: 1.- Vis absolu-
ta; 2.- Vis maior; 3.- Movimientos reflejos; 4.- Movimien-
tos fisiológicos; 5.- Sueño; 6.- Sonambulismo; 7.- Hipnotis-
mo.- II.- ATIPICIDAD.- III.- CAUSAS DE LICITUD.- 1.-
Legítima defensa; 2.- Estado de necesidad: A) Aborto nece-
sario o terapéutico; 3.- Cumplimiento de un deber; 4.-
Ejercicio de un derecho; 5.- Impedimento legítimo.- IV.-
INIMPUTABILIDAD: 1.- Minoría de edad; 3.- Tratarnos menta-
les; 3.- Imputabilidad disminuída; 4.- Miedo grave.- V.-
INCULPABILIDAD: 1.- Error de derecho; 2.- Error de hecho;-
A) Esencial: a) vencible; b) invencible; B) Inesencial o
accidental; 3.- La teoría del error en la actualidad: A)
Error de tipo; B) Error de prohibición; 4.- La no exigibi-
lidad de otra conducta.- VI.- AUSENCIA DE CONDICIONES OB-
JETIVAS DE PUNIBILIDAD.- VII.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

CAPITULO CUARTO

LA SEGUNDA ESFERA DEL DELITO, CORRELATIVO AL DELI-
TO DE ABORTO.

I.- ITER CRIMINIS: 1.- Fases: A) Interna; B)-

Externa.- II.- CONCURSO DE DELITOS: 1.- Real; 2.- Ideal.
III.- CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO: 1.- Formas de --
participación: A) Necesaria; B) Eventual o Contingente; -
2.- Clases de grados de participación: A) Autoría; B) Coau-
toría; C) Complicidad; D) Instigación; E) Encubrimiento.

CAPITULO QUINTO

CLASES DE ABORTO, SUMA Y ANALISIS.

I.- ABORTO CONSENTIDO.- II.- ABORTO PROCURADO --
(auto-aborto).- III.- ABORTO SUFRIDO.- IV.- ABORTO EUGE-
NESICO.- V.- ABORTO CULPOSO.- VI.- ABORTO POR CAUSAS --
ECONOMICAS.

ANALISIS SOCIOLOGICO DEL DELITO DE ABORTO

CAPITULO SEXTO

FACTORES SOCIALES DEL DELITO DE ABORTO.

I.- EL ABORTO COMO PRACTICA UNIVERSAL.- II.- -
LOS ABORTOS CLANDESTINOS.- III.- LA LEGISLACION EN MATE--
RIA DE ABORTO: 1.- Legislación en América Latina.- IV.--
PROPUESTA PARA MODIFICAR LA LEGISLACION EN MATERIA DE ABOR-
TO, A LA REALIDAD DE LA EPOCA.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental".

ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL

INTRODUCCION.

El aborto en todos los países del hemisferio, como en México, es incuestionablemente un problema social. - En la República Mexicana, la cifra negra indica que más de 2'000,000 de mujeres al año, exponen su vida al someterse a intervenciones quirúrgicas que se realizan en condiciones de insalubridad, mediante procedimientos riesgosos, -- ejecutados por aficionados, sin ninguna preparación o escrúpulos y que por llevarse a cabo fuera de la ley, no - - cuentan con la mínima protección social.

Los hospitales reciben pacientes de emergencia, - cuando ya es imposible realizar una operación afortunada. - Los responsables de tales crímenes, quedan ocultos y las - mujeres baldadas, si es que logran salvar la vida.

La vergüenza o turbación por reconocer la necesidad de abortar, y la falta de una legislación apropiada, - obliga a las mujeres con embarazos indeseables, a recurrir a medidas de ocultamiento, que suelen convertir al aborto en suicidio, al serles negada toda clase de ayuda responsa ble.

En esta forma, la sociedad parece pretender obligarlas a inducirse al aborto, exponiéndose a infecciones y procedimientos sumamente riesgosos, con peligro de perder la vida.

Las anteriores circunstancias, nos inspiran a realizar el estudio de este fenómeno social, con el afán de - conciliar la legislación con las necesidades humanas que - se contemplan.

Como punto de partida, habremos de analizar la -- consideración de que la ley actual fue inspirada en el deseo de normar la conducta de la sociedad a este respecto. Revisaremos los antecedentes del pensamiento humano a través de los años en cuanto al aborto, advirtiéndose por ende, que en cada época los conceptos han sido producto de - la cultura de los pueblos. De suma importancia, es encontrar si la ley actual es justa, aplicable y aplicada, no - solamente en cuanto a la conveniencia de las normas de conducta que se han establecido, sino en cuanto a que ampare a quienes, ante un problema al cual se enfrentan, determinan arriesgar su vida, en la imposibilidad de conseguir -- ayuda de la sociedad.

No perseguimos como objetivo el exponer un criterio contrario a la libre reproducción humana, ni favorable a lo que actualmente se denomina control de la natalidad, - planificación familiar o paternidad responsable, aún cuando el tema, en sus aspectos sociales está ligado a estos conceptos, que forzosamente conforman la manera de pensar de nuestro tiempo. Nuestra directriz principal, está encaminada a que se tome conciencia del aumento desmedido que ha tenido el aborto clandestino, el cual es la tercera causa

de muerte de la mujer, y por ello, la importancia de atacarlo hasta lograr su extinción; consideramos que debe de reconocérsele a la mujer el derecho que tiene a planificar su familia, en unión de su pareja, y que si tiene la necesidad de abortar, lo haga en una clínica, atendida por un médico y con la asepsia debida, sin poner en peligro su vida; por ello, este trabajo se realiza con el deseo de encontrar soluciones que permitan proteger la vida de la mujer, quien forma parte activa de la sociedad, la cual es la propia responsable de esta problemática, ante la ausencia de directrices de índole educacional, y si el delito se comete por presiones de la propia sociedad y particularmente por estrechez de la ley, ésta debe revisarse y adecuarse, para que sirva sus objetivos de normar la vida de la sociedad y no solamente como un obstáculo soslayable.

Es posible encontrar conceptos que permitan interrumpir un embarazo dentro de cierto tiempo, para evitar acciones drásticas. Mientras la sociedad mexicana llega a un grado de civilización más elevado, o dicho de otro modo, mientras la educación sexual alcanza a todas las clases sociales, de tal suerte que puedan separarse el ejercicio de las funciones naturales referentes al sexo, de las reproductivas y, por tanto, se engendren solamente seres planeados, este es el motivo que se persigue, en la elaboración de este estudio; siendo necesario reglamentar con mayor precisión: el límite de tiempo hasta el cual puede

permitirse la suspensión de un embarazo; la intervención profesional; la implantación de dispensarios especializados, así como los métodos de extracción.

Los criterios fundamentales para la reglamentación anterior son: prevención de la vida y la salud de la madre, así como grado de desarrollo del feto, y es que una parte importante que es necesaria para alejarnos de la incidencia en los abortos, radica en la prevención, la cual en la antigüedad encuentra la fórmula preventiva en la frase "nam, ut plato ait, nemo prudens punit, cuia peccatum est sed ne peccetur: (pues, como dijo Platón, nadie que sea inteligente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque). Es importante asegurar a la comunidad de una conducta preventiva, que atienda a las necesidades de la era moderna, hacer de su conocimientos los medios anti-conceptivos y ponerlos a su alcance, para que de esta suerte, se llegue al aborto como último recurso; no creemos pertinente que el ilícito de aborto desaparezca del Código Penal, consideramos que debe ser sancionado, pero sólo bajo determinados aspectos, no en todos los casos, como lo precisaremos en el desarrollo de este estudio.

"La historia es el testigo de los -
tiempos, la antorcha de la verdad, -
la vida de la memoria, el maestro -
de la vida, el mensajero de la anti-
güedad".

MARCO TULIO CICERON.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ABORTO

I.- El aborto en la antigüedad: 1.- Egipto; - -
2.- Antiguo Testamento; 3.- Grecia; 4.- Roma.- II.- Dere-
cho Canónico.- III.- Derecho Romano-Germánico.- IV.- --
Edad Media.- V.- El aborto en América: 1.- Derecho Pre-
colombino: A) Derecho Penal Azteca; B) Derecho Penal In-
caico; 2.- El Derecho Penal en la época de la Colonia.- -
VI.- Epoca Actual.- VII.- Reflexión de los anteceden- -
tes.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ABORTO

I.- EL ABORTO EN LA ANTIGÜEDAD.

Las características de las diferentes culturas en lo referente a conceptos de moral, religiosos, políticos y demográficos, y las variaciones de éstos a través del tiempo, han influido en la consideración del aborto como delito. El tema del aborto es tan viejo como la propia humanidad, aunque ha tenido significados muy diferentes según -- las épocas y culturas de los pueblos. Hace más de cuatro mil años, ya se debatía sobre el aborto en China; por ello es que se impone hacer referencia a esta figura delictiva dentro del proceso histórico.

Es el delito de aborto el que ha padecido mayormente desde el punto de vista histórico y en la época presente sigue encontrando discusiones enconadas, pues se consideró al feto como una parte de la mujer gestante, considerándose como una víscera de la mujer, propiedad suya, o bien del marido. En algunos pueblos primitivos se justificaba el aborto ante la necesidad de mantener el equilibrio económico del grupo, dado que el aumento de nacimientos aumentaba el hambre de las tribus nómadas, sobre todo en -- aquellas tribus en tierras áridas.

En principio, en los pueblos primitivos, la concepción era considerada como un don femenino y la pertenencia del producto exclusivamente de la madre; ni el padre, ni la sociedad, tenían por tanto injerencia en una posible determinación de aborto. Solamente en el caso de causar un daño que provocara el aborto, había delito, considerándolo como daño en propiedad ajena.

1.- EGIPTO.- En Egipto, hubo una época en la que existió devoción mística por el que habría de nacer, considerándosele a la concepción como un misterio divino; si la mujer delinquía estando embarazada, por este solo hecho se suspendía el cumplimiento de la sentencia.

2.- ANTIGUO TESTAMENTO.- En el Antiguo Testamento, en realidad no aparece ninguna disposición con relación al aborto provocado voluntariamente; se considera que el feto forma parte de la mujer y, en caso de supresión, sólo se hacía acreedora a una multa. En cuanto al aborto accidental, se afirma: "Si algunos riñesen, e hiriesen a mujer embarazada y ésta abortase, pero sin haber muerte, serán penados conforme a lo que les impusiere el marido de la mujer y juzgaren los jueces. Mas si hubiese muerte, entonces pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente". Asimismo se asienta: "Si un hombre hiriese a una mujer y ésta abortase, pagaría los daños según lo juzgaren los árbitros, pero si la mujer muriese pagaría vida por vida"; esto tal como lo expresa la Biblia. Exodo, Cap. 21,-

vers. 22 y 23. En la legislación judía, no estaba prohibido el aborto.

3.- GRECIA.- En la antigua Grecia, el aborto -- era una práctica normal, a pesar de que en el juramento Hipocrático se establezca "No utilizarás productos abortivos"; en efecto, el aborto constituía una de las bases para lograr una política demográfica equilibrada, con lo -- cual estaban de acuerdo algunos filósofos, como Aristóteles, quien señalaba que había que limitar el número de niños; Sócrates, quien pensaba que entre las ocupaciones de las parteras, estaba la de facilitar el aborto, cuando la mujer lo deseaba; Platón, que consideraba que la mujer que se embarazaba después de los cuarenta años, tenía la obligación de abortar; lo anterior, es la razón por la cual -- los griegos eran los que tenían la técnica más avanzada en materia de aborto. Al paso del tiempo, las leyes empezaron a proteger al feto animado durante su vida intrauterina. Así, EUGENIO CUELLO CALON, expresa: "Los griegos llegaron a poseer una técnica muy avanzada en la práctica -- abortiva. El aborto y la exposición de niños, eran muy -- frecuentes especialmente entre las prostitutas. Licurgo y Solón, lo castigaron pena pecuniaria impuesta como reparación de los daños para la familia".⁽¹⁾

En algunas ciudades griegas, como por ejemplo en Gortyna, el aborto provocado por la mujer sobre sí misma, se castigó como ofensa a la potestad del padre. En Atenas,

hasta la época de Lysias, no se castigó con pena pública, - posiblemente la impunidad dependió del temor al hambre que un aumento desmedido de población podría originar. En - - fin, hasta época tardía, no aparece una decidida represión del aborto. Tebas, lo castigó severamente y Mileto con pe na capital. MARCO TULLIO CICERON, en su oración procluen- cio, recuerda: "Cómo una mujer que causó su propio abor- to, fue condenada a muerte y ciertamente añade, con arre- glo a derecho, pues aniquiló la esperanza, el recuerdo del nombre, el apoyo de los familiares, y el ciudadano que es- taba destinado al Estado". (2)

4.- ROMA.- Respecto de Roma, PHILIPPUS VAN DER BRAECKE, nos dice: "En una época se consideró al feto como parte integrante del cuerpo de la madre, (partío visce- rum matríz), por lo tanto la madre podía disponer a su li- bre albedrío de su producto, sin tener el más leve casti- go, sólo si era casada, su aborto se consideraba ofensa al marido". (3) Algunos perspicaces hombres de Estado, como - el Emperador Augusto, reconocieron el peligro de la dismi- nución de la población por los numerosos abortos, pero como dominaba la idea de que el feto era parte del vientre - de la madre, se estimó que su castigo constituiría una gra- ve intrusión en la esfera jurídica del individuo y de este modo se mantuvo su impunidad. EUGENIO CUELLO CALON, al -- respecto señala: "Encontramos que entre los romanos, la - represión del aborto comienza con el castigo de la prepara

ción y elaboración de filtros amorosos y abortivos. Las leyes Corneliae, castigan estos hechos con trabajos en las minas, con la confiscación, o con la deportación y, si hubieren ocasionado la muerte de la mujer, con pena capital". (4)

En opinión de TEODORO MOMMSEN, hasta la época de Severo, "el aborto no fue sometido a sanción penal, y se hizo así por modo extraordinario, invocando la ley contra el envenenamiento, castigándose con la confiscación y el destierro". (5) Así, advertimos que en la época romana -- que comentamos, el aborto cometido por la mujer contra la voluntad de su marido, fue sancionado severamente, pues se imponía, independientemente de lo anterior, destierro temporal; no se tiene noticia de que fuera la razón, cierta idea de los juristas acerca de la naturaleza del feto.

En el Siglo III, los escritores cristianos como San Cipriano, Gregorio Niceno, Tertuliano y otros, sostuvieron acerca del fruto de la concepción doctrinas muy diferentes de las compartidas por los juristas romanos. El feto, afirmaban, no es parte del vientre de la madre, sino un ser dotado de alma; para unos, el alma preexistía a la vida del embrión; para otros, fue creada en el momento de ser engendrado el cuerpo; el embrión, se reputaba siempre animado, sólo se discutía el momento de la creación del al ma.

Volviendo una vez más a EUGENIO CUELLO CALON, expresa: "Algunas leyes de Constantino, inspirándose en las ideas cristianas, reprimieron enérgicamente la muerte de los recién nacidos (Ib. IX, tit. 15 Cod. Teodosiano). Justiniano y sus sucesores estigmatizaron reiteradamente la provocación del aborto; la novela 117 lo considera como -- causa de separación del matrimonio; la novela Leonis 31, -- lo considera como ofensa al matrimonio".⁽⁶⁾ En fin, que las mujeres griegas y romanas se hacían abortar por estética, para conservar la textura de la piel de su vientre o -- para no destruir sus líneas armoniosas y esculturales. -- Fue el cristianismo el que da a la vida humana un valor -- ético y teleológico, con la idea de derechos al engendrado y no nacido y que se está ante un alma que es necesario -- salvar.

II.- DERECHO CANONICO.

En el Derecho Canónico, la represión del aborto - tiene fundamental importancia la distinción entre el feto animado y no animado. Atendiendo las doctrinas de Aristóteles y Plinio, aceptadas por los escritores eclesiásticos y por las colecciones canónicas, era preciso cierto tiempo después de la concepción, para que el semen llegado al útero se formase como un cuerpo para recibir el alma, convirtiéndose en feto animado; esto se creía, tenía lugar cuarenta días después de la concepción para los varones y - - ochenta para las hembras. Los penitenciales (desde el de Teodoro, Arzobispo de Canterbury, Siglo VII, al penitencial mediolanense de San Carlos Borromeo (1538-1548) y aún después), mantuvieron esta distinción y consideraron la ex pulsión del "corpus informatum", como un hecho de menor -- gravedad, el cual fue sancionado con pena no muy severa. - También el decreto de Graciano y los decretales, aunque és tas no se ocupaban del aborto, distinguen entre el feto -- animado y el no animado; distinción ya abandonada en el vi gente "Codex Juris Canonici", que aún se mantuvo durante - largo tiempo en el derecho penal laico.

Más tarde el aborto fue penado en la Constitución de Sixto V Efraenattan del 29 de octubre de 1588, con las más grandes penas veindicativas y con "excomunió*o*n latae -- sententiae", reservada al Papa por Gregorio XIV en las Se-

des apostólicas de mayo de 1591, en donde atenuó las anteriores penas y limitó el castigo a la muerte del Foetus -- animatus. La doctrina de la iglesia condenada en el Derecho Canónico, introdujo el castigo del aborto con un carácter de permanencia, el cual no había tenido en las legislaciones anteriores y su tesis que el aborto es el aniquilamiento de un hombre animado, influyó considerablemente sobre las legislaciones laicas.

III.- DERECHO ROMANO-GERMANICO.

Entre los pueblos germánicos, en las leyes paganas, el aborto cuando era cometido por un extraño, se consideró como daño de carácter patrimonial. Sin embargo, -- por influencia del cristianismo se empezó a castigar. No obstante, las formas de represión, varían desde una gran severidad hasta la impunidad completa. En la "Lex Visigo-rum" se consideraba impío e infame aniquilar la propia descendencia, se castigaba con la muerte o la ceguera. La -- "Lex Baiuvariorum", por influjos de la iglesia, distingue el feto animado y el no animado; a aquél lo castiga como - homicidio; a éste lo castiga con una multa de cuarenta solidi. Por el contrario, los longobardos, persistieron en las antiguas concepciones germánicas sobre el aborto.

En las leyes de estos pueblos se observaron incriminaciones variadas, se consideraba delito destruir la propia descendencia y este hecho se castigaba con la muerte; - en tanto que las leyes longobardas, estimaban el aborto como un daño patrimonial si era cometido por un extraño y -- así el Edicto de Rotario, lo considera impune y le da ca-riz de asunto de la familia.

Se encuentra como delito en las Siete Partidas, - Ley 8a., Título 8o., partida VII del siguiente tenor: "Mu-jer preñada que bebiera yerbas a sabiendas, u otra cosa -- cualquiera con que echase de sí la criatura, o se hiriese

con puños en el vientre, o con otra cosa, con intención de perder la criatura, y la perdiese por ende, decimos que si ya era viva en el vientre, entonces, cuando hiciere esto, - que debe morir por ello. Fueros ende, si se lo hiciesen - hacer por fuerza, así como hacen los judíos a sus moros, - entonces el que lo hizo hacer debe sufrir la pena. Y si - por ventura no fuere aún viva, no deben darle muerte por - ello; mas debe ser desterrada en alguna isla por cinco - - años".

IV.- EDAD MEDIA.

En la Edad Media, no existían penas para el delito de aborto, ni en el Sachsenspiegel, ni en el Schwabenspiegel, de Alemania, ni en las codificaciones de los derechos de las ciudades, figura el aborto como delito; su represión quedaba reservada a la iglesia. Su penalidad aparece por primera vez en la Constitutio Bomberguensis (Bamberger Halsgerichtardnung) de 1507 y por la Constitutio Criminalis Carolina (peiliche Gerichtsarnun) del Emperador Carlos V de 1532; ambas Constituciones distinguían entre la muerte del feto animado e inanimado, y penaban a aquél como homicidio, con pena de muerte, mientras el castigo de éste era dejado al arbitrio de los peritos en Derecho.

En las ciudades italianas, hallamos la misma doctrina. Milán (1541) y Génova (1556), castigan la muerte del "foetus animatus" con pena de muerte y la del no animado con penas arbitrarias o con pena temporal de galeras. En la ciudad de Locarno, se castigó duramente con suplicio de muerte en la rueda o en la hoguera; por el contrario, en otras localidades como Urbino y Santa Patavina, no era punible.

Por lo que se refiere a Francia, el antiguo derecho francés, no distinguió entre el feto animado y no animado, como lo hacía la doctrina mantenida en otros países, y castigó el aborto como crimen gravísimo, con la pena ca-

pital. El célebre edicto de Enrique II, publicado en el año de 1556, confirmado en ordenanzas posteriores, castigó con igual pena la ocultación de la preñez. Daguessau, de acuerdo a la antigua doctrina francesa, en su "Desertation del etat des personnes", sostenía que "la pena por aborto, no debe ser más suave antes de la formación corporal del feto que después, cuando se da muerte a un niño ya formado".

En relación a ello, EUGENIO CUELLO CALON, opina: "Se aniquila la esperanza de un padre, del recuerdo de su nombre, la herencia de su haber; lo mismo roban un hombre a la naturaleza que un ciudadano a la nación".⁽⁷⁾ Interesante comentario hace JOSE RAFAEL MENDOZA, al exponer: "Durante la Edad Media, el Derecho Canónico condenó el aborto por una fútil razón religiosa: el feto era privado de la gracia del bautismo y del beneficio de la sepultura eclesiástica, y entendían los canonistas que como el alma se posesionaba del cuerpo de los varones a los cuarenta días después de la fecundación y de las hembras a los ochenta días, eran punibles las expulsiones del corpus formatum provocadas después de la animación del embrión, al que llamaban abortionis, pero no debían castigarse los ocasionados antes de la animación, con el corpus informatum que denominaban efluciones".⁽⁸⁾

V.- EL ABORTO EN AMERICA.

1.- DERECHO PRECOLOMBINO.- De las culturas prehispánicas, sin duda, las más relevantes fueron los Aztecas, los Mayas y los Incas, en virtud de que tenían una cultura y organización sumamente avanzada y, por ende, su ordenamiento jurídico, por lo cual aún cuando someramente, haremos mención de su legislación respecto del delito de aborto.

A) DERECHO PENAL AZTECA.- Los aztecas, como sabemos, se distinguieron por la severidad de las penas que imponían a quienes violaban sus leyes, lo cual es fácil de entender, debido al sentido de comunidad de la organización azteca; así, LUCIO MENDIETA Y NUNEZ, expresa: "Crónistas e historiadores nos indican las costumbres observadas en los reinos de Acolhuacán, México y Tacuba, en materia criminal. Los actos considerados como delictuosos y las penas que les correspondían eran los siguientes: Aborto. Pena de muerte para la mujer que tomaba con qué abortar y para quien le proporcionaba el abortivo".⁽⁹⁾ Respecto al Derecho Criminal Maya, el citado autor afirma: "La penalidad entre los mayas, según noticias de Diego de Landa, era semejante a la de los reinos coaligados de México, en la mayoría de los casos idéntica".⁽¹⁰⁾

B) DERECHO PENAL INCAICO.- Los incas, consideraban al aborto como un delito en contra de los intereses de

la comunidad, en virtud de la necesidad que tenían de aumentar su población. En efecto, cada hijo representaba un valor económico, en cuanto que recibían una porción de tierra, o bien, con ellos podían pagar sus deudas, razón por la cual, la pena para el delito de aborto era la muerte.

2.- EL DERECHO PENAL EN LA EPOCA DE LA COLONIA.-

El delito de aborto que en la época pre-colonial era poco frecuente, a medida que va transcurriendo la Colonia, va aumentando su práctica, siendo más frecuente entre las casadas y amancebadas y entre los grupos de clases más elevadas; no podemos establecer con precisión la forma en que fue sancionado el aborto durante la Colonia, ya que no siempre se aplicaban las penas establecidas por las recopilaciones de las Leyes Españolas, sino que más bien se sancionaba atendiendo a los usos y prácticas que influían, según las circunstancias del caso concreto.

VI.- EPOCA ACTUAL

En los comienzos del siglo de las luces, numerosos escritores protestan contra la dureza de la penalidad del aborto y se inicia una considerable atenuación en su represión. Sin embargo, en la misma Enciclopedia Francesa, aún se mantuvieron las antiguas doctrinas. BAUCHER -- D'ARGIS, en su artículo "Infanticidio", decía: las mujeres que cometen el delito de aborto cometen un homicidio, observándose que seguía la antigua concepción religiosa. No obstante ello, aparecen algunas tentativas encaminadas a la atenuación de su duro castigo. CESAR BECARIA, en su libro "De los delitos y de las penas", hace alusión a un delito muy semejante al aborto: el infanticidio y apunta la conveniencia de sustituir su pena por medios preventivos. Fue más directa y decisiva esta directriz en Alemania, en donde el profesor de la Universidad de Rostock, en el Proyecto de Código Penal que elaboró en 1782, estableció para el delito de aborto penas muy moderadas (cuatro años de trabajo de casa, cuando el aborto hubiera sido provocado después de transcurrida la mitad de la preñez y fueran ya percibidos los movimientos del feto; un año de la misma pena, cuando la mujer se hallare en el comienzo de la preñez); no obstante este progreso, continuó manteniéndose el punto de vista del Derecho Canónico y de la "Constitutio Criminalis Carolina", la vieja distinción entre el feto inanimado y el animado.

En Francia, se ha estimado el aborto como un delito de índole social, por sus consecuencias, esto es, en -- contra del "hombre del futuro". El Código Napoleón advierte el aborto consentido, es decir, el que lleva a cabo el aborto y la mujer que aborta; observando que en el año de 1912 en toda Francia se resolvió con demasiada indulgencia, ya que eran múltiples las resoluciones absolutorias. En la ley de 31 de julio de 1920, se prohibía la propaganda anticonceptiva y el acto de inducir al aborto; así 3 años más tarde, en la ley de 27 de marzo de 1923, se hacía comparecer a los detenidos ante el Tribunal Correccional, compuesto por Magistrados de Carrera, pensándose en penas proporcionadas a la gravedad de la "infracción a la ley"; no obstante ello, el aumento de abortos clandestinos no cesó. El decreto de Ley de 29 de julio de 1939, llamado "Código de la Familia", amplió el campo de la represión en el aborto habitual, sancionando el ejercicio profesional que alcanzaba a los obstetras, farmacéuticos, estudiantes y empleados que hubiesen participado en el aborto y una cuestión importante en esta ley, que ahora nos resulta trascendente desde el punto de vista del presupuesto de la conducta (embarazo), en cuanto que se sancionaban las prácticas abortivas aún cuando no hubiera gestación. En ese proceso histórico francés, la Ley de 15 de febrero de 1942, dió lugar a penas sumamente severas, se habla de dos condenas a muerte: el 9 de junio de 1943, la de una lavandera, culpable de haber realizado 26 abortos, ejecutada el 30 de ju--

nio del mismo año, y el 13 de agosto de 1943, en el mismo sentido, una mujer culpable de haber realizado tres abortos reconocidos, aún cuando la sentencia no llegó a ejecutarse; sin embargo, en la actualidad, Francia se ha manifestado a favor del aborto, a través de la legislación que permite la suspensión del embarazo en los hospitales, por la sola solicitud de la madre que considera necesaria esta solución.

VII.- REFLEXION DE LOS ANTECEDENTES.

Resumiendo la revisión de los antecedentes del -- aborto como delito y de la legislación que se ha establecido al respecto en distintas épocas, se ha tratado de demostrar que los criterios no han sido estáticos, sino por el contrario, dinámicos, esto es, no ha habido una sola forma de pensar. Su variación ha dependido de los problemas que se han confrontado y que se resumen en los siguientes: --

a) Interés de que la práctica de aborto no disminuyera el crecimiento de la población de un determinado pueblo y de su fuerza frente a otro. b) Planteamientos para que los recursos alimenticios no escasearan en una sociedad creciente. c) Temor de ofender el concepto de Dios, al suspender un proceso natural. d) Riesgo de provocar un decaimiento de la moral en lo general. La sociedad actual, en su mayoría, admite los métodos anticonceptivos, excepto la Iglesia Católica, que sólo se refiere a la regulación de los nacimientos por métodos "naturales".

La superación de estos criterios, ha llevado lenta, pero invariablemente, hacia conceptos más humanos, más liberales, fundamentados en razonamientos positivistas. La mayor o menor libertad que las leyes han permitido respecto al aborto, no han impuesto una característica de ascetismo o de libertinaje a los pueblos. Es preciso reconocer que hay más salud, más unidad familiar cuando todos --

los hijos que se generan son deseados.

El evento que más ha influido en la formación de los criterios sobre el aborto es, indudablemente, el juicio establecido por la religión católica, de que el embrión o el feto, es ya una vida individual, un alma en el lenguaje religioso, y que por lo tanto, suspender el proceso del embarazo, es matar esa "alma" o vida individual, cayendo en la definición del homicidio; es por ende el aborto, un acto inmoral, sólo se autoriza en casos excepcionales, para salvaguardar la vida de la mujer encinta.

Dentro de las sectas religiosas, se ha tratado -- también de ganar algún terreno, limitando este concepto, - pero apenas se han atrevido a deliberar sobre el momento - de la entrada del alma al cuerpo; argumento que ha fracasado por su propia inconsistencia. Aunque el Código del Derecho Canónico, solamente implica sanciones de expulsión - sectaria, y no es de ninguna manera la Ley Social, aparece que el criterio de la iglesia ha influido determinantemente.

Por otra parte, los criterios científicos ajenos a cualquier dogma de tipo religioso, también se ha elucidado casi exclusivamente en el terreno citológico o embrionario, tratando de definir en qué momento del embarazo el feto parece humano y cuándo parece sólo tejidos informes. Estos conceptos también son inconsistentes puesto --

que conforme avanzan los estudios genéticos y con ayuda de las técnicas microscópicas, se encuentran mejores definiciones del organismo humano en formación, que determinan la presencia de vida desde el contacto de las células; se sostiene que durante los tres primeros meses del embarazo, el embrión es un tejido que forma parte del cuerpo de la mujer, en atención a que no puede subsistir fuera del útero y, por tanto, es un tejido sin vida propia; en tal sentido se sostiene que la mujer encinta es la que debe decidir sobre la posibilidad de llevar a cabo el aborto legal y no la Iglesia o el Estado. El aspecto social del problema, se ha venido imponiendo, dejando atrás los criterios encerrados en dogmas.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Tres Temas Penales, pág. 9, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.
- (2) Cit. por EUGENIO CUELLO CALON, Tres Temas Penales, pág. 10. Ed. Bosch. Barcelona, 1955.
- (3) Idem.
- (4) Idem.
- (5) Derecho Penal Romano, Tomo II, pág. 115, Editorial La España Moderna.
- (6) Tres Temas Penales, pág. 11, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.
- (7) Idem, Pág. 14.
- (8) Curso de Derecho Penal Venezolano, Tomo IV, de la parte Especial, Pág. 67, Caracas, 1964.
- (9) El Derecho Precolonial, pág. 61, 4a. edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1981.
- (10) Idem, pág. 72.

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ABORTO

"En esta etapa de la historia humana, debemos acordar un lugar importante al derecho de los padres a decidir el número de hijos".

U THANT

CAPITULO SEGUNDO

EXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO.

- I.- De los presupuestos (análisis genérico). - -
- II.- El presupuesto en el delito de aborto.- III.- Teorías que estructuran al delito.- IV.- El elemento objetivo especial o específico en el delito de aborto: 1.- Formas de la conducta: A) Acción; B) Omisión: a) omisión propia; b) omisión impropia; 2.- Clasificación del delito en orden a la conducta; 3.- Clasificación del delito en orden al resultado.- V.- Tipo-tipicidad como correlativo al delito de aborto: 1.- Clasificación del delito de aborto en orden al tipo.- VI.- Antijuricidad.- VII.- Imputabilidad.- VIII.- Culpabilidad: 1.- Teoría psicologista; 2.- Teoría normativa de la culpabilidad; 3.- Teoría finalista; 4.- Concepto de culpabilidad; 5.- Formas de culpabilidad: A) Dolo; B) Culpa: a) negligencia; b) imprudencia; c) impericia; d) clases de culpa; C) Preterintencionalidad.- IX.- Condiciones objetivas de punibilidad.- X.- Punibilidad.

CAPITULO SEGUNDO

EXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO

I.- DE LOS PRESUPUESTOS.

Una cuestión previa al análisis de los elementos del delito, son los llamados presupuestos, que es una noción que no ha tenido una aceptación general en la doctrina, tal vez sea porque son los presupuestos una limitación de la voluntad, en cuanto que ésta no ha llegado a su plena conformación; bien podemos decir que los presupuestos son aquellas cuestiones anteriores a la realización de un hecho; que para BIAGIO PETROCELLI, constituye "una noción bastante atormentada en la reciente literatura penalística".⁽¹⁾ La doctrina ha admitido la teoría de los presupuestos y también la ha negado; la postura primaria, hace expresión de los presupuestos del delito, así como de los presupuestos de la conducta o hecho. Para el propósito de nuestro estudio y con la finalidad de no incurrir en disquisiciones que darían lugar a un análisis ajeno a nuestro tema central, afirmamos, desde luego, nuestra inclinación a la existencia de los presupuestos de la conducta o hecho, señalando que éstos son aquellas cuestiones jurídicas o materiales previas a la ejecución del hecho; lo anterior significa que en algunos delitos, dan lugar a su propia existencia, en cuanto requieren de un antecedente, ya que

de otra suerte el delito no existiría; será por ende, una categoría de orden cronológico; de esta manera afirmaremos que es necesaria la subsistencia del matrimonio en el delito de bigamia; como lo es el ser servidor público en el ilícito de peculado; la gestación en el delito de aborto; - estos antecedentes, ciertamente previos a la conducta o hecho, dan pauta a la existencia del delito y cuando no es así, en manera alguna podrá establecerse una vinculación de una conducta típica.

II.- EL PRESUPUESTO EN EL DELITO DE ABORTO.

Ciertamente, el delito de aborto requiere de un - presupuesto, esto es, de una condición previa, que radica en el embarazo; en otros términos, se requiere la presen-- cia de una mujer embarazada, que significa un presupuesto de orden material, ya que de otra suerte, no se puede ha-- blar de aborto puesto que éste, genéricamente se ha dicho, es la muerte del producto de la concepción en cualquier mo mento de la preñez, lo que da lugar a la muerte del feto, - ya que de otra manera, ante la ausencia o falta de embara-- zo, el presupuesto de la conducta o hecho no se presenta-- ría y, por ende, llevar a cabo maniobras abortivas en una mujer que no se encuentra en período gestante, daría lugar a un delito imposible, o tentativa imposible de aborto y - por tanto, a una palpable atipicidad.

III.- TEORIAS QUE ESTRUCTURAN AL DELITO.

Antes de llevar a cabo el análisis del delito de aborto, desde el ámbito de sus notas esenciales, se hace necesario examinar, aún cuando sea someramente, las dos corrientes fundamentales que estructuran al delito.

Así, señalamos que los principales criterios que estudian la esencia jurídica del delito, son:

- a) La teoría unitaria o totalizadora, y
- b) La teoría analítica o atomizadora.

La teoría unitaria o totalizadora, encuentra su esencia en que el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico no fraccionable, esto es, un concepto indisoluble. Al respecto, CELESTINO PORTE PETIT, refiere: "Los unitarios consideran al delito como un 'bloque monolítico', presentándose, de acuerdo con Bettiol, como 'una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar, rebanar'". (2) En otros términos, se diría que es el delito una unidad indivisible, o sea, un todo orgánico. Esta teoría ha sido rechazada ante la teoría analítica o atomizadora, de que nos ocuparemos a continuación, y es que atendiendo a un aspecto netamente didáctico, la observancia de la unidad delictual, impide su enseñanza toda vez que la síntesis sigue al análisis, con la finalidad

de una verdadera enseñanza.

La segunda teoría, es la que se contiene en la -- llamada concepción analítica o atomizadora; en ella se estudia el delito por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa del conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, naturalmente, la negación de que el delito integra una unidad; por ello es pertinente hacer alusión al pensamiento de CELESTINO PORTE PETIT, en el sentido de que: "La concepción analítica estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; de aquí que estemos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción, quienes demuestran la inconsistencia de las objeciones de los unitarios".⁽³⁾ Optamos por esta teoría, en cuanto significa un instrumento que nos conduce a una mejor comprensión de la conducta o hecho delictivo, de esta manera aún cuando nos enfrentemos a grandes dificultades, ante una intensa polémica, se habrán de analizar aquellas cuestiones relativas a la teoría jurídica del delito con una mejor visión panorámica, de la evolución del delito, optando por un sistema que dé pauta a una prelación lógica de aquellos que participan o se inclinan a una concepción por el número de elementos de la dicotómica o bitómica, hasta la heptatómica.

A efecto de llevar a cabo una prelación lógica, - enseguida analizaremos las notas esenciales del delito, en función del motivo de nuestro estudio; esto es, el ilícito de aborto y, desde luego, haremos referencia al elemento - objetivo (conducta o hecho), a la tipicidad, a la antijuridicidad, a la imputabilidad, a la culpabilidad, a las condiciones objetivas de punibilidad y a esta última; así como al aspecto negativo del delito, en relación a la figura delictiva de aborto, esto es, a la ausencia de conducta o hecho, a la atipicidad, a las causas de licitud o justificación, a la inimputabilidad, a la inculpabilidad, a la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y a las excusas absolutorias.

IV.- EL ELEMENTO OBJETIVO ESPECIAL O ESPECIFICO
EN EL DELITO DE ABORTO.

El Derecho Penal considera como conducta el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, que tiene como antecedente el fenómeno delictual, que se hace palpable en las sociedades civilizadas en razón de la axiología, la delincuencia se presenta como un fenómeno normal en toda sociedad organizada, aún cuando en el decurso histórico se suscitan cambios bruscos; sin embargo, su permanencia data de antiguo, como el hombre mismo; de ahí que el fenómeno delictual se trate de prevenir, o bien de reprimir; su regulación y tratamiento se lleva al efecto a través de los Códigos Penales, a fin de que permanezca el bien colectivo; mas debe atenderse a un uso moderado de la normatividad, ya que de otro modo, se caería en el abuso; la convivencia social, se ha de traducir en el respeto a los valores que se consideran fundamentales.

Adentrándonos a lo que significa la base o cimiento del delito, esto es, a su elemento objetivo, inclinados a llamarlo conducta o hecho, diremos con CELESTINO PORTEPETIT, que la conducta "consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario".⁽⁴⁾ Según FERNANDO CASTELLANOS TENA, "La conducta es el comportamiento humano, voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito".⁽⁵⁾

Resulta evidente que el Derecho Penal sólo considera como conducta el comportamiento humano, pues sólo éste es guiado voluntariamente. Es, por ende, el sustantivo o soporte del delito base de cualquier forma de comportamiento de relevancia penal, activo u omisivo, que desde el punto de vista dogmático tiene trascendencia en la teoría analítica o atomizadora, dejándose atrás la teoría unitaria que consideró al delito como aquello que no se deja escindir y que, en fin, esa conducta puede traducirse en un resultado típico jurídico, o bien, que tenga influencia definitiva en el mundo fáctico, de ahí que, como ya señalamos, compartimos la denominación que hace CELESTINO PORTE PETIT de llamar el elemento objetivo conducta o hecho. (6)

1.- FORMAS DE LA CONDUCTA.- La conducta es cualquier hecho humano voluntario que puede modificar el mundo fáctico; según EUGENIO CUELLO CALON: "La acción en sentido estricto es el movimiento corporal voluntario, encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca". (7)

A) ACCION.- Desde un punto de vista doctrinal, encontramos en la acción un movimiento corporal voluntario que produce un cambio jurídico o típico, o bien, aunado a lo anterior, dé un resultado en el mundo fenomenológico; - en este último caso, nos encontramos frente a un hecho de relevancia penal y el enlace entre la conducta y ese resul

tado dá lugar a una relación de causalidad. De tal manera que ALEXANDER GRAFF ZU DONNA, sostiene que son tres elementos de la acción: "Decisión de voluntad, manifestación de voluntad y resultado... Al través de la falta de decisión de voluntad, se caracterizan todos los delitos culposos; - al través de la falta de manifestación de voluntad, los de omisión; el resultado falta tanto en los delitos de pura actividad como en los de pura omisión"; ⁽⁸⁾ el autor en cita, advertimos, que no hace expresión de la relación de causalidad; esto significa el enlace entre los dos elementos del hecho anotados, que se obtiene de una desvaloración penal del proceso causal, para después observando una correlación íntima, se tomará en consideración la tipicidad, la antijuridicidad, que pudiéramos considerar como categorías externo objetivas, netamente causales y así desembocar en la culpabilidad, esto es, a lo interno subjetivo, que tiene trascendencia en la voluntad.

B) OMISION.- La omisión, en cambio, es atendiendo el parecer de EUGENIO CUELLO CALON, "la inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado". ⁽⁹⁾ En resumen, en los delitos de acción se hace lo prohibido y en los de omisión no se hace lo ordenado. Existen dos clases de omisión: simple o propia y compleja o impropia, también llamada comisión por omisión.

a) OMISION PROPIA.- La omisión propia se encuentra constituida por: a) La voluntad y, b) La inactividad, la que adquiere relevancia cuando corresponde un precepto de la Ley Penal, que le impone la obligación opuesta, la de obrar. CELESTINO PORTE PETIT, dice que la omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico". (10)

b) OMISION IMPROPIA.- La omisión impropia, también conocida con el nombre de "comisión por omisión", se encuentra integrada por los mismos elementos; a diferencia de la omisión simple, la inactividad produce una doble violación de deberes; CELESTINO PORTE PETIT, al respecto nos expone su pensamiento: "Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva". (11) Compartimos el criterio anterior, en cuanto se afirma que para el caso de la omisión simple, tan sólo se produce un resultado formal y que en la comisión por omisión, se requiere, además, uno material; siendo necesaria, en el segundo caso, la existencia de una relación de causa a efecto entre la inactividad (omisión), y el resultado (comisión).

De esta manera asienta VINCENZO CAVALLO: "La comisión mediante omisión, se tiene al realizar un evento --

que consiste en una modificación del mundo exterior, directamente mediante la abstención de una acción que se tenía obligación jurídica de ejecutar".⁽¹²⁾ En efecto, existe un deber de obrar cuando la inactividad produce un cambio en el mundo externo y, por ende, no se lleva a cabo una -- obligación esperada y exigida y es que en la omisión hay -- una voluntad, voluntad de no hacer y cuando estamos en presencia de una no voluntad, ciertamente caeremos en un delito culposo; ello se debe a la inactividad, estando en presencia de un deber de obrar y, de esta manera, se produce un resultado típico en la omisión simple y además material en el llamado falso delito de omisión.

Nos inclinamos --así lo hemos expresado-- a precisar que el elemento objetivo se traduce en una conducta o hecho; acorde a lo anterior, en el delito de aborto nos encontramos frente a un hecho, el cual se puede presentar en las dos formas de conducta, es decir, a través de una actividad (acción), o bien, por una inactividad (omisión impropia), dando cabida a un cambio en el mundo fáctico, existiendo un nexo causal entre la conducta y el resultado, atendiendo fundamentalmente a la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, cuyo principal sostenedor es MAXIMILIAM VON BURI.

2.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA.- Destacamos que el delito puede llevarse a cabo -- por uno o varios actos; por ello criticamos la postura del

Código Penal "delito es el acto u omisión que sancionan - las leyes penales" (Art. 7), ya que es obvio que el acto - significa un movimiento muscular; que en ocasiones el delito se manifiesta a través de un acto, pero que en otras el delito requiere de varios actos; simplemente recordemos -- que en la tentativa, desde el ámbito de su construcción objetiva, se significa a través de varios actos. Por consiguiente, el delito no siempre se traduce en un acto, sino en varios que forman una acción; de esta manera encontramos el acierto en cuanto que la doctrina hace una distinción entre delitos unisubsistentes, esto es, aquellos que se realizan mediante un solo acto, de aquellos que se llevan a cabo mediante varios actos, esto es, los denominados plurisubsistentes. Ahora bien, si se ha hecho expresión - de aquellos delitos que se llevan a cabo a través de uno o varios actos, se impone hacer expresión del número de sujetos activos que intervienen en el delito; éste, en principio, dá cabida a la llamada participación delictuosa que, - atendiendo a las formas de la misma, se divide en necesaria y eventual o contingente, dando paso al llamado delito monosubjetivo y plurisubjetivo; empero, atendiendo a las - señaladas formas de participación, se habrá de atender al tipo, esto es, cuando éste no contenga en su propia estructura la pluralidad de sujetos en su propio contenido, o de acuerdo a la interpretación, cuando el delito lo cometan - varios sujetos, será monosubjetivo o de participación eventual o contingente; en tanto que, si el tipo establece la

participación de dos o más sujetos, nos encontramos ante un delito plurisubjetivo, o de participación necesaria.

3.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTA-

DO.- Con relación al resultado, nos interesa para efectos posteriores, señalar la clasificación relativa a los llama dos delitos instantáneos, materiales, así como de daño y de peligro. Con referencia a la instantaneidad, la doctrina ha elaborado dos teorías: 1) con relación a la instantaneidad del delito, y 2) con relación a la destrucción del bien jurídicamente tutelado; se ha atendido fundamentalmente al primer criterio, expresado en la fórmula: es delito instantáneo, aquel que produciéndose se consuma; en foque merecedor de una mejor connotación jurídica, ya que no tiene siempre funcionalidad, en el sentido de que se atiende a la destructibilidad del bien jurídico, puesto que simple y llanamente puede afirmarse que en el adulto, cuyo bien jurídico es la fidelidad conyugal, al tratarse de un delito instantáneo, tal fidelidad no se destruye; es por ello que nos inclinamos por el primer criterio. Por otra parte, se hace expresión a aquel resultado típico o jurídico, con relación a aquellos delitos formales o de mera conducta; a diferencia de los ilícitos, cuyo resultado es de igual naturaleza que el anterior; pero además, -- produce un cambio en el mundo fáctico, lo que significa -- que se produzca un resultado material.

Dentro de este apartado se considera el daño, con relación a los delitos de peligro. Luego entonces, suele ocurrir que el objeto jurídico, que se traduce en el bien jurídicamente tutelado se comprime, se viola o destruye en forma permanente, o bien transitoria; en tanto que, en - - otras ocasiones, el bien jurídicamente tutelado se pone en peligro, como acontece en la tentativa.

En mérito del delito de aborto, en orden a la conducta, puede ser unisubsistente o plurisubsistente, en razón de que puede efectuarse con un solo acto o mediante varios actos. Asimismo, puede ser unisubjetivo, cuanto es - autoinducido; esto es, cuando la mujer se realiza manio- - bras abortivas ella misma, como acontece en el aborto procurado, o plurisubjetivo, lo que acontece la mayoría de -- las veces, porque requiere la intervención de varios sujetos, lo que se observa en el aborto consentido.

Por otra parte, con relación al resultado, el delito de aborto en virtud de lo ya asentado, se manifiesta como instantáneo, material y de daño. Es instantáneo, en atención a que, en el momento de la expulsión del producto de la concepción, con el fallecimiento del producto, se -- instantaneiza el delito, violándose así el bien jurídica-- mente protegido, consistente en la vida de ese producto; - aún cuando en ese caso habremos de aceptar el criterio relativo a la instantaneidad, con referencia a la destruc- - ción del bien protegido por la ley; empero, simplemente po

demos indicar que se está ante una consumación instantánea. Es material, porque implica la alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material, que dá lugar a una mutación en el mundo fenomenológico y, finalmente, es de daño, en cuanto que se está comprimiendo el objeto jurídico, que es esencialmente el feto, como acontece en el aborto consentido y procurado; o bien, la mujer gestante y el feto, lo que se observa en el aborto sufrido.

V.- TIPO-TIPICIDAD COMO CORRELATIVO AL DELITO -
DE ABORTO.

Se afirma que el tipo es el presupuesto general - del delito y que, desde el punto de vista de su construcción, puede ser objetivo; objetivo, normativo; objetivo, - normativo, subjetivo, y objetivo, subjetivo. De esta manera, el tipo es un conjunto de condiciones externas y jurídicas que lleva al efecto una persona y que, en ocasiones, le asisten condiciones objetivas; de esta suerte, se hace expresión a la norma penal que describe el delito que tiene autonomía y que en ocasiones, se encuentra saturado por algunas circunstancias o bien referencias, que podemos calificar de accidentales, pero que, normalmente, no forman parte del tipo; esas circunstancias que se adhieren al tipo, dan lugar a una agravación, o bien a una atenuación, - originando los tipos circunstanciados, subordinados, privilegiados; en cuanto a las referencias, éstas son de lugar, tiempo, con referencia a otro tipo delictuoso, a los elementos normativos y a los subjetivos del injusto. Al hacer expresión de los elementos del tipo, tendremos en consideración al sujeto activo, con la posibilidad de señalamiento de éste que, atendiendo a las formas de conducta, - habremos de considerarlo como autor, coautor, cómplice; al sujeto pasivo, que es la persona que resiente el año; al objeto material, que en ocasiones se identifica con el sujeto pasivo y que es, en esencia, el objeto del delito, y

al objeto jurídico, que tiene trascendencia en el bien jurídicamente tutelado, o en la puesta en peligro a ese -- bien.

De lo antes comentado, el tipo de aborto, latu -- sensu, tiene lugar en la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez; expresión genérica que dá lugar al deceso de esa expectativa de vida en el claustro materno, o con motivo de su expulsión antes de -- que sea viable, en otros términos, antes del nacimiento. -- El tipo de aborto, en razón de sus elementos, es objetivo, requiere de uno o de varios sujetos, el sujeto pasivo, será el feto y en algunos casos la madre, como lo diremos en su oportunidad; el objeto material, lo será el mismo feto (producto de la concepción) y el objeto jurídico consistirá en privar de la vida al producto de la concepción, o -- bien, en la puesta en peligro al señalado producto.

Una vez demostrada la existencia del elemento objetivo, debe investigarse que haya una adecuación al tipo, esto es, a la norma primaria que se contenga, en el caso -- particular, en todo aquello que ha moldeado su estructura, caracterizado en sus elementos objetivos, normativos y subjetivos del injusto, conjugados éstos en concordancia con el tipo en particular, para así, ante un señalamiento (imputación), se esté ante la posibilidad objetiva de realización de la propia conducta, así como del dominio del hecho.

PARDO ASPE, afirma: "La tipicidad como elemento se dá cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta con escrupulosa exactitud a la hipótesis de la ley". (13)

Los tipos deben describir una conducta, pues por definición, delito es necesariamente conducta. También se impone que los tipos mencionen asimismo, en forma implícita o expresa, al sujeto activo y al pasivo, al objeto material, así como el objeto jurídico del que es titular otro, y porque el comportamiento voluntario o conducta, debe recaer (delitos de omisión) o recaerá (delitos de acción), - sobre el objeto material.

Además de los anteriores elementos necesarios, en forma eventual se consignan:

- a) Calidad de los sujetos activo y pasivo,
- b) Relación entre los sujetos activo y pasivo,
- c) Número de sujetos activo y pasivo,
- d) Referencias temporales o espaciales,
- e) Medios específicos.

Ocasionalmente, se incluyen elementos subjetivos y antijurídicos del delito como elementos típicos, coincidimos en que su inclusión es el supuesto normativo, tiene trascendencia procedimental, en tanto sirven de base para iniciar un proceso penal.

1.- CLASIFICACION DEL DELITO DE ABORTO EN ORDEN AL TIPO.- Con la finalidad de atender a la estructura del delito de aborto, habremos de examinar, sin que sea necesario profundizar demasiado, lo que implicaría alejarnos del tema como principal cometido, la clasificación de los delitos en orden al tipo. De este modo, tenemos en primer lugar los tipos básicos o fundamentales; los especiales y los complementados, circunstanciados, subordinados; señalándose que estos últimos, se dividen en privilegiados y cualificados, según disminuyan o aumenten la pena con relación al básico. Así diremos que los tipos básicos o fundamentales, son aquellos que se rigen por sí mismos; anota MARIANO JIMENEZ HUERTA: "La naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos: 'Delitos contra el honor'; 'Delitos contra el patrimonio', etc., -- constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos. - Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código; dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el de homicidio descrito en el Artículo 302 de nuestro ordenamiento positivo". (14) - Según LUIS JIMENEZ DE ASUA, "El tipo es básico cuando tiene plena independencia". (15) Los tipos especiales, dependen inicialmente del básico, pero al adicionarles un elemento específico, se tornan independientes y, por ende, autónomos; dice LUIS JIMENEZ DE ASUA, "excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo es-

pecial (infanticidio)". (16) En tanto que los complementados, circunstanciados subordinados, seguirán dependiendo del tipo básico o fundamental; estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.); - MARIANO JIMENEZ HUERTA, piensa así: "Se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad". (17)

A propósito de los tipos, desde un punto de vista doctrinario, los autores se refieren a la siguiente clasificación:

Tipos normales y anormales.- La ley, al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva, como sucede en el delito de homicidio: - - "privar de la vida a otro"; pero a veces el legislador, incluye en la descripción típica, elementos normativos o subjetivos, tal como se observa en el estupro (castidad y honestidad) y en los abusos deshonestos (sin el propósito inmediato de llegar a la cópula), respectivamente. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal; en tanto que si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. El delito

de homicidio es normal, mientras los delitos de estupro y atentados al pudor, son anormales. La diferencia entre tipo normal y tipo anormal, estriba en que mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, elementos normativos o subjetivos. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (cópula en el delito de estupro, apoderamiento en el delito de robo). Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos -- del tipo (casta y honesta en el estupro). Puede la descripción legal, contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y, entonces, se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

Tipos de formulación casuística.- Estos tipos, son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito; son por tanto innecesariamente detallados; aquí encontramos los denominados alternativamente formados y acumulativamente formados. En los primeros, se preven dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas. Así, para la tipificación del adulterio precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo (Artículo 273 del Código Penal). En los acumulativamente for

mados, se requiere el concurso de todas las hipótesis, como en el delito de vagancia y malvivencia (Artículo 255 -- del Código Penal), en donde el tipo exige dos circunstancias, esto es, no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada, y, además, tener malos antecedentes.

Tipos de formulación libre.- A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia, se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo.

Tipos de daño y de peligro.- Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño (homicidio, fraude); de peligro, cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego, cualquier tentativa).

Con relación al sujeto o al tipo, el delito de aborto es un tipo básico o fundamental por la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado; forma una categoría común, por la característica de que el feto no es una unidad biopsicosocial; sin embargo, esta misma circunstancia de proteger un bien específico, le da categoría de fundamental, y por ende, es autónomo e independiente; es un tipo normal dada su objetividad; además de formulación libre, en cuanto que la ley lo expresa en términos meramente descriptivos "muerte del producto de la concepción en cual

quier momento de la preñez"; puede presentarse el delito - de aborto con relación a otros delitos; nos ocuparemos de ello al comentar lo relativo al concurso de delitos.

VI.- ANTIJURIDICIDAD.

El delito es una conducta contraria a una norma jurídica y, por ende, es una conducta antijurídica; consideramos entonces a la antijuridicidad como un elemento esencial general del delito, de carácter valorativo y por ello el delito no es una simple acción; por consiguiente, sin antijuridicidad, no habrá delito; ya enseñaba FRANCESCO CARRARA: "La idea general del delito es una violación de la ley; porque ningún acto del hombre puede serle reprochado, si alguna ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito, sólo cuando choca contra la ley; podrá ser acto dañoso; podrá ser malo; podrá ser malo y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no podrá reprochársele como delito a quien lo ejecuta";⁽¹⁸⁾ advertimos una contradicción entre la norma con la conducta, de tal manera que GIUSEPPE MANGIATORE, piensa: "El delito, en suma, es una relación, la relación que existe entre la acción delictuosa y el ordenamiento jurídico; y que no puede ser sino una relación de negación y de exclusión, de antítesis. La filosofía escolástica cristiana concibió profundamente el pecado y el delito como desorden, que es lo mismo que decir negación y subversión del orden. Como contrario al ordenamiento jurídico, es decir al Derecho, el delito es llamado con razón ilícito. La teoría de la antijuridicidad, por lo tanto, bien puede ser llamada también teoría del ilícito penal".⁽¹⁹⁾

Si hemos afirmado la existencia de una contradicción con la norma penal, ésta se encuentra desvalorada; -- por consiguiente, afirmamos que la antijuridicidad tiene lugar cuando el sujeto realizó una conducta típica y que no ha concurrido una causa de licitud, o como afirma CELESTINO PORTE PETIT, una conducta es antijurídica, "cuando -- siendo típica no está protegida por una causa de justificación". (20) Según EUGENIO CUELLO CALÓN: "La antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición -- existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada". (21)

La antijuridicidad es objetiva, porque presupone un juicio de oposición existente entre la norma penal y el comportamiento humano y, por ende, se excluye cualquier -- clase de valoración subjetiva. Empero, se hace imprescindible que la antijuridicidad, se encuentra presente en todo delito, en otros términos, se sobreentiende. Cuando la ley hace expresión de la antijuridicidad en la norma penal, estaremos ante una antijuridicidad especial tipificada; -- cuando en la norma primaria encontramos vocablos ilegítimamente, sin necesidad, sin derecho, arbitrariamente, etc. -- Independientemente del criterio objetivo mencionado, la antijuridicidad como juicio de valoración, dá lugar a presumir la conciencia de la conducta ilícita, siendo necesario atender a la llamada conciencia de la antijuridicidad y, -- por ende, si falta ésta, no habrá delito al estar ayuno el

elemento subjetivo.

Sin alejarnos demasiado del examen del elemento esencial general valorativo, consideramos de trascendencia que, para algunos autores como BIAGIO PETROCELLI, que llama a lo que nosotros consideramos como elementos del delito caracteres, advierte que "La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y, por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos". (22) Importante es destacar que la conducta es un acto de voluntad (comisiva y omisiva), aunado a un impulso voluntario ya enfocado al elemento subjetivo, esto es, a la culpabilidad; la capacidad de querer y entender ante la observancia del mandato legal y decidir la propia conducta y, por ende, la antijuridicidad, no sólo involucra una voluntad antijurídica simplemente, sino también aquello que el sujeto entiende y quiere realizar y es que la norma penal contiene aspectos valorativos e imperativos, por lo cual nos adherimos al pensamiento de GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, cuando sostiene: "Concebida la norma, según la teoría imperativista como vinculación psicológica de dos voluntades —la que impone la regla de conducta y la del súbdito llamado a obedecerla—, la antijuridicidad, entendida como contrariedad a la norma, ha de concebirse, a su vez, como oposición de la voluntad del infractor con lo mandado

por la norma jurídica. No se podrá decir que un comportamiento es contrario a la norma en tanto no se conozca la voluntad que lo ha conformado. La consecuencia es que el juicio de antijuridicidad incide ya necesariamente sobre el contenido de la voluntad del autor. La antijuridicidad debe abarcar ya, según la concepción imperativista de la norma, todo el elemento subjetivo del hecho". (23)

En atención a las consideraciones anteriores, el aborto es ciertamente una conducta antijurídica; la interrupción del embarazo da pauta a su ilicitud y sólo se excluiría la antijuridicidad, no obstante siendo la conducta típica, cuando la misma se encuentre protegida por una causa de licitud, para de esta manera considerar que se está frente a un aspecto negativo del elemento valorativo.

VII.- IMPUTABILIDAD.

La problemática de la imputabilidad en el orden jurídico penal, se ubica en la idea de capacidad, como cualidad en el sujeto; es, por ende, una atribuibilidad del actuar del sujeto, de honda raigambre filosófica; es, por tanto, un atributo que se encuentra entre la antijuridicidad y la culpabilidad; ya el genio ARISTOTELES, comentaba: "Cómo es posible que quien cometa una injusticia o un crimen no sea aún completamente injusto o criminal, se pueden preguntar, ¿Cuál es el punto en que el hombre se hace realmente justo y culpable en cada género de injusticia: por ejemplo, ladrón, adúltero, bandolero? ¿O no debe hacerse absolutamente ninguna diferencia según las cosas? —el propio ARISTOTELES responde a la pregunta planteada— sólo se comete delito o se hace un acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo en uno que otro caso; pero cuando se obra sin querer no se es justo, ni injusto, a no ser indirectamente; porque al obrar así, sólo se ha sido justo o injusto por accidente. Lo que hay de voluntario o involuntario en la acción es lo que constituye la iniquidad o la justicia". (24) Sobre el particular, VICTOR CATHEEIN, afirma que "la libre auto-determinación de que goza el hombre después del suficiente conocimiento, es el fundamento sobre el que se construye la imputabilidad; de esta autodeterminación nacerán las acciones u omisiones y ellas, sólo en cuanto proceden de nuestra libre voluntad, pueden ser--

nos imputadas para mérito o para culpa, para alabanza o para censura". (25)

Para SERGIO VELA TREVIÑO, la imputabilidad es un concepto eminentemente jurídico, que encuentra su fundamento en el sistema normativo, y al efecto refiere: "Para el reconocimiento de la imputabilidad por parte del sistema normativo se han empleado tres procedimientos fundamentales: el biológico, el psicológico y el mixto. Consiste el primero en afirmar que cuando biológicamente el individuo no ha alcanzado determinada edad, ello motiva la inexperience e ignorancia de conocimientos esenciales y, por tanto, no puede realizar un juicio acertado en lo que se refiere a la facultad de comprensión. En el procedimiento psicológico, se afirma que para la plena comprensión de la ilicitud de la conducta y la determinación del sentido, se requiere un mínimo de salud mental que permita una acertada valoración en cuanto a la ilicitud. El tercer procedimiento, o mixto, usado por la mayoría de los sistemas, -- consiste en una enumeración de las causas que provocan falta de capacidad y de autodeterminación en la conducta y -- que tornan no imputable o inimputable al sujeto". (26) Estudiando la imputabilidad dentro de la teoría del delito, podemos ver que para algunos autores, como FERNANDO CASTELLANOS TENA, la imputabilidad "no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto general del mismo". (27)

Es, por ende, la libre determinación de la volun-

tad; que estriba en controlar su comportamiento antijurídico; la imputabilidad penal, es la capacidad que nos permite conocer y valorar un deber de respeto a una normatividad; a la vez, actuar con capacidad o de determinarse de acuerdo a cierta comprensión. De este modo, el Derecho Penal se mueve a través de una coercitividad con la finalidad de que no se realicen aquellas conductas delictivas; luego entonces, es un estado de aptitud, derivada de una capacidad, que atendiendo a su aspecto objetivo, se dirá que es atribuibilidad con relación a la conducta desarrollada por el sujeto, e inclinados a considerar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, tendrá su asidero en lo subjetivo. Si atendemos a la simple atribuibilidad, habremos de colocarnos dentro de aquellas conductas concientes, de tal suerte, se advertirá una voluntad de la conducta, desde el punto de vista de su existencia, mas no del resultado, pues éste pertenece a la culpabilidad (causalismo); en tanto, se integrará la conducta con la voluntad y el resultado, unidos ante una dirección de la conciencia de lo injusto dará lugar a la imputabilidad (finalismo), para concluir que si ésta es un presupuesto de la culpabilidad, toda conducta culpable será necesariamente imputable, mas no toda conducta imputable podrá ser culpable; es, por ende, destacar que deberá tomarse en consideración ciertas características empírico-valorativas, destacando la voluntariedad, entendiendo ésta en forma coaccionada que, conjuntamente con la conciencia como el conoci-

miento del propio sujeto, dará complemento a la imputabilidad, reflejo o soporte de la culpabilidad, que dé cabida a la conciencia de la ilicitud, así como a la capacidad de una dirección de la voluntad; empero, se habrá de escindir de aquellas conductas inconcientes, reflejas o instintivas. De esta suerte, afirmamos: el probable sujeto activo habrá de tener el mínimo de condiciones psíquicas de salud y desarrollo mentales, necesarios para conformar la imputabilidad.

Ahora bien, en correlación con el delito de aborto, los alcances fácticos con relación a la imputabilidad tendrán operancia en principio a la atribuibilidad que ha de desembocar en una libre determinación voluntaria y consciente, con relación a aquel desarrollo de salud mental y que el propio sujeto, actúa con cierta comprensión en cuanto al alcance de la conducta realizada, con conciencia de la ilicitud, o bien comprender los alcances fácticos de su comportamiento.

VIII.- CULPABILIDAD.

Entrar al estudio de la culpabilidad, impone destacar uno de los problemas de mayor trascendencia dentro de la Ciencia Penal; la doctrina ha tratado de desentrañar cuál es el sentido de la máxima "nulla poena sine culpa".- La culpabilidad ha girado, fundamentalmente, en torno a -- dos teorías: la psicologista y la normativista; de mayor significación ésta, en cuanto que la culpabilidad tiene como base la reprochabilidad, la cual es entendida como la -- consecuencia en razón de qué es lo que vamos a reprochar a un sujeto, y es que la culpabilidad es el elemento esen- -- cial general psíquico, como voluntad deliberada de violar la ley; es, por ende, una conciente y voluntaria desobe- -- diencia que, como sostiene LUIS JIMENEZ DE ASUA "... al -- llegar a la culpabilidad es cuando el intérprete ha de ex- -- tremar la finura de sus armas. para que quede lo más ceñi- -- do posible, en el proceso de subsunción, el juicio de re- -- proche por el acto concreto que el sujeto perpetró". (28) -- Es asimismo la culpabilidad, la imputación subjetiva. Con el agén de establecer un concepto de culpabilidad, como -- una cuestión previa, es necesario atender a dos aspectos -- ante directrices opuestas, que doctrinalmente han dado lu- -- gar a la teoría causalista y a la teoría normativista; es aquí necesario atender a diversos criterios que nos sirvan de base para distinguir ambas teorías.

1.- TEORIA PSICOLOGISTA.- Para los partidarios de esta teoría, es una relación psíquica entre el autor y el hecho realizado y, por ende, las formas de la culpabilidad, esto es, el dolo como la culpa, son formas de vinculación que la ley admite, como se ha asentado entre el autor y el hecho delictivo y por ello se afirma que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad que, como dice GIUSEPPE MAGGIORE, "según la teoría psicológica, la culpabilidad consiste en una relación (causal) entre el autor y el hecho, entre la voluntad del sujeto y la acción (o el resultado) como realidad objetiva. Queda fuera de esta relación todo juicio sobre la injusticia o no del acto. El Juez dice al delincuente: 'Tú has causado el resultado, - has querido la acción. Uno y otra te pertenecen, hayas o no hayas tenido conciencia de la antijuridicidad de tu obrar. Luego. te declaro culpable'. Esta doctrina... Tiene el mérito de la sencillez y de la notable nitidez de contornos. Pero tiene el defecto de encastillarse en el concepto de imputabilidad, sin tratar de superarlo. Es decir, se detiene en un juicio sobre la acción, en cuanto le pertenece al autor, le es suya (refiriéndola al sujeto como propia), pero no sabe decir por qué el sujeto debe responder de la acción. Y este por qué se encuentra inmediatamente —según se nos observa— en el imperativo de la ley. Pero es claro que tal imperativo no puede aplicarse, en un caso concreto, sino en virtud de un juicio ético-jurídico sobre la injusticia del acto. La teoría llamada --

psicológica se atrincherara en el indiferentismo moral absoluto. Es muy libre de hacerlo. Pero hay que reconocer -- que así el problema de la culpabilidad queda por el suelo, o más bien suprimido, como si no tuviera razón de ser. No falta sino arrojarlo de la teoría del delito, para en--
 rrarse en el momento de la imputabilidad". (29)

Por su parte, LUIS JIMENEZ DE ASUA, advierte con relación a la teoría psicologista: "Fúndanse los partidarios de esa teoría en que la culpabilidad halla su fundamento en la determinada situación de hecho predominantemente psicológica. De ahí el aserto de que la relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale. Según los que así piensan, la culpabilidad reside en ella. A nuestro juicio, inciden en un error los que tal afirman. La imputabilidad sí es psicológica, pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche. No --
 basta en ella, a pesar de lo que supone Radbruch, lo psicológico puro". (30)

Sólo queremos concluir, con referencia al comentario de la teoría psicologista de la culpabilidad, con uno de sus partidarios, como lo es SEBASTIAN SOLER, quien sostiene que: "Con relación al hecho concreto, que se afirmará la culpabilidad cuando el sujeto capaz obra, no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. Ello supone, en primer término, la vinculación del sujeto con el orden jurídico y, -

por otra parte, la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho, fenómenos ambos de naturaleza psicológica, - pero que atienden a fundamentos distintos, pues mientras - el primero implica una valoración normativa, el segundo es tá privado de toda valoración". (31)

Como corolario de lo anterior, la culpabilidad -- psicologista tiene su asidero en una posición subjetiva ante el hecho realizado por el desvalor conciente de la antijuridicidad, o, como asienta IGNACIO VILLALOBOS: "La culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, es el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibicio--nes que tienden a constituirlo y conservarlo". (32)

2.- TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.- Cier--tamente, para abordar el estudio de la culpabilidad, es -- preciso tener en consideración una conducta antijurídica, -- para así llegar a un juicio valorativo de naturaleza jurídica y es que, necesariamente, partimos de un querer lo -- que significa un punto de partida que incuestionablemente es de orden psicológico, pero no es en sí la culpabilidad para pasar a continuación al ámbito axiológico, que desde otro punto de vista radicará en los motivos del hecho delictuoso mismo, traducido en el dolo o en la culpa. De esta manera sostiene HANS WELZEL: "A la acción antijurídica un mero elemento mediante el cual se convierte en delito, -- pues mientras la antijuridicidad es la relación entre la -

acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otra, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla". (33) En efecto, la culpabilidad es igual a la reprochabilidad ante el incumplimiento de un deber impuesto por el orden jurídico, de tal manera que REINHART FRANK, piensa que "si la culpabilidad consistiera tan sólo en un vínculo psicológico entre el acto y su autor, habría imposibilidad de medirla pues actúa con dolo o culpa o sin ellos, pero no con más o menos dolo o más o menos culpa, y no obstante, pertenece a la cultura popular el criterio de que una persona puede ser más o menos culpable, criterio de medición que no puede hacerse en función del vínculo psicológico señalado, por su inmutabilidad, por lo que dolo y culpa no agotan el recinto de la culpabilidad, al cual pertenece otro elemento susceptible de alteraciones cuantitativas, conclusión a la que también se llega si se contempla el asunto desde otro ángulo; los inimputables, los que obran por coacción o bajo miedo insuperable, actúan indisolublemente con dolo o culpa, pues un niño, un loco o una persona aterrada, puede conocer el hecho típico y encaminar su voluntad a su realización, o bien incurrir en una imprudencia, a pesar de lo cual se niega en tales casos la culpabilidad. Si ésta fuera puro vínculo psicológico, tal conclusión es inadmisibles, ya que en las situaciones propuestas el vínculo de referencia permanece inalterable". (34)

Consideramos de interés el pensamiento de GIUSEPPE MAGGIORE, en referencia a la culpabilidad normativa, cuando expone: "En resumen, esta teoría (que tiene por respaldo la 'filosofía de los valores' de WINDELBAND y RICKERT)- hace resaltar las deficiencias de la teoría anterior, diciendo que se limita a comprobar el nexo psicológico causal entre la acción y el resultado, descuidando el nexo -- que liga la acción misma con la ley violada. Una acción --se enseña-- es culpable, no sólo cuando puede referirse, desde el punto de vista psíquico, al agente, sino cuando aparece como una manifestación reprochable de la conducta de dicho agente y, según algunos, de toda su personalidad. Culpable, pues, es la acción, en cuanto es vituperable, reprochable, es decir, contraria al deber. Así se llama precisamente la conducta diversa a la que se habría debido observar. Por lo tanto, el juicio del magistrado es formulado en estos términos: 'Has obrado diversamente de como debías obrar, has hecho lo que no hubieras debido hacer; por eso te declaro culpable y te castigo'. La base de la culpabilidad es, pues, un 'juicio de valor', que ha de ser -- formulado, según unos, por el reo mismo; según otros, por la conciencia social media, y en su nombre, por los jueces; juicio equitativo, emitido bajo la guía de una norma moral, social o semejante". (35)

3.- TEORIA FINALISTA.- Sin pretender en manera alguna ahondar con relación a la culpabilidad desde el pun

to de vista finalístico, se impone considerar en el tratamiento que se le dá a la acción que, aunada a la manifestación de voluntad, dá cabida a un resultado típico. Por consiguiente, habrá de atenderse a un principio estructural de las acciones humanas, esto es, su directriz en razón del fin previsto mentalmente y, por ende, se debe atender a aquellos medios concomitantes en estimación de los efectos que han de producir; en el curso señalado, se observa una unidad en el aspecto externo y en el hecho interno que a la postre dará lugar a una acción típica. De acuerdo a lo anterior, resulta evidente que la teoría de la acción finalista ha dado un nuevo giro en donde habrá de aglutinar acción típica culpable, por esa dirección final que se le imprime y que se encuentra insita en el ser humano ante una actividad que se concreta en una definida meta. De esta manera HANS WELZEL sostiene: "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es por tanto, un acontecimiento 'finalista' y no solamente 'causal'. La 'finalidad' o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y

lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es 'vidente', la causalidad es 'ciega'. (36)

Es necesario destacar que, en atención a la teoría finalista de la acción, la culpabilidad tiene cabida, cuando el agente del delito conoce la ilicitud de esa acción, esto es, el carácter positivo o negativo del injusto. De tal manera que REINHART MAURACH, afirma: "Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor que no haya actuado conforme a Derecho, el que se haya decidido en favor del injusto, aún cuando podía comportarse conforme a Derecho, aún cuando podía decidirse en favor del Derecho". (37)

En realidad en la acción finalista se está ante una anticipación mental que, a la postre, dá lugar a las consecuencias forzosas del actuar humano; en efecto: "La finalidad, enseña WELZEL, es un concepto ontológico, como el de causalidad; es una ley objetiva de estructura del ser y del actuar humano. En la finalidad encuentra su expresión la capacidad propia del hombre, de anticipar mentalmente las posibles consecuencias de su intervención causal... y, de esta manera dirigir su actividad en el mundo". (38)

4.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD.- Tener en consideración el elemento central de la teoría del delito, significa reunir desde el ámbito causalista lo objetivo valorativo traducido en la conducta o hecho, tipicidad y antijuridicidad, para desembocar en el aspecto subjetivo, dando lugar a un juicio que se traduce en el elemento subjetivo del injusto y hemos partido de una relación psicológica, - que parte de la imputabilidad para pasar a lo normativo valorativo, traducido en la reprochabilidad y por ello ambas teorías (psicologista-normativista) se complementan, aún - cuando en la actualidad se hace expresión de un concepto - normativo de la culpabilidad, que es el juicio de reproche que repercute en el hecho antijurídico conociendo éste y, - por ende, la inexistencia de aquellas causas que excluyen la responsabilidad y que desembocan en las llamadas formas o clases de culpabilidad, esto es, el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, o como bien señala EDUARDO NOVOA -- MONREAL, "La culpabilidad en sentido estricto es aquella - parte de la teoría de la culpabilidad en sentido amplio -- (reprochabilidad), que se propone formular los principios generales que rigen tanto el dolo como la culpa, a base de descubrir y sistematizar las características comunes de -- esas dos disposiciones anímicas contrarias al deber, indispensables para el juicio de reproche, para luego estudiarlas en particular". (39)

5.- FORMAS DE CULPABILIDAD.- Necesario es señalar con relación a las formas que presenta la culpabilidad,

esto es, el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, aún cuando podemos afirmar que el legislador no ha querido expresar el evidente contenido de esas formas, conservando una vieja estructura al expresar intencionalidad como sin nimo de dolo; la culpa la vincula con la imprudencia y, -- acertadamente, llama preterintencionalidad a la tercera ca tegoría de este elemento singular, como lo es la culpabili dad,, contenidas en el Artículo 8 del Código Penal.

A) DOLO.- Si hacemos expresión de la forma en que contempla el ordenamiento sustantivo penal, la primera forma de la culpabilidad, esto es, la intención, es obvio que la intención no significa dolo, toda vez que deducimos que se recorta su propio contenido en cuanto que hay otros datos reveladores que integran el dolo, dado que en el dolo el sujeto conoce su conducta, así como sus consecuencias, mismas que ha querido o aceptado ante una conducta típica y antijurídica, ciertamente por ese sujeto imputable, para en última instancia declarar su responsabilidad; es preciso destacar en un primer plano el elemento volitivo, atributo del ser humano y, por ende, la voluntad o -- bien la acepta y a ello debemos agregar la representación de ese resultado, que involucra sus consecuencias, estableciéndose una estrecha relación que, en forma vinculada, da lugar a la existencia del dolo, abandonando esta forma la teoría unitaria, contenida simplemente en el elemento voliti tivo; la voluntad de realizar algo, se encuentra insita en todo individuo. De esta manera, nos es convincente el pen

samiento de EDUARDO NOVOA MONREAL, cuando expresa: "Hay do lo en la realización voluntaria y conciente de una conducta injusta (antijurídica). La disposición anímica que integra el dolo (disposición que la ley aprecia desfavorablemente) tiene que ser analizada desde dos diferentes ángulos, que son los que dan la visión completa del contenido en torno de cualquiera de las especies de culpabilidad. - a) Vínculos existentes entre la psiquis del sujeto y el hecho en que su conducta consiste. Aquí se comprende el examen de los procesos psicológicos del individuo, en cuanto ellos recaen sobre el hecho realizado. b) Vínculos -- existentes entre la psiquis del sujeto y las exigencias -- normativas. Esto se traduce, en el caso del dolo, en la conciencia de que aquel hecho contraría en el ordenamiento jurídico (principalmente conciencia de la antijuridicidad). Voluntad e inteligencia actúan coordinadamente en el ser humano. Si un hombre realiza una conducta determinada, co nociendo todas las consecuencias de ella, es porque quiere esas consecuencias; debe admitirse, en este caso, que su voluntad las quiere o al menos las acepta. Por la inversa, solamente puede decirse que un hombre quiere cierto he cho o resultado cuando lo conoce; la voluntad no puede -- ejercerse sobre algo que se ignora. Voluntad e inteligencia constituya, por lo tanto, dos momentos de los procesos anímicos de un hombre conciente, que intervienen en estre cha correlación en sus manifestaciones psíquicas y que -- normalmente, han de ir unidos. Si ambos recaen sobre una conducta típica y antijurídica, se cuenta ya con esa base

psicológica relativa a los hechos. que constituye una de las facetas bajo las cuales el dolo debe ser considerado". (40) Por consiguiente, encontramos en el dolo dos elementos indisolublemente unidos, caracterizados por la voluntad y la representación (intelectivo) y sin adentrarnos a otras disquisiciones, se presentan esos dos elementos con mayor asiduidad en el dolo directo, destacando la interpretación. Al respecto, RAUL CARRANCA Y TRUJILLO sostiene: "Es el querer algo ilícito voluntaria o intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal del dolo". (41)

El aborto, en diversas hipótesis, se presenta indudablemente, la primera forma de la culpabilidad, el dolo, ante la voluntad y representación, que se traduce en querer o aceptar la expulsión y, consecuentemente, la muerte del producto de la concepción presentándose por consiguiente, un dolo directo, aún cuando pudiera considerarse en el aborto sufrido, no sólo la muerte del producto, sino también el deceso de la mujer gestante.

B) CULPA.- La culpa, al igual que el dolo, da lugar al juicio de reproche; es, por ende, una conducta típica, antijurídica e imputable, que origina un resultado derivado de un sujeto con capacidad intelectual y volitiva ante una conducta que tiene positiva y verdadera existencia. Se afirma, por otra parte, que la culpa es el límite de la culpabilidad y es que a tal forma, se advierte ense-

guída el caso fortuito. En la culpa hay voluntariedad con relación a una conducta positiva o negativa, pero sin aceptación del resultado consecuencia de ese actuar volitivo.- Por consiguiente, en principio estaremos ante un deber, en tanto, que el resultado es imprevisto, siendo previsible, o bien, habiéndose previsto, se tiene la esperanza de que no acontezca y, por ende, se conjugan inteligencia y representación y es precisamente esta representación la que dá lugar a la ilicitud de la conducta. Pertinente es hacer expresión del parecer de RAUL NAVARRO GARCIA, "En términos genéricos, afirmamos que actúa con culpa el que obra en forma contraria a una ordinaria capacidad de previsión, ya sea por falta de atención, de reflexión, de cuidado, por negligencia, o bien, por imprudencia, lleva a cabo una conducta típica y antijurídica, prevista o previsible, además de evitable. Empero, los delitos de culpa se caracterizan por una escala menor de reprochabilidad y peligrosidad, -- existiendo por lo tanto una libre determinación de la voluntad; es decir, un actuar que deviene en un hacer positivo o negativo que son las dos formas en que puede fincarse el elemento objetivo; pero asimismo, ha de colmarse el tipo penal, además de determinarse la voluntad, de acuerdo con esa comprensión, y con ello, se tiene capacidad de culpa, pero a la vez, no se quiere si se consiente ese actuar típico y la realización de lo antijurídico se debe a la -- falta de previsión de lo previsible, o bien, siendo previsible, se tenía la esperanza de que el resultado no acae--

ciera; esto último, en referencia a su evitabilidad". (42)

Destacamos dentro de la culpa, primordialmente, - la negligencia, la imprudencia y la impericia.

a) NEGLIGENCIA.- La negligencia dá lugar a una falta de actuar para evitar el acontecer delictivo el agente del delito actuó sin la diligencia necesaria que le impone su vida cotidiana. Interesante es lo que escribe PEDRO DORADO MONTERO: "La materia de la culpa es bastante embrollada. Toda culpa parece que envuelve una omisión; la omisión de precauciones, de medidas que uno tiene la obligación de adoptar para que no se produzcan ciertas consecuencias. Por eso dicen muchos que es la omisión voluntaria de la debida diligencia para calcular y prever las consecuencias posibles y previsibles de los propios actos... En estos casos hay pues, de un lado, actos positivos, voluntarios en cuanto a tales actos, en su objetividad, y de otro lado. omisiones; pero más bien que omisiones de otros actos, que uno tuviera obligación de realizar, lo que hay —por lo menos en la mayoría de los casos— es falta u omisión de la previsión que hubiera podido tener respecto a la fuerza causal y a las subsiguientes consecuencias que habría naturalmente de producir lo pensado y voluntariamente hecho". (43)

b) IMPRUDENCIA.- Deriva de un actuar precipitado, esto es, sin precaución, como afirma ENRICO ALTAVILLA: "La imprudencia es una conducta positiva consistente en --

una acción de la que había de abstenerse por ser capaz de ocasionar determinado evento de daño o de peligro, que ha sido realizado de manera no adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno, penalmente tutelado". (44) De la anterior reseña encontramos que en tanto la negligencia dá lugar a una actitud pasiva, la imprudencia es activa.

c) IMPERICIA.- La impericia es o supone el conocimiento con relación a un oficio o profesión; se tienen que tomar en cuenta ciertos conocimientos de orden técnico, que en ocasiones no se poseen. Afirma RAUL NAVARRO -- GARCIA: "Se ha estimado la impericia como un error profesional; empero, es menester establecer que es culpable desde el punto de vista de la impericia, aquél que perjudica cuando ejercita su profesión u oficio. Pero también, el que, siendo profesional por los estudios realizados, hace suponer que conoce su actividad y dentro de los límites de tal profesión, no posee en realidad los conocimientos técnicos requeridos; por tanto, la experiencia es una adición al aspecto cultural, para no transformarla en el ejercicio de actividades desconocidas, o la falta de capacidad para llevarlas a cabo, puesto que la impericia radica en la falta de técnica para ejercer una actividad determinada". (45)

d) CLASES DE CULPA.- Desde el punto de vista doctrinal, se distinguen dos clases de culpa: a) culpa sin representación, involuntaria o inconciente, y b) la

culpa con representación, voluntaria o conciente. La distinción entre esas clases de culpa se ha resuelto unánimemente por la doctrina: en la primera no se prevé lo previsible; en tanto que en la segunda, habiéndose previsto lo previsible, se tiene la esperanza de que el resultado no acontezca. Como colofón a lo anterior, habrá de tenerse en cuenta lo que se denomina culpas concurrentes. En efecto, ante esta situación encontraremos que ante dos o más culpas no puede aprovecharse uno, en la culpa de otro, toda vez que para la producción del resultado, es de trascendencia un estado culposo, como el otro.

Con relación a la segunda forma de la culpabilidad, nuestra ley penal, en el Artículo 333 precisa que carece de punibilidad el aborto culposo; sin embargo, es necesario distinguir, como lo sostiene con acierto CELESTINO PORTE PETIT, al expresar: "Con relación a la problemática sobre la punibilidad del aborto culposo, la doctrina se divide: a) Sostienen unos que debe sancionarse el aborto culposo, sin excepción alguna. b) Otros defienden que no debe punirse respecto a la mujer, pero sí con relación al tercero. Por nuestra parte, pensamos que el primer punto de vista no es aceptable, por absoluto. El segundo tampoco nos parece correcto, en cuanto que, si es verdad que debe hacerse la salvedad respecto de la mujer, debe no ser culpable, solamente cuando se trate de una conducta culposa sin representación, sin previsión o inconsciente. No -

creemos que deban dejarse de sancionar aquellas conductas culposas con representación, puesto que, si una mujer previó el resultado y tuvo la esperanza de que no se realizaría, debe recaer sobre ella la sanción correspondiente".⁽⁴⁶⁾ En efecto, estamos de acuerdo en que sólo habrá de punirse el aborto llevado a cabo por la mujer grávida en la culpa con representación, más en la llamada culpa sin representación, lo que observamos es una excusa absolutoria, en atención a una política criminal.

C) PRETERINTENCIONALIDAD.- Hemos comentado lo relativo al dolo y a la culpa como formas de la culpabilidad; encontramos sin embargo, una tercera forma, esto es, la preterintencionalidad, o con exceso en el fin, que viene a significar una suma de dolo y de culpa, es decir, dolo con referencia al resultado querido, en donde advertimos los elementos de éste: voluntad y representación; empero, se produce un resultado más grave que ciertamente no se quiere ni se acepta, que como asienta GIUSEPPE MAGGIORE: "El resultado más grave significa que la diferencia entre el resultado querido y el que se ocasiona debe ser únicamente cuantitativa, es decir, debe constituir una -- ofensa mayor contra la persona, no algo cualitativamente -- distinto".⁽⁴⁷⁾ Hasta antes del año de 1983, esta forma de la culpabilidad no tenía arraigo en nuestro ordenamiento punitivo, y es precisamente en la reforma de 30 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial de 13 de enero de 1984, que entró en vigor a los 90 días de su pu--

blicación, donde se hace expresión de la preterintencionalidad; antes de la reforma, era un problema de integración y sólo habremos de señalar que, sin violar el principio de legalidad (*nullum crimen nula poena sine lege*) ya que estamos frente a la norma *latu sensu*, ha lugar a tal integración. Los casos de preterintencionalidad, no son obra exclusiva de laboratorio, sino de una genuina y constante observancia práctica, en un proceder real y palpable, por -- los efectos criminógenos que se observan y es que en la -- preterintencionalidad hay dolo con referencia a un causar dañoso; en tanto que los efectos, es decir, el resultado -- delictuoso producido, se originó ante una falta de previsión de lo previsible, o habiéndolo previsto, se tuvo la -- esperanza de que no se produjera el efecto delictuoso y -- con esto, estamos expresando que esta tercera forma de culpabilidad que comentamos, encierra en su final la culpa -- con o sin representación.

La preterintencionalidad, tiene un enfoque con relación a los delitos contra la vida y la salud; es, por ende, que tiene significación en relación al delito de aborto; ciertamente ese delito se dirige a la tutela de la vida como de la salud; tiene, por ende, aplicación esa tercera forma de la culpabilidad, que comentamos bajo un aspecto primario consistente en que el agente del delito ha de tener pleno conocimiento de la mujer en estado de gravidez, ya que de otra suerte nos encontramos frente a una ignorancia de una situación de facto; que impide el conocimiento

del embarazo y, por ende, el daño que se causa a la mujer grávida, lo será el que sufra la misma, pero que en última instancia no tendrá repercusión penal ante una situación - de manifiesta ignorancia, que radica en el desconocimiento del expresado embarazo. Por otra parte, otro aspecto sería el de considerar ante el conocimiento del embarazo, de que sólo en el supuesto de las lesiones a la mujer grávida, en donde opere el dolo y la muerte del producto devenga culposa, estaríamos ante la preterintencionalidad; de otra suerte, si se causa la muerte dolosamente de la mujer gestante, obviamente ocurrirá la muerte del producto, por la manifiesta relación de dependencia; en este último caso no puede hablarse de la señalada preterintencionalidad, -- puesto que diríamos a manera de una cuestión accesoria, -- que vendría a ser la vida del producto, seguiría la suerte de la principal, que sería la vida de la mujer grávida.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

IX.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Afirmamos en principio que son un mínimo de delitos los que contienen las llamadas condiciones objetivas de punibilidad; éstas dan lugar a la imposibilidad de que se imponga una pena, no obstante que se reúnan los elementos esenciales específicos de un delito y que aquéllas forman parte del propio delito; sin embargo, ha habido cierta confusión en la naturaleza misma de esas condiciones, con relación al llamado requisito de procedibilidad; necesario es advertir que la confusión tiene su respuesta en virtud de su origen legal, siendo preciso señalar que, en tanto que la condición objetiva de punibilidad tiene su origen sustantivo; en el requisito de procedibilidad su base es adjetiva. Por otra parte, tales condiciones objetivas de punibilidad, no son una cuestión terminológica, lo cual parece una contradicción en cuanto se hace expresión de condiciones objetivas y después de punibilidad; advertimos que ERNESTO BELING refiere que: "las condiciones objetivas de punibilidad, son elementos adicionales del tipo del delito, ya que si por un lado las figuras delictivas necesitan de una antijuridicidad o culpabilidad referida al propio delito, por el otro existen algunas figuras que exigen la presencia de ciertos requisitos 'extratípicos' y objetivos, sin cuya concurrencia el delito no es sancionable como ocurre en las lesiones graves como dentro de cierto lapso traen como consecuencia la muerte del lesionado". (48).

Nuestra ley penal hace referencia en su Artículo 303 - - fracción II, a una relación temporal que impone una condición objetiva de punibilidad y que dá lugar a la traslación de un tipo a otro, cuando el deceso ocurre dentro de los 60 días a partir del momento en que acontece la simple alteración en la salud.

Bien podemos indicar que la ley se está refiriendo a condiciones objetivas, incuestionablemente que atendiendo al elemento esencial objetivo de orden general, éste se traduce en la conducta o hecho; por consiguiente, en interpretación a la ley, no podemos más que señalar que se está haciendo expresión de la conducta o hecho y que después simple y llanamente se refiere a que, atendiendo a -- una prelación lógica relativa a los restantes elementos -- del delito, se desemboque en la punibilidad; por consiguiente, si hablamos de conducta típica, esto es que aquélla se ajuste al dispositivo legal, tales condiciones objetivas de punibilidad, serán adiciones o adherencias al tipo en particular y que de ello se hace depender la señalada punibilidad; se puede afirmar, por otra parte, que las condiciones objetivas de punibilidad, son producto de una política criminal. Encontramos un caso palpable de condiciones objetivas de punibilidad en el Artículo 245 del Código Penal, en donde simplemente diremos que no es suficiente el hecho de falsificar un documento, puesto que se deben satisfacer otros requisitos, para que en última instancia sea punible. Observamos palpablemente que, en referencia

al delito de aborto, no ha lugar a considerar las condicio nes objetivas de punibilidad, pues la ley, ante una declaración lacónica pero de obvio contenido, expresa: que el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (Artículo 329 del Código Penal) y será una cuestión de orden médico que nos podrá afirmar sobre la existencia del producto, lo que es previo a la -- muerte de éste, dentro o fuera del claustro materno.

X. PUNIBILIDAD.

La punibilidad se ha considerado desde distintos puntos de vista: como un elemento del delito, como un pre supuesto general del mismo, que es el corolario que dá lugar a una conminación normativa traducida en una pena; el sujeto se hace acreedor a una sanción derivada de un actuar típico, antijurídico y culpable; sin embargo, la apli cación concreta de una sanción, esto es, el jus puniendi, es, así lo estimamos, como una consecuencia de ese actuar positivo o negativo que se ha apuntado; es, por ende, la punibilidad, la norma secundaria como antecedente de la pu nición que significa el hecho de aplicar las sanciones por el juzgador al caso concreto y que dará lugar a la pena, como complemento efectivo de la disposición normativa. La punibilidad es una consecuencia del delito y no estadio del mismo. De tal manera que IGNACIO VILLALOBOS, admite que "suena lógico el decir que el delito es punible, pero ni esto significa que la punibilidad forma parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejará de serlo si se cambia ran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es puni ble porque es delito, pero no es delito porque es puni ble". (49) Hemos apuntado que la punibilidad dá lugar a una norma de carácter secundario, puesto que la punibili-- dad, aún cuando significa una amenaza, en manera alguna po drá ser parte del delito mismo, toda vez que éste no pier-

de sus características, siendo necesario independizar el precepto de la sanción, volviéndonos a apoyar en el pensamiento de IGNACIO VILLALOBOS, al señalar: "La punibilidad como merecimiento, como responsabilidad o como derecho correspondiente al Estado, se engendra por la antijuricidad y la culpabilidad, va implícita en éstas como su consecuencia; por ello se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una tautología y que, si por 'punibilidad' se entiende la calidad del acto que amerita una pena, no es un elemento nuevo sino una especial apreciación de la naturaleza conjunta del delito". (50)

Si atendemos a la punibilidad relativa al delito de aborto, será necesario tomar en consideración, frente a qué delito de tal naturaleza nos encontramos y así diremos: si se está en presencia de un delito de aborto consentido, la punibilidad es de 1 a 3 años de prisión (Artículo 329, Parte Primera, del Código Penal); en tanto que en el aborto sufrido, la punibilidad es de 3 a 6 años de prisión y, si se hace uso de la violencia, la prisión será de 6 a 8 años (Artículo 329, Parte Segunda, del Código Penal); en tanto que en el ilícito de aborto procurado, la sanción es de 1 a 5 años (Artículo 332, párrafo in fine, del Código Penal) y en el aborto procurado honoris causa, la punibilidad es de 6 meses a 1 año de prisión (Artículo 332, párrafo primero, del Código Penal); estableciendo por otra parte el Artículo 331 del Código Penal, la suspensión

en el ejercicio de su profesión, de 2 a 5 años, cuando el aborto lo cause un médico, cirujano, comadrón o partera.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Principi di diritto penale, I, pág. 247, 3a. Ed. Napoli, 1950. cit. por CELESTINO PORTE PETIT. -- Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, pág. 207, 11a. Ed. Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.
- (2) Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, pág. 197, 11a. edición. Editorial Porrúa, - S. A., México, 1987.
- (3) Idem.
- (4) Idem, pág. 234.
- (5) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. - 143, 5a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1969.
- (6) Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, págs. 232 y 233, 11a. edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.
- (7) Derecho Penal, págs. 271-273, 9a. edición. Editora Nacional, México, 1970.
- (8) La Estructura de la Teoría del Delito, pág. 20. - Traducción de la 4a. edición alemana. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (9) Derecho Penal, págs. 271-273, 9a. edición. Editora Nacional. México, 1970.
- (10) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 239, 11a. edición. Editorial Porrúa, - S. A., México, 1987.

- (11) Idem, pág. 243.
- (12) Diritto Penale, Tomo II, pág. 159. Napoli, 1955.
- (13) Tratado de Derecho Penal, pág. 653, 2a. edición.- Editorial Bosch. Buenos Aires, 1958.
- (14) La Tipicidad, págs. 96, 97. Editorial Porrúa, -- S. A. México, 1955.
- (15) La Ley y el Delito, pág. 259, 5a. edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1967.
- (16) Idem.
- (17) La Tipicidad, pág. 97. Ed. Porrúa, S. A. México, 1955.
- (18) Programa de Derecho Criminal, Vol. I, párrafo - 35. Editorial Temis. Bogotá, 1977.
- (19) Derecho Penal, Vol. I, págs. 381, 382. Editorial Temis. Bogotá, 1954.
- (20) Programa de la Parte General de Derecho Penal, -- pág. 285, 1a. edición. Editorial Jurídica. México, 1958.
- (21) Derecho Penal, pág. 311, 9a. edición, Editora Nacional. México, 1970.
- (22) La Antijuridicidad, pág. 12. UNAM, México, 1963.
- (23) Derecho Penal, Parte General, pág. 323, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1978.
- (24) Moral a Nicómaco, Libro V, capítulo VI, pág. 209, capítulo VIII, de la Intención. Editorial El Ateneo. Cit. por SERGIO VELA TREVINO, Culpabilidad e Inculpabilidad, pág. 6, Editorial Trillas. México, 1973.

- (25) Cit. por SERGIO VELA TREVINO, Culpabilidad e Inculpabilidad, pág. 7, Editorial Trillas, México, 1973.
- (26) Culpabilidad e Inculpabilidad, pág. 20, Editorial Trillas. México, 1973.
- (27) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. - 208, Editorial Porrúa, S. A. México, 1969.
- (28) La Ley y el Delito, pág. 352, 8a. edición. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
- (29) Derecho Penal, Vol. I, págs. 453, 454. Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- (30) La Ley y el Delito, 8a. edición, pág. 354, 355. - Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1978.
- (31) Derecho Penal Argentino, Tomo II, pág. 68. Buenos Aires, 1951.
- (32) Derecho Penal Mexicano, pág. 202. Editorial Porrúa, S. A. México, 1960.
- (33) Derecho Penal, pág. 145. Buenos Aires, 1956.
- (34) Cit. por FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Manual de - Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 357, - 5a. edición. Editorial Porrúa, S. A. México, -- 1982.
- (35) Derecho Penal, Vol. I, pág. 455. Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- (36) La Teoría de la Acción Finalista, págs. 19 y 20.- Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.
- (37) Tres Conferencia, pág. 342.

- (38) Um due finale Handlungslehre, Cit. por WILHELM - GALLAS, La Teoría del Delito en su Momento Actual. pág. 13. Editorial Bosch, Barcelona, 1959.
- (39) Curso de Derecho Penal Chileno, parte general, -- tercera parte, págs. 491, 492. Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- (40) Idem., págs. 496, 497.
- (41) Derecho Penal, pág. 228, 6a. edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1962.
- (42) La Culpa, Segunda Forma de la Culpabilidad. 10o. Aniversario INACIPE, Tomo II, págs. 671, 672. México, 1986.
- (43) Psicología Criminal, pág. 66, nota 11, Cit. por - LUIS JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, - Tomo V, pág. 915. Buenos Aires, 1963.
- (44) La Culpa, pág. 9, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- (45) La Culpa, Segunda Forma de la Culpabilidad, 10o.- Aniversario INACIPE, Tomo II, pág. 675, México,- 1986.
- (46) Dogmática de los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal, págs. 433, 434, 8a. edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- (47) Derecho Penal, Parte Especial. Vol. IV, pág. 356. Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- (48) La Doctrina del Delito Tipo, traducción de Sebastián Soler, pág. 30. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944.
- (49) Derecho Penal Mexicano, pág. 212, 4a. edición, - Editorial Porrúa, S. A., México, 1983.
- (50) Idem, pág. 214.

"No hay nada más difícil de emprender, ni más dudoso de hacer triunfar, ni más peligroso de manejar, - que el introducir nuevas leyes".

NICOLAS MAQUIAVELO.

CAPITULO TERCERO

INEXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO

I.- Ausencia de conducta o hecho: 1.- Vis absoluta; 2.- Vis maior; 3.- Movimientos reflejos; 4.- Movimientos fisiológicos; 5.- Sueño; 6.- Sonambulismo; -- 7.- Hipnotismo.- II.- Atipicidad.- III.- Causas de licitud: 1.- Legítima defensa; 2.- Estado de necesidad: - A) Aborto necesario o terapéutico; 3.- Cumplimiento de un deber; 4.- Ejercicio de un derecho; 5.- Impedimento legítimo.- IV.- Inimputabilidad: 1.- Minoría de edad; - 2.- Trastornos mentales; 3.- Imputabilidad disminuida; -- 4.- Miedo grave.- V.- Inculpabilidad: 1.- Error de derecho; 2.- Error de hecho: A) Esencial: a) vencible; b) invencible; B) Inesencial o accidental; 3.- La teoría -- del error en la actualidad: A) Error de tipo; B) Error de prohibición; 4.- La no exigibilidad de otra conducta.- VI.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.- - VII.- Excusas absolutorias.

CAPITULO TERCERO

INEXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO

I.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Se ha dicho que el delito no se integrará cuando falta uno de sus elementos, por concurrir el aspecto negativo de alguno de ellos; en consecuencia, si falta la voluntad, no existirá delito; y si sabemos que para la existencia de una conducta se requiere, además del comportamiento humano, la voluntad rectora de éste, resulta evidente que al faltar dicha voluntad, no podrá existir conducta, lo que dá lugar a la ausencia del elemento objetivo, - estando ante un aspecto negativo del delito en donde hay, - precisamente, ausencia de voluntad, dando paso a la vis absoluta o fuerza física irresistible, a la vis maior o fuerza mayor y a los movimientos reflejos; así como al sueño, - al sonambulismo e hipnotismo, aún cuando en relación a estos tres últimos casos, se han considerado por alguna corriente doctrinal, como de inimputabilidad; en fin, nos inclinamos en las tres hipótesis antes aludidas la ausencia de voluntad, no obstante el comportamiento, se está en presencia de una actio liberae in causa. De tal modo que - - aquél violentado, será un mero instrumento; del lado opuesto, en cuanto que al sujeto se le constriñe a la realización de un delito, se estará en presencia de una fuerza; -

empero, ésta será moral; en tal caso, se estará en presencia de una vis compulsiva. Al respecto, RAUL NAVARRO GARCIA, afirma: "... al referirnos a la falta de conducta o hecho, comprenderá la acción como la omisión, cuando advertimos fundamentalmente una separación entre el sujeto y -- otras circunstancias que alteran la relación entre un aspecto psíquico y el cambio en el mundo de los fenómenos, -- encontramos ciertos resultados ajenos a la relación subjetiva del hombre, que anula la voluntad que es la primordial condición para la existencia del elemento objetivo en donde haya imposibilidad de cumplir un deber y que el cuerpo actúe como un mecanismo y que algunos autores, colocan las hipótesis que vamos a examinar (ya señaladas), dentro de la inimputabilidad y es que se ha involucrado el constreñimiento físico con la fuerza moral, siendo que en una forma simplista, la fuerza física irresistible, tiene su origen en una causa externa; en ella encontramos una ausencia de voluntad, en donde el sujeto actúa como un mero instrumento; en tanto que en la fuerza moral, se asemeja al miedo, es decir, tenemos presente que tiene lugar un aspecto subjetivo, siendo preciso tomar en consideración el funcionamiento del elemento esencial general psíquico, teniendo lugar desde el ámbito del aspecto negativo, la inculpa- bilidad, pues bien pudo acontecer que el coaccionado ha de mirar incluso al sacrificio, o bien, al de los constreñidos y hacer caso omiso de esa situación que implica miedo, o bien, que entrañe la amenaza" (1)

1.- VIS ABSOLUTA.- Habiendo señalado los casos de ausencia de conducta, en la fuerza física irresistible, precisamos que el individuo es impelido, esto es impulsado, por otro individuo y aquél es ayuno de voluntad al estar frente a un delito, como sostiene RAUL EUGENIO ZAFFARONI: "Durante largo tiempo se han confundido las hipótesis de fuerza física irresistible (p.ej.: el individuo que es empujado contra un escaparate lleno de porcelanas y cristales; el que recibe un empujón y cae sobre una persona, lesionándola; y los más alambicados del que le lleva del brazo con un puñal para herir a un tercero, etc.) con los de coacción, que se encuentra prevista (se refiere al Código Penal Argentino), en la segunda parte del mismo inciso: - 'Amenazas de sufrir un mal grave'. 'Lo involuntario forzado es aquello cuyo principio es extrínseco, siendo tal - - aquello en que no pone de suyo cosa alguna el agente o el paciente, como cuando somos arrastrados a alguna parte por el viento o por hombres que nos tienen en su poder', explicaba Aristóteles. En lugar, en la coacción, el individuo es dueño de sus movimientos, habiendo acción, aunque esta acción no es libremente decidida por él. Por ello, la - - coacción es un problema de culpabilidad, en tanto que la fuerza física irresistible es un problema de conducta". (2)

De este modo se hace palpable el dogma: "nullum crime sine actione".

2.- VIS MAIOR.- En tal hipótesis se advierte -

que la persona lleva al efecto una conducta activa u omisiva, impelido por una fuerza subhumana o de la naturaleza, dando lugar a la denominada vis maior. De este modo, FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, advierte: "En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Por tanto, se diferencia de la vis absoluta, en que en ésta, la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquélla encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o subhumana". (3) Es por tanto la vis maior, un aspecto negativo del delito ante la ausencia del elemento objetivo que, como afirma RAUL NAVARRO GARCIA: "En la vis maior, el sujeto adolece de voluntad y ni en forma ocasional, lo que ocurre deriva de otra fuerza humana y así diremos: si un ciclón hace que el individuo cause daños, o en caso de inundación ocurre alguno similar hay ausencia total del elemento objetivo, en donde se torna imposible la presencia de la voluntad y no es posible esperar un comportamiento conforme a una norma determinada". (4)

3.- MOVIMIENTOS REFLEJOS.- Es, al igual que la vis absoluta y la vis maior, los movimientos reflejos un aspecto negativo del elemento objetivo ante la ausencia de voluntad; empero, en tales movimientos puede originarse la forma culpable, con o sin previsión, que incuestionablemente

te producen consecuencias en el mundo fáctico, aún cuando el movimiento reflejo es de naturaleza nerviosa que el ordinario no alcanza niveles superiores. De esta manera, -- asienta SEBASTIAN SOLER: "Esta situación debe ser distinguida de las acciones impulsivas. El carácter patológico de una impulsión no le quita al hecho procedencia personal, aún cuando el psiquismo del sujeto está aparentemente afectado. Cuando hay participación psíquica, hay acción. La ley, por lo tanto, en las acciones impulsivas, en los llamados actos en corto circuito, en los actos habituales". (5)

Una cuestión total en relación a nuestro tema, se hace patente en el parecer de RAUL NAVARRO GARCIA, al expresar: "Empero, pudiéramos estimar que en el ejemplo del ataque convulsivo que origina el daño en una cosa ajena, falta la acción; creemos, por ende, que se trata de una inconciencia absoluta, ausente de un verdadero querer". (6)

Se citan algunos casos de consideración emotiva, como el del médico joven e inexperto, y seguramente de temperamento nervioso, que en el curso de un parto difícil vió salir por la vulva, a causa de ruptura del útero, un paquete de intestinos, y, por la sorpresa, sólo acertó a tomar unas tijeras y cortar el paquete de esos intestinos, con lo que causó la muerte de la parturienta. En fin, el movimiento reflejo regularmente se aleja del delito, en cuanto a la ausencia de voluntad es un movimiento de reacción del ser humano, aún cuando en ocasiones produce un resultado lesivo.

4.- MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS.— Se ha sostenido que los movimientos fisiológicos son un aspecto negativo de la conducta, en cuanto que el elemento volitivo no se encuentra presente; se afirma que estos movimientos son de carácter inferior, que se encuentran en los músculos y, -- por ende, están alejados de la práctica jurídica. En efecto, los movimientos fisiológicos obedecen a un impulso que el hombre ha de dominar; sin embargo, ante ciertos estímulos, se producen reacciones que, ante el movimiento muscular, presenta visos de ausencia de voluntad.

En el delito de aborto, se pueden presentar como causas de ausencia de conducta, la vis absoluta, la vis maior y los movimientos reflejos, atendiendo a los argumentos esgrimidos sobre este tópico.

Como corolario a la ausencia del elemento objetivo, doctrinalmente se advierten dos posiciones: 1) reconsidera que se está ante un aspecto negativo de la conducta, y 2) que se trata de causas de inimputabilidad; ello con relación al sueño, al sonambulismo y al hipnotismo; independientemente de inclinarnos que, en tales casos, se está en presencia de una falta de voluntad y, por ende, ausente la conducta o hecho, es interesante el comentario -- que hace CELESTINO PORTE PETIT, al expresar: "El Código de Bolivia establece: 'Son circunstancias excluyentes que destruyen el delito o culpa, cometerlo dormido o en estado de delirio, o privado del uso de su razón de cualquiera --

otra manera, independientemente de su voluntad' (Artículo 13). El de Venezuela: 'No es punible el que ejecuta una acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos' (Artículo 62). El de Uruguay: 'Esta disposición (que no es punible) es aplicable al que no hallare en el estudio de espíritu en ella previsto por influjo del sueño natural o del hipnótico' (Artículo 30, parte final)'. (7)

5.- SUERO.— Con relación al sueño, hemos de considerar que opera una privación que es total a la vez que transitoria de razón, es por ende, un fenómeno fisiológico normal, en el que el cuerpo humano no responde a estímulos exteriores y, por ende, está ausente el querer, en otros términos no opera manifestación de voluntad alguna; la completa abolición de conocimiento del yo de sus actos y operaciones; cuando se está ante una ausencia total de la razón, sin discusión alguna, nos encontramos ante la inexistencia del delito. Por consiguiente, aquel tercero que duerme con una mujer en estado de gravidez y causa aborto, estaremos en presencia de una ausencia de la conducta; empero, bien puede acontecer que no se prevea lo previsible o, habiéndose previsto, se tiene la esperanza que el resultado no acontezca; esto que generalmente desde el ámbito doctrinario se determina así, para distinguir, respectivamente, la culpa sin representación de la llamada con representación, daría lugar a un aborto culposo y, si en última

instancia, se busca el sueño para causar la muerte del feto, obviamente nos encontraríamos en presencia de un delito doloso, advirtiendo una actio liberae in causa.

6.- SONAMBULISMO.- Al igual que en el sueño, a pesar de la discrepancia teórica, es un estado de inconciencia que da lugar a una ausencia de la conducta, inclinados a la falta de voluntad al no discurrir juiciosamente. Asienta EDUARDO NOVOA MONREAL, con relación a este apartado: "El sonambulismo se caracteriza por una serie de manifestaciones motrices de tal modo coordinadas, que parecen dominadas de una manera tan cabal por la atención más vigilante, que presentan todas las apariencias de actos realizados en estado consciente, no obstante que la conciencia del sujeto permanezca sumergida en sueño fisiológico (Bunster). El comportamiento del sonámbulo se halla dirigido hacia un fin determinado y todos sus movimientos exhiben una perfecta naturalidad y armonía, lo cual no obsta a que falte en él el entendimiento, a que la percepción por los sentidos esté abolida o limitada a los objetos que constituyen el fin de la actividad onírica y a que, incluso, no conserve recuerdo de aquél al despertar, considerándolo, a lo sumo, como un sueño".⁽⁸⁾ Sucede por ende, con relación al sonambulismo, que la falta o ausencia de la voluntad, tendrá relevancia en la ausencia de la conducta y, por ende, en un aspecto negativo del delito; pero podrá acontecer que, como en el caso del sueño, se ob

serva la culpa, o bien el dolo, que dará lugar, en este último caso, a un actio liberae in causa, teniendo en consideración nuestro tema central con relación al delito de -- aborto.

7.- HIPNOTISMO.- Ha sido sumamente cuestionado el caso relativo al hipnotismo, ante la discusión relativa a la influencia del hipnotizador para que el hipnotizado - lleve a cabo aquellos actos que le han sido ordenados, ante la llamada sugestión hipnica. La problemática del hipnotismo, ha dado lugar a una polémica más acentuada en - - atención a la ubicación del aspecto negativo que opera; si en efecto nos encontramos frente a un aspecto negativo de la conducta y, por ende, no se observa la voluntad, o bien se está ante un caso de inimputabilidad, debido a un trastorno mental transitorio e involuntario; ahora diríamos -- que el sujeto hipnotizado está impedido para comprender el carácter ilícito del hecho, o para conducirse de acuerdo - con esa comprensión; advertimos que debe haber congruencia con el sueño y el sonambulismo; pero con independencia de ello, nos inclinamos por la ausencia de la conducta, aún - cuando en razón de las escuelas que se ocupan de la sugestión hipnótica, dá lugar a considerar o no, la existencia de aquellos actos automáticos que lleva al efecto el hipno - tizado. Como una cuestión previa, el estado hipnótico tie - ne injerencia en el sistema nervioso, derivado de un ac - - tual artificial por parte del hipnotizador; doctrinariamen

te se ha aceptado, pero también se ha negado, la existencia de ese estado hipnótico.

Nos refiere IGNACIO VILLALOBOS: "Se objeta este concepto de inimputabilidad, siguiendo a la Escuela de la Salpêtrière, de París, negando la posibilidad de llevar, - por hipnotismo, a cometer un delito a quien sienta verdadera repugnancia por él, pese a las experimentaciones realizadas por Liegeois para demostrar lo contrario, así como - para demostrar que, por los mismos medios de sugestión y - de mandato posthipnótico se puede lograr también que un -- inocente se declare culpable de actos que no ha cometido, - práctica de que tanto se ha hablado últimamente, como realizada ya fuera de los laboratorios", (9) sigue afirmando el autor en cita, "Pero suponiendo que sólo se pudiera inducir hipnóticamente al delito a sujetos que no tuvieran - marcada repugnancia por él, actos hay para los cuales no - tiene la persona una repulsa enérgica sino que, por el con- trario, necesita ser vigorosa la inhibición para impedir-- los; y admitiendo que la ejecución del acto demostrara que el sujeto hipnotizado no tenía grandes repulsas por él, -- hay que recordar que no se sanciona ya la simple peligrosi- dad hipotética de una persona, sino el hecho de que, por - medio de su discernimiento y de su voluntad normales, no - se abstenga de cometer los actos prohibidos, de suerte que si es la sugestión hipnótica la que ha roto esa barrera -- (débil o enérgica) y ha hecho posible la consumación de --

los hechos mediante un trastorno funcional de las facultades de conocer y de querer, debe reconocerse en tal intervención una excluyente de inimputabilidad".⁽¹⁰⁾ Como puede observarse, IGNACIO VILLALOBOS, se inclina con relación a la sugestión hipnótica, a establecer que el sujeto hipnotizado se coloca en la inimputabilidad, lo cual significa del análisis de la prelación lógica de las notas esenciales del delito y no podemos advertirlo de otro modo, desde el ámbito causalista que, en tal caso, existe conducta, típica y antijurídica, para desembocar en el aspecto negativo de la inimputabilidad. Así asienta el autor en cita en su obra ya mencionada (pág. 421), "Al estimar el sonambulismo y el hipnotismo como causas que excluyen la inimputabilidad, discrepamos de la opinión de JIMENEZ DE ASUA (La Ley y el Delito, págs. 272 y 273), pues este ilustre tratadista, al rectificar su posición anterior respecto a la -- compulsión física que otrora señaló como excluyente de la imputabilidad, se vá al otro extremo e incluye en la 'falta de acto' el sueño y la sugestión hipnótica..."

Se ha hecho expresión de la escuela de París, que niega la posibilidad de llevar al efectos actos de naturaleza automática; empero, tenemos por otro lado, la Escuela de NANCY, de la que nos refiere FRANCISCO PAVON VASCONCELLOS: "La ESCUELA DE NANCY, la cual sostiene la posibilidad de ejecución de los actos ordenados, bastando repetir e insistir en ello parte del hipnotizador, con lo que se aumenta el grado de sugestión en el hipnotizado. Esto ori

gina, de parte del sujeto en estado hipnótico, un actuar ver
daderamente automático, involuntario, impidente de la inte
gración de la conducta". El propio PAVON VASCONCELOS, men
ciona la postura ecléctica de la llamada Escuela Interme--
dia, expresando: "Para que los sujetos en estado hipnóti--
co puedan ordinariamente resistirse a ejecutar lo ordena--
do, pero en ocasiones excepcionales no, obrando en esta ú
ltima situación por automatismo, fenómeno dado solamente en
 individuos de notoria debilidad mental y proclives al deliti
to". (11)

Una vez que se ha llevado al efecto el esbozo de
 la ausencia de la conducta, podemos percatarnos que, en el
 caso del sueño, sonambulismo e hipnotismo, la doctrina se
 debate entre la ausencia de la conducta y la ausencia de -
 imputabilidad; en los tres casos encontramos una ausencia
 de la conducta, en cuanto que el sujeto actúa fuera de su
 voluntad, que es el ingrediente sine qua non, existe el --
 elemento volitivo. Concluimos este apartado para expresar
 la problemática que gira en torno a la llamada sugestión -
 hipnótica, a ello alude CELESTINO PORTE PETIT, quien expo-
 ne: "Con relación al hipnotizado, pueden presentarse los
 siguientes casos: a) Que se hipnotice al sujeto sin su -
 consentimiento; b) Que se hipnotice al sujeto con su con
sentimiento con fines delictuosos, y c) Que se hipnotice
 al sujeto sin intención delictuosa por parte de éste. a)
 En este caso el sujeto no es responsable. Sin embargo, --
 el problema consiste en resolver qué aspecto negativo del

delito concurre. Unos precisan que se trata de una ausencia de conducta. JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, III, pp. 623 y 625. Prólogo al trabajo de Enrique C. Henríquez. Trastorno Mental Transitorio y Responsabilidad Criminal, p. 24. ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, después de analizar la cuestión que nos ocupa, termina sosteniendo -- que habría que hacer, como MEZGER, una distinción: Si el sujeto se halla en un estado en el cual carece absolutamente de conciencia, no existirá acción alguna y el sujeto será irresponsable por falta de acción. Pero si no falta en absoluto --totalmente-- dicha conciencia, entonces hay -- qué resolver el problema dentro de la culpabilidad. Derecho Penal, p. 213. Otros, en cambio, consideran que existe una causa de inimputabilidad, como LISZT (Tratado de Derecho Penal II, p. 395, 2a. Ed., Madrid, 1927) y CUELLO CALON (Derecho Penal, I, pp. 498-499, 12a. Ed., Barcelona, - 1956). b) En esta hipótesis el sujeto sí es responsable, pues estamos frente a una acción libre in causa. c) En este último caso, el sujeto es responsable de un delito --culposo". (12)

Las ideas esbozadas con relación a este apartado, dan la claridad suficiente. En efecto, si atendemos a la escuela de París, ciertamente el sujeto no pierde su actuar conciente y, por ende, será siempre culpable dentro del marco que nos importa, del delito de aborto; por otra parte, si atendemos a la escuela de Nancy o a la escuela Intermedia, en base a los casos que se pueden presentar, -

el sujeto será culpable de aborto culposo, o bien, doloso; lo que tendrá operancia respectivamente, cuando se hipnotice con conocimiento del sujeto, pero sin fines delictuosos, nos encontramos ante la falta de previsión o habiendo previsto el resultado, se tiene la esperanza que ese resultado no sobrevenga, hablaremos de las llamadas acciones libres en su causa. Así como cuando se hipnotice con fines delictuosos.

II.- ATIPICIDAD.

Ciertamente, la atipicidad dá lugar a un aspecto negativo del delito, esto es, a su inexistencia. De este modo, desde el punto de vista doctrinal, se dice que en la atipicidad se sostiene que no existe un tipo penal que describa tal o cual conducta de relevancia penal, o en todo caso, que a pesar de que exista la norma que describe el delito (tipo), no se presenta en su totalidad el supuesto fáctico. De lo anterior, necesariamente se impone distinguir entre ausencia de tipo y atipicidad. En la ausencia de tipo, resulta incuestionable que no existe, precisamente, el tipo y, por ende, la conducta no será penalmente relevante, es por tanto, una conducta ajena al Derecho Penal, a pesar de que, en última instancia, se lesiona el orden social, dando lugar al aforismo latino "nullum crimen sine tipo". Atento lo anterior, sostiene JOSE A. SAENZ -- CANTERO: "La conducta en cuestión puede ser lícita o antijurídica (atentatoria a bienes jurídicos). En el primer caso su licitud es la razón de que no encuentra un tipo penal (el principio del bien jurídico, como ya hemos visto, impone esta exigencia al legislador). En el segundo caso, la razón se encuentra en que no se ha creído oportuno incorporarla al campo de lo penalmente punible, de lo prohibido bajo amenaza de pena (el respeto al principio de intervención mínima obliga al legislador a reducir el número de las conductas antijurídicas que incorpora al Derecho Pe

nal mediante el proceso de tipificación). Para el ordenamiento penal, la segunda conducta es tan irrelevante como la primera, aunque, a diferencia de ésta, puede producir consecuencias y merecer la reacción del Derecho mediante sanciones no penales en otras ramas del ordenamiento jurídico. La función delimitadora de lo penalmente punible -- que el tipo cumple, impide imponer pena criminal aunque se trate de una conducta materialmente antijurídica".⁽¹³⁾ -- Por otra parte, hacer referencia a la ausencia de tipicidad, dá cabida a la inobservancia de alguno de los elementos típicos, o bien, a alguno de los elementos del tipo. A un primer impulso, parece tratarse de una sutileza, que en nuestro parecer, tiene honda significación penalística. En efecto, si hacemos expresión de elementos típicos, atenderemos a la forma o contorno del propio delito, esto es, tal como lo describe el Código Penal; en tanto que, si atendemos a los elementos del tipo, será necesario hacer expresión de éstos tal como lo hemos analizado (supra capítulo segundo, número V). Por consiguiente, genéricamente la atipicidad va a derivar ante la ausencia de lo antes referido, que como bien asienta EDUARDO NOVOA MONREAL: "Aparte de aquellos casos en que una conducta ha sido enteramente preterida por la ley penal, deben también ser considerados dentro del concepto genérico de ausencia de tipicidad aquéllos en que un hecho concreto no reúne todos los elementos de un tipo descrito legalmente. Suele ocurrir que una conducta humana parece adaptarse a un tipo determinado

previsto en la ley penal, pero falta uno solo de los requisitos del tipo, o alguno de sus aspectos ella no coincide plenamente con la descripción legal. En tal situación, -- por semejante o asimilable que la conducta examinada parezca con el tipo legal o por irritante que pueda parecer su impunidad frente al castigo de hechos similares, debe declararse la falta de tipicidad de la conducta y la imposibilidad de convencer de responsabilidad penal". (14)

Es palpable para hacer expresión de la ausencia -- de tipo, o bien de la atipicidad, recurrir necesariamente al tipo atendiendo a su existencia, como a su conformación y, en este supuesto, a la extensión del mismo, siendo pertinente transcribir el pensamiento de CELESTINO PORTE PETIT: "Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que, cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo, pero no a todos los que el mismo tipo requiere". (15)

Es obvio que, en orden al delito de aborto, la -- norma primaria se encuentra presente en la Ley Penal (Art. 329), al señalar *latu sensu* que es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Por -- lo que atañe a la atipicidad, ésta tendrá lugar ante la --

falta de conformidad de la conducta a la norma primaria y, por ende, la inadecuación de la conducta a esa norma dará lugar a la atipicidad; esto acontecerá por falta de sujeto pasivo, esto es, enfocado este punto a la falta del presupuesto material de la conducta, que consiste en el embarazo; por falta de objeto material, es decir, la existencia del feto, o bien, por falta de objeto jurídico, la vida -- del producto de la concepción. Hemos dejado, ex-profeso, la ausencia del sujeto activo, toda vez que, como veremos en su oportunidad en el caso del aborto consentido, la mujer gestante se ha de considerar de tal naturaleza. Por consiguiente, en referencia al delito de aborto, las consecuencias de la atipicidad serán: la inexistencia del delito, el delito imposible, así como la traslación de un tipo a otro.

III.- CAUSAS DE LICITUD.

Bien podemos sostener que las causas de licitud, para otros, causas de justificación, dan lugar a un derecho, dejando a un lado una prohibición o haciendo a un lado el cumplimiento de un mandato. De este modo, la ley reconoce una especial situación en el autor y el bien jurídicamente tutelado, que se encuentra en peligro, en oposición de la antijuridicidad donde es necesario recurrir a la excepción regla: será antijurídica una conducta cuando siendo típica, no esté provista de una causa de licitud, esto es, de lesionar intereses jurídicamente tutelados valorados por la sociedad en un estado de derecho; las causas de licitud, dice MARIANO JIMENEZ HUERTA: "Son circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, tanto que el titular del interés protegido penalmente consienta válidamente en la acción que sin su voluntad implicaría una lesión a un bien jurídico, como que la acción lesiva de un bien jurídico se considere, al ser juzgada y valorada en las circunstancias en que se realizó, como no ofensiva para los ideales, habida cuenta de que, si bien lesiona bienes e intereses jurídicos ajenos, salvaguarda bienes e intereses preferentes desde el punto de vista social. En cualquiera de estos dos casos, el juicio sobre la conducta enjuiciada arroja un resultado antijurídico. En el primero, falta totalmente el binomio —lesión y ofensa— que integra en plenitud la esencia de lo antijurídico.

co. En el otro, sólo el segundo extremo —ofensa— del - binomio". (16)

Manejando en sentido puesto, la excepción regla, desde el ámbito formal de la antijuridicidad, cuando la -- conducta es lícita. Es en el ordenamiento penal donde se originan las causas de licitud que encuentran su fundamento en la ausencia de interés y en el interés preponderante, que en razón de ello, bien asienta JOSE A. SAINZ CANTE RO: "En virtud del primero, no se considera contraria a Derecho (no merece la desaprobación que el juicio de antijuridicidad arroja sobre la conducta típica) la acción que lesiona un bien jurídico que su titular no tiene interés en que sea protegido. Las prohibiciones y mandatos que el ordenamiento jurídico establece, así como la pena que para su infracción se conmina, tienen por objeto la protección a bienes jurídicos; cuando el titular de éstos no está interesado en esa protección, la conducta que los conculca no debe ser considerada contraria a Derecho. Claro que a este respecto, hay que tener en cuenta que la mayor parte de los bienes jurídicos se protegen por el Derecho, independientemente del interés que en ello pueda tener su titular, lo que determina que la ausencia de interés y la causa de justificación que en ella encuentra fundamento, tenga un área de aplicación muy limitada. El principio del interés preponderante explica aquellas situaciones en que se produce un conflicto de intereses, de modo que se sacri

fica uno de ellos para que se salve el otro. En estos casos se entiende que para el Derecho es preponderante uno de los intereses en conflicto, por lo que no se considera antijurídica (contraria a Derecho) la conducta que, para salvaguardar el interés preponderante, sacrifica otro".⁽¹⁷⁾

En atención al interés preponderante, dado que no se está en presencia de bienes disponibles, encontramos la legítima defensa, la colisión de bienes tutelados, como el estado de necesidad en un caso, esto es, cuando se sacrifica un bien menor y se salva un bien de mayor entidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, etc., ya que no es aquí donde se deba hacer un análisis total de las causas de licitud que, como afirma GÜNTER STRATENWERTH: "El número de causas de justificación no puede determinarse en forma definitiva, pues depende del grado de generalización. En el desarrollo histórico dogmático se ha dado una cierta solución intermedia, que se mantiene equidistante tanto de las regulaciones de total concreción (todavía puede verse en la Carolina, donde la defensa necesaria únicamente se trata dentro del delito de homicidio y con gran detallismo, Art. 139 y ss.), como de una abstracción llevada demasiado lejos (que conduce a fórmulas vacías como, -- por ejemplo, la llamaría teoría del fin, según la cual la acción adecuada al supuesto de hecho típico no es antijurídico cuando aparece como un medio adecuado para alcanzar una meta jurídicamente reconocida). En consecuencia, el -

derecho vigente conoce un número proporcionalmente alto de causas de justificación, que no constituyen un sistema cerrado, sino que se observan numerosas superposiciones, así como lagunas". (18)

1.- LEGITIMA DEFENSA.- La más relevante causa de licitud, es la legítima defensa, que tiene su cimiento en el interés preponderante, en donde se hace palpable un injusto y actual ataque, que no es posible eludirlo, que sin adentrarnos a un quebranto entre los bienes y medios, si éstos se colocan en un mismo plano, que ha de tratarse en la parte general del Derecho Penal, como causa que ha de repercutir con relación a los delitos en general, que se traduce en un verdadero derecho, apreciándose una forma delegada del Estado a una marcada injusticia que el particular lleva al efecto, que la propia Ley Penal, ha de enmarcar a través de ciertos requisitos, que la fracción III del Artículo 15 del Código Penal establece: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, --salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien, a través de la violencia, del escalamiento o

por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión". En efecto, su fundamentación radica, como afirma FERNANDO DIAZ PAZ LOS, al decir: "Ahora bien, se impone una matización respecto a la paralela situación del status necessitates en que también se presenta un conflicto o colisión de intereses, y es que, así como en el estado de necesidad hay siempre una contradicción de intereses legítimos y sólo resta acudir a una valoración jurídica para decidir si uno es superior a otro (justificación), o si son de igual valor, en cuyo caso no puede exigirse otra conducta (inculpabilidad), en la legítima defensa siempre se produce el choque entre un interés ilegítimo (el del agresor) y un interés legítimo (el del defensor). En consecuencia, el principio del interés preponderante siempre se actuará en favor del legítimo, y por ello la legítima defensa siempre es una causa de justificación". (19)

Es imprescindible en la legítima defensa, como requisitos sine qua non: la agresión, en razón de su inminencia, adherida a la ilegitimidad que es donde tiene su sostén el juicio de valor, que comprende la proporcionali-

dad, reveladora de dañar bienes jurídicamente tutelados, - propios o ajenos, a lo que agregaríamos el animus defen- - sionis.

Ahora bien, ante una mirada a lo antes expuesto, - es palpable que no puede operar en el delito de aborto, la legítima defensa.

2.- ESTADO DE NECESIDAD: A) ABORTO NECESARIO.-

El estado de necesidad está constituido por una colisión - de intereses al hacer referencia a esta causa de licitud, - impone la salvación de un bien mayor, frente a un bien me- nor; empero, es necesario un ingrediente imprescindible pa - ra ocuparse de esta justificante; el peligro en que se en- cuentran ambos bienes y así evitar el mal propio o ajeno.- El Código Penal se ocupa del estado de necesidad, sin ha- - cer expresión de los bienes en conflicto, en el Artículo - 15, fracción IV, al expresar: "Son circunstancias exclu- - yentes de responsabilidad penal: obrar por la necesidad - de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un pe- ligro real, actual o inminente, no ocasionado intencional- mente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste - no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no - exista otro medio practicable y menos perjudicial a su al- cance". Ya se ha expresado que, en un primer plano, ha de existir un conflicto de bienes, que pueden ser propios o - ajenos, destacando un requisito que dá lugar a una posibi- lidad de daño, previo a la realización del hecho, esto es,

"ex-ante", que impone necesariamente un juicio; advertimos que ese peligro de que hablamos, ha de ser de naturaleza - objetiva; lo subjetivo tiene dificultad de apreciación, ya que en este supuesto, las consecuencias darían lugar en -- ocasiones a un actuar culposo, toda vez que la creencia de un peligro, trae aparejada una falta de previsión y ya estaríamos frente a la culpabilidad. Por otro lado, se hace expresión de un peligro real; bien pudiéramos decir, no -- imaginario, se hace patente la "realidad del peligro", que dá lugar a su inmediatez; con ello se llena lo que dispone la ley "actual o inminente", alejado de lo putativo; empero, el medio empleado ha de ser adecuado, ya que de otro - modo, se anularía el estado de necesidad al emplear "otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance", como quiere la ley; no cabe recurrir a ello para evitar el causar un mal, tal como expone JUAN CORDOBA RODA: "Tal interpretación del estado de necesidad en sus requisitos básicos, resulta a nuestro juicio además particularmente satisfactoria por cuanto traduce un encomiable criterio valorativo. Viene en último término a reconocer que lo decisivo para la estimación en el estado de necesidad de la cualidad esencial de absoluto, lo es la actitud manifestada - por el autor en relación a la esfera de bienes jurídicos; si hace todo lo humanamente posible, en las circunstancias concretas, es decir, todo lo exigible, antes de realizar - el mal, trasluce un respeto hacia los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. La idea de valor y desva -

lor, de acto resulta pues básica en la justificación de la conducta". (20)

Merced a lo anterior, en el aborto consentido, es evidente que el consentimiento de la mujer dá lugar a la observancia de una conducta típica y antijurídica y el aspecto negativo del elemento esencial valorativo, dá cabida al aborto necesario; como bien sostiene CELESTINO PORTE PETIT, al expresar: "El aborto consentido tiene particular importancia el estado de necesidad; es el caso del aborto sanitario, necesario o terapéutico. El Código Penal, en el Artículo 334, reglamenta el aborto terapéutico, que constituye una causa de justificación en razón del 'interés preponderante'. 'No se aplicará sanción: cuando, de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora'. El precepto nos habla de que 'la mujer embarazada, corra peligro de muerte'". (21) - En tanto que MARIANO JIMENEZ HUERTA, expresa: "Para todo aquél que tenga un concepto claro y preciso del estado de necesidad, es obvio que el contenido de este artículo es innecesario desde el punto de vista técnico y práctico. - Díjrase que el Código ha querido, como si fuera un tratado, ejemplificar con algunos supuestos el concepto vertido en la fracción IV del Artículo 15, o, como si fuera un reglamento, regular específicamente las diversas aplicacio-

nes que deben darse a los principios generales que informan la ley". (22)

Creemos innecesario el dispositivo 334 del Código Penal, en atención a que el estado de necesidad se encuentra regulado en la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal y es, precisamente en la parte general del ordenamiento sustantivo penal, en donde ha de tratarse como en el caso del precepto últimamente invocado, el aspecto negativo del delito.

3.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.- Con la finalidad de dar un tratamiento, aún cuando sea somero, de otras causas de licitud, atenderemos aquí el deber como el derecho que se encuentran contenidos en la fracción V del Artículo 15 del Código Penal, lo que expresaremos en atención a que tal disposición involucra el cumplimiento de un deber legítimo, como ejercicio de un derecho; nos vemos precisados a señalar que las dos hipótesis que como causa de licitud dan lugar esencialmente al desempeño de un servicio público, aún cuando por excepción los deberes se dirigen a los particulares; el invocar las expresadas causas de licitud desde un punto de vista opuesto, traen como corolario el abuso de autoridad.

Dando un breve enfoque de lo que significa el cumplimiento de un deber, advertimos que, quien cumple con la ley, no actúa antijurídicamente y es puntilloso el parecer

de CELESTINO PORTE PETIT, al sostener: "Consideramos nosotros que al igual que con relación al ejercicio de un derecho, está por demás la disposición legal en el sentido - de que es circunstancia excluyente de responsabilidad, - obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, pues aún cuando no existiera tal prescripción, la conducta del individuo será lícita en tanto es ordenada por - la propia ley". (23)

Los deberes son impuestos por las normas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas, de donde se deriva la obligación de llevar a cabo en diversos momentos, conductas que traen aparejadas delitos; empero, en tal supuesto, ante ciertas observaciones, esa conducta resulta justificada, no obstante que sea típica; en efecto, los preceptos ordenan o prohíben y, cuando se cumplen los mandatos legales sin excusas y ese comportamiento encuadra en el marco de la obligación, tal proceder es oriundo del cumplimiento de un deber. CELESTINO PORTE PETIT sostiene que el cumplimiento de un deber gira alrededor de dos hipótesis: 1a. Derivado de funciones públicas, o sea de deberes de servicio y, 2a. Derivado de un deber impuesto al particular. (24) Cabría por ahora, señalar qué repercusión tiene ese cumplimiento de un deber que consigna la ley en el delito de aborto, observamos que ninguna; entre otros aspectos, podemos señalar que tiene trascendencia en una especie de encubrimiento, es decir, atendiendo al favorecimen-

to en donde se afecta la procuración, como la administración de justicia (Artículo 40v, fracción IV del Código Penal); la obligación de guardar el secreto profesional (Artículo 211 del Código Penal); como aquél que rehúsa prestar un servicio de interés público sin causa legítima (Artículo 178 del Código Penal), o bien, aquél que se niega a comparecer ante la autoridad a dar su declaración sin excusa legal, cuando legalmente se le exija (Artículo 179 del Código Penal).

4.- EJERCICIO DE UN DERECHO. - Hemos dado algunos pormenores de las causas de licitud que se contienen en la fracción V del Artículo 15 del Código Penal; en efecto, a pesar de la tipicidad de una conducta, ésta se encuentra plenamente justificada en cuanto que la norma ha dado la protección con relación a aquellos intereses que parecen afectar a terceros.

Advierte VINCENZO CAVALLO, con relación a esa autorización dada por el legislador: "El ejercicio de un derecho, está fundado sobre el principio lógico de no contradicción, por el cual, entre dos principios jurídicos en contraste, afirmado el uno, no puede aceptarse el otro. Así, si la ley concede a alguno un poder de actuar en determinada forma, no puede castigarlo contemporáneamente por el ejercicio del mismo".⁽²⁵⁾ Una meditación superflua daría lugar a establecer si se está ejercitando un derecho, no tendría la ley que señalarlo y, por ende, algu-

nos connotados autores señalan que es innecesario incluirlo en la ley y, a propósito de ello, BERNARDINO ALIMENA, afirma: "Esta norma como es evidente se proclama ad abundantiam, pues si es absurdo imaginar una ley que no deba cumplirse, también es absurdo pensar que su ejecución puede constituir delito";⁽²⁶⁾ sin embargo, ese ejercicio del derecho ha de llevarse a cabo legítimamente.

Consideramos que ninguna trascendencia tiene esta causa de licitud en el delito de aborto. En efecto, CELESTINO PORTE PETIT, hace una interesante clasificación en referencia al ejercicio de un derecho y así escribe en orden a esa clasificación: Derecho de corrección (ius corrigendí); Derecho de retención; Derecho Penal disciplinario; Derecho de emitir o tomar informaciones comerciales; los offencúla (defensas necesarias predisuestas), aparatos mecánicos defensivos; actos emulativos (actos de rivalidad); justicia de propia mano, auxilio propio o auto-auxilio, ejercicio indebido del propio derecho (vías de hecho) y gestión de negocios.⁽²⁷⁾

5.- IMPEDIMENTO LEGÍTIMO.- El Código Penal prescribe en la fracción VIII del Artículo 15, el llamado impedimento legítimo, dando lugar a un aspecto negativo del delito, esto es, a su inexistencia, afirma CELESTINO PORTE PETIT: "Hay impedimento legítimo, cuando no se puede cumplir con un deber legal por cumplir con otro deber de la misma naturaleza y de mayor entidad".⁽²⁸⁾ El impedimento

legítimo dá cabida a contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, precisamente por un impedimento legítimo; es, por ende, una omisión, frente a una obligación, bien podemos advertir que el sujeto actúa típica aún cuando no antijurídicamente en cuanto que la ley le está permitiendo ese actuar, como acontece en el secreto profesional; se presenta el supuesto en que el sujeto no puede actuar ante una vis absoluta, dando lugar a una imposibilidad de realización de cumplir con aquello que debiera; finalmente, se aprecia aquella derivada de una vis compulsiva que, en tal caso, tendría operancia un aspecto negativo de la culpabilidad. En atención a lo anterior, - IGNACIO VILLALOBOS, advierte con relación al señalado impedimento legítimo: "Incluye casos en que la exención de -- responsabilidad proviene de haber falta de acto por parte del sujeto acusado (impedimento físico insuperable); otros en que se excluye la antijuridicidad (impedimento de derecho); y otros más en que sólo se encuentra eliminada la -- culpabilidad, que son aquellos en que media un impedimento moral, de razón o que pesa sobre la determinación del sujeto, sin ser precisamente la coacción externa o ejercida por otra persona, que pudiera considerarse catalogada separadamente". (29) Bien podemos afirmar que entre diversos deberes que impone la ley, no se lleva a cabo uno en cuanto que otro de mayor rango que tiene relevancia en una disposición de mayor jerarquía, impide la realización del primero, de tal suerte que nos parece acertado el parecer de

JOHANNES WESSELS, al sostener: "Hay una colisión de deberes, cuando varios deberes de actuar, jurídicamente fundados, se presentan al destinatario de la norma en forma tal que éste sólo puede realizar uno a costa del otro, o sea, tiene que lesionar, necesariamente, uno de ellos. Puede hablarse de una auténtica colisión de deberes únicamente si los deberes jurídicos en conflicto reclaman validez, -- uno al lado de otro". (30)

Consideramos que en el delito de aborto, en manera alguna se presenta el impedimento legítimo; en el marco legal no se puede advertir una colisión de deberes, pues llegaríamos al absurdo de señalar la existencia de un deber de matar; ya en su momento oportuno hemos expresado -- nuestra idea con relación al aborto necesario, mismo que encuentra su fundamento en otro aspecto negativo de la antijuridicidad.

IV.- INIMPUTABILIDAD.

Hemos afirmado que la inimputabilidad, es la capacidad que nos permite conocer y valorar un deber de respeto a una normatividad y, a la vez, actuar con capacidad o determinarse de acuerdo a cierta comprensión. De esta suerte, podemos precisar que un sujeto es inimputable, cuando carece de la capacidad que le permite conocer y valorar el deber que tiene de respetar una norma, lo cual elimina consecuentemente el actuar con capacidad o determinarse de acuerdo a cierta comprensión. JORGE FRIAS CABALLERO, sostiene al respecto: "La cualidad personal en que consiste la imputabilidad, como estado psicológico-espiritual que convierte al sujeto en autor apropiado para la imputación jurídico-penal (y, por consiguiente, para la reprobabilidad y la pena), se condiciona de manera positiva por: a) un desarrollo mental suficiente; b) una conciencia lúcida, sin perturbaciones profundas; c) un psiquismo exento de alteraciones graves. De tales presupuestos ha de derivar la aptitud o capacidad para comprender la anti-juridicidad del hecho y para actuar conforme a dicha comprensión.- ...Las legislaciones vigentes, sin embargo, --salvo rarísimas excepciones, únicamente regulan estos presupuestos de manera negativa en las fórmulas de inimputabilidad que recogen aquellas situaciones o estados personales que suprimen o aniquilan la imputabilidad. La ley parte de la idea, en efecto, de que generalmente el sujeto es

normal y positivamente imputable; por esto solamente legis la sobre la excepción, esto es, sobre las llamadas causas de inimputabilidad o que excluyen la imputabilidad".⁽³¹⁾ - Por su parte, SERGIO VELA TREVIÑO, señala que: "...existe inimputabilidad cuando se realiza una conducta típica y antijurídica pero el sujeto carece de la capacidad para autodeterminarse conforme al sentido o de la facultad de -- comprensión de la antijuridicidad de su conducta, sea porque la ley le niega esa facultad de comprensión o porque -- al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse";⁽³²⁾ en tanto que IGNACIO VILLALOBOS considera -- que: "...la excluyente de imputabilidad será la que suprima, en el juicio, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo -- aquello que los hace ilícitos; o que elimine la posibilidad, aún conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse, de tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido".⁽³³⁾

Podríamos afirmar que la razón y voluntad, son -- atributos del ser humano; sin embargo, algunas veces no se reúnen los mismos en un sujeto, por falta de salud psíquica o de madurez mental, lo que le dará el carácter de inimputable al carecer de una mente sana y madura; lo que traerá como consecuencia, que aún cuando dicho sujeto lleve a cabo una conducta típica y antijurídica, no pueda conside-

rarse como culpable y, por ende, no le sea reprochable, en cuanto que falta el presupuesto del elemento psíquico del delito; no obstante lo cual, en algunos casos, la ley establece determinadas medidas de seguridad, que se aplicarán al inimputable. Por otra parte, es conveniente resaltar, - que la inimputabilidad no es sinónimo de enfermedad mental y, tampoco, toda enfermedad mental trae como corolario la inimputabilidad.

Ahora bien, nuestra ley sustantiva penal, considera como causas de inimputabilidad:

"Artículo 119.- Los menores de dieciocho años, - que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección - educativa".

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: II.- Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión..."

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: VI.- Obrar en virtud de miedo grave..."

1.- MINORIA DE EDAD.- En todas las legislacio--

nes penales, se ha establecido la minoría de edad, reduciendo de esta forma la intervención del Derecho Penal, -- respecto de los menores, en virtud de que el menor no ha alcanzado el desarrollo psico-físico necesario para lograr comprender el alcance antijurídico de la conducta llevada a cabo; así, EDUARDO NOVOA MONREAL, sobre el particular, expresa: "Durante sus primeros años, la inteligencia y la voluntad, principales aspectos que considera el Derecho Penal, son en él tan incipientes, que no podría pretenderse tenerlo por imputable. Más tarde, aún cuando sus procesos intelectivos y volitivos destellan ya, no es posible tampoco someterlo al régimen propio de los adultos, porque lo impiden numerosas características juveniles. En efecto, -- aún en adolescentes que han alcanzado un muy buen desarrollo en lo intelectual, se presentan rasgos propios del proceso evolutivo en que se encuentran, como ser: sugestionabilidad, impresionabilidad, vehemencia, etc.; lo que unido a la falta de carácter propia de su inmadurez, tiene que colocarlos en situación especialísima frente a las normas penales. Mirado el menor desde el punto de vista exclusivo de sus aptitudes y condiciones psíquicas, queda, pues, en situación que no permite atribuirle responsabilidad jurídica por sus actos". (34)

El límite de la edad para considerar a un sujeto imputable, se ha establecido en forma por demás diversa en cada legislación; nuestro Código Penal, como hemos señala-

do, dispone que los menores de 18 años, no son sujetos de Derecho Penal, lo cual no quiere decir que, atendiendo al tema que nos ocupa, esto es, el delito de aborto, no lo puedan llevar a cabo, sino que, habiéndolo realizado, no se les podrá reprochar tal conducta antijurídica, en cuanto que está protegida por una causa de inimputabilidad.

2.- TRASTORNO MENTAL.- El trastorno mental, puede devenir de una enfermedad psíquica, como física; asimismo, puede ser transitorio o permanente, siendo el primero a través del cual se presenta la inexistencia del delito, en cuanto que está frente a una causa de inimputabilidad. En efecto, en el caso del trastorno mental permanente, el sujeto que lo padece y lleva a cabo una conducta delictuosa, si bien es considerado inimputable, se hace acreedor a una medida de seguridad, de acuerdo con lo que disponen los Artículos 67 y 68 del Código Penal; a este respecto, SERGIO VELA TREVIÑO, señala: "...quien está permanentemente privado de las facultades superiores y realiza una conducta típica y antijurídica, también es considerado como no delincuente por inimputabilidad, pero queda sujeto a la aplicación de una medida de seguridad, consistente en reclusión en lugares especiales por todo el tiempo que sea necesario para su curación. Como es de verse, es de máxima importancia el elemento de orden temporal que se ha mencionado, porque de él depende, entre otras cosas, la libertad del sujeto autor de la conducta típica". (35) Ahora -

bien, por trastorno mental, debemos entender la perturbación psíquica que atecta fundamentalmente las manifestaciones intelectivas del individuo, impidiéndole de esta suerte comprender lo ilícito de la conducta llevada a cabo, en virtud de que no puede valorar los nexos que lo vinculan con el mundo fáctico y menos aún realizar una selección, debido al estado de inconsciencia en que se encuentra colocado.

En cuanto al tema toral de este estudio, o sea el delito de aborto, es obvio que si el sujeto activo padece un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, -- que le impida comprender el carácter ilícito del hecho que está realizando, se presentará una causa de inimputabilidad y, por ende, un aspecto negativo del delito.

3.- IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.-- Sin embargo, puede suceder que la intensidad del trastorno que padezca el agente del delito sea mínimo y, por tanto, sólo disminuya la facultad intelectual, pero no carezca el sujeto de ella, lo cual daría lugar a lo que se ha llamado imputabilidad disminuida, cuya consecuencia es que el activo del delito de aborto, responda del mismo; empero, la punibilidad aplicable a tal ilícito, podrá ser disminuida por el juzgador al imponer la punición correspondiente. JOSE A. SAINZ CANTERO, sostiene en relación a este tópico que: -- "de acuerdo con los conocimientos psiquiátricos actuales, resulta evidente que existe una zona intermedia entre la -

salud mental y la enajenación, respecto de la cual debe establecerse paralelamente en el mundo del Derecho otra zona intermedia entre la plena responsabilidad y la absoluta -- irresponsabilidad criminal. Es la zona de los semi-imputables y de la responsabilidad atenuada. Para que la eximente incompleta pueda apreciarse, la enfermedad mental que padezca el sujeto, ha de producir en él un efecto psicológico semejante al que hemos descrito para la eximente completa, no variando más que la intensidad del mismo. Se ha de tratar también, por tanto, de una alteración de las facultades psíquicas, intelectuales o volitivas. Ha de afectar a la capacidad del agente de conocer lo ilícito de su conducta o a la capacidad de orientar su actividad, conforme a ese conocimiento. Esta perturbación no ha de ser plena --en esto reside la diferencia con la eximente completa-- pero ha de alcanzar cierta intensidad, esto es: ha de afectar notablemente a las facultades psíquicas del sujeto. Cuando ese grado de perturbación no se alcanza, ha de rechazarse la apreciación de la eximente incompleta". (36)

Consideramos que en la imputabilidad disminuida, la conducta del agente del delito, deviene distinta a la de un sujeto imputable, esto es, con total capacidad intelectual, y por ello, la reacción del Estado, debe ser inversa y no simplemente establecer una punibilidad atenuada, amén de que la dejen a la discreción del juzgador, en cuanto tiene carácter facultativo, lo cual es antagónico a

la capacidad disminuída que presenta el sujeto activo, -- pues si la imputabilidad está disminuída, es incuestionable que la punibilidad a imponer, debe ser también atenuada, estableciéndola en forma expresa, y no dejarla al criterio del juzgador.

No debemos olvidar, que tanto el trastorno mental como la imputabilidad disminuída, la puede causar el agente del delito en forma voluntaria, situación que queda fuera del ámbito de la inimputabilidad, al tratarse de una -- "actio liberae in causa", es decir, son conductas queridas que tienen lugar cuando el sujeto está en estado de inimputabilidad provocado por el mismo, libremente y, por tanto, el autor es imputable y culpable, sea dolosa, culposa o -- preterintencionalmente, pues ya San Agustín aseveraba que Lot no pecó por el incesto perpetrado con sus hijas, puesto que ignoraba que lo eran en el momento del acto carnal, pero sí por su acto de embriaguez, que fue voluntario y -- causa de su conducta posterior.

4.- MIEDO GRAVE.- Por lo que hace al miedo grave, como causa de inimputabilidad, diremos que afecta la mente del sujeto, perdiendo en forma temporal las facultades intelectivas, por causa que no es de origen patológico. JOAQUIN ESCRICHE, señala que miedo es: "La perturbación del ánimo, originada de la aprehensión de algún peligro o riesgo que amenaza o que recelamos". (37) No podemos negar que el ser humano, por su naturaleza, tiene mie-

do a determinadas circunstancias, como es el ruido, la obscuridad, determinados animales, un lugar cerrado, etc., en virtud de que las asocia a un posible daño. Ahora bien, - no cualquier miedo puede ser causa de inimputabilidad, sino únicamente aquél cuya intensidad provoca en el ser humano la perturbación de sus facultades intelectivas, dado lo cual no alcanza a comprender lo antijurídico de su conducta. Se han establecido seis niveles de miedo: la prudencia, la cautela, la alarma, la angustia, el pánico y el terror; a este respecto, SERGIO VELA TREVIÑO, expresa: "Las conductas que se realizan bajo la influencia de cualquiera de los tres primeros niveles (prudencia-cautela-alarma), - corresponden a una manifestación real de la personalidad del sujeto actuante; quiere decirse que en estos casos, - hay conducta con todos los alcances que la psicología le confiere y, además, que hay imputabilidad, puesto que el individuo se encuentra en pleno uso de sus facultades intelectivas superiores, aún cuando se halle bajo el influjo del miedo. En estos niveles, la afectación en la conciencia no es profunda y, aún existiendo alteraciones metabólicas, tampoco ellas son suficientes para afectar los planos superiores que rigen el comportamiento. Por el contrario, los tres últimos niveles que se han mencionado (angustia-pánico-terror), son capaces de influir en forma tan poderosa la psique y el organismo humanos que, aquellas conductas que se realicen durante su vigencia, no corresponden en puridad a la personalidad del sujeto, sino que, afecta-

do el organismo en sus funciones metabólicas en razón del estímulo metódico, se produce un desequilibrio neurovegetativo que trae como consecuencia la pérdida de las facultades necesarias para la cabal comprensión de la naturaleza de los actos y para una autodeterminación conforme a -- una valoración que se ajuste a la realidad. ...En el plano subjetivo, esta fase (angustia) se caracteriza por un estado anímico ansioso y angustioso; ansia que aparece por la expectación de males desconocidos e inevitables, y angustia provocada por el profundo malestar funcional orgánico. El sujeto siente estar al borde de la locura, siente 'perder la cabeza' y sus reacciones no corresponden en forma alguna a motivaciones racionales ajustadas a la lógica. Desde su plano subjetivo, el pánico se presenta con manifestaciones de pleno dominio de la personalidad subconsciente o profunda sobre la personalidad consciente; el sujeto que padece pánico, difícilmente se percata de lo que objetivamente ocurre en su mundo circundante y sus vivencias son incoherentes, delirantes y seguidas de rápida amnesia como reacción subconsciente de tipo defensivo; ...La conducta no es, en estos casos, manifestación de la voluntad, porque ésta, en realidad, está abolida por los efectos del miedo. La última fase del miedo, e indudablemente la de mayor intensidad, es la denominada terror, que constituye la culminación del proceso por el que el miedo va -- aboliendo la personalidad individual, hasta llegar a esta fase que es la absoluta inexistencia de personalidad. - -

...El hombre, bajo el imperio del terror, queda inerte, -- suspendido y abstraído del mundo exterior; una palidez en el rostro y la absoluta inexpresión, son los síntomas más fácilmente perceptibles; ...La mente no rige al cuerpo ni a la conducta; lo que se haga o deje de hacerse bajo estas condiciones, es debido a motivaciones en las que la voluntad es totalmente ajena. Desde el aspecto subjetivo puede afirmarse válidamente que, en esta etapa, la vida intelectual o subjetiva es inexistente en su acención más absoluta". (38)

Podemos concluir que el miedo grave, es causa de inimputabilidad cuando, por su magnitud, bloquea las facultades intelectivas del sujeto, impidiéndole conocer y valorar lo ilícito de su comportamiento, en cuanto que en ese momento sólo reacciona por instinto. Es indiscutible que esta causa de inimputabilidad, por su propia naturaleza, - no se presenta en el delito de aborto.

V.- INCULPABILIDAD.

Ahora corresponde analizar el aspecto negativo -- del elemento esencial, general, psíquico, el cual im~~pre~~ fincar al agente del delito el reproche penal de culpabilidad, respecto del hecho típico y antijurídico llevado a cabo. La inculpabilidad se presenta cuando la conducta del sujeto activo, está desprovista de dolo, culpa o preterintencionalidad, y no existe exigibilidad, es decir, no se le puede exigir al agente del delito otra conducta diversa a la realizada. Así, para LUIS JIMENES DE ASUA, las causas de inculpabilidad "Son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche".⁽³⁹⁾ Por su parte IGNACIO VILLALOBOS al respecto afirma que: "La culpabilidad, como el coronamiento que es de la construcción delictiva, está ausente siempre que falta cualquiera de los elementos del delito; pero como excluyente directamente eliminatória de la culpabilidad sólo puede considerarse cuando recae sobre los factores que constituyen esa culpabilidad: el conocimiento o la voluntad".⁽⁴⁰⁾ Para SERGIO VELA TREVIÑO, las causas de inculpabilidad "Son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica, atribuible a un imputable, que permiten al juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que sería conforme al derecho, o que le impiden formular en contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada".⁽⁴¹⁾ Ahora bien, a continuación pasaremos a analizar

las hipótesis de inculpabilidad que, a nuestro parecer, - son el error y la no exigibilidad de otra conducta.

Es conocida la polémica que existe entre los que consideran que error e ignorancia son vocablos distintos, - y los que consideran que desde el punto de vista jurídico penal, deben unificarse tales vocablos, en virtud de que - los principios relativos a uno, comprenden los del otro, y que su diferenciación carece de práctica.

El vocablo "error", de acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, significa: concepto equivocado o - juicio falso; vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fé, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial del mismo o de su objeto; en tanto que la "ignorancia", es la falta de ciencia, de letras y noticias, o general o particular. LUIS JIMENEZ DE ASUA, expresa sobre el particular: "En el área de la psicología hay una dis--tinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta - de toda representación y consiste en una entera ausencia - de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación -- errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso. Pero esto, que psicológicamente es de superlativa - - trascendencia, carece de interés en el Derecho positivo y

en la práctica judicial. Las leyes suelen unificar la ignorancia y el error, porque consignan a una y a otro los mismos efectos".⁽⁴²⁾ En tanto que GIUSEPPE MAGGIORE, - afirma: "Error es el conocimiento deficiente o insuficiente de la verdad, es decir, una desviación del juicio. Comprende, pues, también la ignorancia, que es un error total, así como el error es una ignorancia parcial. El Derecho no se ocupa en toda clase de error, sino sólo en aquél que obra sobre la voluntad, porque el ordenamiento jurídico regula la conducta en sus manifestaciones externas. -- Por eso, el Derecho considera el error como un vicio de la voluntad".⁽⁴³⁾ Consideramos que en el ámbito jurídico, - son plenamente equiparables tales vocablos, en cuanto que en ambos supuestos se realiza la conducta sin conocer el significado penal de la misma.

La doctrina tradicionalmente dividía el error en "error de derecho" y "error de hecho", los cuales, innegablemente, son antitéticos en cuanto que el primero, se refiere a circunstancias de Derecho, en tanto que, el segundo, cobra vigencia en cuestiones perceptibles por los sentidos, razón por la cual, aún cuando someramente, analizaremos por separado cada uno de ellos, sin que podamos pasar por alto que hay autores que consideran que carece de importancia tal división; así, FRANZ VON LISZT, asevera: - "No tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error, que la repulsa errónea de la presunción de que el -

acto está previsto por la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción - entre error de hecho y error de derecho, no encuentra fundamento en la ley". (44)

1.- ERROR DE DERECHO.- En el error de derecho, - el agente del delito lleva a cabo libremente el conjunto - de actividades deseadas, con plena conciencia de que los - medios empleados sí corresponden con el resultado querido, desconociendo lo antijurídico de su comportamiento, es decir, ignora la existencia de la norma penal, o alguno de - sus elementos; asienta GIUSEPPE MAGGIORE sobre este apartado: "Hay error de derecho cuando la ignorancia o el falso conocimiento recaen sobre una norma jurídica penal. Esto puede suceder de dos modos: o la norma existe y el agente la ignora, o tiene de ella un conocimiento inadecuado o de alguna manera erróneo; o la norma no existe, pero el reo, - por error, la supone existente. En el primer caso, tenemos el error típico de derecho". (45)

2.- ERROR DE HECHO.- En esta clase de error, el agente del delito tiene pleno conocimiento de la norma; em pero, su conducta se encuentra viciada por un falso conoci miento, que le impide alcanzar el objetivo deseado, ya que el resultado producido no concuerda con la finalidad hacia la cual dirigió su conducta. Es interesante el parecer de GIUSEPPE BETTIOL, al expresar: "El error de hecho siempre

ha sido considerado circunstancia de exclusión de la culpabilidad cuando verse sobre el hecho constitutivo del delito o sobre un elemento de éste. ...A propósito del error - sobre el hecho es preciso distinguir, sin embargo, dos hipótesis: aquélla en que existe divergencia entre representación y realidad, porque el sujeto activo se ha representado un evento distinto del realizado —Ticio, creyendo matar una pieza de caza, mata a un hombre que estaba detrás de un seto—, y aquélla en que el sujeto agente cree cometer un delito, pero no lo ejecuta, en cuanto erróneamente tiene presente un elemento constitutivo de infracción que en la realidad no existe —Ticio cree estar en adulterio por suponer casada la mujer con que se ha unido, mientras que ésta es libre—. En un caso están objetivamente presentes los elementos constitutivos de un delito —homicidio—, pero no se reflejan en la psique del individuo que actúa - - —hipótesis clásica de error esencial sobre el hecho constitutivo de la infracción—; en el otro no existen objetivamente los elementos, o todos los elementos constitutivos del delito, pero el individuo los cree erróneamente presentes". (46) Por su parte, SERGIO VELA TREVIÑO precisa que el error de hecho "consiste en la falsa apreciación, por ignorancia o desconocimiento, de los elementos fácticos de la descripción legal en relación con una situación concreta. Dicho lo mismo pero en distintas palabras, hay error de hecho cuando en un acontecimiento concreto el agente no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos concu-

rentes, que permiten el conocimiento de la adecuación de la conducta a la hipótesis abstracta del hecho, plasmada en un precepto legal". (47) Ahora bien, el error de hecho se divide en esencial e inesencial o accidental.

A) ERROR DE HECHO ESENCIAL. - Es aquél que influye sobre un elemento esencial del delito, impidiendo al sujeto activo percatarse de la adecuación de la conducta desplegada, al tipo descrito por la norma, produciéndose aquí una discrepancia entre lo que el agente se representó y el resultado producido, en cuanto que este error cobra vigencia, precisamente, en su mente, durante el proceso psicológico; el error esencial es invencible, cuando aún extremando el activo sus facultades sensitivas y racionales, tal error no desaparece, teniendo cabida la inculpabilidad; empero, si ese error esencial es vencible, o sea, que era evitable con sólo tener mayores cuidados y la debida atención a lo que se está realizando, o bien, reemplazando su ignorancia por conocimiento, no se produce inculpabilidad, sino que únicamente varía la forma de culpabilidad, es decir, no se configura el dolo, sino la culpa y, por ende, tal conducta es punible, obviamente, siempre y cuando el delito de mérito admita tal forma de culpabilidad.

B) ERROR DE HECHO INESENCIAL O ACCIDENTAL. - Es incuestionable que esta clase de error, no es una causa de inculpabilidad, en virtud de que incide en la ejecución del hecho, pues al realizarlo, el agente del delito incu-

re en error respecto de la identidad de la persona a la que había escogido como pasivo, presentándose el "aberratio ictus"; sobre este tópico, GIUSEPPE BETTIOL, establece: "El error de hecho, cuando no sea sobre el hecho constitutivo de la infracción, puede referirse al sujeto pasivo o también al objeto material de aquélla. En la doctrina se habla en estos casos de un error en la persona y de error en el objeto. Hipótesis éstas que se dan cuando Ticio, creyendo matar a Cayo, mata en cambio a Sempronio al confundirlo con el primero, o cuando queriendo hurtar en daño de Mevio, lo hace en perjuicio de Stico. Se trata de un error-motivo que no se refiere al hecho constitutivo o a un elemento esencial del hecho, sino a un elemento secundario, no esencial; la persona del sujeto pasivo en el primer caso, el objeto material de la infracción en el segundo". (48) Consideramos que en ambos supuestos, es decir en el error en el golpe y en la persona, el sujeto activo es penalmente responsable a título de dolo.

3.- LA TEORIA DEL ERROR EN LA ACTUALIDAD.- La evolución del Derecho Penal y, sobre todo en la Doctrina Alemana, a fin de subsanar las complicaciones que en el foro planteaba la división del error en de derecho y de hecho, llevaron a los juristas a distinguir ahora entre error de tipo y error de prohibición, lo cual indiscutiblemente no es sólo cambio de terminología con el error de hecho y el error de derecho, y que, por ende, uno equivalga

al otro, como señala LUIS JIMENEZ DE ASUA: "Apresurémonos a advertir que ese error de derecho, o 'error de prohibición', como hoy se dice, encuentra su límite en lo que llaman los modernos autores 'ceguera jurídica' (Mezger, Welzel, Schönke, Maurach)".⁽⁴⁹⁾ No compartimos el pensamiento del autor español, como tampoco el de SERGIO VELA TREVIÑO, que es en el mismo sentido (Culpabilidad e Inculpabilidad, págs. 336 a 342, Ed. Trillas), en virtud que lo que se buscó, fue disminuir las dificultades que traía consigo la anterior división, y no solamente cambiar el vocablo intercalando la conjunción disyuntiva "o". En efecto, en la actualidad, lo importante para la doctrina es saber si el sujeto activo tenía conocimiento de la conducta que estaba realizando, o sea, de los elementos integrantes del tipo, además de que, por ser ilícita, tal conducta estaba prohibida; lo anterior trae como consecuencia que lo que constituía un error de hecho, ahora sea un error de prohibición, como por ejemplo el error sobre los supuestos reales de una causa de licitud (defensa putativa), o bien, que un error de derecho constituya un error de tipo, como cuando el error recae sobre el elemento normativo en el tipo (en el robo, la ajeneidad de la cosa). Consideramos de interés el pensamiento de HANS WELZEL, quien sobre el particular expresa: "La diferencia fundamental de ambas clases de error no se refiere a la oposición situación de hecho—concepto jurídico, sino a la distinción tipo—antijuricidad. Quien sustrae a otro una cosa, que cree erróneamente

propia, se encuentra en error de tipo (no sabe que sustrae una cosa ajena). Quien cree, sin embargo, tener derecho - de autoayuda para sustraer una cosa ajena (por ejemplo, como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en un error sobre la antijuridicidad de su hacer. Quien no - sabe que la cosa que ha retirado está pignorada, incurre - en un error sobre el tipo (sobre una circunstancia del hecho); quien lo sabe, pero cree erróneamente tener un derecho a alzar la prenda, se encuentra en error de prohibición. Error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son, pues, conceptos totalmente diferentes. Hay errores que son errores de tipo; por ejemplo, el error sobre las circunstancias normativas del hecho, como ajenidad de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los -- presupuestos objetivos de una causal de justificación". (50)

Sin embargo, aún con lo conveniente y fructífero de esta nueva división del error, no podemos soslayar que no existe uniformidad en la doctrina, amén de que, obviamente, también presenta dificultades; empero, es una evolución que nos dá claridad en algunos aspectos y material para seguir hurgando sobre el particular.

A) ERROR DE TIPO. - Esta clase de error se presenta cuando el agente del delito desconoce que está realizando los elementos de un tipo penal, esto es, no sabe lo que hace, tiene una falsa creencia sobre todos o alguno de

los elementos de la norma primaria, sean objetivos o normativos; es oportuno aludir al criterio de HANS WELZEL, al sostener: "Error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia objetiva del hecho perteneciente al tipo legal, sea de carácter fáctico (descriptivo) o normativo. Error de tipo es, pues, no sólo el error sobre 'hechos' como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre el 'carácter lascivo', la 'ajenidad' de la cosa, el 'embargo', 'documento', 'funcionario'".⁽⁵¹⁾ Por su parte, JOHANNES WESSELS, afirma: "Se dá un error de tipo cuando alguien no conoce, al cometer el hecho, una circunstancia que pertenece al tipo legal. El error de tipo es el reverso del dolo de tipo: quien actúa 'no sabe lo que hace'; le falta, para el dolo de tipo, la representación necesaria".⁽⁵²⁾ Cabe precisar que cuando se presenta el error de tipo, excluye la responsabilidad penal, precisamente por inculpabilidad, en los delitos de naturaleza dolosa; en tanto que en los delitos culposos, únicamente cuando sea tal error inevitable, se tratará de una causa de inculpabilidad.

El error de tipo lo establece nuestra legislación en la parte primera de la fracción XI del Artículo 15 del Código Penal: "Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal..."

Esta clase de error, se puede presentar en los delitos de aborto consentido, procurado, sufrido y culposos.

B) ERROR DE PROHIBICION.- Este error cobra vigencia, cuando el agente del delito realiza determinada -- conducta, con pleno conocimiento de la misma; empero, tiene la creencia de que tal conducta no es ilícita porque -- piensa que no existe una norma que la prohíba; que estando prohibida la lleva a cabo amparado en una causa de justifi- cación; o bien, que existiendo esa causa de justificación tiene una falsa creencia de sus límites; por consiguiente, el error de prohibición tiene como presupuesto que el agen- te del delito actúe dolosamente. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, - sobre este tema expresa: "Existe error de prohibición no - sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino tam- bién cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud - de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de pro- hibición directo), o a la existencia de una causa de justi- ficación que autorice la acción, generalmente prohibida, - en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer; en el segundo, el autor sabe que su hacer está pro- hibido en general, pero cree que en el caso concreto se dá una causa de justificación que lo permite. En la práctica es mucho más frecuente el segundo tipo de error que el pri- mero". (53) En tanto que HANS WELZEL, considera a este -- respecto: "Error de prohibición es el error sobre la anti- juridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la reali-

zación del tipo (luego, con pleno dolo de tipo). 'El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido'; no conoce la norma jurídica o no la conoce - bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurrir una causa de justificación". (54)

La doctrina divide el error de prohibición en dos clases: directo e indirecto; el error de prohibición directo, es el que tiene su asidero en la existencia; en la vigencia de la norma, o bien, en el alcance de ésta, debido al aislamiento social o al atraso cultural; los efectos de este error en la doctrina, nos llevan al elemento negativo de la culpabilidad, cuando es invencible, y cuando es vencible y el delito admite la forma culposa, se aplica la pena como tal; sin embargo, nuestra legislación no lo ha considerado de esta manera y sólo disminuye la punibilidad aplicable: Artículo 59 bis del Código Penal: "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso".

Respecto del tema central de nuestro estudio, debemos señalar que tiene cabida el error directo de prohibición, en el delito de aborto, como por ejemplo, cuando una mujer que llega del extranjero, consiente o procura su -

aborto, por creer que, al igual que del país que viene, en México no es delito el aborto, incurre en un error de prohibición; al igual que el agente del delito que haga abortar sin o contra el consentimiento de la mujer grávida, -- pensando que no está prohibido.

Ahora bien, estaremos frente a un error de prohibición indirecto, cuando recae sobre la existencia de los presupuestos que fundamentan una causa de licitud; cuando el sujeto activo cree estar amparado por una causa de licitud, que tratándose del delito de aborto, únicamente operaría el estado de necesidad; presentándose aquí lo que la doctrina ha denominado eximentes putativas, en virtud de que el sujeto cree que existe un peligro y no lo hay; o -- bien, cuando desconoce los límites de la causa que legalmente existe. Merced a lo anterior, es evidente que tiene eficacia el error indirecto de prohibición, como causa de inculpabilidad, que otros denominan error de licitud y que nuestra ley sustantiva penal, consagra en la parte segunda de la fracción XI del Artículo 15, al establecer que por -- el mismo error, estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

4.- LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.- Esta causa de inculpabilidad, tiene su asidero en la culpabilidad normativa, que es precisamente, el juicio de reproche que se hace al agente del delito por haber realizado una -- conducta violando un bien jurídicamente protegido; juicio

al que se llega después de analizar si era exigible otra conducta al activo, en cuanto que la exigibilidad es la esencia de la culpabilidad. Así, GIUSEPPE BETTIOL, asevera: "Para que la acción pueda considerarse culpable, no basta que un sujeto capaz haya previsto y querido un evento lesivo, sino que es necesario que su voluntad haya podido determinarse normalmente a la acción: esta determinación normal no se da cuando las condiciones de hecho en las cuales actúa el individuo son tales, que hacen imposible o muy difícil la formación de un querer humano libre de defectos. ...La culpabilidad desaparece en una concepción normativa, siempre que no se haya podido 'exigir' del sujeto agente —dadas las condiciones del actuar— un comportamiento distinto del que efectivamente observó". (55) EDMUNDO MEZGER, establece su criterio en el sentido de que: "No procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular, no se le puede exigir otra forma de actuar". (56)

De lo anterior, colegimos que cuando el sujeto activo realiza una conducta típica, antijurídica e imputable, pero que debido a las circunstancias que rodean los acontecimientos, no se le puede exigir un actuar distinto al que ha llevado a cabo, tendrá cabida la no exigibilidad de otra conducta, como causa de inculpabilidad y, por ende, no será penalmente responsable, al podersele exigir realizar una conducta, ordenada, o bien, que se abstenga de una prohibida como lo dispone el ordenamiento penal.

Por consiguiente, compartimos el pensamiento de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, al expresar: "El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio, a todos los ciudadanos. Los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser -- cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad se exige como requisito que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. También, en algunos tipos delictivos concretos, se alude a situaciones de no exigibilidad, en las cuales la realización de la conducta no constituye el tipo de injusto. Junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico, que se abstenga de cometerlo, porque ello -- comportaría un excesivo sacrificio para él. El derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley personal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad -

física. ...La idea de la no exigibilidad de otra conducta aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias, por más que el hecho sea antijurídico y el autor actúa con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad". (57)

Consideramos que esta causa de inculpabilidad, es decir, la no exigibilidad de otra conducta, no tiene aplicación en ninguna de las clases de aborto de las que se ocupará este trabajo, en virtud de que, para que tenga aplicación, se requeriría que los bienes en conflicto fueran del mismo valor, lo cual en ningún momento podemos concebir, y por ello estamos en contra del parecer de diversos autores, entre ellos LUIS JIMENEZ DE ASUA, CELESTINO PORTE PETIT, FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, quienes sostienen que la no exigibilidad de otra conducta, es causa de inculpabilidad en el delito de aborto.

Como excepción a lo antes afirmado, encontramos el encubrimiento entre parientes, en el delito de aborto consentido sin móviles de honor.

VI.- AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Hemos señalado en el Capítulo Segundo, que las -- condiciones objetivas de punibilidad, están vinculadas directamente con la punibilidad, por lo cual, al presentarse su ausencia, se está en la imposibilidad de punir la conducta delictuosa. Sobre el particular, FRANZ VON LISZT, - expresa: "Cuando falta y en tanto falta, la condición de punibilidad impuesta por la ley, no hay acto punible, ni - siquiera en estado de tentativa. ...Cuando falta, y en -- cuanto falta, la condición de punibilidad, no es posible - que nazca la acción penal pública; el acto, pues, no es pu nible en el sentido de la ley".⁽⁵⁸⁾

Al no presentarse las condiciones objetivas de pu nibilidad en el delito de aborto, como ya lo establecimos, es obvio que no tiene cabida su aspecto negativo.

VII.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Como aspecto negativo de la punibilidad se tienen las llamadas excusas absolutorias; tales causas impeditivas dan lugar a la existencia del delito; sin embargo, el legislador ha querido no sancionar aquellas conductas delictivas, a pesar de que con tal comportamiento se conforma un tipo que trae como consecuencia una valoración y que tiene repercusión en el ámbito psíquico, no le es dable una sanción; no se borra la conducta o hecho delictuoso; aquí se habla de política criminal; de este modo sostiene LUIS JIMENEZ DE ASUA: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública; es decir, que son motivos de impunidad".⁽⁵⁹⁾ Hemos afirmado que la punibilidad es una consecuencia del delito; por consiguiente, no es elemento; congruente con lo anterior, la excusa absoluta será consecuencia, asimismo, de un aspecto negativo del delito, pero debemos considerar que el delito existe; empero, el legislador no lo ha querido sancionar. Una cuestión trascendente es la relativa al análisis de las excusas absolutorias en el aborto; necesario es atender a la fórmula lacónica, al afirmar que el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez; en algunos casos, resulta que no se puede imponer pena alguna, como sería el caso de la ausencia del presu-

puesto del hecho que dá lugar a una evidente atipicidad, - esto es, la falta del embarazo. Pero, por ahora nos importa el aspecto negativo de la punibilidad y, por ende, hacer expresión de abortos no punibles; en tal caso, encontramos conformados los elementos esenciales del delito - - (conducta, antijuridicidad y culpabilidad); luego entonces, habremos de considerar bajo los lineamientos de esos elementos, la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Así, el Artículo 334 del Código Penal, dispone: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora". Atendiendo a un impulso primario, incipiente, al expresar: "No se aplicará sanción", se advertirá una excusa absolutoria; empero, no podemos dejar a un lado esa imprescindible prelación lógica que importa en el examen de los elementos del delito, y es atendiendo al citado precepto que ante el peligro de muerte de la mujer gestante se hace necesaria la práctica abortiva - y, por ende, nos encontramos ante un juicio de valoración que dá pauta al análisis de un aspecto negativo de la antijuridicidad (obviamente antes de la punibilidad), como lo es el estado de necesidad que, como causa de licitud, ha lugar a señalar un conflicto de bienes, siendo el de mayor valor, la vida de la madre, ante una expectativa de vida, - como lo es el feto; indiscutiblemente apreciaremos ese as-

pecto negativo del delito en el aborto terapéutico.

Por otra parte, bien se puede considerar al aborto culposo como una excusa absolutoria; sin embargo, nos hemos inclinado que si en tal caso se adolece de sanción, ésta debe ser con referencia al comportamiento culposo de la madre, pero que tal culpa sea la llamada inconciente, sin representación o sin previsión, toda vez que en la segunda clase de culpa, esto es, la llamada conciente, con representación o con previsión, debe ser sancionada. Otro de los casos que dan lugar a llamada excusa absolutoria, lo es el dispositivo contenido en el Artículo 333 del Código Penal, respecto del aborto, cuando el embarazo es el resultado de una violación; es el anterior, un caso en donde se observa una conducta típica, antijurídica y culpable, en donde se mantiene el delito en sí, resultando acertado el pensamiento de EUGENIO CUELLO CALON cuando refiere "que nada puede justificar imponer a la mujer una maternidad -- odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde eternamente -- el horrible episodio de la violencia sufrida. En verdad, la mujer tiene derecho a consentir o no la actividad erótica y, por ende, su consecuencia, la maternidad".⁽⁶⁰⁾ Los sentimientos de la mujer originados por una violación, son de verdadera repulsión subsistiendo el reconocimiento a la libertad sexual que, como bien jurídicamente tutelado, tiene significación de un delito. Con todas las disquisiciones que impone un tema que tiene siempre actualidad, hemos

apuntado dos casos de las llamadas excusas absolutorias y que en cuanto al segundo, presenta serias dificultades en cuando que se hace expresión de un aspecto previo que es - la existencia del delito de violación que vendría a significar el requisito sine qua non opera la excusa absoluta y sólo apuntamos los lineamientos procedimentales que imponen las normas relativas y obvio es el aspecto agobiante traducido en la temporalidad del período gestante.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Apuntes de la cátedra de Derecho Penal, primer curso.
- (2) Teoría del Delito, pág. 146, Ediar, 1973.
- (3) Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, - 5a. Edición, págs. 251, 252, Editorial Porrúa, - S. A., México, 1982.
- (4) Conferencia sustentada en la Facultad de Derecho de la UNAM.
- (5) Derecho Penal Argentino, Tomo I, pág. 269, Buenos Aires, 1967.
- (6) Conferencia sustentada en la Facultad de Derecho de la UNAM.
- (7) Programa de la Parte General del Derecho Penal, - pág. 339, UNAM, 1968.
- (8) Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, -- 3a. Parte, pág. 473, Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- (9) Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 421, - 4a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, - 1983. Cita Ignacio Villalobos a Donnedieu de Vabres, Tratado, núm. 343, Wundt. Hipnotismo y Su gestión, pág. 101.
- (10) Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 421, - 4a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, - 1982.

- (11) Manual de Derecho Penal, Parte General, pág. 256, 5a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, -- 1982.
- (12) Programa de la Parte General del Derecho Penal, - págs. 344, 345, UNAM. México, 1968.
- (13) Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo - II, pág. 318, Editorial Bosch, Barcelona.
- (14) Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, -- 3a. parte, pág. 325. Editorial Jurídica de Chi-- le, 1960.
- (15) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Pe-- nal, pág. 368, 11a. Edición, Editorial Porrúa, - S. A., México, 1987.
- (16) La Antijuridicidad, págs. 117 y 118, UNAM, 1963.
- (17) Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo - II, págs. 337, 338. Editorial Bosch, Barcelona, - 1982.
- (18) Derecho Penal, Parte General, pág. 125, traduc-- ción de la segunda edición alemana (1976), Edit-- oriales de Derecho Reunidas, S. A.
- (19) La Legítima Defensa, págs. 27 y 28, Editorial - - Bosch, Barcelona, 1971.
- (20) Las Eximentes Incompletas en el Código Penal, -- pág. 171, Publicación del Instituto de Estudios - Jurídicos, Oviedo, 1966.
- (21) Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la - Salud Personal, pág. 407, 8a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.

- (22) La Antijuridicidad, pág. 342, México, 1952.
- (23) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 475, 11a. Edición. Editorial Porrúa, - S. A., México, 1987.
- (24) Idem, pág. 476.
- (25) Diritto Penale II, págs. 613, 615, Napoli, 1955.- cit. por Celestino Porte Petit. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 462, 11a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.
- (26) Principios de Derecho Penal, Tomo I, Vol. II, - - pág. 114, Madrid, 1916.
- (27) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 464, 11a. Edición. Editorial Porrúa, - S. A., México, 1987.
- (28) Idem, pág. 483.
- (29) Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 366,- 4a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, - 1983.
- (30) Derecho Penal. Parte General, pág. 220, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
- (31) Imputabilidad Penal, págs. 217 y 218, Editorial - Ediar, S. A., E.C.I. y F., Buenos Aires, 1981.
- (32) Culpabilidad e Inculpabilidad, págs. 45 y 46, 1a. Edición, 3a. reimpresión, Editorial Trillas, - - S. A. de C. V., México, 1985.
- (33) Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 411,- 4a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, - 1983.

- (34) Curso de Derecho Penal Chileno, libro I, Tomo I, -
3a. parte, págs. 482 y 483, Editorial Jurídica -
de Chile, Santiago de Chile, 1960.
- (35) Culpabilidad e Inculpabilidad, págs. 65 y 66, 1a.
Edición, 3a. reimpresión, Editorial Trillas, - -
S. A. de C. V., México, 1985.
- (36) Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo -
III, págs. 38 y 39, 1a. Edición, 1a. reimpresión,
Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1989.
- (37) Diccionario Razonado de Legislación y Jurispruden-
cia, Vol. III, pág. 1290, 1a. Edición. Editorial
Manuel Porrúa, S. A., México, 1979.
- (38) Culpabilidad e Inculpabilidad, págs. 105 y 106, -
1a. Edición, 3a. reimpresión, Editorial Trillas,
S. A. de C. V., México, 1985.
- (39) La Ley y el Delito, pág. 389, 8a. edición, Edito-
rial Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
- (40) Derecho Penal Mexicano, pág. 422, 4a. edición, --
Editorial Porrúa, S. A., México, 1983.
- (41) Culpabilidad e Inculpabilidad, pág. 275, 2a. edi-
ción, 3a. reimpresión, Editorial Trillas, S. A.-
de C. V., México, 1985.
- (42) La Ley y el Delito, pág. 390, 8a. edición, Edito-
rial Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
- (43) Derecho Penal, Vol. I, pág. 518, Editorial Temis,
Bogotá, 1954.
- (44) Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pág. 418, 3a.-
edición, Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid.

- (45) Derecho Penal, Volumen I, pág. 533, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- (46) Derecho Penal, Parte General, pág. 425, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- (47) Culpabilidad e Inculpabilidad, pág. 337, 1a. edición, 3a. reimpresión, Editorial Trillas, S. A. de C. V., México, 1985.
- (48) Derecho Penal, Parte General, pág. 427, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- (49) La Ley y el Delito, pág. 398, 8a. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
- (50) Derecho Penal Alemán, Parte General, págs. 233 y 234, 11a. edición, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- (51) Idem, pág. 233.
- (52) Derecho Penal, Parte General, pág. 129, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
- (53) Teoría General del Delito, págs. 160 y 161, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984.
- (54) Derecho Penal Alemán, Parte General, págs. 232 y 233, 11a. edición, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- (55) Derecho Penal, Parte General, pág. 417, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- (56) Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio, - pág. 272, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

- (57) Teoría General del Delito, págs. 163 a 165, Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- (58) Tratado de Derecho Penal, Tomo II, págs. 457, 458, 3a. edición, Instituto Editorial Reus, S. A., - Madrid.
- (59) La Ley y el Delito, pág. 433, 8a. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
- (60) Tratado de Derecho Penal, pág. 197.

"Las leyes de un país deben tener en cuenta el carácter físico de éste, el clima, las cualidades del suelo, su situación, su tamaño y el género de vida que llevan sus habitantes".

MONTESQUIEU.

CAPITULO CUARTO

LA SEGUNDA ESFERA DEL DELITO CORRELATIVO

AL DELITO DE ABORTO

I.- Iter criminis: 1.- Fases: A) interna; - -
B) externa. II.- Concurso de delitos: 1.- Real. 2.- -
Ideal. III.- Concurso de personas en el delito: 1.- -
Formas de participación: A) necesaria; B) eventual o con
tingente; 2.- Clases o grados de participación; A) auto-
ría; B) coautoría; C) complicidad; D) instigación; - -
E) encubrimiento.

CAPITULO CUARTO

LA SEGUNDA ESFERA DEL DELITO CORRELATIVO
AL DELITO DE ABORTO

La segunda esfera del delito desde el ámbito doctrinal, se ha llamado formas de aparición o manifestación del delito; para llegar a la consumación, ésta tendrá lugar cuando la conducta del hombre produce un resultado. - Ahora bien, ese resultado puede ser típico o jurídico en cuanto que no transforma el mundo fáctico; cuando así es, estaremos ante un hecho que tiene significación de orden penal; por consiguiente, el delito de aborto dá lugar a un resultado material, con independencia de la clase de aborto de que se trate, aún cuando apuntamos la relevancia que tiene en el dolo, no así en la culpa, y ese delito presenta esta forma de culpabilidad, la cual se origina ante la inobservancia de un deber de cuidado; bien podemos decir que el delito de aborto, se consuma cuando, dentro del proceso ejecutivo, se priva de la vida al feto.

La segunda esfera del delito, comprende: el iter criminis, el concurso de delitos y el concurso de personas en el delito; de ello habremos de ocuparnos.

I.- ITER CRIMINIS.

Iter criminis, significa camino o recorrido del -

delito, haciendo expresión genéricamente, afirmamos que - los delitos de resultado material, esto es, aquellos que - transforman el mundo externo, recorren ese camino; lo que no sucede respecto de los delitos culposos, de los delitos formales y de los delitos unisubsistentes. En efecto, en los primeros, se quiere la conducta, mas no se quiere el - resultado; los segundos, se advierten en el primer momento de la fase externa del iter criminis, es decir, en la manifestación de la voluntad y en aquellos delitos que se llevan a cabo a través de un solo acto. El delito de aborto recorre todo el proceso ejecutivo.

Haciendo expresión del recorrido del delito, la - doctrina distingue dos fases, a saber: interna y externa.

A) INTERNA.- La fase interna es de naturaleza - subjetiva y comprende la ideación, la deliberación y la resolución que va desde un momento imaginativo, significado a través de una tentación, pasando a la persistencia en -- donde se destacan principios que trascienden en lo que pu- diéramos llamar el bien y el mal y, pasado ésto, la idea - de delinquir tiene predominio, sobre la voluntad. Con re- lación a los tres momentos señalados, se hace palpable la impunidad del pensamiento, recordando la frase de ULPIANO: "Cogitationis poenam nemo patitur" y nos parece obvio esta- blecer que el pensamiento no delinque.

B) EXTERNA.- En la fase externa ya se advierte

una decisión de delinquir; el pensamiento se exterioriza, se habla, por ende, de resolución manifestada, dando cabida a diversas categorías de delitos, lo que no acontece -- con el delito de aborto; a la resolución manifestada, le sigue la preparación que viene a entrañar aquellas actividades en donde no se presenta un comienzo de ejecución, no obstante la intención delictuosa; genéricamente se han considerado los actos preparatorios impunes, a no ser que ante una mayor peligrosidad del sujeto, se dirija a la consumación del delito y, por ello, se habla de actos unívocos, aún cuando en la mayoría de los casos, dada su subjetividad, son equívocos. EUGENIO CUELLO CALON, sostiene: "La preparación del delito no es punible porque los actos preparatorios son equívocos... sólo penados cuando revelan de un modo seguro el propósito de delinquir". (1)

La tentativa dá lugar a un principio de ejecución sin que obviamente se llegue a consumar el delito; además de que se pone en peligro un bien jurídicamente tutelado, derivado de un proceso unívoco; de esta manera, la tentativa tiene lugar cuando se penetra al núcleo del tipo, en -- función del verbo y aún cuando sea repetitivo, se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado, como anota VINCENZO MANZINI "El punto de transición de la mera intención a la determinación activa, se tiene en el momento en que el acto del agente comienza efectivamente la violación de una determinada norma penal, esto es, se convierte en causa --

que, poniendo directamente en obra un medio idóneo para - producir el efecto criminoso, o bien concretando en todo o en parte un elemento material constitutivo del delito, inicia la violación efectiva del precepto principal, o bien, - dirigido a un acto que constituye circunstancia agravante material del delito mismo, viola un precepto accesorio, y con esto inicia la violación del precepto principal". (2)

La tentativa se divide en inacabada y acabada o - frustración; en la primera, se advierte una voluntad de cometer el delito, un comienzo de ejecución y la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente; en tanto que, en la segunda, solamente distinguimos -- una total ejecución; empero, no se llega a la consumación; nuestro parecer al respecto, es en el sentido de que, en - el aborto (doloso), se presentan ambas clases de tentati--vas.

II.- CONCURSO DE DELITOS.

Sin objeción alguna, el ser humano puede llevar a cabo una conducta, la cual tenga como resultado un solo daño, pero pueden presentarse una pluralidad de conductas y una pluralidad de resultados y así se presentará el concurso real o material. Asimismo, puede suceder que con una sola conducta se lleven al efecto varios resultados delictuosos, siendo éstos compatibles, lo que dá lugar al concurso ideal o formal. Importa atender ahora a esa pluralidad de delitos, derivada de varias conductas, o bien, de una sola y, por ende, nos ocuparemos de las dos clases de concurso.

1) CONCURSO REAL.- Establecemos en el caso del concurso real una pluralidad de conductas o hechos y es -- evidente la observancia de una independencia que resulta -- de varios hechos punibles; en una frase un tanto cuanto la cónica, GIUSEPPE BETTIOL advierte: "La característica del concurso real de delitos es la independencia estructural -- de las acciones de las cuales se derivan los eventos lesivos".⁽³⁾ Por consiguiente, atenderemos en este concurso a una pluralidad de delitos mediante una pluralidad de conductas o hechos. En realidad, la problemática del concurso real delictual, radica en que por ninguna de las conductas delictuosas se haya dictado sentencia (condenatoria), -- contra un sujeto, lo que ha dado lugar, ciertamente, a un

concurso de penas. De este modo, desde el ámbito teórico se advierten soluciones diversas, de tal suerte que al hacer expresión de los sistemas de punición en el concurso de delitos, RAUL NAVARRO GARCIA, sostiene: "Respecto a la represión en el concurso de delitos, sea ideal o formal y real o material, se cuestionan diversos procedimientos; -- sea que con una sola conducta, se produzcan varios resultados delictuosos; o bien, que ante una pluralidad de conductas, se lleven al efecto diversos resultados delictuosos.- No ha existido un criterio uniforme, acorde a un sistema de punibilidad; en la doctrina encontramos básicamente los siguientes criterios: 1) el de la acumulación material;- 2) el de la acumulación jurídica y, 3) el criterio de la absorción. 1) CRITERIO DE LA ACUMULACION MATERIAL.- Es el sistema más antiguo, tiene como asidero el principio -- 'quod delicta tot poenae' esto es, se impondrán tantas penas, como delitos se cometan. Ha sido criticado por su rigidez a pesar de observar una alternativa lógica, en cuanto a la existencia del concurso de delitos; mas no hay que olvidar que, al imponer tantas penas como delitos existan en su dimensión sancionatoria, se evita la impunidad; empero, la acumulación de penas no debe exceder de cuarenta -- años, lo que trae aparejado un criterio limitante y más -- aún cuando se hace alusión a un cumplimiento simultáneo, o bien, por la menor gravedad de los otros delitos con relación, obviamente a uno, se atiende a un cumplimiento sucesivo. 2) CRITERIO DE LA ACUMULACION JURIDICA.- Con base

en este sistema, ha de imponerse sólo la pena del delito - de mayor entidad punitiva, aumentada en cierta medida con relación a los demás delitos cometidos; vemos con este cri- terio, una limitación al principio 'quod delicta tot poe-- nae', en cuanto que no se sancionan todos los delitos dentro del marco de su estricta punibilidad. 3) CRITERIO DE LA ABSORCION.- Tiene este sistema su cimiento en el afo-- rismo latino 'poena major, absorbet minorem' es ciertamente la oposición al criterio material en el que la pena relativa al delito de mayor entidad punitiva, es la única -- aplicable, con exclusión de la sanción para los demás deli- tos; se ha censurado la absorción ya que, a pesar de la -- existencia del concurso, ninguna relevancia tiene, en cuanto que sólo se aplicaría una sola pena, que dá cabida a la impunidad y sólo tendría eficacia en el caso de la pena de muerte. Ya se ha apuntado la forma que, a nuestro enten-- der, tiene aplicación la punibilidad en el concurso ideal delictual, esto es, atendiendo a lo dispuesto en el párrafo primero del Artículo 64 del Código Penal (ya transcrito), en el que advertimos el criterio de la acumulación jurídica, aún cuando limitado, ante una facultad potestativa o - discrecional para el juzgador, al expresar: '...se aplica rá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo - de su duración...', de lo cual se cae ante la facultad señalada, en el criterio de la absorción. En tanto que el - concurso real o material, dá cabida al sistema de acumula-

ción material, al señalar el artículo mencionado en su segundo párrafo '...se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero'. Observamos que este precepto es criticable en cuanto acepta los tres criterios anotados, esto es, el material en atención al principio 'quod delicta tot poenae', para después, ante esa facultad potestativa o discrecional, dá espacio al sistema de absorción y, finalmente, ante la restricción del límite de punibilidad, se advierte el criterio jurídico".⁽⁴⁾

Ahora bien, en el aborto puede presentarse este concurso real o material como en el consentido, en el procurado, en el sufrido y, en caso de aceptarse, en el aborto económico, sin que pueda quedar fuera del ámbito fáctico, el que tenga cabida el aborto culposo, presentándose el concurso real delictual homogéneo, como heterogéneo.

2) CONCURSO IDEAL.- Traducido en una sola conducta o hecho adecuada a varios resultados delictuosos. En efecto, aquélla, la unidad de conducta o hecho, es el punto de partida en este concurso que ha tenido notables controversias, que por nuestra parte consideramos de importancia destacar el Artículo 58 del Código Penal, antes de la reforma de 30 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial de 13 de enero de 1984 (en vigor a los 90 días

de su publicación), que disponía: "Siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración". Se ha señalado, como ejemplo palpable de -- concurso ideal, el relativo al acceso carnal con la hermana casada. Empero, en una forma *latu sensu*, consideramos acertado el pensamiento de GIUSEPPE BETTIOL, al decir: -- "En la doctrina se advierte de manera unánime, que puede darse el caso en que con una sola acción u omisión se realicen varios delitos. El esquema, en este caso, estaría dado por la unicidad de la acción con pluralidad de resultados".⁽⁵⁾ La fórmula anterior tiene similitud con la externada por GIUSEPPE MAGGIORE, quien expresa: "Concurso formal (*concurus formalis*) es, típicamente, el realizado por la hipótesis de un hecho único (acción u omisión), que viola diversas disposiciones legales".⁽⁶⁾ Con referencia al sistema de punición, ya se ha apuntado el criterio que tiene como base el Artículo 64, párrafo primero, del Código Penal, cuyo sostén es el criterio de la acumulación jurídica, aún cuando limitado y, por ello, compartimos el parecer de RAUL NAVARRO GARCIA.

En las diversas clases de aborto que hemos señalado, esto es, en el consentido, en el sufrido y en el económico, tiene operancia el concurso ideal y sólo apuntamos -

que en ese supuesto será heterogéneo, es decir, estaremos ante una diversidad de delitos de distinta connotación típica.

III.- CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

El Artículo 13 del Código Penal, relativo al Título Primero, denominado Responsabilidad Penal, en su capítulo lo III, intitulado Personas Responsables de los Delitos, - se refiere a los responsables del delito, estableciendo -- las diversas clases o grados de participación; empero, es necesario ante un aspecto de índole metódico, hacer una somera expresión a las formas de participación; mas no debe desatenderse la reflexión que hace CELESTINO PORTE PETIT - cuando afirma: "Al estudiarse el concurso de personas en el delito, no debe olvidarse la advertencia oportuna de -- MAGGIORE en el sentido de que 'sin duda, la teoría del concurso criminoso es uno de los puntos más disputados, discutidos y analizados, del Derecho Criminal. Y si el tema ya es por sí mismo intrincado, hemos de convenir que la ciencia también ha contribuido a embrollarlo cada vez más así, le toca al estudioso, ante todo una tarea de simplifica- - ción' ". (7) Hablar de participación en el delito, es ha- - cer expresión del delito colectivo, es decir, el que lle- - van a cabo diversas personas que tiene repercusión en el - tipo, sea por su construcción objetiva o bien, recurriendo a la interpretación, dando cabida a la plurisubjetividad, - poniendo de relieve el elemento esencial material, así como las formas de la culpabilidad, traducidas en el dolo y en la culpa, dado que si falta lo anterior, el fenómeno de la participación no puede presentarse. Desde el ángulo --

teórico, el delito puede ser dividido; por consiguiente, - habrán de considerarse las diversas condiciones que, atendiendo a su conjunto, darán lugar a la producción de un re resultado; o bien, que pueda apreciar un contenido distinto que diversifica las voluntades, simplificando un caso a un sujeto principal y a otro secundario o accesorio, aún en - el caso de que concluyan esas voluntades, tendríamos que - dar un sentido a esta cuestión y que, al fin y al cabo, en atención a lo ya apuntado, el juzgador podrá inclinarse -- bien por la teoría de causalidad, bien por la de la acceso- riedad, encontrando en esta última a los autores y cómplices.

1.- FORMAS DE PARTICIPACION.- Anotamos lisa y - llanamente las dos formas de participación o de concurso - de personas en el delito y, para el efecto, desarrollare-- mos tanto la forma de concurso necesario, como la forma -- eventual o contingente.

A) CONCURSO NECESARIO.- Este concurso presenta una verdadera plurisubjetividad en el que diversas perso- nas llevan al efecto la conducta o hecho típica, pero que así lo requiere la descripción normativa. Así, GIUSEPPE - BETTIOL, advierte: "Creemos que tiene razón GRISPIGNI, -- cuando sostiene que la cuestión debe estudiarse en rela- ción con las características del tipo delictuoso. Clama - por el delito plurisubjetivo, el cual supone que un tipo - legal objetivo se refiera en la propia descripción expresa

mente a varias personas, en cuanto observan determinada - conducta considerada como elemento constitutivo del delito, en sentido restrictivo". (8)

Es palpable que en el delito de aborto, se manifiesta sin duda alguna la participación necesaria como en el aborto consentido y es precisamente el consentimiento, - el que dá pauta a la plurisubjetividad, ya que es obvio se refiere por lo menos a dos personas: la mujer grávida que consiente la práctica abortiva y quien o quienes lo llevan al efecto.

B) CONCURSO EVENTUAL O CONTINGENTE. - A diferencia del anterior, aún ante la intervención de varios sujetos en la consumación de un delito, desde el ámbito penalístico, no puede llamarse plurisubjetivo; ya hemos constatado que las formas del concurso de personas en el delito tienen su asidero en el tipo; por consiguiente, si de éste no se advierte la plurisubjetividad, no obstante la presencia de varios sujetos en el delito, será monosubjetivo y, - por ello, se hace expresión de participación eventual o contingente. Por consiguiente, aún en el supuesto de que se puedan presentar varios sujetos en la comisión del delito de aborto, específicamente del sufrido, dado que se hace palpable el presupuesto del hecho, consistente en la existencia de una mujer embarazada y que uno o varios sujetos lleven a cabo las maniobras abortivas, lográndose la muerte del producto de la concepción, en tal supuesto, nos

encontraremos ante un delito monosubjetivo, puesto que la muerte del feto se llevó a cabo, sin o contra el consentimiento de la mujer grávida.

2.- CLASES O GRADOS DE PARTICIPACION.- En múltiples ocasiones, se advierte la presencia de un sujeto al realizar un delito; en otras, se comete por varios sujetos, presentándose de esta suerte la codelinquencia, ninguna relevancia tiene el denominado delito plurisubjetivo o de concurso necesario; es simple y llana la actuación conjunta de dos o más individuos, que requiere de un dolo en cada uno de los sujetos partícipes en el hecho ilícito y que lleven a cabo algún acto propio, por lo menos, de su intervención delictuosa y así advertimos aquél que incita al delito; aquél que lo lleva a cabo materialmente; aquéllos que lo realizan en forma directa; aquél que coopera en la realización del hecho delictuoso, como aquél que se entera o conoce de antemano que se va a cometer un delito y aquél que, finalmente, lleva a cabo una conducta post-facto.

Este concurso personal o concurso de personas en el delito, GIUSEPPE MAGGIORE lo ha dividido de la siguiente manera: "A.- Según la calidad: a) moral; b) físico.- B.- Según el grado: a) principal o primario; b) accesorio o secundario. C.- Respecto al tiempo: a) anterior; b) concomitante; c) posterior. D.- Con relación a la eficacia: a) necesario; b) no necesario".⁽⁹⁾

Desde el ámbito doctrinario, se hace una clasificación tripartita y distinguiendo entre autores, instigadores y cómplices.

A) AUTORIA.- El delito dá cabida a la integración de un tipo con relación al núcleo del mismo; por consiguiente, será autor aquél que lleva a cabo aquellos elementos que conforman el núcleo del tipo, que viene a significar una fórmula simplista, en cuanto que un sujeto lleva a cabo, materialmente, el hecho delictuoso por su activa participación.

B) COAUTORIA.- Si se ha precisado quién es el autor, la coautoría tendrá lugar cuando en la actuación que ha producido el hecho típico, dá lugar a la intervención de varios sujetos en el mismo, que operan simultáneamente; mas debemos anotar que la intervención de cada uno de estos sujetos es principal. Consideramos importante, con relación a la coautoría, la siguiente tesis de la H. - Suprema Corte de Justicia de la Nación: "En el Código Penal en vigor, se establecen condiciones especiales para considerar como autores y como coautores, a los que participen en la configuración del delito, según que: primero, que los actos de participación se refieran a un hecho principal estimado por el mismo Código como delito; segundo, que el agente haya contribuido de manera directa en la participación del delito, o haya inducido o compelido a otros a cometerlo; y tercero, que el agente haya participado en

el delito voluntariamente, de propósito, es decir, con dolo, con el fin de facilitar la preparación o la ejecución del mismo". (10)

C) COMPLICIDAD.- Necesaria es, para hablar de complicidad, la existencia del delito que es aquél que contribuye de manera accesoria a la realización del delito, señalando como antecedente la existencia del dolo, que podemos llamar dolo del cómplice; esta complicidad se caracteriza como una cooperación que, en última instancia, facilita la realización de ese hecho delictuoso; es, por ende, un sujeto de apoyo como auxiliador en el delito; se advierte obviamente su carácter secundario, es decir, tiene una actuación de menor importancia ante una situación favorecedora del resultado; el aspecto trascendental en nuestro ordenamiento punitivo, radicaría en resolver, a nuestro juicio, una punibilidad diferente, ciertamente menor a la del autor o a la de los coautores, ante una actuación ayuna de materialidad en la realización del delito.

D) INSTIGACION.- El instigador se aleja de - - aquel ejecutor material en el delito; viene, por decirlo así, a convencer a otro (imputable) para que obre como autor, por ello se afirma que instigar es crear una situación de animosidad en otro individuo, a fin de que éste -- lleve a cabo el hecho delictuoso materialmente; el instigador proporciona una forma de comunicación de orden psicológica y, por ende, hay un concurso de voluntades; empero, -

uno es el que realiza la conducta (positiva o negativa) material. De esta manera, EDUARDO NOVOA MONREAL, piensa: - "La instigación es una forma accesoria de concurso, porque supone que en el hecho haya otro sujeto que ejecuta la acción principal. La intervención del instigador está condicionada a la existencia de esa actuación principal, en forma que si ella no se realiza, la instigación pierde significación jurídica. De modo que la instigación es, en definitiva, injerencia en el delito de otro. Por esto, en opinión de la doctrina, para la punibilidad de la instigación es necesario que el instigado dé, al menos, comienzo a la ejecución del delito (debe entrar en etapa de tentativa).- Además, si la instigación fracasa, no habría sanción para el que la intentó". (11)

E) ENCUBRIMIENTO.- Ante una variada forma de -- participación delictuosa, podemos advertir un actuar posterior al delito, que es el encubrimiento; la controversia -- que se ha suscitado con motivo de la participación en el -- encubrimiento, es hasta cierto punto simple, en cuanto que tal encubrimiento dá lugar a una conducta post delictum y, por ende, sólo puede ser culpable aquel sujeto en concurso de personas, cuando la eficacia de su conducta, positiva o negativa, es posterior a una actuación primaria que dé lugar al delito de encubrimiento, ya que de otra suerte, -- cuando es anterior o concomitante al hecho mismo, se estará frente a la complicidad.

Ahora bien, en el delito de aborto, desde el punto de vista de las diversas formas de participación, observamos que en el delito de aborto consentido, sufrido, eugenésico, por causas sentimentales y por causas económicas, tienen operancia: la autoría, la coautoría, la complicidad, la instigación y el delito de encubrimiento, de acuerdo con las consideraciones anteriormente expuestas; en tanto que, en el delito de aborto procurado, se presenta la autoría, la instigación y el delito de encubrimiento, si no operan móviles de honor; en cuanto al delito de aborto procurado honoris causa, sólo tiene cabida la autoría; finalmente, en el delito de aborto culposo, ninguna forma de concurso de personas en este delito se aprecia, toda vez que la participación delictual, a nuestro juicio, únicamente opera en tratándose de una conducta dolosa.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Derecho Penal, Tomo I, págs. 527, 528, 9a. edición, México, 1953.
- (2) Tratado de Derecho Penal, Tomo III, págs. 187, -- 188, Buenos Aires, 1949.
- (3) Derecho Penal, Parte General, pág. 552, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- (4) Concurso de Delitos, conferencia sustentada el -- día 13 de octubre de 1989.
- (5) Derecho Penal, Parte General, pág. 542, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- (6) Derecho Penal, Vol. II, pág. 157, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- (7) Programa de la Parte General del Derecho Penal, -- pág. 811, U.N.A.M., México, 1968.
- (8) Derecho Penal, Parte General, pág. 496, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- (9) Derecho Penal, Tomo II, págs. 107, 108, 5a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- (10) Semanario Judicial de la Federación, Tomo CVIII, -- pág. 964.
- (11) Curso de Derecho Penal Chileno, Libro I, Tomo II, págs. 190, 191. Editorial Jurídica de Chile, 1966.

"La injusticia no es como aquellos venenos de los que cierta medicina afirma que, tomados en grandes dosis matan, pero tomados en dosis pequeñas, curan. La injusticia envenena, aún en dosis homeopáticas".

PIERO CALAMANDREI.

CAPITULO QUINTO

CLASES DE ABORTO, SUMA Y ANALISIS

I.- Aborto consentido. II.- Aborto procurado (auto-aborto). III.- Aborto sufrido. IV.- Aborto eugénico. V.- Aborto culposo. VI.- Aborto por causas económicas.

CAPITULO QUINTO

CLASES DE ABORTO, SUMA Y ANALISIS

I.- ABORTO CONSENTIDO.

Partiendo de un concepto genérico del ABORTO, -- existe una obvia diferencia entre el concepto médico y el concepto jurídico; aún cuando desde ambos puntos de vista, consiste en la interrupción del proceso de gestación, médicamente no se llega al alumbramiento, como acontece atendiendo a la concepción delictual. Desde el ámbito penalístico, tiene trascendencia la interrupción del embarazo en sus diversas clases. En el ABORTO CONSENTIDO, es donde -- opera el asentimiento de la mujer grávida, que también tiene tratamiento de aborto provocado por un tercero con consentimiento de aquélla, que, como bien asienta MARIANO JIMENEZ HUERTA: "Su genuina forma de comisión es aquélla en que la madre faculta a otro para que practique sobre ella maniobras abortivas", (1) y que CELESTINO PORTE PETIT, refiere: "Aborto consentido es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, realizada -- por un tercero con el consentimiento de la mujer grávida". (2)

Considerando un aspecto importante en el delito -- de ABORTO, latu sensu, se requiere de un presupuesto del --

hecho de naturaleza material, consistente en el embarazo; la ausencia del presupuesto anotado, dá lugar a la inexistencia del delito, que, como sostiene CELESTINO PORTE PE--TIT: "Recordemos que 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, y por tanto del delito. Si no hay preñez, no hay posibilidad de realización del hecho configurado como aborto y estaríamos frente a una tentativa imposible de -- aborto por falta de objeto material y, consecuentemente, ante una hipótesis de atipicidad por falta o ausencia de -- objeto". (3) El propio autor hace expresión del pensamiento de OTTORINO VANINI: "Cuando se piensa en el aborto criminoso, es obligación pensar en 'un estado de gravidez en la mujer'... Fuera de la gravidez no puede haber aborto. - A este propósito se impone una pregunta de notable importancia práctica y es ésta. ¿El estado de gravidez constituye un presupuesto del delito de aborto, o bien es un elemento constitutivo como calificativo del objeto natural -- del delito mismo? ... Me diréis enseguida: pero si fuera de la gravidez no puede haber aborto, ¿qué importa en definitiva que la gravidez sea presupuesto o elemento del delito? Importa y muchísimo, porque ese estado de gravidez de biera considerarse como un quid inherente al objeto material del delito; faltando el estado de gravidez, el hecho dirigido a provocar el aborto constituiría una tentativa -- imposible, con la consiguiente aplicación posible de una -

medida de seguridad a los autores del hecho mismo; en tanto que si se considera el estado de gravidez como presupuesto del delito, la falta del estado de gravidez asignaría al hecho la calificativa de mero delito putativo... - Ahora bien, en la hipótesis del aborto, cuando falta el estado de gravidez en la mujer, en nuestra opinión, falta el objeto jurídico, no el objeto material. Por eso, el estado de gravidez es un presupuesto del delito (quid iuris? - Manuale di Esercitazioni Pratiche in Diritto Penale. Aborto-homicidio preterintenzionale. Tomo V, págs. 8-9, Milano, 1950).⁽⁴⁾ Se impone una crítica al autor italiano, en el sentido de que no se está frente a un presupuesto -- del delito, postura que no aceptamos; si se trata de un -- presupuesto, pero del hecho, relativo al objeto material -- que en el aborto (latu sensu) lo es el feto, producto de -- la concepción; para nuestro Derecho Penal, en caso de una tentativa imposible, se contempla una evidente atipicidad como una de sus consecuencias y no se está ante la aplicación de una medida de seguridad.

En función del análisis de esta figura típica, encontramos:

CONDUCTA O HECHO.- El elemento esencial específico objetivo, se traduce en las dos formas de la conducta: acción u omisión, esto es, se manifiesta a través de un hacer, o sea, una conducta positiva, como en querer la inactividad, observando que tal omisión es impropia; atendien-

do al pensamiento de SILVIO RANIERI, cuando afirma: "La - conducta del ejecutor consiste (en el aborto consentido) - en los actos, o en el empleo de medios idóneos para procurar ilegítimamente el aborto, o también en omitir hacer -- cuanto se debería, para evitar el aborto".⁽⁵⁾ Se trata - de un delito unisubsistente o plurisubsistente, en virtud de que se puede llevar a cabo por uno o por varios actos.

En cuanto al resultado, como elemento del hecho, - dado su cambio en el mundo fáctico, en el aborto consentido, es necesario atender a la mutación señalada (la concepción naturalística), como a la comprensión del bien jurídicamente tutelado, relativo a la muerte del producto de la concepción (concepción jurídica).

De este modo, es el delito de aborto consentido - en cuanto al resultado: instantáneo, material y de daño; a) instantáneo, en cuanto se suprime la vida del producto de la gestación y, por ende, produciéndose ello, se consuma; b) material, es obvio, en virtud que se manifiesta una mutación en el mundo fáctico, y c) de daño, en cuanto se - suprime el bien jurídicamente tutelado, al privarse de la vida al producto del embarazo.

TIPICIDAD.- Encontramos en el delito de ABORTO - CONSENTIDO, como sujetos activos, cuando menos dos, esto - es, la mujer embarazada que consiente el aborto y quién o quiénes lo llevan al efecto; es, por ende, un delito de --

participación necesaria, o plurisubjetivo; además de una agravación de la punibilidad, en base a lo dispuesto por el Artículo 331 del Código Penal, cuando el aborto lo cause un profesional de la medicina. El delito de aborto con sentido, se encuentra regulado en nuestro Ordenamiento Sustantivo Penal en la Parte Primera del Artículo 330, que, como sostiene FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: "Para que exista este elemento (tipicidad), se requiere que el hecho realizado se adecúe a alguno de los tipos delictivos de aborto, recogidos en los Artículos 330 y 332, siendo indispensable la comprobación en cada uno de ellos, de los elementos típicos referidos a los sujetos, a los médicos, al objeto, etc.". (6)

En referencia a la clasificación del Aborto Consentido en orden al tipo, es: a) fundamental o básico, en cuando que no depende de ningún otro; b) autónomo o independiente, toda vez que se rige por sí mismo; c) de formulación libre, en atención a su expresión meramente descriptiva; d) normal, atento a que sólo se advierte su característica de objetividad y, por ende, no requiere de elementos normativos, ni subjetivos del injusto; e) acumulativamente formado, ya se ha asentado la plurisubjetividad que se observa, en referencia a los agentes del delito, esto es, la mujer gestante que consiente el aborto y quien se lo practica.

En observancia de los elementos del tipo en el de

lito de aborto consentido, tenemos en consideración:

a) SUJETO ACTIVO.- Advertimos en el delito de aborto consentido un concurso necesario que dá lugar a un delito plurisubjetivo, puesto que es necesario en el proceso ejecutivo de dos personas, cuando menos, como sujetos activos. Así tenemos que aquél que lleva a cabo las maniobras abortivas, puede ser cualquier persona, por lo que ha lugar a considerar, en relación a este particular como un delito común o indiferente. Por otro lado, observamos el otro sujeto activo que es la mujer grávida, dando lugar -- con ello a un tipo propio, especial o exclusivo, y aún -- cuando parezca paradójico, es la mujer embarazada; al hacer expresión del número de sujetos activos, decide CELESTINO PORTE PETIT: "Si hemos convenido en que se trata de un delito plurisubjetivo, debemos afirmar su naturaleza de bilateral, de conductas homogéneas y dirigidas hacia el -- mismo fin"; (7) por ende, existe una necesaria vinculación entre los sujetos activos señalados que convergen en un hecho dañoso de relevancia penal, aún cuando si se observa -- que las maniobras abortivas, en la mujer gestante, se podría pensar en ésta, como sujeto pasivo; merced a ello, piensa ANTONIO QUINTANO RIPOLLES: "...en el aborto consentido, -- figura la madre en la extraña posición de sujeto activo y -- pasivo a la vez, aunque ello repugne un poco a la lógica jurídica, por cuanto que ejercita la conducta criminal sobre su propia persona, agregando, que el que su voluntad no --

cuenta para exculpar, aunque sí para atenuar en nuestro Derecho (español), es dato que confirma la presencia de un valor o interés moral que en él priva sobre todos los demás, y que permanece en las diversas modalidades del aborto y figuras afines". (8)

b) SUJETO PASIVO.— Aquí tenemos a otro elemento del tipo, relativo al objeto material puesto que existe -- identidad con relación a ambos elementos; inclinados en el aborto consentido a la pluralidad de sujetos activos, no es dable una unificación en la persona de la mujer embarazada, esto es, de sujeto activo y pasivo a un mismo tiempo, o a la vez; en efecto, al consentir la mujer a que se le practique el aborto, el sujeto pasivo y objeto material, es sólo el feto.

c) OBJETO JURIDICO.— Acordes a lo reseñado, el bien jurídicamente tutelado, es la vida del feto; haciéndose palpable el fin del Derecho Penal.

ANTI JURIDICIDAD.— Utilizando la forma genérica, afirmamos, que si la conducta o hecho, como elemento esencial general o específico, material, se encuentra presente, como también lo está la tipicidad, y tal conducta o hecho típico, no está provisto de una causa de licitud, estaremos en presencia de la antijuricidad; observándose un interés estatal, en el caso del aborto (genéricamente) de proteger la vida humana y en reflexión al delito de aborto --

consentido, el consentimiento de la mujer grávida en que se lleve a cabo en ella, las maniobras abortivas, no es -- ayuna de antijuridicidad; ese consentimiento le dá realce al elemento de valoración, con mayor razón si se está -- frente a bienes no disponibles; a no ser que se esté ante un estado de necesidad, atendiendo a un conflicto de bienes que se puede presentar, sacrificando un bien de menor entidad (el feto), ante un bien de mayor valor (mujer gestante), y que SILVIO RANIERI, comenta sobre este particular: "Los actos (abortivos) para ser punibles deben ser ilegítimos, es decir, no justificados por la necesidad de interrumpir la gravidez para evitar a la persona de la mujer encinta un daño grave inminente, dependiente de la gravedad o del parto, y no evitable más que con el aborto". (9)

Es, por ende, imprescindible estar ante la ilegitimidad -- que dá pauta a suprimir la vida del producto de la concepción.

IMPUTABILIDAD.- Resulta obvio que en el aborto -- consentido, los agentes del delito, deben tener capacidad intelectual y volitiva en el momento relevante de realización del aborto; o bien, como sostiene CELESTINO PORTE PETIT: "Se requiere que el sujeto sea imputable, es decir, -- que tenga capacidad de culpabilidad. En consecuencia, no habrá delito cuando el sujeto se encuentre en alguno de -- los casos previstos por la fracción II del Artículo 15 del Código Penal, pues estaremos frente a una causa de inimputabilidad". (10)

CULPABILIDAD.- Como una mera referencia, diremos que las formas de la culpabilidad son: el dolo; la culpa, y la preterintencionalidad o con exceso en el fin. En el delito de aborto consentido, habremos de reconocer que sólo tiene operancia el dolo, necesario para la reprochabilidad del hecho ilícito, esto es, la significación de aquella resolución, voluntaria y consciente, enfocada al delito, con la plena conciencia de lo injusto (antijuridicidad). De esta manera se expresa: "Gutiérrez Anzola, estima que el dolo, en esta especie de delito contra la vida, es requisito esencial para configurar el hecho, y es precisamente el dolo específico de abortar, la manifestación volitiva de la propia mujer o de quien se lo causa. (Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, pp. 264-265, Bogotá, 1946). Dolo necesario y suficiente para el delito de aborto es el genérico, nos dice José Agustín Martínez. (Aborto Ilícito y Derecho al Aborto, p. 64, La Habana, - - 1942). El dolo es necesario, expresa Mendoza, para el reproche de la conducta. (Curso de Derecho Penal Venezolano, Compendio de la Parte Especial, p. 431, Caracas, - - 1957)". (11)

PUNIBILIDAD.- De acuerdo con el Ordenamiento Sustantivo Penal, el Artículo 330 señala la punibilidad en el delito de aborto consentido, con prisión de uno a tres años; criticable, en cuanto que no es del todo afortunada tal redacción, puesto que tal parece que la mujer grávida,

no tiene sanción alguna, que sólo se advierte como sujeto activo al dar su consentimiento. En efecto, el dispositivo legal expresa: "Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicará de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella..."

Queda por decidir, en razón del aborto consentido y con relación a la primera esfera del delito, que el aborto consentido puede llevarse a cabo con o sin móviles de honor, teniendo aquel tratamiento privilegiado en cuanto que la sanción es de seis meses a un año de prisión y, en este caso, para la madre que consienta el aborto bajo determinadas circunstancias, que la ley sustantiva prevé en los siguientes términos: "I.- Que no tenga mala fama; -- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo; y III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima."; empero, es necesario que se presenten las anteriores circunstancias, toda vez que la propia ley dispone que si falta una de ellas, se aplicará de uno a cinco años de prisión.

Toca ahora hacer el análisis, atendiendo a la primera esfera del delito, en su aspecto negativo.

AUSENCIA DE LA CONDUCTA O HECHO.- Hacer expresión a la inexistencia del delito, resulta evidente que no habrá delito, en el caso de la vis absoluta, o fuerza física irresistible; en la vis maior, o fuerza mayor, y en los

movimientos reflejos; en estos casos tiene trascendencia - la falta de voluntad, sea la acción o bien la omisión impropia o comisión por omisión, atendiendo a un resultado - naturalístico, como jurídico. Con referencia a la vis absoluta, dice CELESTINO PORTE PETIT, "...cuando el sujeto - realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible"; (12) es, por ende, la fuerza física - irresistible una hipótesis, como en la vis maior y en los movimientos reflejos de ausencia de la conducta, siendo -- ayuna la voluntad.

En la vis maior o fuerza mayor, con excepción de un requisito, la fuerza es sub-humana o de la naturaleza - que impide el actuar voluntario y en los movimientos reflejos, se está frente a un impulso nervioso; a propósito de este aspecto negativo de la conducta, EDUARDO NOVOA MONREAL, decide: "...actos reflejos en que un nervio motor -- reacciona por el estímulo de un nervio aferente transmitido a aquél con la sola intervención del sistema nervioso - de la médula espinal o bulbar y sin directa participación de los centros nerviosos cerebrales, no hay conducta". (13)

ATIPICIDAD.- Estimamos en un primer plano, señalar cuáles son las consecuencias de la atipicidad; en tanto que ésta es la falta de adecuación de la conducta o hecho a todos y cada uno de los elementos del tipo, aquéllas dan lugar doctrinariamente: 1) a la no integración del tipo; 2) a la traslación de un tipo a otro, y 3) al delito -

imposible o tentativa imposible. Anora bien, de acuerdo a los elementos del tipo, la atipicidad en el aborto consentido tendrá operancia: por falta de objeto material, o -- bien, por falta de objeto jurídico, esto es, porque falte el feto o, en todo caso, la vida de éste, dando lugar a -- una evidente atipicidad, encontrándonos ante una tentativa imposible.

CAUSAS DE LICITUD.- Se afirma que la conducta o hecho que se acomoden a la descripción típica, serán lícitos, por no ser antijurídicos; es, por ende, un proceso de excepción traducido en forma negativa, como asienta CELESTINO PORTE PETIT: "Es causa de justificación (licitud), - aquella que conforma a derecho una conducta o hecho que, - de otro modo, serían antijurídicos".⁽¹⁴⁾ Sin adentrarnos a la problemática de cada una de las causas de licitud; en el delito de aborto consentido, se impone destacar el consentimiento por un lado y, por otro, el estado de necesidad.

En relación al consentimiento, advertimos que se ha considerado como uno de los fundamentos de las causas - de licitud; empero, en el aborto consentido, ninguna operancia tiene; ya que tal consentimiento, le dá relevancia delictual, en atención a que se está en presencia de bienes no disponibles; incuestionablemente la vida del producto de la concepción lo es; en otros aspectos veremos la -- trascendencia que tiene el consentimiento, como en el deno

minado aborto terapéutico.

Habremos, sin embargo, de destacar que el estado de necesidad tiene singular importancia en el llamado aborto terapéutico o necesario, esto es, cuando se crea un estado de peligro en la mujer gestante, el apoyo legal se encuentra regulado en la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal, aún cuando este precepto no hace expresión a los bienes en conflicto; sin embargo, y aún cuando resulta innecesario, tenemos lo dispuesto en el Artículo 334 del mismo ordenamiento, que reza: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora". Aquí advertimos que el fundamento de esta causa de licitud, al salvar un bien de mayor entidad, frente a otro de menor valor, -- tiene eficacia el principio del interés preponderante, -- siendo oportuno hacer mención el parecer del autor cubano EVELIO TABIO, al afirmar que: "En ese sentido (aborto sanitario), el Código de México es más conservador que el Cubano, que no pone trabas de este tipo al aborto terapéutico y, sobre todo, el Código Cubano protege no sólo la vida de la madre, sino la salud de ella, evitando que contraiga una enfermedad grave por consecuencia de un parto o de la continuación de un embarazo, en condiciones físicas muy peligrosas en estos dos aspectos de la vida y la propia sa--

lud". (15) Nos parece acertado el pensamiento del jurista cubano, siendo innecesario que se oiga el dictamen de otro médico, ya que, en un momento dado, esto será objeto de su responsabilidad profesional.

Con referencia al estado de necesidad, es imprescindible, como ya se ha precisado, hacer expresión de los bienes (jurídicamente tutelados) en conflicto, lo que da lugar a actuar en el campo de la axiología, así, la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que: "La causa de justificación denominada 'estado de necesidad', hace calificar de lícita la conducta ejecutada.- Este aspecto negativo de la antijuridicidad se caracteriza, como con toda precisión afirma V. Liszt, por la existencia de un conflicto entre bienes tutelados por el derecho, de tal manera que no exista otra solución que el sacrificio del bien menor, para salvaguardar el de mayor jerarquía". (16)

INIMPUTABILIDAD.- En efecto, en el aborto consentido, si no se tiene capacidad intelectual y volitiva, nos encontraremos ante un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que impida al o a los agentes comprender el hecho ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con cierta comprensión, esto es, en términos de la fracción II del Artículo 15 del Código Penal; asimismo, tienen operancia como causas de inimputabilidad: la minoría de edad y la imputabilidad disminuida.

INCULPABILIDAD.- Con referencia al tratamiento -
 qué nos ocupa, esto es, el aborto consentido, puede presen-
 tarse la inculpabilidad por error de tipo, con relación a
 alguno de los elementos que lo integran: por error de li-
 citud o de una eximente putativa, si recae en alguno de -
 los presupuestos fácticos o en la esencia de la causa de -
 licitud, o bien, por no exigibilidad de otra conducta, en
 tratándose del encubrimiento entre parientes, que CELESTI-
 NO PORTE PETIT, clasifica: "a). Por error de tipo en am-
 bos sujetos. b) Por error de tipo en alguno de los suje-
 tos. c). Por error de licitud en ambos sujetos. d) Por
 error de licitud en alguno de los sujetos". (17)

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Si hemos afirmado que en el aborto consentido no tienen --
 operancia las condiciones objetivas de punibilidad, menos
 aún su ausencia y, como corolario del aspecto negativo ana-
 lizado, ninguna operancia tienen las llamadas excusas abso-
 lutorias.

Atendiendo a la Segunda Esfera del Delito y en co-
 rrespondencia al ITER CRIMINIS enfocado a la tentativa, és
 ta no tiene cabida en el aborto consentido; empero, dire--
 mos que, atendiendo ya al proceso ejecutivo del delito, és
 te debe manifestarse teniendo en cuenta aquellos actos unf
 vocos de realización parcial o total, que se interrumpe --
 por causas ajenas a la expresa voluntad del agente del de-
 lito, a una tentativa inacabada o acabada, teniendo lugar

en el aborto consentido. Nos adherimos al parecer de MARIANO JIMENEZ HUERTA, cuando afirma: "Ninguna especialidad ofrece la hipótesis típica en examen (aborto consentido), en orden a la tentativa, aunque no es inoportuno subrayar aquí que el consentimiento prestado por la madre es, por sí solo, insuficiente para tener por iniciada la ejecución, lo que no acontece en tanto que el tercero no realice actos materiales tendientes a ocasionar el resultado típico descrito en el Artículo 329".⁽¹⁸⁾

CONCURSO DE DELITOS.- Sólo con relación a un tratamiento genérico y dado su trato doctrinal, el concurso de delitos se divide en ideal o formal y real o material; en tanto que, en el primero, con una sola conducta se violan varias disposiciones legales, en el segundo, existe pluralidad de conductas y pluralidad de resultados, observamos que en el aborto consentido tienen lugar ambos concursos, aún cuando, salvo algún caso sui generis, el concurso en sus dos formas será heterogéneo.

CONCURSO DE PERSONAS.- En referencia a las formas de concurso de personas en el delito, el aborto consentido, es pluripersonal y, por ende, se observa un concurso necesario y en cuanto a las clases o grados de participación, tiene lugar la coautoría, la autoría intelectual, la complicidad, y el encubrimiento, aún cuando pensamos que éste sólo puede presentarse en el aborto consentido sin móviles de honor.

Se han analizado hasta este momento, las dos esferas del delito, esto es, la existencia del delito, como su aspecto negativo, así como las llamadas formas de aparición o manifestación del delito. Merced a ello, en los siguientes delitos de aborto se hará un análisis somero, en atención a su propia esencia, partiendo de la disposición genérica contenida en el Artículo 329 del Código Penal, al establecer: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", destacando las notas que los hacen diferentes.

II.- ABORTO PROCURADO (AUTOABORTO)

En un primer plano, es de hacerse notar que el delito de aborto procurado, llamado asimismo autoaborto, o propio, se presenta con o sin móviles de honor y ya se ha puntualizado oportunamente, cuáles son aquellas circunstancias; se ha expresado, asimismo, latu sensu, qué es el -- aborto y ahora agregamos en esta figura que se lleva al -- efecto en ella misma; es, por ende, como dice SILVIO RANIERI: "Aborto procurado de la mujer es la interrupción intencional violenta e ilegítima, de parte de una mujer que sabe se encuentra encinta del proceso fisiológico de su gravidéz con la dispersión o muerte del producto de la concepción".⁽¹⁹⁾ Es criticable la postura del autor italiano, toda vez que en el aborto, necesariamente tiene que -- ser una mujer la que debe estar en período de gestación; -- que no necesariamente la interrupción de ese período debe ser violenta y, por otra parte, hacer referencia a la ilegitimidad, dá lugar a establecer expresamente la antijuridicidad (especial tipificada) y ésta se encuentra en todo delito.

En el precepto 332 del Código Penal, se hace referencia al aborto procurado sin móviles de honor y con móviles de honor.

Una característica distintiva se hace palpable en

los elementos del tipo, toda vez que el sujeto activo, sólo lo será la madre (con o sin móviles de honor); el sujeto pasivo lo será el feto; el objeto material se identifica con el sujeto pasivo y el objeto jurídico, lo será la vida del producto de la concepción. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido el siguiente criterio: "De acuerdo con el Artículo 329 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente en el Estado de Baja California, aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así, -- pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho precepto y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos al través de la sanción, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito, no interesa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y, para el objeto de la tutela penal, no interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte es el fenómeno importante". (20)

Otro aspecto de consideración, radica en que el -

aborto procurado es un delito monosubjetivo, sin que dé lugar a otra forma de concurso, teniendo lugar asimismo, únicamente la autoría.

III.- ABORTO SUFRIDO.

Destacamos ahora el párrafo in fine del Artículo 330 del Código Penal, que expresa, una vez atendiendo a la fórmula genérica ya señalada con relación al concepto de aborto, adicionando ahora que "Cuando falta el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y, si mediare violencia física o moral, se impondrá al delincuente de seis a ocho años de prisión"; observamos que en esta clase de aborto, se encuentra ayuno el consentimiento, dando lugar a que se actúe por parte del agente del delito sin o contra el consentimiento de la mujer gestante. Las formas de conducta o hecho que se presentan, son la acción y la omisión impropia, cuando no se realiza el aborto sufrido con violencia, y la acción, cuando opera la violencia; en orden al tipo, es fundamental o básico en el aborto sufrido sin violencia y complementado cualificado cuando el ilícito se lleva a cabo con violencia. Observamos en referencia al objeto jurídico, que CELESTINO PORTE PETIT, advierte: "El bien jurídico protegido en el aborto sufrido, es la vida del producto de la concepción y el derecho a la maternidad".⁽²¹⁾ Por lo demás, diremos que el sujeto activo puede ser cualquier persona y, por ende, se está ante un tipo común o indiferente; en tanto que el objeto material es la mujer embarazada así como su producto, los que se identifican con el sujeto pasivo. La atipicidad se presenta por falta de objeto jurídico o de objeto material, te--

niendo como consecuencia la tentativa imposible; por otro lado, cuando existe consentimiento, dá lugar a la traslación de un tipo a otro, esto es, aborto sufrido a aborto consentido.

IV.- ABORTO EUGENESICO.

Toca ahora hacer expresión del Artículo 333 del Código Penal en su parte relativa a declarar que no es punible el aborto, cuando el embarazo sea resultado de una violación; de este precepto, no podemos inferir más que el aborto de carácter sentimental, esto es, teniendo como antecedente una violación, haciéndose patente que se interrumpe el embarazo, ya que de esta manera habrá de considerarse aquel recuerdo de una incalificable conducta; podemos afirmar que tiene su asidero en ciertos convencionalismos sociales, haciéndose palpable una etiología o motivos determinantes, dirigidos a una maternidad consciente y que LUIS JIMENEZ DE ASUA apunta: "Hace ya muchos años que Hregorowicz postuló esta causa de impunidad del aborto, desarrollada a comienzos de siglo por Schneickert, que autorizaba la 'impunidad del aborto o la muerte del fruto de la concepción', cuando el progenitor había sido castigado por un delito sexual, del que resultó el embarazo y, en el caso de que el proceso había de durar más tiempo del que permitía la ejecución del aborto, cuando hubiere indicios venementes de semejante gravidez criminal. También la aceptó Forel poco más tarde".⁽²²⁾ Consideramos que el texto del Artículo 333 no reglamenta el aborto eugenésico y por ello diferimos del criterio de CELESTINO PORTE PETIT, al expresar: "Nosotros pensamos que, de la lectura del Artículo 266 del Código Penal, (antes de su última reforma),

debemos inferior que se comprende indirectamente el aborto eugenético, pero en forma limitada, pues únicamente abarca el caso de la mujer incapaz, por estar privada de razón, - es decir, de enfermedades mentales y no de otras taras hereditarias, y es evidente que la 'carga degenerativa' puede originarse de enfermedades distintas a las mentales".⁽²³⁾

Nuestra divergencia radica, simplemente, en que estamos ante una laguna de la ley que, atendiendo a la norma penal - strictu sensu, se afectaría el principio de legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege) y, por ende, no podemos recurrir a la costumbre secundum legem (interpretativa), - puesto que no podemos darle a tal norma una interpretación extensiva que no tiene.

Las cuestiones de la genética y la herencia, dan lugar a problemas severos con relación a las prácticas - - abortivas; es imprescindible que se puedan vislumbrar por los profesionales de la medicina, una palpable carga degenerativa que pueda traer consigo una descendencia lamentable. LUIS JIMENEZ DE ASUA hace expresión de un punto de vista que tiene como apoyo a LUIS COUSINO MAC IVER, en los términos siguientes: "La interrupción del embarazo con miras eugénicas persigue una recta finalidad: impedir el nacimiento de infelices seres tarados con una enorme carga degenerativa. Como hemos visto al estudiar la legislación comparada, la mayoría de los códigos que siguieron al modelo suizo, reducen esta 'indicación eugénica' a los embar-

zos resultantes de acceso carnal con mujeres idiotas o enajenadas y de uniones incestuosas. Pero las modernas leyes van más allá. El aborto eugénico debe practicarse cuando, de acuerdo con los actuales conocimientos de genética, el fruto de la concepción sería un descendiente enfermo o tarado. En los mismos casos en los que se demanda la esterilización, está indicado el aborto y, tal vez pueda practicarse con más amplitud, ya que la interrupción del embarazo no tiene el carácter definitivo de las prácticas esterilizadoras".⁽²⁴⁾ Es imprescindible que nuestra ley penal, categóricamente se refiera al aborto eugenésico en cuanto que se trata de un aspecto relativo a la parte especial -- del propio ordenamiento sustantivo y, por ende, consideramos de trascendencia el que se legisle sobre el particular, aún cuando el auténtico jurista --y así se decide-- bien puede ubicar la práctica abortiva por razones de eugenesia, en un aspecto negativo del delito, esto es, en su inexistencia, en la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal, con base en el estado de necesidad como causa de licitud.

Por consiguiente, congruentes con la postura anterior, sostenemos que se está en razón del invocado precepto 333 del Código Penal, únicamente en presencia del aborto por causas sentimentales, o sea, el concerniente al embarazo producto de un delito de violación, dando cabida a un aspecto negativo de la punibilidad, que deviene de una protección estatal, por razones de política criminal.

V.- ABORTO CULPOSO.

A pesar de la existencia de un dispositivo legal, como lo es el Artículo 333 del Código Penal, que establece: "No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada...", se impone observar que se realizan los elementos de la descripción relativa a lo que es el aborto, resultando que la mujer es culpable ante la presencia de la culpa; empero, no es punible; mas es preciso distinguir que, en atención a las dos clases de culpa, es decir, la conciente, con previsión o con representación, o bien, de la inconciente, sin previsión o sin representación; tal parece desde un punto de vista meramente objetivo, ello no tiene trascendencia; simplemente se habrá de atender a no prever el resultado, o habiéndolo previsto, se tiene la esperanza de que no acontezca. De este modo, el aborto culposo es impune, aún en el supuesto de una culpa con previsión, que pudiéramos calificar de temeraria. Pensamos, con relación al aborto culposo, que algunos comportamientos deben punirse, no aquellos de una gravedad menor, para que de esta manera, la política criminal tenga ciertas limitaciones que no den lugar a una palpable impunidad. Por consiguiente, ha de ponderarse un criterio atendible que con acierto se advierte en CELESTINO PORTEPETIT, al expresar: "...en cuanto que, si es verdad que debe nacerse la salvedad respecto de la mujer, debe no ser culpable, solamente cuando se trate de una conducta culpo-

sa sin representación, sin previsión o inconciente. No creemos que deban dejarse de sancionar aquellas conductas culposas con representación, puesto que, si una mujer previó el resultado y tuvo la esperanza de que no se realizaría, debe recaer sobre ella la sanción correspondiente". (25)

Con acierto, el Artículo 241 del Código de Defensa Social de Veracruz, dispone que "No es punible el aborto causado por culpa sin previsión de la mujer embarazada"; a contrario sensu, el aborto culposo con representación, sí es punible.

De interés resulta la impunidad en el aborto cuando desde el punto de vista del Derecho Español, JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA, nos dice: "Las hipótesis de aborto culposo impunes en nuestro Derecho, son: 1) la mujer causa imprudentemente o por negligencia, su propio aborto; 2) lo provoca otra persona sin empleo de violencia (administrando, v.gr., a la mujer, que se sabe embarazada, medicinas peligrosas para su estado), y 3) el causado por quien, no sabiendo con certeza el estado de embarazo de la mujer, lo sospecha o debía sospecharlo". (26)

Como colofón de lo anterior y dados los términos del precepto 333 de la Ley Sustantiva Penal, el aborto --culposo es sancionable cuando, en esos términos, los lleve al efecto un tercero.

VI.- ABORTO POR CAUSAS ECONOMICAS.

El cierre a este capítulo, trae aparejada una dificultad de enorme trascendencia, los que se han ocupado del aborto por causas económicas o por motivos económicos sociales, han en momentos titubeado; empero, en el momento en que vivimos, es característico ante una población mundial exorbitante, la falta de alimentos y no exageramos al decir que, en algunos lugares del orbe, son sumamente escasos; en nuestro país advertimos que se impone la importación de alimentos básicos, que es necesario traerlos de otras latitudes, no obstante nuestra desquebrajada economía. Es claro que, en un momento dado, observamos que el aborto es un hecho de reprobación; los anticonceptivos reciben una gran difusión, pero concebido el ser, no se le debe privar de la vida; argumentos sólidos que en un momento dado nos hacen titubear, pero también debemos meditar y así lo expresamos, que frente a una expectativa de vida, existen otras vidas que tienen derecho a seguir viviendo. Por tales expresiones, delinearemos el punto de vista de JOSE AGUSTIN MARTINEZ, que al decir de CELESTINO PORTE PETIT, "es uno de los más fervientes partidarios de esta clase de aborto: 'Un hijo más vendrá a gravitar sobre la sociedad familiar. Mientras no sea el Estado el que ha de suvenir a sus necesidades presentes y futuras, ¿con qué derecho querrá imponerle al mísero que involuntariamente lo ha procreado? Ya sabemos que algún moralista de gabinete

te nos dirá: ¿Y por qué lo ha procreado? Si sabía que no podía soportarlo, ¿por qué lo ha traído? Es fácil razonar bajo la luz de una buena lámpara, en una habitación confortable, cuando se ha comido bien y las ideas filantrópicas y altruistas son huéspedes agradables de un cerebro inútil...'. Por su parte, Tabio insiste en que la miseria puede ser una causa de justificación del aborto, porque no se puede obligar a nadie a vivir azotado por la miseria, en unión de los hijos, por muy respetable que sea la concepción y su trascendencia socio-biológica". (27)

Por su parte, LUIS JIMENEZ DE ASUA, desenvuelve su pensamiento en los siguientes términos: "Réstame, para concluir este capítulo consagrado al aborto, enjuiciar la interrupción del embarazo desde el punto de vista que más directamente toca a los problemas tratados en el presente ensayo: ¿Puede la mujer, en el ejercicio de su derecho a ser madre conscientemente, hacerse abortar cuando no desee la maternidad o quiera poner término al número de sus hijos? El proyecto checoslovaco autorizaba el aborto con semejante objetivo, y más ampliamente se consagró en la Rusia del Soviet. Confieso que no me atrevo a ir tan lejos. Antes me repudiado la esterilización femenina enderezada a esos fines y ahora rechazo el aborto por razones que me parecen decisivas. Los legisladores no pueden, a su antojo, crear infracciones ni suprimir delitos. Por encima de la ley sancionadora está la norma de cultura, como dice Max

Ernesto Mayer. De esa cantera social extrae el autor de las leyes el concepto típico que plasma en sus artículos. En la mayoría de los pueblos, y en España más concretamente, el aborto se mira como un hecho reprobable. Las mujeres que no quieran ser madres, pueden acudir a otros medios; pero, concebido el ser, no debe autorizarse su destrucción más que en los casos estudiados, en que se reclama por una necesidad salutífera o eugénica, o por móviles sentimentales de poderosa índole. Salvo en esas hipótesis extremas, el aborto debe ser castigado. Pero como soy escéptico en cuanto al poderío intimidante de las penas, me parece ingenuo confiar tan sólo a la represión la lucha eficaz contra esa clase de delitos. Otros medios de naturaleza social —como el apoyo a las madres solteras, la investigación de la paternidad y el uso legítimo de las prácticas anticoncepcionales— me parecen mejor que el alza de las puniciones. Además, no debe desconocerse que la creciente propaganda contra el carácter delictivo del aborto mengua el reproche colectivo y, por ello, me parecería justo que los códigos futuros tratasen con menos severidad a las mujeres que interrumpen su embarazo". (28)

Las dos posturas tienen un vivo reflejo de los pros y los contras en el aborto por causas económicas, aún cuando el autor español se desvía un tanto cuando del problema, puesto que hace consideraciones de índole general y nos parece contundente el pensamiento de EVELIO TABIO --

porque no se puede obligar a nadie a vivir azorado por la miseria; podemos asegurar que, en época pretérita y tal vez no muy lejana, escasa operancia tendrían esas causas económicas; sin embargo, a los albores del Siglo XXI, una quebrantada economía familiar impide una elemental educación ante la carencia de recursos económicos; mas no se pretende, como afirma LUIS JIMENEZ DE ASUA que, concebido el ser, no debe autorizarse su destrucción; a lo que respondemos: qué será de un nuevo ser sin aquellas condiciones mínimas para sobrevivir, que a la postre generarían un lastre para su familia, la sociedad y el Estado, cuyo decaimiento en muchos casos es inevitable.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Derecho Penal Mexicano, La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana, Tomo II, pág. 185, 7a. -- edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1986.
- (2) Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la - Salud Personal, pág. 400, 8a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- (3) Idem, págs. 402, 403.
- (4) Idem, pág. 403.
- (5) Manuale di Diritto Penale, parte speciali, Tomo - III, pág. 111, Padova, 1952.
- (6) El Delito de Aborto, Criminalia, Tomo XXV, pág. - 600.
- (7) Dogmática sobre los Delitos contra la vida y la - Salud Personal, pág. 404, 8a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- (8) Tratado de Derecho Penal, Parte especial, Tomo I, pág. 476, Madrid.
- (9) Manuale di Diritto Penale, Tomo III, pág. 108, Pa - dova, 1952.
- (10) Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la - Salud Personal, pág. 409, 8a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- (11) Cit. por Celestino Porte Petit, Dogmática sobre - los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, - pág. 409, 8a. edición, Editorial Porrúa, S. A., - México, 1985.

- (12) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 322, 11a. edición, Editorial Porrúa, - S. A., México, 1987.
- (13) Curso de Derecho Penal Chileno, Libro I, Tomo I, - 3a. parte, pág. 269, Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- (14) Programa de la Parte General del Derecho Penal, - pág. 391, UNAM, México, 1968.
- (15) Comentarios al Código de Defensa Social, Tomo VII, pág. 502, La Habana, 1949.
- (16) Semanario Judicial de la Federación, Vol. XXIV, - pág. 51, 2a. parte, Sexta Epoca.
- (17) Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la - Salud Personal, pág. 413, 8a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- (18) Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, La Tute- la Penal de la Vida y la Integridad Humana, Tomo II, pág. 187, 7a. edición, México, 1986.
- (19) Manuale di Diritto Penal. Parte Especial, Tomo - III, pág. 114, Padova, 1952.
- (20) Semanario Judicial de la Federación, Tomo IX, - - pág. 9, Sexta Epoca, 2a. parte.
- (21) Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la - Salud Personal, pág. 429, 8a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- (22) Libertad de Amar y Derecho a Morir, pág. 324, 7a. edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.

- (23) Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la -
Salud Personal, pág. 437, 8a. edición, Editorial
Porrúa, S. A., México, 1985.
- (24) Libertad de Amar y Derecho a Morir, pág. 322, 7a.
edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.
- (25) Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la -
Salud Personal, págs. 433, 434, 8a. edición, Edi-
torial Porrúa, S. A., México, 1985.
- (26) Derecho Penal Español, Parte Especial, pág. 86, -
7a. edición, Madrid, 1977.
- (27) Aborto Ilícito y Derecho al Aborto, págs. 84, 85.
La Habana, 1942. Comentarios al Código de Defen-
sa Social, Tomo VII, pág. 387, La Habana, 1949. -
cit. por Celestino Porte Petit, Dogmática sobre -
los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, -
págs. 435, 436, 8a. edición, Editorial Porrúa, -
S. A., México, 1985.
- (28) Libertad de Amar y Derecho a Morir, págs. 329, --
330, 7a. edición, Editorial Depalma, Buenos -
Aires, 1984.

"El principio de la salud está en -
conocer la enfermedad y en querer -
tomar el enfermo las medicinas que
el médico le ordena, las cuales sue-
len sanar poco a poco, y no de re-
pente y por milagro".

MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA.

CAPITULO SEXTO

FACTORES SOCIALES DEL DELITO DE ABORTO

I.- El aborto como práctica universal. II.- Los abortos clandestinos. III.- La legislación en materia de aborto. 1.- Legislación en América Latina. IV.- Propuesta para modificar la legislación en materia de aborto, a la realidad de la época.

CAPITULO SEXTO

FACTORES SOCIALES DEL DELITO DE ABORTO

I.- EL ABORTO COMO PRACTICA UNIVERSAL.

Gran parte de la sociedad, considera que el aborto es un problema de este siglo, debido a la magnitud que ha adquirido; empero, como ya se ha establecido en este -- trabajo, el aborto se ha practicado desde la antigüedad -- (antes de Cristo), advirtiéndose que tal conducta no era -- condenada, sino que se consideraba una práctica normal; su condena fue producto de la Era Cristiana. En la actuali-- dad, el aborto es considerado como un delito en un sínnume ro de países, al igual que en otros, es permitido con la - reglamentación correspondiente; la primera hipótesis se -- presenta por lo general en los países subdesarrollados o -- del Tercer Mundo, lo cual es obvio, en cuanto que se forma una cadena interminable, pues el tener hijos en forma irra cional, porque deben de tenerlos, trae como consecuencia - grandes masas humanas enfermizas, mal alimentadas y, evi-- dentemente, con una educación nula, cuyo corolario es el - subdesarrollo. En las primeras etapas de la historia de la humanidad, los elevados niveles de mortalidad, hacían - que se viera la necesidad de asegurar que la especie no se extinguiera, a través de un elevado número de hijos; esta situación evidentemente justificaba la necesidad de promo-

ver, a través de diversos mecanismos, un elevado nivel de fecundidad, cumpliendo en ese período las relaciones sexuales, con su función primaria. Sin embargo, en esta época, el enorme incremento de población en casi todo el mundo, - hace que surja el temor de que en un futuro cercano, los - elementos de subsistencia del hombre lleguen a ser insuficientes, ante el exceso de habitantes; ya a principios del Siglo XIX, TOMAS ROBERTO MALTHUS, señalaba que el hombre - es impulsado por un instinto natural a aumentar su número, mientras que la provisión de alimentos no puede marchar -- acorde al aumento de la población, en virtud de la ley de utilidad decreciente; la provisión mundial de tierra apta para el cultivo, es limitada, una vez que las zonas más ricas hayan sido cultivadas en forma moderada, se pasará a - cultivar las tierras pobres; empero, al rebasar ciertos límites, irá disminuyendo el promedio de producción por obrero; por ello aconsejaba la limitación de los matrimonios y nacimientos, para evitar un empobrecimiento progresivo de las clases sociales pobres, resultado de la escasez de medios de subsistencia, ya que la población tiende a reproducirse en forma geométrica, en tanto que los medios de subsistencia se reproducen aritméticamente, por lo que quedan superados. Es incuestionable que, en la actualidad, en la mayor parte de los países, hay exceso de población y pocos medios de subsistencia.

El aborto no es un problema que sólo afecte a una

mujer o a la familia de ésta, pues ha transgredido esa barrera para convertirse en un problema social, ya que en -- nuestro medio, la mujer es el cimiento de la familia, con todas las obligaciones concernientes, por lo cual, la deci sión de efectuar la interrupción del embarazo debe ser resolución de la misma y no de la iglesia o el Estado; en -- virtud de que ella, como cabeza de la familia, sabe y está conciente de las necesidades de su casa, por lo cual, en -- unión de su pareja, deberán decidir el número de hijos que van a procrear, atendiendo a sus posibilidades económicas y a la relación que lleven como pareja, pues los padres -- que engendran más hijos de los que pueden educar y mantener, únicamente los procrean para darles una vida llena de privaciones, nefasta para los niños, como para los padres, tanto física como intelectualmente, dando lugar a los hi-- jos no deseados, a la promiscuidad, la incultura y, en el futuro, a jóvenes con problemas, terminando muchos de -- ellos en las cárceles, o bien, refugiados en las drogas, -- debido a su resentimiento por la infancia que han tenido, -- carente de las atenciones de sus padres, de un lugar propio, del respeto a su derecho como individuos.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, (UNICEF), en 1989, en el Estado Mundial de la Infancia, pu blicó: que en el último año, medio millón de niños fallecieron como consecuencia de la desaceleración del progreso o retroceso del mundo en desarrollo, señalando, por otra --

parte, que el endeudamiento y la recesión de la década de los 80, afecta con especial dureza a la infancia, ya que en los últimos cinco años, centenares de miles de niños -- dieron sus vidas en los países pobres, para que sus naciones pagaran sus deudas, en tanto que muchos millones más -- continúan pagando los intereses con sus mentes y cuerpos -- desnutridos. En pocos años, los gastos gubernamentales de las naciones endeudadas, registran una disminución en materia de atención a la salud y a la educación, de alrededor de un 50% per cápita. En México, donde en 1985 el 40% de la población, o sea, aproximadamente 31'000,000 eran niños y, de acuerdo con los estudios realizados, en 1990 serán -- menores del 36% y para el año 2000 descenderá al 31%; sin embargo, en menos de quince años el gasto para la salud -- descendió al 80%, al pasar del 5.1% al 1.4% y en cuanto a educación, la baja fue del 70.1%, al pasar de 16.4% al -- 11.5%. De lo anterior, observamos que es alarmante la reducción de gastos para salud y educación, lo que traerá como consecuencia el deceso de millones de niños, quienes nacieron por un error, por un descuido o, simplemente, porque no dió resultado el anticonceptivo usado; empero, nunca porque sus padres desearan tenerlo y tuvieran los medios necesarios para su cuidado y manutención.

Es, por lo reseñado, que muchas mujeres recurren al aborto como último asidero para evitarse una carga más, la cual va a ir unida a problemas familiares, como labora--

les, amén del descuido que tendrá con sus demás hijos. Es cierto, toda mujer que por sus condiciones socio-económicas no desee tener hijos, debe tomar todas las precauciones necesarias para que ello no ocurra y no acudir, como único remedio, al aborto; pero, si tomó las precauciones necesarias para no embarazarse y, no obstante ello, aconteció, es incuestionable que tiene derecho a decidir si tiene o no ese hijo y si es necesario el aborto, que se le practique por peritos en la materia, con la asepsia debida, sin peligro para la vida de la mujer, situación que se haría patente si se autoriza el aborto en estos casos, pues es sabido que de todas formas se llevan a cabo los abortos en forma clandestina. De tal suerte que, al ser autorizado el aborto en determinados casos, ya no se pondrá en peligro la vida de la mujer y, posiblemente con una buena campaña respecto de los anticonceptivos, se reduciría notablemente el número de abortos; dado lo anterior, compartimos la ponencia del Doctor LEUNBACH, presentada en el Segundo Congreso de Reforma Sexual, celebrado en Copenhague, en el año de 1928, en el sentido de que: "...El embarazo obligatorio está en pugna con el deseo de que la procreación ha de ser voluntaria. Los medios anticoncepcionales pueden evitar la mayor parte de los abortos y, en verdad, éste es el único camino. La idea eugenésica descansa también sobre los principios de que la procreación ha de ser decidida por los propios seres humanos. El deseo de una descendencia voluntaria y limitada, debe penetrar hasta --

las más bajas capas sociales. La tendencia a la promiscuidad se reducirá con el aumento de cultura. El anticoncepcionalismo es la condición cardinal para abolir la prostitución, que implica el imperio del hombre sobre la mujer... La separación de la vida sexual y de la procreación, hará desaparecer muchos delitos sexuales. Tres exigencias ha de reunir todo medio anticoncepcional: absoluta seguridad, inocuidad y posibilidad de ser empleado por cualquier mujer".⁽¹⁾ La Asamblea del mencionado Congreso, estuvo de acuerdo con los diversos ponentes, emitiendo su voto, en el que entre otras cosas se afirma: "El Congreso saluda con júbilo a todo niño sano, pero observa que sólo pueden desarrollarse niños sanos en las más favorables condiciones sociales y económicas. Debe exigirse el conocimiento y difusión de medios anticoncepcionales. Deben instalarse establecimientos técnicos bajo la dirección médica. Se debe introducir en los estudios de medicina el uso de anticoncipientia".⁽²⁾

Han pasado más de seis décadas, el problema se ha multiplicado y aún no se han llevado a la práctica las soluciones planteadas en ese Congreso, tal vez porque en los países subdesarrollados consideran que existen otras prioridades, lo cual quiere decir que aún no se percatan del quid de ese subdesarrollo.

II.- LOS ABORTOS CLANDESTINOS.

Independientemente de las opiniones antagónicas - que existen en relación al aborto y de que la corriente en contra del aborto arguye que, de admitirse legalmente la - libertad de abortar, la sociedad se convertiría en un gran prostíbulo, que iría en contra de la integridad familiar;- debemos aseverar que tales argumentos, pretender ocultar - una realidad innegable: el aborto en México, como en - - - otros países en que se considera delito, es practicado impunemente por millones de mujeres anualmente, de los cuales, cuando mucho el 1% es castigado por la Ley Penal, lo que acontece cuando la mujer, por el estado de gravedad en que se encuentra debido al aborto que se le practicó, es - internada en alguna clínica y, por ello, llega la noticia a la autoridad; de lo cual deducimos que, aún cuando se -- prohíba y se castigue, su práctica es indudable debido, como ya señalamos, a la estrechez económica que se vive en - esta década, en la que la mayoría de las parejas deben trabajar para sufragar los gastos del hogar, dejando a sus hijos al cuidado de las guarderías, o bien, de sus familia--res, generalmente todo el día, por lo cual es nula, o casi nula, la atención y cuidado del niño por parte de sus pa--dres, los que con el tiempo llegan a ser unos extraños pa--ra el niño, quien generalmente no tiene una atención, una caricia de su parte, pues cuando llegan a su casa, el pa--dre está cansado de su trabajo, al igual que la madre, pe-

ro a ésta, aún le faltan los quehaceres propios del hogar y, por ende, para lo único que no tiene tiempo y hasta le estorba, es su hijo, y más aún si son varios los hijos, y es obvio, ya que entre el trabajo de la fábrica u oficina y la casa, trabajo que ambos (la pareja) consideran obligatorios, no les queda tiempo para dedicarlo a sus hijos, lo cual, para unos padres responsables, también debería ser obligatorio e importante, pues con el tiempo, será el más productivo tanto para la familia como para la sociedad, en cuanto que esos niños se convertirían en hombres completos, física como intelectualmente, sin complejos, ni traumas, como en la actualidad abundan.

En efecto, la realidad es que la pobreza y, podemos decir, la miseria en que vive la mayoría de los hogares, es razón suficiente para no desear la llegada de un nuevo ser, lo cual, aunado al número de hijos que ya se tienen y la inestabilidad de las relaciones de la pareja, producto de las propias dificultades que acarrear su situación, son las causas principales del aborto, el cual para evitar que sea castigado, se lo hacen practicar en forma clandestina, por manos inexpertas, es decir, por parteras empíricas, hechiceros, herbolarios o por ellas mismas, los cuales se complican por haber quedado restos placentarios, por perforaciones de la matriz, de las vísceras por grandes hemorragias o bien por infecciones, debido a las condiciones desastrosas en que se realizan, y es cuando van a -

parar a los hospitales, si es que antes no mueren.

A muchas personas les parecerá exagerado y tal vez increíble que, a fin de abortar, la mujer se introduzca o le introduzcan en la cavidad uterina, ganchos para tejer, sondas de hule, tijeras, cristales de permanganato y hasta plumas de aves, amén de las infusiones de toda clase de hierbas que les dan a tomar, todo lo cual, en ocasiones, lo único que le produce son perforaciones, quemaduras e infecciones que la afectan para toda la vida y, en muchas otras, le causan la muerte, lo cual es por demás absurdo, ya que de estar permitido el aborto, podían acudir a la clínica de salud que les correspondiera, para que se lo practicaran y salir de ella en perfectas condiciones.

Debemos señalar que el aborto no se practica únicamente en las clases bajas y como consecuencia inexorable de la situación económica en que viven, sino que también en las clases altas, en las que generalmente no se tienen más hijos de los que considera la pareja puede educar, pues en esta clase, la mujer juega otro papel, ya que se trata de mujeres profesionistas, ejecutivas, empresarias o que, por su función social, no consideran que deben tener más hijos, sólo que en estos casos se presenta la gran diferencia; estas mujeres, por sus posibilidades económicas y por su cultura, no se van a exponer a que un lego les practique el aborto, sino que van a un buen hospital, en el cual, con la asepsia debida, se le practica, o

bien, incluso, se van al extranjero a que se les lleve a cabo el aborto, regresan, y nadie se enteró de su conducta, la cual obviamente queda impune.

Como datos estadísticos, citamos la Encuesta Nacional sobre Fecundidad y Salud, realizada en 1987, en la República Mexicana, por la Secretaría de Salud, Subsecretaría de Servicios de Salud, Dirección General de Planificación Familiar.

NUMERO DE ABORTOS CLANDESTINOS ANUALES:

700,000, según los datos del Instituto Mexicano del Seguro Social.

2'000,000, según el estudio realizado por Juan Alberto Herrera, de la Universidad Nacional Autónoma de México.

CARACTERISTICAS DE LA MUJER QUE ABORTA:

65% son casadas

86% son católicas

53% tienen entre 26 y 40 años

68% son de bajo nivel económico

76% dispone de bajos recursos

52% abortan por tener un número excesivo de hijos

27% abortan por su precaria situación económica.

El aborto es la tercera causa de muerte de mujeres.

CARACTERISTICAS DE MUJERES EN EDAD FERTIL:

Edad media: 28.7%

Trabajan: 34.6%

Alguna vez trabajo: 62.6%

Solteras: 32.6%

Unidas libremente: 9.4%

Casadas: 51.4%

Divorciadas: 4.8%

Viudas: 1.7%

Total de mujeres que utilizan métodos anticonceptivos modernos (DIU, hormonales, quirúrgicos): 29%

Total de mujeres que utilizan cualquier método anticonceptivo: 33.9%

Total de mujeres que no utilizan métodos anticonceptivos: 37.1%.

RAZONES PARA NO USAR METODOS ANTICONCEPTIVOS:

No conoce métodos anticonceptivos: 18.5%

Grupo de mujeres de 15 a 24 años.

No está de acuerdo con su uso: 13.4%

Grupo de mujeres de 35 años.

No lo considera necesario: 33.8%

Grupo de mujeres de 35 años.

Temor a efectos colaterales: 10.7%

Grupo de mujeres de 25 a 34 años.

Tuvo efectos colaterales: 5.2%

Grupo de mujeres de 25 a 34 años.

Otras: 11.7%

Grupo de mujeres de 15 a 24 años.

De lo anterior podemos establecer que el aborto es un fenómeno social, que se realiza en todas las clases sociales en forma clandestina; que no es un problema de prostitución, en cuanto que la mayor de las mujeres que abortan son casadas; que las principales causas, son el excesivo número de hijos y la precaria situación económica de la pareja; siendo, por otra parte, notable el porcentaje de mujeres que no conocen métodos anticonceptivos, razón por la cual urge una campaña a nivel nacional y utilizando los principales medios de comunicación, a fin de que todas las mujeres conozcan los anticonceptivos que existen y se les proporcionen gratuitamente por la Secretaría de Salud, o en la clínica a la que pertenezcan; asimismo, debe de existir una educación sexual amplia, desde la escuela primaria, lo cual con el tiempo hará que el aborto caiga en desuso y sólo se utilizará en casos extremos, pues la pareja tendrá pleno conocimiento de qué medidas debe utilizar para evitar el embarazo. Empero, en el momento histórico en que vivimos, debemos de remediar esos - - - 2'000,000 de abortos clandestinos anuales, aunque obviamente son más, en cuanto que no se puede llevar un control de los mismos, y la única solución es permitir el aborto en determinados casos, lo que traerá como colofón que el aborto no sea la tercera causa de muerte de la mujer.

III.- LA LEGISLACION EN MATERIA DE ABORTO.

Es incuestionable que las leyes sobre el aborto, varían mucho en todo el mundo, además de que en diversos países se encuentran en revisión; sin embargo, podemos dividirlas en tres categorías básicas: Las leyes restrictivas, que prohíben en forma total el aborto, limitándolo a los casos en que se considera necesario salvar la vida de la mujer y, ocasionalmente, su salud. Las leyes moderadas admiten el aborto además, en los casos de malformaciones fetales, problemas socio-económicos y la preservación de la salud mental de la mujer, requiriendo en algunas ocasiones, para la obtención del permiso, de un procedimiento escrito. Las leyes liberales, generalmente no restringen el aborto, con excepción de los embarazos avanzados, regulando las circunstancias que deben existir para poderse practicar el aborto.

Las leyes restrictivas tienen aplicación en Europa católica, América Latina, el Medio Oriente y en la mayoría de los países africanos recientemente independizados, así como en algunos países de Asia, como son Pakistán, Indonesia, Tailandia, Taiwan y Corea del Sur.

Las leyes moderadas, las encontramos en los países Escandinavos, un ejemplo palpable es Suecia, cuya ley en la actualidad toma en consideraciones factores socio-económicos; empero, el permiso para abortar se obtiene me-

díante un estudio que realiza una junta oficial, o bien me díante el certificado médico de dos doctores que concuerden en la necesidad del aborto, según el caso de que se trate.

Las leyes liberales del aborto, tienen vigencia - en la URSS, en la mayoría de los países de Europa Oriental, Japón, la India, China, Singapur y los Estados Unidos de Norteamérica. La URSS es la que tiene más experiencia con el aborto liberalizado, desde 1920 hasta 1936, año en que fué restringido nuevamente el aborto, hasta el año de 1955, en que nuevamente liberalizó el aborto, cuyo propósito principal, fue disminuir su práctica ilegal, lo cual se logró en virtud de la facilidad de obtener el aborto clínico. La legalización del aborto en Japón, fue en el año de 1948. La mayor parte de los países de Europa Oriental, permitieron el aborto durante los años cincuenta. En 1971, en la India se promulgó una ley del aborto liberal, con el propósito de sustituir la extensa práctica del aborto ilegal, por el aborto clínico y, probablemente también, para fortalecer el programa nacional de planificación familiar, aunque las facilidades para una tarea de esa naturaleza son restringidas. En China, las mujeres pueden solicitar se les practique el aborto dentro de los primeros tres meses de embarazo, siempre que no hayan tenido un aborto previo en los 12 meses anteriores. En los Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Suprema resolvió en el año de 1973,

que: a) durante los 3 primeros meses de embarazo, la decisión de tener un aborto debe ser tomada por la mujer y su médico; b) durante los seis primeros meses de embarazo, - las leyes del Estado deben regular el procedimiento para - decidir si se practica el aborto, tomando en consideración la salud de la madre; c) en las últimas 10 semanas de embarazo, el Estado puede prohibir el aborto, excepto cuando éste sea necesario para preservar la vida o la salud de la madre.

1.- LEGISLACION EN AMERICA LATINA.- Las leyes - de los diecinueve países latinoamericanos, en materia de - aborto, atendiendo a su rigidez, podemos dividir las en cuatro categorías:

Leyes que prohíben el aborto,

Leyes muy restrictivas,

Leyes restrictivas,

Leyes moderadas.

Leyes que prohíben el aborto.- La legislación de la República Dominicana, Bolivia, Colombia, El Salvador y Panamá, no acepta la práctica del aborto, independientemente de cualquier razón, encontrando como excepción en Colombia, que es circunstancia atenuante que el aborto se haya practicado para salvar el honor.

Leyes muy restrictivas.- Estas leyes consideran la posibilidad de practicar el aborto, cuando el embarazo

pone en riesgo la vida de la madre, legislación que tiene vigencia en Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

Leyes restrictivas.- Autorizan el aborto cuando la vida de la madre corre peligro y cuando el embarazo sea producto de una violación. La legislación de Argentina, - Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Costa Rica, México, Perú, Honduras y Cuba, es de este tipo. Debemos resaltar -- que la legislación de Cuba abarca otras hipótesis en su Artículo 443 del Código de Defensa Social, de 17 de abril de 1936, al establecer: "Está exento de responsabilidad criminal: A) El aborto necesario para salvar la vida de la madre o para evitar un grave daño a su salud. B) El que provocare o llevare a cabo con su anuencia, cuando la gestación hubiere sido ocasionada por haberse cometido sobre la grávida el delito de violación, rapto no seguido de matrimonio o estupro. C) El que se provocare o llevare a cabo con la anuencia de los padres, cuando el propósito -- sea evitar la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa, de carácter grave". Por su parte, el Código Penal de la República Mexicana, además de los casos señalados, establece en el Artículo 333, que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada.

Leyes moderadas.- En América Latina, el único -- país que, a pesar de considerar como delito el aborto, establece que la "angustia económica" es una circunstancia -

que puede atenuar o eximir de pena al agente del delito, - es Uruguay, siempre que el aborto lo practique un médico - dentro de los tres primeros meses de embarazo. Consideramos que es un gran adelanto el que se ha conseguido en materia de aborto en Uruguay; primero, por legislar en relación al aborto por razones de angustia económica y, segundo, porque materialmente se obliga a la mujer a ser atendida por un médico, con lo cual la protege del aborto clandestino que tantas muertes y laceraciones causa; sin embargo, la condena, de manera inevitable a enfrentar un proceso penal.

IV.- PROPUESTA PARA MODIFICAR LA LEGISLACION EN
MATERIA DE ABORTO, A LA REALIDAD DE LA EPO-
CA.

La humanidad ya no puede esperar atada, se ha - -
brincado las trabas que considera injustas y, poco a poco,
pero firmemente, obtiene legislaciones que están menos ape-
gadas a prejuicios arcaicos establecidos y más acordes con
su propio proceder. El concepto moral sobre el aborto, es
tá cambiando. La vida que ya actúa en la sociedad, se im-
pone sobre la que está por llegar. El número de "almas" -
ya no es una preocupación tan grande, como el número de se-
res. La conservación de la especie está más que asegura--
da; lo que se desea, es el mejoramiento de la especie. Ni-
ños que al nacer cuenten con todas las garantías y posibili-
dades de tener una vida fructifera y feliz. No niños ac-
cidentales, que nacen a enfrentar un mundo hostil a ellos.
Se ha afirmado que existe una obligación con relación al -
feto, pero no constituye un deber absoluto, en cuanto se -
advierten otros aspectos imperativos, como salvaguardar la
vida y la salud física de la mujer y, en los casos de vio-
lación e incesto, para proteger a la mujer de un choque --
emocional excesivo, correspondiendo al médico decidir, en
múltiples ocasiones, respecto a la legalidad del aborto. -
Esta situación no puede continuar, la mayor parte de los -
países civilizados en el mundo, es decir, desarrollados, -
van cambiando sus estructuras legislativas respecto al - -

aborto, con base en los fenómenos sociales que se observan, obviamente, a primera vista se dice que aumenta el número de abortos; empero, lo que acontece es que los abortos clandestinos disminuyen, para aumentar los legales, y a medida que se establecen estos cambios, se nota que disminuye el número de abortos.

Así, observamos que Suecia emprende campañas bien organizadas para evitar la concepción y restar presión sobre la necesidad de abortar; tales campañas han logrado bajar el índice de crecimiento demográfico a casi cero; ha llevado hasta sus aulas más elementales la educación sobre el sexo, haciendo que un mayor conocimiento acerca de sus cuerpos, los hagan sentirse más tranquilos.

En toda Europa, el concepto de que el sexo en los humanos no implica forzosamente la fecundación, ha liberado a las mujeres que antes eran consideradas como únicas responsables de sus embarazos y, por tanto, eran presas del "machismo", que las ponía en desventaja.

En la URSS, el Estado se hace cargo de los niños, restando también los motivos para el aborto que pudieran ser de orden económico, lo cual incuestionablemente es un adelanto considerable en la solución del problema y, aún así, establece el derecho de la mujer para determinar por sí misma, si desea o no el embarazo y fija un lapso dentro del cual puede terminar con él, si así lo determina.

El Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, a través de un proceso largo pero firme, va haciendo enmiendas a sus leyes, organizando congresos, simposios, editando libros y, en general, estableciendo la controversia sobre el tema, para llegar justificadamente a una legislación actual mucho más liberal.

Solamente en España y en Italia, donde por la influencia de la religión católica aún se prohíbe no solamente el aborto, sino cualquier propaganda sobre educación sexual y anticonceptivos, continuando vigentes las leyes establecidas prácticamente desde la Edad Media.

En América Latina y particularmente en México, la legislación a este respecto no ha sufrido cambios sustanciales en más de cien años. No obstante que fue revisada en 1931, su filosofía sigue siendo, en esencia, la misma de la Colonia. Su evolución se encuentra atorada por el obstáculo que significa el punto de vista religioso; sin embargo, la ley vigente es inoperante en cuanto que los abortos clandestinos están a la orden del día y quedan impunes; con relación a este fenómeno, es de importancia la siguiente publicación: "Mueren al año 250,000 mujeres por partos sin control médico. Cada año, en América Latina, se registran 5 millones de abortos, mientras que en México se estima que de 1.5 a 2 millones de mujeres que abortan —en condiciones sanitarias deplorables— mueren anualmente alrededor de 250 mil; la mayoría de ellas son mujeres —

casadas y de religión católica. De acuerdo con estudios realizados por la Federación Internacional de Planificación Familiar, la Organización Mundial de la Salud y las organizaciones nacionales feministas, 86 de cada 100 mujeres mexicanas que han abortado se definen como católicas. El doctor Agustín Reynosa, coordinador del Centro del Norte sobre Estudios de la Sexualidad, dijo que el 10 por ciento de las mujeres encuestadas al respecto, reconocieron haber abortado por lo menos una vez. De cada 100 personas inquiridas, 10 se manifestaron a favor de la legislación del aborto, destacando que son mujeres con un nivel educativo de preparatoria o de educación superior las que más se pronuncian a favor de la legalización del aborto. Al respecto comentó el doctor Reynosa que, si la muestra realizada por médicos del IMSS que están elaborando una tesis profesional, se implementa en un universo más amplio, seguramente el problema del aborto resultará más grave. Dijo también que en estudios de organizaciones internacionales de salud, en 39 hospitales de Guatemala, El Salvador, Chile, México, Colombia y Brasil, se encontró que el 60.3 por ciento de las mujeres que abortan, tienen de 20 a 29 años de edad; el 67 por ciento tiene escolaridad de primaria o menos; el 80 por ciento son casadas, el 11 por ciento vive en unión libre y el 72 por ciento había tenido ya cinco o más embarazos. La socióloga Estela Fernández, integrante del Colectivo de Mujeres de Chihuahua, organización que se pronuncia abiertamente a favor de la legaliza-

ción del aborto, estableció las razones feministas en que se fundamenta su posición: 'Por principio —sostuvo— es necesario dejar claro que las feministas no somos abortistas, que no somos partidarias del aborto y que luchamos -- por una sociedad donde no exista este problema, que tanto daña a la mujer. Sin embargo, no se puede ocultar que cada año mueren de 200 mil a 280 mil mujeres mexicanas a causa de los abortos, en la mayoría de los casos aplicados en condiciones anti-higiénicas y por personas no capacitadas. Considerando esta realidad —prosiguió la feminista— creemos que si las mujeres se arriesgan a morir, la decisión -- de abortar obedece a profundas causas sociales, que van -- más allá de las normas morales dictadas por la Iglesia o -- de la ley establecida por la sociedad'".⁽³⁾

La experiencia sensible nos revela que, aún cuando no son pocas las mujeres que emplean métodos anticonceptivos, no se ha llegado a una concepción dirigida; es necesario un enfoque educativo con relación a una maternidad -- planificada, ya que la realidad es que existe una manifiesta ignorancia en cuanto que no se emplean los métodos anticonceptivos adecuados, de tal manera que el número de abortos clandestinos sigue siendo exagerado, a pesar de que en múltiples casos, el aborto se manifiesta como necesario, -- lo que acontece en el terapéutico, en el sentimental, en -- el eugenésico y hasta en aquél por causas económicas; el -- médico lleva al efecto una actividad de suma importancia --

en la problemática del aborto, pero también es necesario - señalar que los abortos ilegales se suscitan por la falta de una legislación idónea al momento en que se vive.

Ciertamente, el aborto es un fenómeno sociológico sumamente arraigado; en ocasiones, como lo hemos señalado, la muerte de la mujer gestante se hace palpable, en virtud de que se recurre a legos en las prácticas abortivas, lo - cual trae aparejada una mayor incidencia y, sin exagerar, - los médicos ayunos de moral se concretan a emitir un certificado de defunción, señalando como causa de la muerte, -- cualquier otra ajena a la práctica abortiva.

De esta manera, me permito proponer un control sobre la natalidad y la planificación familiar que, evidentemente, no será la panacea que solucione de tajo la problemática del aborto clandestino; empero, consideramos que se ría el punto de partida para que, a mediano plazo, desapreciera por completo el aborto clandestino; la pareja tomará conciencia de la planificación familiar y, como consecuencia, iría cayendo en desuso el aborto.

Este programa lo debe llevar a cabo la Secretaría de Salud, en cuanto que estamos frente a un problema de salud pública y, por ende, debe crearse un Organismo que tendrá un Consejo, el cual estará integrado por un representante de la Secretaría de Salud, quien fungirá como presidente y tendrá voto de calidad, por un ginecólogo, un psi-

cólogo, un sociólogo, un trabajador social y un representante del Poder Judicial. Consideramos que lo conveniente sería que existiera una oficina central en la Secretaría de Salud, donde tendría su sede el Consejo, contando con una oficina o delegación de este organismo, en los principales hospitales del ISSSTE, del IMSS, en sus clínicas regionales, en el Hospital General, en el Hospital de la Mujer, en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como en cada Delegación Política, en donde el personal estará integrado por profesionales de la medicina, trabajadoras sociales y por el Ministerio Público, como representante de la sociedad, a fin de que cualquier mujer pueda acudir a solicitar la autorización para abortar, dentro de los tres primeros meses del embarazo, para lo cual deberá llenar una solicitud, en la que se especifique su nombre completo, con la identificación correspondiente, domicilio, el nombre de su pareja, si vive con ella, su edad, estado civil, instrucción, ocupación, sus ingresos, el número de hijos que tiene, si ha abortado, si ha utilizado o no anticonceptivos, el tiempo que tiene de embarazo y la causa que tiene para querer abortar, así como si va a utilizar alguna clínica de la Secretaría de Salud, del ISSSTE, del IMSS, o bien si va a ser atendida por un médico particular; en este caso, deberá dar el nombre del médico y el hospital en que se le va a practicar el aborto, a fin de que, en caso de que se autorice, se indiquen estos datos. Se deberá llevar un control detallado de las mujeres a las

que se les autorice el aborto, lo cual en la actualidad no es complicado, debido al uso de las computadoras.

Habiéndose presentado la solicitud, se someterá a la interesada a un examen médico y de inmediato se comisionará a una trabajadora social, a fin de que lleve a cabo - un estudio socio-económico de la solicitante, el cual deberá enterar en un plazo de 48 horas; con el resultado de este estudio, del examen médico y con la solicitud, se dará vista al Ministerio Público, para que, en el término de 24 horas, la desahogue; de no haber oposición por parte de la Representación Social, la autorización se dará de inmediato; en caso de oposición, el Ministerio Público deberá fundarla y motivarla conforme a derecho, a fin de que se turne el caso al Consejo del Organismo, el cual resolverá en un plazo de 72 horas.

Una vez practicado el aborto, el médico de la institución pública o particular que lo haya practicado, dará aviso al Organismo de la Secretaría de Salud a fin de que se hagan las anotaciones necesarias. No se autorizará a una mujer a abortar más de una ocasión en un año; esta medida tendría como fin el cuidar la salud de la mujer, haciendo de su conocimiento el deterioro que sufre su salud con motivo de un aborto, y asimismo la pareja tomará las precauciones debidas para no concebir, si así lo desean.

Es indiscutible que este programa de autorización

del aborto, debe estar complementado con una intensa campaña nacional permanente de planificación familiar, por medio de la cual se dé una orientación sexual, haciéndose -- del conocimiento de toda la población en general los medios anticonceptivos que existen, a través de los medios de comunicación con que contamos, haciendo uso de horas -- efectivas en los canales de televisión y en las estaciones de radio, con reportajes que hablen sobre las medidas adecuadas para evitar el embarazo, las ventajas que tiene la pareja, cuando planifica su familia, a fin de que se tome conciencia de la realidad en que se vive y los cambios que se necesitan, para que los niños y jóvenes, que son la mayoría de nuestro país, entiendan que es necesario el control de la natalidad, para evitar los hijos no deseados y como consecuencia de ello, el niño maltratado, que día con día está aumentando. Es necesario reconocer que el Estado ya está vislumbrando esta problemática y consideramos que es positiva la campaña televisiva de "ya somos muchos, no nos hagamos más", aún cuando le falta difusión, en virtud de que es muy esporádica.

Como colofón de este trabajo, estimamos necesario que el Título Décimo Noveno, denominado "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL:", en su Capítulo VI, intitulado "ABORTO", se modifique en sus Artículos 331 y 333, en los siguientes términos:

ART. 331.- Si el aborto lo causare un profesio--

nal de la medicina, además de las sanciones que le corresponden conforme al Artículo anterior, se le suspenderá de 2 a 5 años en el ejercicio de su profesión..

ART. 333.- No es punible el aborto eugenésico, - el causado sólo por culpa de la mujer embarazada, cuando - sea sin representación, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

No es punible el aborto por motivos socio-económicos, practicado dentro de los 3 meses de embarazo, en clínicas del sector público o privado, autorizado por el Organismo de la Secretaría de Salud.

El presente estudio en manera alguna pretende dar a conocer algo novedoso, en cuanto que el problema ha existido desde hace siglos, sólo que ha ido creciendo y, en la actualidad, está materialmente ahogando a la mujer; todos lo sabemos, tenemos conocimiento de los resultados funestos, pero nadie hace algo por evitarlo, pensando como buen ciudadano de un país en subdesarrollo "para qué me preocupo o digo algo, nadie me va a hacer caso, qué pensarán de mí si hablo del aborto y, si lo hago, no voy a resolver nada", sin darse cuenta que la mayoría de las veces, las causas del aborto existen en la propia familia, es decir, el exceso de hijos, una situación precaria, o bien, el no entendimiento entre la pareja. Es evidente que tampoco vamos a dar las soluciones definitivas; empero, si se desea

contribuir a crear un poco de inquietud entre las personas que lleguen a leer este estudio, a fin de que con mayores conocimientos algunos, con diversas soluciones otros y con las relaciones necesarias otros más, se llegue a implantar este cambio en la legislación del delito de aborto, a fin de que el nacimiento de un nuevo ser sea la alegría o preocupación exclusiva de sus padres, ya que son únicamente -- ellos quienes deben decidir si su unión debe dar una nueva vida o no, y de esta forma ese niño, al nacer, tendrá sus cuidados y atenciones y sobre todo el respeto como ser humano que es, sin restricciones económicas y con la posibilidad de una educación adecuada.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Cit. por Luis Jiménez de Asúa, Libertad de Amar y Derecho a Morir, págs. 190 y 191. Séptima edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- (2) Idem, pág. 191.
- (3) Periódico "El Sol de México", Primera Sección, -- pág. 1, de 16 de febrero de 1989.

"Cuando en una mañana se hayan barrido las trabas que ahora nos ligan a convencionalismos formalistas, el mejoramiento de la especie humana se cumplirá automáticamente"

LUIS JIMENEZ DE ASUA.

C O N C L U S I O N E S

1.- Es indiscutible que el aborto es un problema social en todo el mundo; en México, las estadísticas nos indican que más de 2'000,000 de mujeres al año, abortan en forma clandestina.

2.- En la antigüedad se consideraba al feto como parte de la mujer gestante, como una víscera y, por ello, únicamente le pertenecía a ella, por lo cual era la única que podía determinar si abortaba o nó. En Grecia, el aborto constituía una de las bases que mantenían el equilibrio demográfico, con lo cual estuvieron de acuerdo grandes filósofos como Aristóteles, Sócrates, Platón.

3.- Propiamente es en la Era Cristiana, cuando se empieza a castigar el aborto, haciéndose la distinción entre feto inanimado y feto animado; en la Edad Media, su represión quedó reservada a la Iglesia.

4.- En la época precolonial, el Derecho Penal Azteca y el Maya, consideraban el aborto como delito, castigándolo con pena de muerte.

5.- En Francia no se distinguía entre feto inanimado y feto animado, y se castigó con la pena capital, situación que prevaleció durante varios siglos, incluso hasta la Ley de 15 de febrero de 1942; sin embargo, en la actualidad es uno de los países que se ha manifestado a fa--

vor del aborto y su legislación permite la suspensión del embarazo por la sola solicitud de la gestante.

6.- Nos inclinamos por la existencia de los presupuestos de la conducta o hecho, que son aquellas cuestiones jurídicas o materiales, previas a la ejecución del hecho. El delito de aborto requiere de un presupuesto de orden material, que se traduce en el embarazo.

7.- El elemento objetivo del delito que denominamos conducta o hecho, se puede presentar en el ilícito de aborto, mediante una acción, o bien mediante una omisión impropia; en orden a la conducta, es un delito unisubsistente, plurisubsistente, monosubjetivo (aborto procurado), plurisubjetivo (aborto consentido); en cuanto al resultado, se trata de un delito instantáneo, material y de daño; por lo que hace al tipo, es fundamental o básico, autónomo, normal, de formulación libre.

8.- La culpabilidad es el juicio de reproche que repercute en el hecho antijurídico del cual tiene conocimiento el agente del delito. El aborto en diversas hipótesis se presenta indudablemente a través de la primera forma de culpabilidad, o sea, del dolo; la culpa se puede presentar en el delito de aborto; sin embargo, nuestro código establece una excusa absolutoria en caso de aborto culposo. La preterintencionalidad, únicamente se presentaría en el caso de que se causaran lesiones a la mujer embarazada

da, sabiendo su estado, y a consecuencia de las mismas se produjera el aborto.

9.- Como causas de ausencia de conducta, pueden presentarse en el delito de aborto, la vis absoluta, la -- vis maior, los movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo; en tanto que, respecto de la inimputabilidad, operan: la minoría de edad, el trastorno mental, así como la imputabilidad disminuida.

10.- En cuanto a la inculpabilidad, se presenta el error de tipo y el error de prohibición indirecto. No puede operar la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que los bienes en conflicto en ningún momento serán del mismo valor, por lo cual estamos contra el parecer de LUIS JIMENEZ DE ASUA, CELESTINO PORTE PETIT y FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, excepción hecha del encubrimiento entre parientes, en el delito de aborto consentido sin móviles de honor. Como excusa absolutoria, tenemos el aborto culposo y el aborto por causas sentimentales.

11.- En el delito de aborto (doloso), se presentan la tentativa inacabada, como la acabada. Respecto del concurso de delitos, tiene operancia el concurso real delictual, el cual puede ser homogéneo y heterogéneo, así como el concurso ideal delictual, el cual será heterogéneo.

12.- En cuanto al concurso de personas en el delito, tiene cabida el concurso necesario, en el aborto con

sentido, y el concurso eventual o contingente, en relación al aborto procurado y sufrido. Desde el punto de vista de las formas de participación, advertimos que en el delito de aborto consentido, sufrido, eugenésico, por causas sentimentales y por causas económicas, operan: la autoría, coautoría, complicidad, instigación y el delito de encubrimiento; en tanto que en el delito de aborto procurado, se presenta la autoría, instigación y el delito de encubrimiento, si no operan móviles de honor; finalmente, en el aborto procurado honoris causa, sólo tiene cabida la autoría.

13.- El elemento esencial objetivo en el delito de aborto consentido, se traduce en la acción y la omisión impropia, es unisubsistente o plurisubsistente; en cuanto al resultado, es instantáneo, material y de daño, es un delito de participación necesaria; se clasifica en orden al tipo en fundamental, autónomo, de formulación libre, normal, acumulativamente formado; en cuanto a los elementos del tipo, se requiere cuando menos de 2 sujetos activos; en la especie se identifican el sujeto pasivo y el objeto material en el feto, y el objeto jurídico es la vida del feto. En el aborto consentido, es precisamente el consentimiento que da la mujer grávida para que se le practiquen maniobras abortivas, el que da realce al elemento de valoración. Es evidente que los sujetos activos deben tener capacidad intelectual y volitiva. Como forma de culpabili

dad, sólo puede presentarse el dolo. Este aborto puede -- llevarse a cabo con o sin móviles de honor. Por lo que ha ce a la inexistencia del delito, como causas de ausencia - de conducta, encontramos la vis absoluta, la vis maior, -- los movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo y el - hipnotismo; se puede presentar la atipicidad por falta de objeto material o por falta de objeto jurídico; como causa de licitud, tiene operancia el estado de necesidad, cuya - hipótesis se encuentra plasmada en el Artículo 334 del Có- digo Penal; la minoría de edad, el trastorno mental y la - imputabilidad disminuída, son causas de inimputabilidad; - la inculpabilidad tiene cabida a través del error de tipo y el error de prohibición indirecto; como excusa absoluto- ria, tenemos el aborto por causas sentimentales. Puede -- presentarse la tentativa inacabada, como la acabada, así - como el concurso real e ideal de delitos; se observa un -- concurso necesario de personas y, en cuanto a las clases, - tiene lugar la coautoría, autoría intelectual, complicidad y encubrimiento, pero éste sólo respecto al aborto consen- tido sin móviles de honor.

14.- Aborto procurado o autoaborto, es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez, llevada a cabo por la mujer grávida en ella misma. El presupuesto material en esta clase de aborto, como en - todos, es el embarazo. La conducta o hecho se traducen en la acción o en la omisión impropia; es un delito unisubsis

tente o plurisubsistente; en orden al resultado es instantáneo, material y de daño, es un delito monosubjetivo; es un tipo fundamental o básico, autónomo, de formulación libre, normal; el sujeto activo sólo puede ser la mujer grávida, por lo cual es un delito propio o exclusivo; el sujeto pasivo se identifica con el objeto material, o sea, con el feto, el objeto jurídico es la vida del producto de la concepción. La mujer embarazada debe ser imputable y, como forma de culpabilidad, opera el dolo; este aborto puede realizarse con o sin móviles de honor. Como hipótesis de ausencia de conducta, tenemos la vis absoluta, vis maior, movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo; como causas de atipicidad, tenemos la falta de objeto material o de objeto jurídico; como hipótesis de licitud se presenta el estado de necesidad; la inimputabilidad tiene lugar a través de la minoría de edad, del trastorno mental o de la imputabilidad disminuida. Encontramos como aspecto negativo de la culpabilidad, el error de tipo y el error de prohibición indirecto. Como excusa absolutoria, tenemos el aborto por causas sentimentales a que se refiere el Artículo 333 del Código Penal. Se puede presentar la tentativa inacabada y la acabada, así como el concurso de delitos real e ideal, es un delito monosubjetivo; las clases de participación tienen cabida, son la autoría, la instigación y el encubrimiento; finalmente, en el aborto procurado con móviles de honor, sólo se presenta la autoría.

15.- Aborto sufrido es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, sin o contra el consentimiento de la mujer embarazada. Las formas de conducta o hecho que se presentan, son la acción y la omisión impropia, cuando el aborto sufrido es sin violencia y cuando es con violencia, sólo opera la acción; es un delito unisubsistente y plurisubsistente; es instantáneo, material y de daño, fundamental o básico, en el aborto sufrido sin violencia y complementado cualificado cuando se lleva a cabo con violencia; de formulación libre, normal.- El bien jurídico protegido en este aborto, es la vida del producto y el derecho a la maternidad; el objeto material es la mujer embarazada y el producto de la concepción, los cuales se identifican con el sujeto pasivo, el sujeto activo puede ser cualquier persona. La culpabilidad se presenta únicamente dolosa. En cuanto al aspecto negativo del aborto sufrido, operan las mismas causas que en el aborto procurado, con excepción de que la atipicidad tiene lugar por falta de objeto jurídico, objeto material y por existir consentimiento. En cuanto a la tentativa, funciona la inacabada, como la acabada; asimismo, se puede presentar el concurso real e ideal de delitos y la participación es eventual o contingente; como clases de participación tenemos la autoría, la coautoría y el encubrimiento.

16.- El aborto se presenta en todas las clases sociales, sólo que las mujeres de la clase económicamente

alta, no tienen problemas para que se lo practiquen, pues aún cuando sea en forma clandestina, lo lleva a cabo un médico, en una clínica, sin ningún riesgo para su salud o su vida.

17.- La miseria en que vive la mayoría de los hogares, es razón suficiente para no desear la llegada de un nuevo ser; por ello, es absurdo obligar a la mujer a tener un hijo que no desea, en virtud de que no tiene los medios necesarios para su cuidado, manutención y educación, o - - bien, por tener problemas con su pareja, hijo que será producto de un error, de un descuido o, simplemente, se debe a la ineficiencia del anticonceptivo usado.

18.- Consideramos inhumano que la mujer debe acudir al aborto clandestino, exponiendo su vida y la estabilidad de su familia, recurriendo a parteras empíricas y hechiceras, quienes les introducen en la cavidad uterina, -- ganchos para tejer, sondas, tijeras y hasta plumas de aves, amén de las infusiones que les dan a tomar; lo que trae como colofón infinidad de enfermedades y, en muchas ocasiones, hasta la muerte, todo lo cual no ocurriría, si se permitiera, en determinados casos, el aborto.

19.- Es necesario adecuar la legislación al momento histórico en que vivimos, cuyo punto de partida debe ser un programa de planificación familiar a nivel nacional, el cual debe estar a cargo de la Secretaría de Salud,

a través de una campaña en los medios de comunicación con que contamos, haciendo uso de horas efectivas en los canales de televisión, a fin de que a mediano plazo se logre una educación sexual adecuada en toda nuestra población, a fin de que tenga conciencia de las ventajas que tiene la pareja cuando planifica su familia, así como pleno conocimiento de los anticonceptivos que existen, los cuales estarán a su alcance, todo lo cual evitará hijos no deseados y, por ende, niños maltratados, lo cual consideramos es a todas luces prioritario.

20.- Concomitante a lo anterior, la Secretaría de Salud debe crear un organismo que contará con un Consejo que estará integrado por un representante de la Secretaría de Salud, quien fungirá como presidente, por un ginecólogo, un genetista, un psicólogo, un sociólogo, un trabajador social y un representante del Poder Judicial; las oficinas centrales se instalarían en la Secretaría de Salud, en donde se llevaría el control computarizado de las mujeres a las que se ha autorizado el aborto; en los hospitales y oficinas públicas señaladas, se establecerían las delegaciones, cuyo personal estaría integrado por profesionales de la medicina, trabajadores sociales y por la Representación Social, oficinas a las que podrá acudir la mujer a fin de que se le autorice el aborto, dentro de los tres primeros meses de embarazo, debiendo llenar una solicitud con sus datos generales y el motivo de tal decisión, a la

cual se le dará trámite de inmediato, turnándose a una trabajadora social, para que lleve a cabo un estudio socio-económico, en tanto que el médico le practica un examen a la solicitante; con los dos resultados se dará vista al Ministerio Público por el término de 24 horas; de no haber oposición de esta institución, la autorización se dará de inmediato, indicándose la clínica del sector público en que se llevará a cabo o, en su caso, el nombre del médico y de la clínica del sector privado que indique la solicitante; en caso contrario, tal oposición deberá estar fundada y motivada y el caso se turnará al Consejo del citado Organismo, quien resolverá en un plazo de 72 horas.

21.- El Artículo 331 del Código Penal, debe reformarse en los siguientes términos: "Si el aborto lo causare un profesional de la medicina, además de las sanciones que le correspondan conforme al Artículo anterior, se le suspenderá de 2 a 5 años en el ejercicio de su profesión".

22.- En tanto que el Artículo 333 quedaría en la siguiente forma: "No es punible el aborto eugenésico; el causado sólo por culpa de la mujer embarazada, cuando sea sin representación, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.- No es punible el aborto por motivos socio-económicos, practicado dentro de los 3 meses de embarazo, en clínicas del sector público o privado, autorizado por el Organismo de la Secretaría de Salud".

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

- ALIMENA, Bernardino. Principios de Derecho Penal, Madrid, 1916.
- ALTAVILLA, Enrico. La Culpa. Editorial Temis, Bogotá, -- 1954.
- ANTOLISEI, Francesco. La Acción y el Resultado en el Delito. Editorial Jurídica Mexicana, México, - -- 1959.
Manual de Derecho Penal, Editorial Uteha, -- Buenos Aires, 1960.
- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1978.
Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1984. Delito y Punibilidad, 1a. edición. Editorial Cívitas, S. A., Madrid, España, -- 1983.
- BELING, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-tipo. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- BONESANO, César, Marqués de Beccaria. Tratado de los Delitos y de las Penas. 1a. edición facsimilar.-- Editorial Porrúa, S. A., México, 1982.
- BUSTOS Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español. - Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1984.

- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis, Bogotá, 1954.
Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o - del Grado en la Fuerza Física del Delito. 2a. Edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid, - 1926.
- CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, 1a. edición. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959.
- CORDOBA Roda, Juan. Comentarios al Código Penal, 1a. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1978.
El Conocimiento de la Antijuridicidad en la -- Teoría del Delito. Bosch, Casa Editorial, -- Barcelona, 1962.
Culpabilidad y Pena, Bosch, Casa Editorial, -- S. A., Barcelona, 1977.
Las Eximentes Incompletas en el Código Penal. - Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966.
- CUELLO Calón, Eugenio. Tres Temas Penales (El aborto criminal. El problema de la eutanasia. Aspecto Penal de la fecundación artificial), Bosch, - Casa Editorial, Barcelona, 1955.
Derecho Penal, 9a. edición, Editora Nacional, - México, 1970.
- DIAZ del Castillo, Bernal. Historia Verdadera de la Con-- quista de la Nueva España. Editorial Patria, - S. A. de C. V., México, 1983.
- DIAZ Palos, Fernando. La Legítima Defensa. Bosch, Casa - Editorial, Barcelona, 1971.
Teoría General de la Imputabilidad. Bosch, Ca - sa Editorial, Barcelona, 1965.

- DORADO Montero, Pedro. Bases para un Nuevo Derecho Penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.
- FARRELL Martín, Diego. La Etica del Aborto y la Eutanasia. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- FRIAS Caballero, Jorge. Imputabilidad Penal. Editorial - Ediar, S. A., Buenos Aires, 1981.
- GALLAS, Wilhelm. La Teoría del Delito en su Momento Actual. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959.
- GARCIA Marín, José María. El Aborto Criminal en la Legislación y la Doctrina. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980.
- GIMBERNAT Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho Penal. - la edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1976.
Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad. Editorial Reus, S. A., Madrid, 1966.
- GOMEZ Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. - la edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1984.
- GRAF Zu Dohna, Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
La Ilícitud, como Característica General en el Contenido de las Acciones Punibles, la edición. Editorial Jurídica Mexicana, México, - 1959.
- GRISPIGNI, Filippo. Derecho Penal Italiano. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.

- JIMENEZ De Asúa, Luis. La Ley y el Delito. 8a. edición, -
Editorial Sudamericana, S. A., Buenos Aires, -
1978.
Libertad de Amar y Derecho a Morir, 7a. edi- -
ción.- Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- JIMENEZ Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, 5a. edi-
ción. Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
La Tipicidad. Editorial Porrúa, S. A., Méxi-
co, 1955.
La Antijuridicidad. Editorial UNAM, México, -
1963.
- LANDROVE Díaz, Gerardo. Política Criminal del Aborto. --
Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976.
- LENERO, Luis. La Familia. Asociación Nacional de Univer-
sidades e Institutos de Enseñanza Superior. -
México, 1976.
- LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, 3a. edición.-
Instituto Editorial Reus, Madrid.
- LUTGER, Hans. Medicina y Derecho Penal. Editoriales de
Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis, Bo-
gotá, 1954.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Editorial -
Diar, S. A., Buenos Aires, 1949.
- MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Ediciones -
Ariel, S. A., Barcelona, 1962.
- MENDIETA y Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial. 4a. edi-
ción, Editorial Porrúa, S. A., México, 1981.

- MENDOZA, José Rafael. Curso de Derecho Penal Venezolano.- Caracas, 1964.
- MEZGER, Edmund. Derecho Penal, libro de estudio. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1985.
- MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial La Española Moderna.
- MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis, S. A., Bogotá, 1984.
- NAVARRO García, Raúl. La Culpa, Segunda Forma de la Culpa bilitad. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 10o. aniversario, México, 1986.
- NOGUERA, Joaquín. Moral, Eugenesia y Derecho. 1a. edición, Editor Javier Morata, Madrid, 1930.
- NOVOA Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. - Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960.
- PAVON Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, 5a. edición, Editorial Porrúa, S. A., - México, 1982.
- PELOSSI, Dener N., Problemática en el Delito de Aborto e - Infanticidio. Ediciones Lerner, Buenos Aires -Córdoba, 1976.
- PETROCELLI, Biagio. La Antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.
- PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la par Apuntamientos de la Parte General de Derecho - Penal. Editorial Porrúa, S. A., 11a. edición. México, 1987.

- Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y -
la Salud Personal. 8a. edición, Editorial Porrúa,
S. A., México, 1985.
- Programa de la Parte General del Derecho Penal,
1a. edición. Universidad Nacional Autónoma de
México, 1958.
- RANIERI, Silvio. Manuale di Diritto Penal. Padova, 1952.
- RODRIGUEZ Devesa, José María. Derecho Penal Español. 7a.
edición, Madrid, 1977.
- RODRIGUEZ Mourullo, Gonzalo. Derecho Penal, Parte General,
1a. reimpresión. Editorial Civitas, S. A., -
Madrid, 1978.
- SAINZ Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Bosch,
Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1979.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial - -
Tea, Buenos Aires, 1951.
- STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal, Parte General. Edi-
toriales de Derecho Reunidas, S. A.
- TABIO, Evelio. Comentarios al Código de Defensa Social. -
La Habana, 1949.
- VELA Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. 1a.
edición. Editorial Trillas, S. A. de C. V., -
México, 1985.
- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 4a. edición,
Editorial Porrúa, S. A., México, 1983.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. 11a. edición, Editó-
rial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, - -
1976.

WESSELS, Johannes. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Teoría del Delito. Editorial -- Ediar, Buenos Aires, 1973.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1977.

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Joaquín Escriche, Editorial Manuel Porrúa, S. A. México, 1979.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 19a. edición. Madrid, - España, 1970.

LA SAGRADA BIBLIA, Selecciones del Reader's Digest. México, 1985.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	5
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ABORTO	6
I.- EL ABORTO EN LA ANTIGUEDAD	6
1.- EGIPTO	7
2.- ANTIGUO TESTAMENTO	7
3.- GRECIA	8
4.- ROMA	9
II.- DERECHO CANONICO	12
III.- DERECHO ROMANO-GERMANICO	14
IV.- EDAD MEDIA	16
V.- EL ABORTO EN AMERICA	18
1.- DERECHO PRECOLOMBINO	18
A) DERECHO PENAL AZTECA	18
B) DERECHO PENAL INCAICO	18
2.- EL DERECHO PENAL EN LA EPOCA DE LA CO LONIA	19
VI.- EPOCA ACTUAL	20
VII.- REFLEXION DE LOS ANTECEDENTES	23
ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ABORTO	27
CAPITULO SEGUNDO	28
EXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO	29
I.- DE LOS PRESUPUESTOS	29
II.- EL PRESUPUESTO EN EL DELITO DE ABORTO	31

	Pág.
III.- TEORIAS QUE ESTRUCTURAN EL DELITO	32
IV.- EL ELEMENTO OBJETIVO ESPECIAL O ESPECIFICO EN EL DELITO DE ABORTO	35
1.- FORMAS DE LA CONDUCTA	36
A) ACCION	36
B) OMISION	37
a) OMISION PROPIA	38
b) OMISION IMPROPIA	38
2.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA	39
3.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO	41
V.- TIPO-TIPICIDAD COMO CORRELATIVO AL DELITO DE ABORTO	44
1.- CLASIFICACION DEL DELITO DE ABORTO - EN ORDEN AL TIPO	47
VI.- ANTIJURIDICIDAD	52
VII.- IMPUTABILIDAD	56
VIII.- CULPABILIDAD	60
1.- TEORIA PSICOLOGISTA	61
2.- TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.	63
3.- TEORIA FINALISTA	65
4.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD	68
5.- FORMAS DE CULPABILIDAD	68
A) DOLO	69
B) CULPA	71
a) NEGLIGENCIA	73

	Pág.
b) IMPRUDENCIA	73
c) IMPERICIA	74
d) CLASES DE CULPA	74
c) PRETERINTENCIONALIDAD	76
IX.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD . . .	79
X.- PUNIBILIDAD.	82
CAPITULO TERCERO	89
INEXISTENCIA DEL DELITO DE ABORTO	90
I.- AUSENCIA DE CONDUCTA	91
1.- VIS ABSOLUTA	92
2.- VIS MAIOR	92
3.- MOVIMIENTOS REFLEJOS	93
4.- MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS	95
5.- SUEÑO	96
6.- SONAMBULISMO	97
7.- HIPNOTISMO	98
II.- ATIPICIDAD	104
III.- CAUSAS DE LICITUD	108
1.- LEGÍTIMA DEFENSA	111
2.- ESTADO DE NECESIDAD	113
A) ABORTO NECESARIO	113
3.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	116
4.- EJERCICIO DE UN DERECHO	118
5.- IMPEDIMENTO LEGÍTIMO	119

	Pág.
IV.- INIMPUTABILIDAD	122
1.- MINORIA DE EDAD	124
2.- TRASTORNO MENTAL	126
3.- INIMPUTABILIDAD DISMINUIDA	127
4.- MIEDO GRAVE	129
V.- INCULPABILIDAD	133
1.- ERROR DE DERECHO	136
2.- ERROR DE HECHO	136
A) ERROR DE HECHO ESENCIAL	138
B) ERROR DE HECHO INESENCIAL O ACCI DENTAL	138
3.- LA TEORIA DEL ERROR EN LA ACTUALIDAD	139
A) ERROR DE TIPO	141
B) ERROR DE PROHIBICION	143
4.- LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.	145
VI.- AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNI BILIDAD	149
VII.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS	150
CAPITULO CUARTO	160
LA SEGUNDA ESFERA DEL DELITO CORRELATIVO AL DELITO DE ABORTO	161
I.- ITER CRIMINIS	161
A) INTERNA	162
B) EXTERNA	162
II.- CONCURSO DE DELITOS	165
1) CONCURSO REAL	165

	Pág.
2) CONCURSO IDEAL	168
III.- CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO	171
1.- FORMAS DE PARTICIPACION	172
A) CONCURSO NECESARIO	172
B) CONCURSO EVENTUAL O CONTINGENTE	173
2.- CLASES O GRADOS DE PARTICIPACION	174
A) AUTORIA	175
B) COAUTORIA	175
C) COMPLICIDAD	176
D) INSTIGACION	176
E) ENCUBRIMIENTO	177
CAPITULO QUINTO	180
CLASES DE ABORTO, SUMA Y ANALISIS	181
I.- ABORTO CONSENTIDO	181
CONDUCTA O HECHO	183
TIPICIDAD	184
a) SUJETO ACTIVO	186
b) SUJETO PASIVO	187
c) OBJETO JURIDICO	187
ANTI JURIDICIDAD	187
IMPUTABILIDAD	188
CULPABILIDAD	189
PUNIBILIDAD	189
AUSENCIA DE LA CONDUCTA O HECHO	190

	Pág.
ATIPICIDAD	191
CAUSAS DE LICITUD	192
INIMPUTABILIDAD	194
INCUPLABILIDAD	195
AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNI- BILIDAD	195
CONCURSO DE DELITOS	196
CONCURSO DE PERSONAS	196
II.- ABORTO PROCURADO (AUTOABORTO)	198
III.- ABORTO SUFRIDO	201
IV.- ABORTO EUGENESICO	203
V.- ABORTO CULPOSO	206
VI.- ABORTO POR CAUSAS ECONOMICAS	208
CAPITULO SEXTO	215
FACTORES SOCIALES DEL DELITO DE ABORTO	216
I.- EL ABORTO COMO PRACTICA UNIVERSAL	216
II.- LOS ABORTOS CLANDESTINOS	222
III.- LA LEGISLACION EN MATERIA DE ABORTO	228
1.- LEGISLACION EN AMERICA LATINA	230
IV.- PROPUESTA PARA MODIFICAR LA LEGISLACION EN MATERIA DE ABORTO, A LA REALIDAD DE LA - - EPOCA	233
CONCLUSIONES	245
BIBLIOGRAFIA	255