

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL ABORTO
"ESTUDIO DOGMATICO"

TESIS

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
presenta.

JESUS JOAQUIN WALS PLASENCIA.

MEXICO, D.F.

1972



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.

A mis padres,
Con gran cariño y agradecimiento
JESUS F. WALS HERRERA,
Y
PILAR P. WALS.
quienes han sabido impulsarme
en el camino de la vida.

A mis queridos Hermanos :

María del Pilar

Sergio Ramón

Miguel Angel

José Luis.

A mi Abuela

Cristina C. Vda. de Plasencia.

Al Sr. Lic. Dn. Fernando Castellanos Tena,
eminente catedrático en esta casa de estu
dios, como un agradecimiento por los con-
sejos y orientaciones recibidas.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS.

P R O L O G O

El delito de Aborto, tema de permanente interés entre los investigadores de la Ciencia Jurídica, en los legislador y en general en todos los estudios del derecho, presentándose como un problema latente en todas las épocas y pueblos del mundo, - Toda vez que históricamente se ha manifestado como un inquietante problema, pues este y su reglamentación han tenido influencias casi determinantes en las diferentes capas sociales.

Es por eso que su regulación requiere de una atinada política criminal, su estructura jurídica debe estar sujeta a nuestra realidad económica y social.

En la actualidad con el avance de la ciencia médica, la práctica del Delito de Aborto es de realización menos frecuente que en épocas pasadas; - sin que por esto deje de existir gran número de -- personas que solicitan o proporcionan los medios -- necesarios para la realización del mismo.

En vista de todo lo anteriormente expuesto -- vemos que nuestro actual legislador ha asimilado -- lo positivo de las anteriores codificaciones relativas a la materia, y, en forma atinada ha tratado de regular los tipos y su correspondiente penalidad teniendo en cuenta la participación del sujeto o sujetos que intervienen en la realización y cir-

cunstancias peculiares al caso.

Concretamente nuestro Código Penal vigente - lo regula en su capítulo sexto artículo 329 como : Aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez.

EL ABORTO
" ESTUDIO DOGMATICO "

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ABORTO.

- a).- DERECHO ROMANO
- b).- DERECHO PENAL AZTECA
- c).- DERECHO PENAL INCAICO
- d).- DERECHO CANONICO.

CAPITULO II.

EL ABORTO EN IBEROAMERICA Y EN MEXICO CONTEMPORANEO

- a).- DERECHO PENAL IBEROAMERICANO
- b).- DIFERENTES CLASES DE ABORTO
- c).- ESTUDIO DEL ABORTO EN LOS CODIGOS
PENALES DE 1871, 1929 y 1931.

CAPITULO III.

DOGMATICA DEL DELITO DE ABORTO.

- a).- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA
- b).- TIPO, TIPICIDAD Y ANTIPICIDAD EN EL DELITO
DE ABORTO
- c).- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION
- d).- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD (CON LA IMPUTA-
BILIDAD Y SU AUSENCIA).
- e).- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.
- f).- ITER CRIMINIS Y LA PARTICIPACION.

ANTECEDENTES HISTORICOS

El problema del Aborto se ha tratado en conferencias Internacionales, se discute en congresos científicos, se polemiza en obras motivándose diversidad de opiniones y de es cuelas, se incluye en diversas legislaciones, se desarrolla en obras científicas y aún en folletos de uso corriente. Es un problema - que afecta por igual al humilde que a la clase Rica.

A.- DERECHO ROMANO

Derecho Penal Romano.

Según el autor MOMMSEN⁽¹⁾ el Aborto fue considerado entre los Romanos como una grave inmoralidad y solo se le permitía al marido respecto de su mujer. Ni en la época Republicana ni en los primeros tiempos del imperio, fue calificada dicha acción como delito, hasta la época de Severo, no se le sometió a sanción penal y entonces se hizo así, de hecho, por modo "extraordimen" aunque invocando para ello la ley contra el envenenamiento la pena que se imponía era la de confinación y destierro, salvo el caso en que el Aborto hubiese originado la muerte de la mujer, pues entonces se llegaba hasta la pena capital. Según otros autores, se reconocía, a la mujer el derecho a disponer de su integridad física y por tanto, el Aborto cometido por ella era impune, salvo si lo fuere contra la voluntad del marido. El examen de estos y otras fuentes que la extensión de este trabajo impide detallar, permite, dada la estrecha concepción entre este delito y ciertos usos y exigencias sociales de muy diversa índole, conjeturar que el Aborto entre los Romanos era un delito de escaso relieve, cuya comisión afectaba más bien intereses individuales que los de la comunidad. Esta concepción individualista, es expresión de la organización social y económica, de

(1) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. (EXTRACTO).

su Derecho en general y de su sistema penal en particular. Con modificaciones, esta concepción, individualista para las prácticas y también para las legislaciones medievales. Desde su origen y en toda su evolución histórica, Aborto y homicidio han sido siempre generalmente estimados como dos delitos relacionados, aunque esencialmente diferentes, siendo menos grave el primero que el segundo. El hecho que en algunos supuestos de índole extrema muerte de la madre se aplicará al aborto la pena capital, no contradice sino que confirma la conclusión indicada. En todo caso, es doble afirmar que su evolución hacia una figura delictiva con propias características, implica una mayor gravedad de las sanciones penales aplicables a dicho delito.

En el Derecho Penal Azteca⁽²⁾ el Aborto era castigado, con la muerte que se aplicaba tanto a la mujer como al que contribuía. Las fuentes consultadas permiten conjeturar que a diferencia del Derecho Romano, en el Azteca el Aborto era un delito que afectaba los intereses de la comunidad. La severa y única penalidad indicada, que corresponde a la crueldad y severidad penal azteca, a su vez expresión de la organización social de los Aztecas, debe ser interpretada en relación con otros datos antinentes a dicha organización. Tales datos que confirman la conclusión indicada, son :

A).- El fuerte sentido de comunidad de la organización azteca, fué visible en otras ciudades.

B).- El respeto que la mujer embarazada merecía y que según se atestigua, fué entre otras cosas, por el hecho que la que moría al dar a luz gozaba del favor de determinados dioses.

C).- La importancia que todo nacimiento tenía por el gran ceremonial que se acompañaba.

(2) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (EXTRACTO).

D.- EL ABORTO EN EL DERECHO CANONICO

Los versículos del Exodo, ⁽⁴⁾ castigan el -- aborto causado por otro en la persona de la mujer; según la Vulgata, la pena impuesta era la de muerte si la mujer muriese, y si no, la de resarcimiento del daño, según lo que pidiera el marido de la mujer y juzgaren los árbitros. La iglesia ha mirado con horror este delito, poniendo todos los medios a su alcance para evitarlo, comprendiendo la iglesia que el deseo de ocultar la falta y con ella la consiguiente deshonra, es lo que con más frecuencia exita a la mujer a cometer el Aborto, y dispuso antiguamente que los presbíteros amonestasen públicamente a las mujeres de su parroquia para que si alguna había concebido furtivamente, no matara el producto, sino que ocultamente lo colocara con las convenientes precauciones, ante la puerta de la iglesia con el objeto de que, hallado por el sacerdote, este lo anunciase al pueblo y procurase encontrar algún fiel o señora piadosa que criase al recién nacido. Las penas con que la Iglesia castigó el delito de -- aborto fueron muy rigurosas. El Concilio de Elvira en su canon 63, con la ex-comunión, aún al fin de la vida, a las adúlteras que matasen sus hijos. El Concilio Ancira suavizó este rigor mandando, en su canon 21, que el tiempo de penitencia para ser admitido a la comunión el que hubiese volunta

(4) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (EXTRACTO).

C.- DERECHO PENAL INCAICO

En el Derecho Penal Incaico, ⁽³⁾ el aborto era considerado como un delito dirigido contra los intereses de la comunidad (según BASADRE, la sanción del delito se basaba en la necesidad de aumentar la población) y se hallaba sancionado con la pena de muerte. Tal concepción corresponde; - A).- A la organización comunal o colectiva de la sociedad incaica; B).- A la constante práctica -- del Inca, dirigida a mantener la importancia y facilitar el incremento de la familia en la que la prole tenía un valor económico. Este valor económico presentaba diversos aspectos, desde la entrega de una porción de tierra (TUPU) por cada hijo nacido, hasta utilizar los hijos para el pago de deudas. Otro aspecto de la firme política Incaica del incremento de la población puede verse en la disposición según la cual "los soldados de guerra también llevasen mujeres para el aumento de la -- gente" (GUAMAN) y en las sanciones contra los hechiceros y brujos que en las mujeres causaban esterilidad o ligaban a los maridos para que no pudiesen a sus mujeres llegar.

(3) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (EXTRACTO).

riamente causado el aborto, fuese de 10 años, y el de Lérida, canon 2, lo rebajó a 7 para los clérigos, con tal que todo el tiempo de su vida lo pasasen llorando humildemente su pecado, pero -- alargando este plazo hasta el fin de la vida para los envenenadores, que, con hierba y otras substancias, matasen el feto en el útero materno, vi- viendo obligados mientras viviesen a hacer peni- tencia.

El Derecho Penal de las Repúblicas Iberoamericanas⁽⁵⁾ es de origen latino, y concretamente Español, Frances y posteriormente Italiano, conforme a estos antecedentes, entre los cuales el dualismo Estado Individuo constituye el substratum de las clasificaciones legales del delito, el de aborto es concebido desde el punto de vista individualista más que de comunidad. El hecho de que más o menos con frecuencia, sobre todo cuando se trató de justificar el incremento de penas contra el aborto, se habla de la necesidad de defender la familia, la población y aún la nación, no excluye lo expuesto. Tales referencias no son más -- que, "incrementaciones" tardios a una concepción individualista que palpita a lo largo de la mayor parte de los textos penales indicados y que simplemente es reflejo de la misma concepción que ampara la estructura social. Dicho individualismo es visible en lo penal respecto a la terminología empleada por los códigos penales iberoamericanos en los cuales los variantes terminológicos -- son más aparentes que reales. Así el Título "Delitos contra las personas" usado por once códigos: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Rep. Dominicana, Ecuador, Haití, Panamá, Venezuela y el Salvador, no difiere esencialmente y por lo que al aborto se refiere del de "Delitos contra la vida e inte-

(5) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (EXTRACTO).

gridad corporal" usado con ligeras variantes por los códigos penales de Colombia, Cuba, Guatemala, México, Paraguay y Perú. El título de "Delitos contra el orden de las familias y la moral pública", usado por los códigos de Chile y Nicaragua, aunque más cercano a una interpretación social del Delito de Aborto, se halla aún fuertemente usado en concepciones individualistas. Por último, y con el curioso título de "Delitos contra la Personalidad Física y Moral del hombre", el código de Uruguay regula el aborto. También aquí, y pese a lo concluso del título, el aborto es evaluado como un delito que lesiona intereses individuales.

De lo expuesto, y desde el punto de vista lógico cabría pensar que una concepción no social del aborto habría influido en una disminución de las sanciones penales contra el mismo. Aunque esto es cierto, en lo que se refiere a las llamadas formas privilegiadas de Aborto, cabe expresar ciertas dudas respecto a la sanción aplicable al tipo común del aborto, sobre todo si se tiene en cuenta que las penas mínimas que los códigos señalan no son las que más comunmente se aplican.

El maestro Eugenio Cuello Calón, ⁽⁶⁾ señala que en pocos delitos se encuentra una transformación tan radical a través del tiempo, como en el abor-

(6) DERECHO PENAL IX EDICION TOMO I EDITORIAL NAC. PAG. 167.

to esto es aplicable, en una sociedad en constante evolución y transformación de sus ideas, normas, etc., influyendo el Desarrollo eco-político y social así como la moral y costumbres del pueblo.

El antecedente más importante de el aborto es el señalado en el artículo 639 del Código Español de 1822 que notablemente atenúa la rigidez de las penas establecidas en legislaciones anteriores, - pues, distingue en este artículo, el aborto realizado con consentimiento de la mujer embarazada, - del realizado contra su voluntad, estableciendo - por primera ocasión en su artículo 640 que debe - de castigarse con una pena menor el aborto provocado por la misma mujer embarazada para salvar su reputación, o sea, cuando se da el aborto por causas sentimentales.

En la actualidad existen penas más severas y se restringen mucho más los casos de exención de penalidad y de atenuación de este delito en la mayoría de las naciones modernas, dando la importancia debida al desorbitante incremento del delito de aborto. Por la importancia que reviste actualmente la comisión de este delito, los penalistas de todo los paises, y especialmente la Iglesia Católica, han enfocado su atención hacia la etiología de este mal, buscando en el estudio los medios más eficaces para combatirlos siempre dentro

de una correcta política criminal y de orientación, buscando la solución al problema de la sobrepoblación en el control de la natalidad y no a través de medios como el aborto que causan un gran daño a la mujer, a la familia y a la sociedad.

B.- DIFERENTES CLASES DE ABORTOS

Aborto Procurado.

Este también se conoce como aborto propio o auto aborto por los tratadistas del Derecho Penal, que se realiza cuando la propia madre causa la -- muerte al producto de la concepción.

Al respecto, MAGGIORE (7) apunta "consiste - este delito, cuando la mujer se cause así misma - el aborto" este tipo de aborto esta tipificado en el Art. 332 de nuestro Código Penal vigente.

Aborto Consentido.

Nuestro Código Penal de 1931, en sus artículos 330 y 332 tipifica esta clase de aborto:

Art. 330.- 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;

Art. 332 "Se impondrá de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

I.- Que no tenga mala fama.

II.- Que haya logrado ocultar su embarazo y

(7) DERECHO PENAL IV, P. 150, 4a. EDIF. ED. TEMIS BOGOTA 1955.

III.- Que esto sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión".

En relación a las clases de aborto, podemos agrupar a la mayoría de los tratadistas del Derecho Penal, unificando su criterio en cuanto al concepto de aborto consentido, pues de sus elementos se dice que para que exista es necesario la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, el consentimiento de la mujer grávida y la participación de otro sujeto más. Ahora bien, encontramos como requisito indispensable la presencia de un presupuesto material del hecho, o sea, el embarazo si no se da este presupuesto material no podemos concebir que existe la tipificación de la conducta.

Aborto Sufrido.

Según el Maestro PORTE PETIT, (8) es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez, sin o contra el consentimiento de la mujer grávida.

Hay que señalar como elemento fundamental

(8) DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL, PAG.25 ED. JURIDICA MEX.MEX 1966.

la muerte del producto de la concepción, o sea, - que tiene que existir un embarazo como presupuesto del hecho y la muerte del producto de la concepción para que se configure.

Este aborto sufrido es tipificado en nuestro Código Penal en su artículo 330 párrafo segundo :

Cuando falte el consentimiento, la prisión será de 3 a 6 años y si mediase violencia física o moral se impondrá al delincuente de 6 a 8 años de prisión.

Aborto Culposo

Nuestro Código Penal en su Artículo 333, lo reglamenta de la siguiente manera :

"No es punible el aborto causado solo por imprudencia la mujer embarazada, o sea cuando el embarazo sea resultado de una violación." La lectura del anterior artículo nos da la claridad, de poder analizar otro tipo de aborto.

Así mismo nuestro código de ninguna manera considera punible la conducta de la mujer que por imprudencia aborte, y pensamos que el legislador actuó correctamente inspirandose y tomando en -- cuenta el sufrimiento de la madre al perder el -- producto de la concepción para que todavía se imponga una sanción penal. Por otra parte tampoco podrá sancionarsele si la preñez de la mujer tuvo

por origen una violación, pues a todas luces po demos afirmar que no se debe de sancionar a la mujer penalmente cuando el aborto aludice a causas de índole sentimental, porque hacerlo cargar con el producto y más tarde con ese ser humano concebido por la grave falta social de una violación, - que sería tanto como estarle recordando ese acto tan repulsivo, además tendría que cargar con la - obligación y responsabilidad de proporcionarle - la educación y los alimentos.

Creo que debemos de coincidir con el criterio del legislador de 1931, al afirmar que el aborto que es producto de causas sentimentales no hay - que castigarlo es aquí donde se debe de considerar como una causa de inculpabilidad por la no -- exigibilidad de otra conducta.

Hay muchos autores que opinan que debe de tenerse en cuenta la conducta de un tercero, respecto de la mujer embarazada, nosotros pensamos que si la conducta del agente es culposa debe de ser punible, pero si no lo es, no debe de sancionarse la conducta de este agente dentro de este aborto culposo.

Aborto Terapéutico o Necesario.

En relación al artículo 334 de nuestro Código Penal vigente, dice: No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embaraza-

da corra peligro de muerte, a juicio del médico - que la asista, oyendo este el dictamen de otro mé dico, siempre que esto fuere posible y no sea pe- ligrosa la demora.

Aquí creo sea correcto la postura de nuestros legisladores, al proteger la vida de la madre, -- aún a costas de sacrificar la del producto de la concepción porque la vida de la madre es un bien de mayor valor para el Estado, y no podemos consi- derar más valiosa la vida de un feto, pues noso- tros no podemos asegurar que éste va a nacer con vida, ya que si la madre tiene más hijos, tiene - mayor importancia respecto de estos para educar-- los y formarlos, ya que considera que viene a ser la madre un pilar fundamental en la familia, y - cuya consolidación es primordial en la vida so- - cial.

Hay que señalar preveer para casos urgentes, el hecho de no consultar la opinión de otro médi- co y creo que el legislador fue acertado en esta idea, ya que nuestro país cuenta todavía con po-- blaciones en las que existe un solo médico, o tam- bién hay que tomar en consideración la falta de - comunicación, ya que la necesidad del aborto tera- péutico debe practicarse de inmediato.

Esta situación encuadra en el Estado de nece- sidad, no es necesario su señalamiento en forma -

específica en nuestro Código Penal. Cualquier -
conducta en ese sentido puede estar en los supuestos
de la Fracción IV del artículo 15 del Código
Penal en vigor, considerando que es un conflicto
de bienes de diferente valor y se sacrifica el -
de menor cuantía, como se vio anteriormente, es--
tando frente a una causa de licitud.

C.- EL DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

En el Código Penal de 1871, su artículo 569, lo define diciendo:

"Llamese aborto en Derecho Penal: a la extracción del producto de la concepción, y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez; siempre que ésto se haga sin necesidad". "Cuando ha comenzado ya el octavo mes de embarazo se le da también el nombre de parto prematuro artificial; pero se castiga -- con las mismas penas que el aborto".

En el artículo antes señalado no se hace ninguna referencia a la muerte del feto, solamente -- hace referencia a la conducta, pero no podemos -- dejar de tomar en consideración que pudiese ocurrir la muerte del producto de la concepción en -- el mismo vientre materno.

También encontramos en ese artículo, la falta de hacer una distinción entre parto prematuro y -- aborto, porque, claramente expresa el Código Penal de 1871; "Se le dá también el nombre de parto prematuro artificial".

El Código Penal de 1871, en su artículo 577 -- confirma lo expuesto anteriormente, de no tomar --

en cuenta la muerte del feto, pues como este precepto legal señala, claramente redujeron a la mi tad las penas establecidas en los siguientes casos :

I.- "Cuando se pruebe que el feto estaba ya muerto al emplearse los medios para ejecutar el aborto".

II.- "Cuando este se verifique salvándose la vida de la madre y del hijo".

Analizando estos incisos no se encuentra realmente el daño que se pueda causar a la madre cuando en el primero se señala "cuando se pruebe que el feto estaba ya muerto". Si por el contrario, estando el feto muerto peligra la vida de la madre si este no es arrojado; entonces se encontrará ésta, en el dilema de ser juzgada y posiblemente sentenciada aunque solamente fuere a la mitad de la pena que se establecía en el Código Penal de 1871, o en su defecto correr el riesgo de perder la vida. Como se hace notar, había disyuntiva para una mujer en esa época de decidir una situación como esta; su vida o posiblemente ser sentenciada de acuerdo al Código Penal de 1871.

¿En ese caso se puede presentar una causa de licitud como es el aborto terapéutico, cuando por haber muerto el feto peligre la vida de la madre;

por lo tanto, considero que en este caso no debe de existir delito, pues faltaría uno de los elementos del tipo, que es el bien jurídico tutelado, en efecto al no existir la vida que la ley protege, no puede considerarse su expulsión como aborto, salvo el caso de una tentativa.

En efecto, dentro de esa misma hipótesis, cabría una tentativa imposible de aborto, cuando habiendo la intención de causar la muerte del producto de la concepción, se realizan los actos de ejecución ignorando que este se encuentre sin vida.

En la segunda hipótesis del artículo mencionado, se señala una atenuante cuando se salva la vida de la madre y del producto, o sea en este caso se realizan las maniobras para producir el aborto y se logra salvar a la madre e hijo por una oportuna atención, obteniéndose una atenuación por no haberse destruído el feto.

De la situación antes descrita, se desprende que se realizarán actos de ejecución para causar la expulsión y muerte del feto y este se salva - por causas ajenas a la voluntad del agente.

El Código Penal de 1871, en sus artículos 570 y 572 se refiere a la exclusión de pena al aborto terapéutico y al causado por culpa de la mujer --

Ese mismo ordenamiento jurídico, respecto -- del aborto terapéutico, es el efectuado por un mé dico para salvar la vida de la mujer embarazada, esta hipótesis está permitida dentro del terreno jurídico como se analizó y se permite en casi todas las legislaciones del mundo, teniendo el médi co la obligación de realizar este tipo de aborto, porque dentro de su misma profesión es más importante la vida de la madre que la del feto. Aquí hay que señalar que este tipo de aborto es un ver dadero "Estado de necesidad", y hay quienes piensan que es una legítima defensa, o sea que opinan que la madre se defiende contra su hijo con el ob jeto de salvar su propia salud y vida.

No considero que se pueda dar el concepto de legítima defensa como se señaló, ya que cuando se da la legítima defensa hay un elemento primordial que es la "Agresión" y este en el aborto no hay - agresión por parte del feto para con la madre.

Al tratar el Código Penal de 1871, el aborto culposo no señalaba pena alguna, y respecto del - aborto honoris causa, atenuaba la sanción.

Código Penal de 1929

Por su poca vigencia es un código que tiene - pocos méritos, viene a transformar nuestra antigua

legislación, incluyendo el Derecho moderno en el mismo, sin embargo, casi es la misma definición - que en el código de 1871, pero hace referencia -- más precisa a la muerte del producto de la concepción, de igual forma, la conducta tiene como objeto interrumpir la vida del producto.

En su artículo 1000 lo define diciendo: "Llamese aborto en Derecho Penal; a la extracción del - producto de la concepción o a su expulsión, provocada por cualquier medio sea cual fuere la época de la preñez, con el objeto de interrumpir la vida del producto".

"Se considera siempre que tuvo este objeto: - el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo".

"Cuando se ha comenzado ya el octavo mes de - embarazo, se da también el nombre de parto prematuro artificial y se sanciona de igual manera que el aborto".

Se señala como no punible el aborto realizado solo en grado de tentativa y en los casos de aborto culposo, cuando la responsable era la madre, - no se imponía sanción alguna.

Este código señala como uno de los requisitos importantes para la consumación de este delito -

la intención del agente al destruir la vida del producto, este señalamiento es similar al del legislador de 1871. que se preocupó no tanto por el daño causado por el agente por destruir la vida del producto, sino más bien en la finalidad de la intención, por lo tanto se le hace la misma crítica en función de la tentativa.

Hay que hacer notar que el artículo 1000 de este ordenamiento jurídico, señala que: "Se considera siempre que tuvo este objeto" o sea el objeto de interrumpir la vida del producto, debemos de considerar como una primera deducción que el aborto voluntario provocado antes del octavo mes viene a ser lo mismo que el aborto prematuro.

Para que se tenga como cometido el delito, tenemos como elemento primordial, la intención delictuosa, ya que de no ser así se puede interceder a favor del inculpado alegando que no tenía como objeto su conducta la interrupción de la vida del producto.

Para que se considere exento de pena de parto prematuro artificial, es necesario como señalamos anteriormente, que no tenga por objeto interrumpir la vida del producto y que se pueda practicar en el caso de no correr peligro la vida de la madre así como la vida del producto de la concepción.

Tampoco se sancionará el parto prematuro artificial cuando, sin tener por objeto interrumpir la vida del producto, se practique en los casos en que no hubiera contradicción que perjudique a la madre o al producto. O sea que se considera exento de pena al parto prematuro si se dan los siguientes requisitos:

Que no se tenga el objeto de interrumpir la vida del producto; que sea practicado en caso de que no corra peligro la vida de la madre y que tampoco corra peligro la vida del producto.

Este Código Penal, en su artículo 1004 hace la distinción entre aborto provocado con consentimiento de la mujer embarazada y también contra su voluntad de ésta, incluyendo un año más de penal que lo provocare en contra de la voluntad de la mujer embarazada.

El legislador de 1929 también analiza el aborto causado por imprudencia, en el que se señala en uno de sus artículos que; "no sera causa de sanción a la mujer embarazada que por esta causa se produzca el aborto, habiendo tenido en cuenta el legislador que ya era suficiente la pena que sufría la mujer embarazada que perdía el producto por causas de imprudencia, para todavía sancionar la penalmente.

Hay que hacer notar que en este código no se castigó en ninguno de sus artículos a la mujer embarazada que pierde su producto, por lo que el legislador no necesitó hacer la excepción en el artículo anterior.

En este código se señala pena para castigar a los médicos, parteras y comadronas que por el simple hecho de anunciar que se van a encargar de casos de aborto; esto es una diferencia con el código de 1871, que no señala pena alguna para estas personas por este hecho.

Código Penal de 1931.

Este código al tratar el delito de aborto lo hace en una forma más completa y utilizando una mejor técnica que las anteriores.

El legislador de 1931, es de aplaudirse su actitud, pues en su articulado respectivo lo hace con una gran visión humanista, es de notarse la reducción de las penas en el aborto, y por otra parte creemos que la postura del legislador de 1931 se debe también a la ineficacia de las sanciones en esta materia.

En este código se encuentra definido al aborto claramente, a nuestra manera de ver, la más completa que a la fecha exista o que tengamos, en su artículo 329 "Aborto es la muerte del producto

en cualquier momento de la preñez".

El legislador comprendió perfectamente cual es el bien jurídicamente tutelado y técnicamente señaló que el hecho consiste en privar de la vida al producto de la concepción; así mismo, estableció penas más justas para los diferentes tipos de aborto.

El artículo 330 se refiere al aborto sufrido con o sin consentimiento de la mujer, repitiendo la distinción del código de Almaráz y disminuyendo la pena en el primero de los casos y aumentándolo en el segundo, claro está es un feliz acierto, pues en ningún momento y por ningún motivo se puede comparar la peligrosidad en cada uno de estos casos, como al que presta ayuda a la mujer para abortar o al que ejerciendo la violencia la obliga a abortar sin su consentimiento.

Y el artículo 332 se refiere al aborto honoris causa, al que posteriormente se hará referencia más ampliamente, en el que se analizan los puntos que son indispensables y que pueden ser de interés para el trabajo.

CAPITULO III

A. - DOGMATICA DEL DELITO DE ABORTO
CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.Presupuesto.

Los tipos penales son únicamente descriptivos, en ellos se detalla con la máxima objetividad posible la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos en la parte especial de un código, tengan como contenidos una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simple referencias a un movimiento corporal o resultado material o tangible.

De la descripción típica que nos ocupa, se desprende como requisito indiscutible que para dar muerte al producto de la concepción, es necesario la existencia de un embarazo.

Ahora bien, en este caso nos encontramos con la presencia de un presupuesto previo a la ejecución de la conducta, o sea hay un presupuesto material del hecho.

El maestro Porte Petit, (9) dice que "los presupuestos del hecho son los requisitos jurídicos

(9) APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL
PAG. 28, MEXICO 1959.

o materiales, previos y necesarios para que exista la conducta o hecho, constitutivos del Delito. Definimos al presupuesto como el o los objetos materiales lógicos jurídicos "sine cuanon" necesarios para la configuración de un tipo penal.

Así concluimos que el presupuesto material del delito de aborto es el embarazo, pues si no existe el producto de la concepción, no hay configuración del delito. Hay que señalar que para la consumación del aborto como delito, es necesaria la muerte del producto.

Conducta.

A efecto que se configure la conducta dentro del delito de "Aborto" será necesario que éste se realice por medio de un hacer, o sea la acción directa encaminada a la expulsión del producto del seno materno, o bien por medio de una omisión, que sería la no prestación de auxilios adecuados para que la concepción se lleve a cabo por los medios normales.

En otros términos sería, el satisfacer dos requisitos :

- A).- Una voluntad.
- B).- Un hacer o una inactividad.

El delito de Aborto es un delito material, nunca será formal, ya que el elemento indispensa-

ble es la producción de un resultado material, - y en este caso lo constituye la muerte del producto de la concepción, ya que el delito se integra o se consuma en el momento de la muerte del feto.

Se produce este delito por un "hacer" o sea - hay que efectuar distintas maniobras para expulsar el feto, y como consecuencia la muerte del mismo; también puede consistir en un "no hacer" - la consecución del aborto, estando frente a un caso de comisión por omisión, ya que se cause la muerte del producto por una inactividad cuando existe el deber jurídico de obrar en tal forma se integran los elementos de esta clase de omisión, pues estamos frente a un delito de resultado material.

Hay que hacer notar la integración del elemento objetivo la relación causal, o sea, el anexo - que existe entre la conducta del sujeto y el resultado.

Respecto de los medios para que se cometa este delito el legislador no señaló específicamente medio alguno de comisión, por lo que puede llevarse a cabo por cualquier medio.

CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

En cuanto a la conducta del sujeto, hay autores que la clasifican: por la manifestación obje-

tiva de la voluntad, los actos ilícitos pueden - ser de acción o de omisión, los primeros se cometen por un hacer positivo en la que se viola una norma de carácter prohibitivo, o sea son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, o se acepta como causal un hacer por - el agente, y en los delitos de omisión el objeto prohibido es una inactividad del agente; o sea hay una ley; en estos delitos las condiciones que originan el resultado se debe a falta de observancia por parte del sujeto de un precepto que es obligatorio. Concluyendo lo anterior podemos decir que en los delitos de omisión se viola una ley dispositiva en tanto los de acción infringen una prohibición.

Los delitos de omisión se subdividen, en delitos de simple omisión y de comisión por omisión.

La primera forma se presenta cuando el resultado es meramente formal; y la segunda cuando hay una mutación en el mundo externo.

El delito de aborto se puede producir por una acción, o sea, que la mujer embarazada consienta en que un tercero provoque el aborto, o bien cuando ella misma realiza los actos para conseguir su propio aborto.

En el caso de la segunda clasificación (deli-

to de omisión) el ilícito se puede realizar cuando la mujer embarazada a sabiendas que al no tomar determinada medicina puede perder el producto, obstiene de hacerlo, aquí se presenta la hipótesis de la omisión.

Por cuanto a la forma de realizarse, los delitos se clasifican en unisubsistentes y plurisubsistentes, según el número de actos que se lleven a cabo para que se pueda consumar; de aquí podemos afirmar que el delito de aborto puede ser un delito unisubsistente y plurisubsistente.

CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO

En la mutación provocada en el mundo exterior como consecuencia del comportamiento de un sujeto, se da el resultado material que viene a ser un efecto de la conducta.

En cuanto al resultado producido, los delitos se clasifican en formales y materiales, los formales son los de simple actividad o de mera conducta; y los segundos, se les llama de resultado.

En los primeros se agota el tipo penal, o sea la creación legislativa, simplemente con la actividad corporal o con la omisión del agente, sin que sea necesario para su formación el que se produzca un resultado material. Como ejemplo de este delito se puede mencionar la portación de ar

ma, la posesión ilícita de enervantes y el abandono de atropellado.

Respecto de los delitos materiales necesariamente para su integración debe de haber la producción de un resultado material.

En el delito de aborto, por lo anteriormente anotado, podemos decir que existe un resultado material, ya que en el momento que se produce la muerte del feto, existe una alteración en el mundo exterior, por lo tanto debe considerarse como de resultado material.

En cuanto al resultado de los delitos se conciben como instantáneos, continuados o permanentes, según la proyección de la conducta en el tiempo, respecto a la continuidad de la lesión al bien jurídico tutelado. El delito que nos ocupa, es un delito instantáneo, en virtud que al causarse la muerte del producto de la concepción, se agota la consumación.

Ranieri (10) acertadamente los señala como "aquellos cuya consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos".

(10) DIRITTO PENALE. PAG. 291. NAPOLI 1950.

En cuanto al daño que se causa, los delitos - se clasifican, de lesión o de peligro, en este caso en particular, se trata de un delito de lesión, en razón que se destruye un bien jurídicamente tutelado, o sea, la vida del producto de la concepción.

AUSENCIA DE CONDUCTA

Como ya se ha dicho anteriormente, si faltase alguno de los elementos esenciales del delito, no se puede integrar; si no existe la conducta en -- cualquiera de sus formas de acción u omisión por falta de voluntad, no se integraría el ilícito penal.

El hacer o no hacer voluntario en el ser humano son determinantes para configurar el delito, - los elementos tienen un aspecto positivo y negativo, debiendo ser el segundo elemento el que determina la ausencia de conducta.

Hay que hacer notar que no es necesario que - nuestra Legislación actual señale todos los excluyentes por falta de conducta, pues con el simple hecho de que falte esta no se podrá haber integrado el delito.

Al respecto el maestro Porte Petit, ⁽¹¹⁾ dice:

(11) IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICA PENAL, PAG. 35, MEXICO.

"El Código Penal mexicana innecesariamente se refiere a las Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible en la Fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando se constituya un aspecto negativo del delito, hipótesis que podría quedar sintetizada en la fórmula (NULLUM CRIMEN SINE ACTIONE).

El artículo 15 de nuestro Código Penal señala: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad Penal".

Fracción I.- Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible; siendo indispensable que la conducta se realice voluntariamente, es correcto la tesis señalada y cualquier causa que elimine este elemento dará por resultado la falta de conducta y por lo tanto, no se integra el delito.

El mismo artículo 7o. del código Penal vigente dice: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, o sea que a contrario sensu, que cuando no hay conducta no hay integración del delito, comprendiendo que cualquier causa eliminadora de este elemento es suficiente para la no consumación del delito, por lo que debemos de hacer incapié en los de las causas de ausencia de conducta más conocidos por la doctrina

na y que pueden ser varios casos :

- 1a.- Fuerza Física irresistible (VIS ABSOLUTA)
- 2a.- Fuerza Mayor (VIS MAYOR).
- 3a.- Movimientos reflejos.

La primera es indiscutible que puede presentarse en el delito de aborto, lo mismo sucede con la fuerza mayor y los movimientos reflejos, ya -- que en estas hipotesis hay carencia de voluntad.

B.- TIPICIDAD TIPO Y SU ASPECTO NEGATIVO.

El maestro CASTELLANOS TENA,⁽¹²⁾ respecto de la tipicidad acertadamente dice que es: "El encuadramiento de una conducta con descripción hecha en la ley; es la coincidencia de una conducta con la que descubre el legislador; o sea es la adecuación de un hecho a la hipótesis de una ley".

El artículo 14 de nuestra constitución dice : en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretado por la ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Este artículo se refiere a la fórmula "Nullum crimen sine Lege" o sea, no puede considerarse -- una conducta delictuosa, si expresamente no esta señalada como tal en una ley expedida con anterioridad al hecho.

Para el maestro Luis Jiménez de Azúa,⁽¹³⁾ la tipicidad es "predominante descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las caracterís

(12) LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. - EDITORIAL JURIDICA MEX.la.EDICION 1959 PAG. 167.

(13) LA LEY Y EL DELITO, EDICION "A.BELLO" CARACAS VENEZUELA; PAG. 315.

ticas del delito. Se relaciona con la antijurídica por concretarla en el ámbito penal y tiene además funcionamiento indiciario de su existencia".

Para señalar el aspecto negativo de la tipicidad debemos decir que la mayoría de los tratadistas la denominan como atipicidad y adheriendonos a este concepto lo indicaremos en nuestro trabajo en lo sucesivo, ya que la atipicidad no es sino la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

Por lo que, la falta de medios idoneos y de objeto material son casos que pueden acarrear la atipicidad de un hecho en relación con lo descrito en la figura delictiva.

TIPICIDAD EN EL DELITO DE ABORTO

Para tipificar el delito de aborto, es necesario, que se adecue la conducta a lo que describe el legislador o sea los elementos típicos necesarios para configurar el delito, como son el presupuesto material, que la mujer esté embarazada, y se produzca la muerte del producto de la concepción, como lo señala el artículo 329 del Código Penal vigente.

El tipo

Es la descripción que hace el legislador, de

una conducta, o sea, la creación legislativa, y podemos afirmar que el tipo es la "abstracción -- concreta que ha trazado el legislador, sin incluir los detalles innecesarios para la definición del hecho que cataloga la ley como un delito. (14)

Mezger ⁽¹⁵⁾ al respecto dice: "el tipo es propio sentido jurídico penal que significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos; cuya realización va ligada a una sanción penal".

Concluimos diciendo que: la conducta del ser humano se adecua a la descripción que existe en los preceptos legales y es el interés que el legislador tiene en sancionar determinadas conductas humanas y la forma de plasmar su intención o prevenir determinadas conductas delictuosas, es sancionandola por los medios que tienen a su alcance, entre estos, elaborar leyes para regir a la colectividad.

El Maestro Mariano Jiménez Huerta, ⁽¹⁶⁾ dice no se perfecciona el delito de Aborto si no se

(14) LUIS JIMENEZ DE AZUA, LA LEY Y EL DELITO PAG. 293. Editoria "A Bello" Caracas Venezuela.

(15) TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO I EDIC. 1946 PAG. 348.

(16) LA TIPICIDAD, MEXICO 1955.

produce la causación del resultado típico. Las -
 maniobras efectuadas sobre la mujer después de la
 vigesima octava semana de embarazo con el propósi-
 to de anticipar el alumbramiento, no son subsumi-
 bles si la criatura vive después de la expulsión,
 en el tipo de aborto pues obvio es que no se ha
 ocasionado el resultado típico".

CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO

El maestro Castellanos Tena, hace una clasifi-
 cación de los tipos, por su composición, en norma-
 les y anormales, los primeros son los que se li-
 mitan a hacer una descripción objetiva, y los se-
 gundos además de factores objetivos contienen ele-
 mentos subjetivos o normativos. Estos, requieren
 una valoración por parte del Juez instructor.

En cuanto a su ordenación metodológica, los -
 clasifica en "fundamentales" o básicos, o sea, -
 cuando constituyen la esencia o fundamento de --
 otros tipos; especiales los que se forman agregan-
 do otros requisitos al tipo fundamental; al cual,
 subsumen; (complementados, que se constituyen al
 lado de un tipo básico cuando se agrega una cir-
 cunstancia o peculiaridad.

Por su autonomía o independencia los que tie-
 nen vida propia, sin depender de otro tipo. Su--
 subordinados que dependen de otro tipo. De formula-
 ción casuística en los que el legislador no des--

cribe una conducta única; que pueden ser alternativamente formados y acumulativamente formados ya que en los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellos, y en los segundos se requiere el concurso de todas las hipótesis.

Por su resultado, son de daño y de peligro, los primeros son contra la disminución y destrucción del bien jurídico tutelado y los segundos, protegen los bienes en contra de la posibilidad de ser dañados.

Respecto de lo anteriormente expresado con el tipo penal, el delito de aborto es: normal, fundamental o básico, autónomo, especial, puede ser complementado de formulación precisa y de daño.

Elementos del tipo

Se integra el tipo de varios elementos, algunos son comunes para todos, como: sujeto activo y pasivo, el bien jurídico tutelado, el objeto material y los medios de comisión, y hay otros elementos que solo se encuentran en determinados tipos.

El bien jurídico tutelado, es aquel que el legislador está tutelando con la creación de una norma, pues es deber ineludible del Estado proteger determinados bienes para la conservación del

orden jurídico. En el delito de estudio se esta protegiendo la vida del producto de la concepción, o sea, el nuevo ser en formación.

Al respecto, Felippo Grispigui,⁽¹⁷⁾ nos dice acertadamente, que solamente "conociendo exactamente el bien jurídico a cuya tutela está destinada una norma penal, se puede comprender el significado y alcance de ésta:

El Estado con esta norma protege los futuros seres y aunque le interesa regular el problema de la sobrepoblación, por ningún concepto justifica que sea por medio de aborto, aunque en algunos - casos se verá que no se sanciona al responsable - por razones de política criminal, sin que ésto -- quiera decir que esté de acuerdo con tal medida.

En cuanto al objeto material, podemos decir - que es la persona o cosa sobre la cual recae el - daño o peligro como resultado de la conducta realizada. Así, podemos señalar que en el aborto lo es el producto de la concepción.

Dentro de la descripción típica de cualquier delito, es necesario hacer referencia a los sujetos activos y pasivos, en virtud que las normas - van destinadas a los seres humanos. Por lo que -

(17) DIRITIO PENALE, PAG. 178 TOMO II, PADOVA - 1945.

tendremos un sujeto activo y uno pasivo. El sujeto activo en el delito de Aborto, es la mujer embarazada si se trata de un aborto procurado y -- cualquier otra persona si se trata de un aborto -- consentido, o sea es la persona que lleva a cabo la conducta encaminada a provocar la muerte del -- producto de la concepción. En el segundo caso -- tendrá que ser con el consentimiento de la madre, ya que de otra forma estaríamos frente a otro delito. En consecuencia, puede ser un delito uni-- subjetivo o plurisubjetivo en función del sujeto activo del delito, pues en el caso, que se realice con el consentimiento de la mujer embarazada, se requiere necesariamente la concurrencia de dos conductas o sea bilaterales, encaminadas hacia un mismo fin, tratandose de un delito de sujeto común o indiferente. En el caso de auto abortar es un delito propio o exclusivo.

Respecto al sujeto pasivo, consideramos que -- lo es el producto de la concepción, pues en los -- dos casos señalados la mujer embarazada quiere -- causar la muerte a dicho producto. O sea que el producto de la concepción es el titular del bien jurídico tutelado.

Al respecto el maestro "Luis Porte Petit"⁽¹⁸⁾ señala con toda claridad, que es "el titular del derecho lesionado o puesto en peligro por la con-

(18) El delito de contrabando. Pág. 56, México, - 1962.

ducta o hecho, o en otras palabras es la persona afectada por la actividad o inactividad desarrollada, ya sea en el campo jurídico o jurídico material".

En cuanto a los medios de comisión este tipo de aborto puede ser realizado por cualquier medio, pues el legislador no señaló en el tipo ninguna hipótesis en particular, sino que dejó abiertas las puertas para la forma de comisión, por tanto, podrán ser medios químicos, físicos, morales, los que se usen para el agotamiento de la figura delictiva.

La mayoría de los tipos correspondientes a la parte especial de un código tienen como contenido una mera descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible, sin embargo a veces contienen otros elementos; que pueden ser normativos o subjetivos.

En la estructuración de los tipos no siempre los casos discurren con sencillez, sucede que a veces, la estructura del tipo contiene otros elementos más complejos que los descritos; por ello, a menudo debido a exigencias de técnica legislativa, para tipificar una conducta es necesario incluir en el tipo elementos que implican juicios normativos sobre el hecho, que obligan al intér-

prete a efectuar una especial valoración de la --
ilicitud de la conducta. A estos, se les llama -
normativos y no los hay en el delito de aborto.

Por lo que toca a los subjetivos, se presen--
tan cuando el legislador quiere delimitar y des--
cribir conductas antijurídicas, y por razones téc--
nicas, hace una especial referencia a una determi--
nada finalidad o sentido que el autor ha de impri--
mir a su conducta o aun modo psicológico de ser -
de dicha conducta.

Nuestro legislador de 1931, señaló que no es
punible el aborto cuando este es producto de una
violación y nosotros entendemos perfectamente la
situación de nuestros legisladores, porque no po--
demos obligar a la mujer que despues de haber si--
do victima de una violación, todavía tenga que --
cargar con el producto de un hecho tan repulsivo,
ya que la estaría recordando en todo y cada uno -
de los momentos de su vida.

CAUSAS DE ATIPICIDAD

Siendo la atipicidad la falta de adecuación -
de la conducta a lo descrito por el legislador en
un tipo, este aspecto negativo del delito, podrá
presentarse en el delito de aborto por varias cau--
sas, como puede ser la falta del bien jurídico tu--
telado y por carencia del elemento subjetivo del

injusto: podemos afirmar que no se requiere determinada calidad en los sujetos, sino únicamente será necesario que exista el presupuesto material del hecho, o sea que la mujer esté embarazada.

En el delito de aborto, no se integra el mismo por falta de objeto material, y podemos señalar el caso de cuando una mujer no está embarazada, y que creyendo estarlo realiza todos los actos de ejecución para consumar el delito, nos encontramos frente a lo que sería una tentativa imposible de aborto.

Así mismo en la falta del bien jurídico tutelado, existe una tentativa imposible, en virtud de que el producto de la concepción no estuviere con vida, o que por cualquier causa hubiese muerto e ignorándolo la madre realiza todos los actos para producir el aborto, aquí no hay el bien que el Estado está tratando de proteger y no sanciona la intencionalidad del sujeto.

ANTI JURIDICIDAD

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho, cualquier persona que actúe antijurídicamente está contradiciendo una norma jurídica penal, para el maestro Ignacio Villalobos ⁽¹⁹⁾ la antijuridicidad es la oposición al Derecho; y como el dere--

(19) Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición Pág. 249.

cho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, ya sea de fondo, de contenido o material, de contenido por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley. Siendo la antijuricidad la violación de una norma y por ende, la lesión a bienes protegidos por el estado o por el simple hecho de ponerlos en peligro, se presenta cuando la conducta realizada por el sujeto es típica y no se encuentra protegida por una causa de ilicitud, por lo tanto podemos concluir con la definición que al respecto da el Maestro Porte Pettit ⁽²⁰⁾ y que dice: el aborto será antijurídico cuando, siendo típico el hecho realizado (muerte del producto de la concepción), no está protegido el sujeto por una causa de justificación.

En las causas de ilicitud encontramos la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

LEGITIMA DEFENSA.

Concepto.- Para que exista la legítima defensa es necesario que se presente una agresión actual, o sea contemporánea del acto de defensa que

(20) Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, Edit. Jurídica Mexicana-- Pág. 249.

esta aconteciendo, violento y sin Derecho, es decir que es contraria a las normas objetivas del Derecho, y también debe de existir un peligro inminente o sea que existe la posibilidad de un daño como consecuencia de la agresión. La legítima defensa en el delito de aborto nunca se puede dar, ya que resulta imposible que el feto realice la conducta antes descrita para poner en peligro la vida de la madre.

ESTADO NECESIDAD.-

Concepto.- Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, que encuentran un conflicto en que no queda otro remedio que la violación de otro que jurídicamente esta protegido. Al respecto el maestro Cuello Calón ⁽²¹⁾ afirma acertadamente que "es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo pueden ser evitados mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona. Este estado de necesidad se sustenta en el conflicto de intereses, pero siempre y cuando se sacrifique el de menor valor; de otra manera si los bienes son de igual valor o se sacrifica el de mayor cuantía, estaremos frente a una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra con--

(21) Derecho Penal, Tomo 1 Pág. 342 Nueva Edic. - Ed. Nac. México, 1953.

ducta. Si el bien que se salva es mayor que el sacrificado, conforme al principio de la estimación de los intereses en concurso y la manifiesta conveniencia de salvar el más valioso, el agente obra jurídicamente al hacer este último, aún cuando haya tenido que sacrificar el bien inferior si no había otra manera de lograr su propósito. Este puede ser el único caso en que exista la excluyente por estado de necesidad.

Concretamente el "Estado de necesidad" hay que señalar el caso más idóneo en este estudio o sea el aborto terapéutico y nuestro código penal lo sitúa en la categoría de las excusas absolutorias y lo tipifica en el artículo 334 que dice "no se aplicará sanción cuando de no provocarse el -- aborto la mujer embarazada corra el 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 -- criterio que siguió el legislador es el principio del concurso de los intereses iguales como eran -- las vidas del feto y la madre o sea como un caso de excusa absolutoria.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Existen conceptos legales que imponen al individuo al deber de obrar con un fin justo y hay -- veces que se pueden poner en peligro otros bienes jurídicos, aquí la conducta no será antijurídica,

ya que si se ordena en una ley, esta conducta no será de carácter delictuosa.

Al respecto nuestro poder judicial piensa ⁽²²⁾ "la exculpante de responsabilidad de haber obrado en cumplimiento de un deber legal, para ser tomada en cuenta debe de estar consignada en una ley, y como en nuestro código penal, no existe disposición alguna que determine el deber en cuyo cumplimiento se le impone al agente de policía el de disparar sobre el reo que se fuga, es indudable - que si lo hace no opera la mencionada excluyente.

Se justifica su razón de ser, en virtud, de - no estar expresada la obligación de actuar en la ley, se presentarían muchos abusos.

Quintano Ripolles ⁽²³⁾ dice que en esta causa de justificación opera una colisión de los deberes que se resuelve en el predominio del más categórico y más digno de protección como es el deber concretamente exigido por la ley, la función o el cargo.

EJERCICIO DE UN DERECHO

Respecto del ejercicio de un Derecho, el maestro Mariano Jiménez Huerta ⁽²⁴⁾, en el estudio --

(22) Semanario Judicial de la Fed. T. LXI Pág. 1440.

(23) Comentarios al Código Penal, Tomo I Pág. 138.

(24) Derecho Penal Mexicano. Tomo II Pág. 179. 1958.

del delito que nos ocupa dice : Tampoco el ordenamiento jurídico en la época actual puede ser -- sordo, ciego e insensible ante la dramática situación psicológica en que se halla la madre que ha sido fecundada en una violación y que por repulsa a su violador, el acto antijurídico por él perpetrado y a las consecuencias que este ha dejado en sus entrañas, procura el aborto o consiente que otro se lo produzca. Este concepto no tiene relevancia en el aborto, ya que los motivos que llevan a la madre a consentirlo o provocárselo, siempre son de otra naturaleza que no están en el supuesto del ejercicio de un Derecho, ya que no se puede justificar la muerte del producto de la concepción.

OBEDIENCIA JERARQUICA

Concepto.- Implica una obligatoriedad en un mandato y esto a su vez constituye la razón del ser de la excluyente. Para que el mandato surta efectos es necesario además, que se hable de atribuciones de la persona que dicta la orden.

En el supuesto de superioridad, legitimidad, jerarquía, competencia, formalidad, existe todavía lo que hay que resolver, el problema que presenta más dificultad, ¿debe todo subordinado obedecer ciegamente?, ¿ha de considerarse a la persona sobre la ley, de manera que obligue su mandato

por el solo lazo de jerarquía y que su contenido sea antijurídico.

Se habla del mandato que es conforme a Derecho, pues en el acto así ejecutado es jurídico en si mismo, haya o no mandato o intermediario en su cumplimiento, y sus autores no requieran disculpas de ningún género, por lo tanto habrá también, en el precepto legal, la frase que dice "aún cuando su mandato constituye un Delito" ya este es el supuesto básico para que al ejecutor necesite una eximente. Hablar en el precepto legal de que - - existe la excluyente aún cuando el hecho que ve - ordenado sea un delito, es necesario usar un artículo determinado al exigir que el superior que -- manda sea legítimo dentro de un jerárquico, sea - el carácter ilícito del acto que fue mandado no - era notorio si se prueba que el acusado la cono-- cía, o si este se hallaba obligado a obedecer ineludiblemente.

En el aborto la mujer embarazada no puede alegar a su favor como excluyente de responsabilidad la obediencia jerárquica, ya que de ninguna manera puede existir la relación de subordinación antes relacionada. Bien podría señalarse como ejemplo, un jefe, al tener conocimiento que una de -- sus secretarias está embarazada, y le manda lla-- mar para ordenarle que aborte, posteriormente se realiza el aborto, en este caso ella no puede jusu

tificarse dentro de la excluyente por obediencia jerárquica, diciendo mi jefe me ordeno abortar, - él es el responsable, sino que se le aplicará la pena que establece nuestro código penal.

IMPEDIMENTO LEGITIMO

Concepto.- Se debe de entender el no poder - realizar determinado hecho, por circunstancias insuperables a la voluntad del individuo.

Hay 2 tipos de impedimentos, de hecho y de de recho:

En ambos, el sujeto no realiza la acción esperada, que puede ser por una causa de fuerza mayor o por la existencia de un deber jurídico de mayor valor. Nuestro Código Penal para el Distrito y - Territorios Federales, en su artículo 15, Fracción VIII establece : "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un - impedimento legítimo".

En el Delito de Aborto no podemos decir que - exista un impedimento legítimo, ya que en la ex--cluyente de responsabilidad no se podrá justifi--car la conducta de la mujer embarazada que en un momento determinado abortó.

LA IMPUTABILIDAD

Para poder analizar la materia correspondiente al campo subjetivo del delito, es necesario -- abordar el estudio de la imputabilidad, que se afirma acertadamente está considerada como presupuesto de la culpabilidad, pero algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, considerándolos como elementos autónomos del delito y otros se refieren en forma más amplia en la culpabilidad considerando dentro de éste a la imputabilidad, para poder considerar culpable a un sujeto, se necesita que sea imputable; si en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades, o sea, para que el individuo se percate de la antijuridicidad de su acto y quiera realizarlo, debe de tener capacidad de entender y de querer, determinarse en función de aquello que conoce.

El maestro, Celestino Porte Petit ⁽²⁵⁾ afirma: "esto viene a ser el psíquico que une al resultado con el autor, es evidente que el autor para actuar como causa psíquica de la conducta, ha de gozar de la facultad de querer y conocer, pues solo queriendo y conociendo sera susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo".

(25) Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, Méx. 1954. Pág. 45.

Concluyendo lo anterior podemos afirmar que - la imputabilidad es un presupuesto de culpabilidad. La imputabilidad se encuentra condicionada por la salud mental y por el desarrollo del sujeto, la salud mental es requisito indispensable -- como soporte de este presupuesto, pues los alienados o los que sufren un trastorno mental transitorio no se encuentran en posibilidad de entender y de querer una conducta y respecto al desarrollo es necesario que el sujeto tenga madurez para entender lo que es lícito y lo que es ilícito.

El maestro Carranca y Trujillo (26), dice: - Será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, -- abstracto e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento de realizar la conducta ilícita que lo capacitan para - responder de él mismo. De la imputabilidad se deriva la responsabilidad como una relación entre - el sujeto y el estado, según la cual, este declara que aquel obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley para esa conducta.

En el aborto se requiere que el sujeto activo sea imputable, ya que quien comete el delito, que en éste caso es la madre embarazada o un tercero con su consentimiento, abortó con propia y absoluta conciencia, y su responsabilidad a todas luces válida para el derecho penal, solo que al juzgador es a quien corresponde decir la última palabra, respecto a que grado se puede sancionar el ilícito.

LAS ACCIONES LIBERAE IN CAUSA

La imputabilidad debe de existir en el momento de la realización de la conducta, sin embargo, el sujeto se coloca voluntariamente o culposamente en un estado de ininputabilidad y bajo esas - circunstancias se ejecuta el delito, a este tipo de acciones se les llama Liberae in causa, estas acciones no eliminan la imputabilidad, pues existe una cadena de causalidad y el sujeto es imputable cuando decide ponerse en la situación antes señalada para la comisión de un delito y; si desde el principio no existe una determinada voluntad para cometer un delito, puede haber culpa con representación o sin ella, o sea que el sujeto -- previó y pudo haber previsto la conducta que iba a realizar bajo ese estado.

En el aborto solo operará esta situación si - el aborto se consuma a consecuencia de una conducta culposa, ya estamos frente a un delito eminentemente doloso, se hace necesario que la mujer -- quiera abortar o que consienta en ello para realizarlo, con esto no se quiere decir que estemos - aceptando que opere la acción liberae in causa, - como causa de imputabilidad.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Se presenta cuando el sujeto no tiene las condiciones mínimas de salud o desarrollo mental, así

pues, sin aquellas circunstancias que anulan o - neutralizan la capacidad de entender o de querer.

Nuestra legislación distingue 2 tipos de in-- imputables, que son :

A).- Las personas que sufren un trastorno mental transitorio y:

B).- Los menores de 18 años de edad

Los menores que sufren trastornos mentales - permanentemente, la ley no hace un planteamiento correcto y los alienados mentales se les recluye en un manicomio o departamento especial si incu-- rren en la violación de normas penales. Lo que - respecta al trastorno mental transitorio en el -- que hay una situación de inconciencia en el suje-- to, como puede ser el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, por un estado tóxicoinfeccioso agudo y -- por razones de carácter patológico. Cuando el es-- tado de inconciencia sea provocado por el sujeto con el fin de cometer el delito, estamos frente a una acción liberae in causa, siendo responsable - en ese caso el sujeto de la consecuencia de sus - actos; así mismo si el estado de inconciencia tu-- viera un origen culposo.

El trastorno mental que provoca en una forma

transitoria el estado de inconciencia debe ser - de origen patológico y pasajero, pues de otra manera estaríamos frente a la hipótesis del permanente.

En el delito de aborto el sujeto activo debe de estar en pleno uso de sus facultades psíquicas cuando realice la conducta delictuosa de otra forma no será imputable y por tanto no hay delito.

Al igual que el maestro Castellanos Tena, con sideramos que el miedo grave de que habla nuestra legislación como excluyente de responsabilidad, - hay que estimarse como causa de inimputabilidad, pues tomando en consideración que obedece a proce sos causales psicológicos que van de dentro hacia afuera de la mente, colocan al sujeto en un estado momentáneo de inconciencia de sus actos, y no así al temor fundado que obedece a otras razones.

Si una menor de 18 años se encuentra embaraza da y se provoca el aborto no podrá considerarse - como delito y solo se estará pendiente de las medidas que para este caso señala la ley. Si un - menor es utilizado como autor para realizar el de lito por la mujer embarazada, a este no se castigará penalmente y la mujer de acuerdo con las reglas - de participación será la responsable del hecho de lictuoso, ya que se encuentra en los supuestos -- del autor mediato.

D.- LA CULPABILIDAD

Esto viene siendo el elemento subjetivo del delito, que se manifiesta por la franca oposición del sujeto a la ley penal, o por su indolencia en algunos casos en la forma de conducirse poniendo en peligro los bienes de un tercero.

El maestro Ignacio Villalobos, dice al respecto antijuricidad es la oposición del acto al derecho, la culpabilidad es oposición del sujeto al mismo. La antijuricidad es una violación objetiva de la norma de valoración, en tanto que la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación. La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico.

El maestro Ricardo Franco Guzmán⁽²⁷⁾, expresa, "para que una conducta sea estimada culpable, es necesario comprobar la existencia del nexo psíquico que debe de enlazarla con el acto. Este nexo psíquico está constituido por las más variadas formas de aptitudes intelectuales y animicos, es decir por expresiones subjetivas. Ahora bien -- para determinar ese nexo debe de hacerse una valoración de la conducta del sujeto, por ello, Frontán Balestra⁽²⁸⁾, señala: "En la declaración de la culpabilidad hay, indudablemente, un elemento

(27) La culpabilidad y su aspecto negativo, Revista Criminalia Año XXII Pág. 445.

(28) El elemento subjetivo del delito P.15 Buenos Aires, 1957.

valorativo, puesto que la culpabilidad implica el análisis de la situación subjetiva ante el hecho, que ha de ser enfrentado con la ley penal".

La culpabilidad presenta multiples problemas para su estudio y existen varias corrientes para fijar su naturaleza, el maestro Castellanos Tena, (29) hace un análisis sintetizando los diferentes puntos de la siguiente forma: "para el psicólogo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico casual del resultado, para el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. Nos situamos dentro de la teoría normativista, porque debe de hacerse la valoración del juicio de reproche fundado desde luego en el contenido psicológico de la conducta. En la doctrina -- del Derecho Penal se han considerado tradicionalmente dos formas para la culpabilidad que son el "Dolo y la Culpa" pero hay autores que afirman - que hay una tercera que se llama PRETER-INTENCIONALIDAD, que se presenta cuando el resultado - delictivo va más allá de la intención del agente.

El dolo para WELZEL (30), es conocimiento y - querer de la creación del tipo.

Cuando existe la intención delictuosa de cometer el delito estaremos presentes, ante una forma

(29) Opus Cit. Pág. 241.

(30) Derecho Penal, Buenos Aires, 1956, Parte General Pág. 74.

de culpabilidad.

Respecto del dolo puede revestir diversas formas para manifestarse. La más importante es el dolo directo, que consiste en la voluntad consciente, dirigida a la realización de un delito que es el eventual y surge cuando el sujeto se representa el probable resultado delictuoso a consecuencia de su conducta, aceptando dicha consecuencia, o sea no retrocede en esa perspectiva.

Sebastián Soler ⁽³¹⁾ dice : "el delito de aborto pertenece a esta clase de delitos en las cuales la culpabilidad se apoya sobre un elemento subjetivo específico de la figura".

Jiménez de Azua ⁽³²⁾ respecto del Dolo dice: "Existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, conciencia de que se quebrantó el deber con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".

Para confirmar lo anterior MEZGER ⁽³³⁾ dice: -

(31) Derecho Penal Argentino, Tomo III, Pág. 113, -- Edit. La Ley. Buenos Aires. 1945.

(32)

(33) Tratado de Derecho Penal, Tomo II Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

"actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".

La otra forma de culpabilidad se le denomina la culpa, siendo esta de menor gravedad que la anteriormente señalada, en virtud que el sujeto no actúa intencionalmente MEZGER ⁽³⁴⁾ dice al respecto: "actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición de un resultado".

El sujeto por el simple hecho de vivir en sociedad y para hacer posible la vida gregaria debe de condicionar su conducta a ciertos deberes de ciudadano, para no violar los derechos que los demás.

La culpa se fundamenta en la previsibilidad de un resultado como producto de la conducta realizada, es decir, el sujeto debe de prever las consecuencias que pueden tener sus actos y por tanto debe ser cuidadoso en la ejecución de la misma. De acuerdo a la menor previsibilidad será más o menos grave la conducta realizada.

La culpa de acuerdo con esta tesis reviste varias formas :

Culpa con representación y sin representación, esto a su vez puede ser Lata, leve o levísima, de acuerdo con lo que dice el maestro Castellanos Tena, es de gran utilidad la clasificación para de terminar el grado de culpabilidad.

En cuanto a la Preter Intencionalidad tampoco puede presentarse en virtud de que se forma del dolo y la culpa, es decir se quiere un resultado y se produce uno mayor y dentro de esta hipótesis, como es de suponerse no encaja en el aborto.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

El maestro Ignacio Villalobos ⁽³⁵⁾, "dice que la exclusión de la culpabilidad existirá siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúe libre o espontánea". La inculpabilidad opera cuando falta el conocimiento y la voluntad y al agente no se le puede reprochar la conducta, por considerarse que obra impulsado a consecuencia de una falsa apreciación de la realidad o las circunstancias del caso le impidieron la ejecución de otra conducta.

Para Jiménez de Azua ⁽³⁶⁾, la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad y sostiene que la

(35) Derecho Penal Mexicano. Pág. 411 2a. Edi. Méx. 1960.

(36) La ley y el delito Pág. 480 Caracas 1945.

inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche, por lo tanto en la inculpabilidad siempre se hallan ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, conocimiento y voluntad.

Para que una conducta sea culpable, es preciso que haya dos elementos, el intelectual y el volitivo, toda causa eliminadora de uno o de ambos o solo del primero, o bien que afecte al segundo, deberá ser considerado como causa de inculpabilidad, dentro de las inculpabilidades hay el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error es una falsa concepción de la realidad y puede ser de hecho o de derecho, hay que hacer notar la confusión del error con ignorancia, ya que esto es la falta de conocimiento de algo determinado.

El error de hecho lo clasificamos en esencial y accidental, el accidental abarca la aberratio ictus, la aberratio in persona y la aberratio in delicto.

El error de Derecho no se justifica, ni autoriza la violación de la ley, porque la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. En efecto todo ciudadano debe de conocer las normas que emanen del Estado y su incumplimiento no se puede dejar

de castigar o sancionarse conforme al Derecho.

Para el Maestro Celestino Porte Petit⁽³⁷⁾, - el error esencial de hecho, para que tenga efectos eximentes debe de ser insensible; de lo contrario deja subsistente la culpa.

El error esencial, es el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho que realiza con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto Penal o como enseña ANTOLISEI, el error que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del Delito. Concretizando en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que existe el desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Dentro de este tipo de error se dan las llamadas eximente putativas, las que desde luego no se presentan en el Delito de Aborto. Cuando la persona embarazada en lugar de ingerir una bebida que piensa puede ser inofensivo, pero, resulta una substancia nociva que le provoca de inmediato el aborto, entonces encontramos la figura del error, por lo que hay ausencia de culpa.

El error accidental recae sobre circunstancias secundarias del hecho y podemos señalar varias formas: El error en el golpe (ABERRATIO IC--TUS); error en la persona (ABERRATIO IN PERSONA) y la (ABERRATIO IN DELICTI) cuando se provoca un hecho diferente al que se quiere. Este tipo de error no tiene ninguna relevancia en el delito de aborto.

La obediencia Jerárquica, puede operar como un caso de error de hecho esencial e invencible, si el inferior desconoce la ilicitud de la orden, pero expuesto el criterio anterior no hay mayor relevancia en el delito que estamos estudiando.

Existe otro caso dentro de la obediencia Jerárquica y es el que el inferior conozca la ilicitud que lleva implícito el mandato, pero, por miedo a las consecuencias realiza la conducta delictuosa, es ahí donde se configura la inculpabilidad por temor fundado. A pesar de lo señalado esta causa no puede presentarse en el aborto por la peculiaridad especial de requerir una especial dirección de la conducta.

Los tratadistas de Derecho Penal señalan como causa de inculpabilidad la no exigibilidad de otra conducta, por la terminología empleada se desprende que la conducta realizada por el sujeto, obedece a una causa especialísima, de tal natura-

leza que hace excusable el comportamiento del ser.

Dentro de la no exigibilidad de otra conducta, señalaremos en primer lugar el temor fundado, que es la coacción que recae sobre la voluntad, pero no debe de anularla en el sujeto, sino que para operar deben de substituirse en el agente las facultades de juicio y decisión. El temor fundado, nace por una seria amenaza que pone en peligro al sujeto y este se ve obligado a actuar violando -- una norma penal, sin que el estado le pueda exigir otro comportamiento, por las circunstancias -- en que se presenta la situación antes mencionada.

Puede presentarse este aspecto negativo en el aborto, ya frente a un hecho provocado por la no exigibilidad de otra conducta, este caso solo -- aprovecha a la mujer embarazada y resulta responsable la persona que ayuda a realizar el acto delictuoso debiendo ser concretamente en el delito de aborto.

E.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad puede considerarse como el -- merecimiento a una pena a consecuencia de la realización de una conducta y que siempre y cuando -- esta sea punible.

Al respecto el Maestro Celestino Porte Petit (38) dice: indudablemente la penalidad es un carácter del Delito y no una simple consecuencia -- del mismo, el artículo 7 del Código Penal, que de fine al delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pe na legal, y no es válido afirmar que solo alude -- a la garantía penal "NULLA PENA SINE LEGE" pues tal afirmación es innecesaria ya que otra norma -- del máximo ordenamiento jurídico, artículo 14 -- constitucional, alude a que existe una garantía -- penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito, con base a la pretendi da excusa absolutoria se dice que la conducta eje cutada por el beneficiario de una excusa de esa -- clase, que es típica, antijurídica y culpable y -- por tanto constitutiva del delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, -- cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legisla -- ción imposibilita la aplicación de una pena, de --

(38) Importancia de la Dogmática Jurídica Penal - Pág. 54 y 55.

suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7 -- del Código Penal.

Este punto de vista fué modificado posteriormente por el Maestro Porte Petit, en que después de nuevas investigaciones se adhiere al grupo estudioso que considera a la punibilidad como consecuencia del delito. Entre los autores que ubican a la punibilidad como mera consecuencia del delito, podemos citar a MANZINNI, ⁽³⁹⁾ quien señala que: "la sanción es el elemento integrador de la norma jurídica, pero no del delito, el cual consiste en aquella noción del hecho, del que se deriva el precepto legislativo".

Consideramos que esto es nuestra corriente y opinión, o sea creemos que la punibilidad es una consecuencia del delito y no un elemento del mismo.

O sea se podría recordar el caso de cualquier excusa absolutoria donde se da y subsiste el ilícito pero el Estado por razones de política criminal no aplica sanción alguna. Al hacer estudio de la punibilidad es conveniente hacer referencia a la pena o sea la aplicación de la sanción a un caso concreto.

(39) Tratado de Derecho Penal. P. 190 Buenos Aires. 1948.

En el estudio del delito de aborto, respecto de la punibilidad la regulan los artículo 330 del Código Penal, la cual va de 1 a 3 años de prisión para el que hiciere abortar a una mujer, sin saber el medio que se emplea para su realización y con su consentimiento y a falta de este la pena es de 3 a 6 años, y si hay además violencia física o moral cuando se realiza la pena es de 6 a 8 años de prisión.

El artículo 331, del mismo ordenamiento se refiere concretamente al que lo causare, que puede ser un médico, cirujano, comadrón o partera, además de la pena que le corresponda en el artículo 330 del Código Penal, se le impondrá de 2 a 5 años la suspensión del ejercicio de su profesión.

El artículo 332 del Código Penal, atenúa la pena cuando el aborto se realiza voluntariamente o consiente la madre en que otra persona lo haga, siempre y cuando se den estas 3 circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama.
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo y:
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima;

La pena será de 6 meses a un año de prisión.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Para el Maestro Castellanos Tena,⁽⁴⁰⁾ la ausencia de punibilidad la trata de la siguiente manera, "En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona de terminadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta -- los elementos esenciales del delito (conducta o hecho tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), -- permanecen inalterables; solo se excluye la posibilidad de punición.

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y se presentan en situaciones especialísimas, en las cuales el Estado prefiere dejar impune una conducta, ya que de otra manera afectaría otros bienes que lesionan intereses sociales, como por ejemplo; la familia; por eso que nuestro Código Penal, en su artículo 377, preceptúa, el caso de robo cuando se realiza entre ascendentes y descendentes, no castigándolo por las razones antes expuestas.

(40) Lineamientos Elementales de Derecho Penal. - Parte General. Pág. 257, 5 Edic., Edit. Porrúa, S.A. Méx. 1969.

Respecto del Delito que nos ocupa y analizando las excusas absolutorias estas se dan cuando - en el aborto, se provoca el embarazo por causas - de una violación, comenta el tratadista "Cuello - Calón, al respecto, que nada puede justificar imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violación sufrida. Para la operancia de la impunidad se requiere la demostración previa del atentado sexual aún cuando respecto a este no se halla seguido juicio alguno en - contra del violador, en realidad se excluye la pena a virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad.

El Estado ha considerado que por determinadas razones no se debe sancionar al agente, como - se había indicado anteriormente, nuestro Código - Penal, lo recoge en su artículo 333 cuando el -- aborto es producto de una violación, no es puni-- ble.

F.- EL ITER-CRIMINIS Y LA PARTICIPACION

El Iter-Criminis.

El delito se desarrolla a través del tiempo - desde que se concibe como idea hasta su consumación, a esto llamamos Iter-Criminis, o sea el camino del crimen. Los delitos culposos no siguen este proceso en el cual es característico de este sendero la voluntad de realizar el típico penal. Este camino se inició con la idea de cometer un hecho delictuoso, pero tratándose de un proceso interior en la mente del sujeto, pasa desapercibido por el Derecho y mientras no se manifieste, no podrá sancionarse.

El iter-criminis, se forma de dos fases, la interna y la externa. La fase interna comprende tres etapas; ideación, deliberación y resolución. En la concepción surge la idea criminosa puede -- ser acogida o desairada por el sujeto, si aparece el primero de los supuestos permanecerá como idea fija en su mente, con lo cual empieza el período deliberatorio; este consiste en la meditación y - el agente hace una valoración, interviniendo fuerzas de tipo moral y religioso, en las cuales mide el pro y el contra de la probable y futura acción, al resolver el sujeto la conducta de realizar, se llega al último período de la fase interna, que es la resolución, en la cual el sujeto - por fin tiene la intención firme de llevar a cabo

su propósito delictivo aunque éste aún sigue dentro de su mente.

En el aborto la ideación surge en el momento en que la mujer sabe que está embarazada, es entonces cuando llega a su mente la idea de abortar, o puede ser también de la persona que la hará -- abortar, cuando principia la deliberación (segunda etapa) en la cual hay valores propios y por -- consecuencia empíricos, pesa sus pros y contras de la comisión del delito, a su vez, lucha en su interior con los principios morales y religiosos que haya adquirido a través de su existencia, -- pero al final pesan más los que determinan al sujeto a cometer el delito, con lo cual se llega a la última fase de la resolución.

Habiendo puntualizado concretamente a nuestro tipo penal la primera fase de la vida del delito, comprende analizar la fase externa, esto comienza desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación, abarca la manifestación, preparación y ejecución.

La primera de las mencionadas surge simplemente como la exteriorización de la idea o pensamiento, antes existe solo en la mente del sujeto. En el aborto se puede adecuar o presentar la conducta en el caso de que la madre manifieste a su cónyuge o cualquier otra persona su firme intención

de que por cualquier medio expulsará al producto de la concepción que lleva en sus entrañas.

Pasemos a los actos preparatorios, los cuales se caracterizan por llevar implícita una marcada inocencia, en ellos el probable delincuente y en este caso a la mujer embarazada no se le puede -- consignar ni juzgar como tal (delincuente), ya - que únicamente ejecutará actos tendientes al desquiciamiento orgánico que le orillará a expulsión del feto, o bien medirá el caso de alguna caída - que como consecuencia le acarree su original finalidad. En cuanto a la ejecución, puede ofrecer dos aspectos diversos, una tentativa y el otro -- una consumación.

TENTATIVA

Cuando los actos de ejecución se interrumpen por causas ajenas a la voluntad del agente o por mismas razones no se produzca el resultado querido, habiéndose agotado los actos de ejecución estaremos frente a una tentativa inacabada o acabada de aborto. Definimos pues a la tentativa acordes con el profesor Castellanos Tena ⁽⁴¹⁾, como -- "los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto". En caso de que

(41) Opus. Cit. Pág. 341.

no se utilicen los medios idóneos, estaremos ante una tentativa imposible. Por otra parte, si los actos de ejecución se interrumpen voluntariamente, nos encontraremos delante de un desistimiento.

La tentativa se debe de sancionar por el resultado de la conducta, no por la intencionalidad de la misma, ya que cuando existe la voluntad de quebrantar la ley y se ponen en peligro bienes jurídicamente tutelados, la sanción desde luego se más benigna.

La tentativa inacabada se presentará en el aborto, cuando el agente del delito realice parcialmente los medios de ejecución y no se produzca el resultado por causas ajenas a su voluntad, es decir existe la intención de cometer el delito; se realizan en forma incompleta los actos de ejecución y el aborto no se produce por causas ajenas a su voluntad. Por el contrario, cuando exista la completa realización de los actos de ejecución y no se produzca el resultado por causas ajenas a la voluntad del agente estaremos frente a un caso de tentativa inacabada de aborto. La consumación se dará cuando se agoten los elementos descritos por el legislador en la figura legal respectiva.

LA PARTICIPACION

En la comisión de un Delito pueden intervenir uno o varios sujetos y de acuerdo con el grado de participación, será la sanción que se imponga, en la mayoría de los casos se requiere normalmente de la actividad de un individuo, sin embargo, en la práctica pueden intervenir varios sujetos -- para la comisión del tipo penal, en cuanto hablamos de una participación, esta se define como ⁽⁴²⁾ "la voluntaria cooperación de varios individuos - en la realización de un delito, sin que el tipo - requiera una pluralidad."

En el aborto se presenta la participación -- para su comisión, por lo general lo es la mujer - embarazada, sin embargo y con lo anteriormente ex- puesto, puede participar una tercera persona.

Cuando estamos frente a un aborto consentido, intervienen varias personas y de diferente manera; la mujer embarazada dá su consentimiento, el médico realiza la conducta descrita en el tipo y la enfermera presta ayuda de cualquier especie; en - cambio en el auto aborto sólo puede existir un su- jeto activo: la mujer embarazada.

(42) La participación. Criminable, Revista Penal. Pág. 179 Abril 1959, Cit. Castellanos Tena - Fernando. Ob. Cit. Pág. 389.

También podría darse el caso de que la madre se volviera de un inimputable para la realización de la comisión del ilícito, por lo tanto, a nuestro modo de ver, se pueden dar todas las formas de la participación en el delito de aborto.

CONCLUSIONES

- 1.- Entre los Romanos fué considerado este delito como un acto inmoral, pero autorizado por el Estado siempre que mediase el consentimiento del cónyuge, con repercusiones meramente familiares y nunca en contra de los intereses de la colectividad.
- 2.- Los Aztecas consideraron que la práctica del aborto "contrariamente a la concepción Romanista" si afectaba los intereses de la comunidad, fué tal importancia que se dió sancionándolo con la pena de muerte a los autores.
- 3.- Los Incas tenían una concepción muy propia de los intereses de la comunidad prohibiendo la práctica del aborto; siendo acreedores a la pena de muerte los que lo realizaron, y castigados severamente los que intervenían en forma directa o indirecta.
- 4.- El Derecho Canónico ha tratado por los medios a su alcance, de evitar la práctica del aborto, sancionando a las que lo realizan o intervienen en el mismo, con la ex-comunión, y el arrepentimiento de por vida como penitencias.
- 5.- En general los países Iberoamericanos enfo--

can el estudio del Delito de Aborto desde - un punto de vista individualista más que colectivista, y para efectos de penalidad distinguen entre el aborto realizado con el consentimiento de la mujer embarazada y el consumando en contra de su voluntad.

6.- El Legislador acertadamente ha creado diferentes penalidades en relación con los tipos de Aborto; tratando de emplear una adecuada política criminal, de acuerdo con la realidad social que priva en nuestro medio.

7.- El Código Penal de 1871, en su capitulado referente al delito de Aborto, lo define como "la extracción del producto de la Concepción" erróneamente nunca hizo referencia a la muerte del feto; fijando su atención en la conducta del sujeto agente; debía de haberse tomado en consideración la posibilidad de que produjera la muerte del mismo en el seno materno.

8.- El legislador de 1931, hace un señalamiento a la atención del sujeto agente en tratar de destruir la vida del producto, y hace un señalamiento a los diferentes tipos de Aborto y establece penas concretas al caso, conceptos que se ven reflejados con más claridad - en la Legislación de 1931.

- 9.- El Código en vigor, recibe la influencia de los anteriores definiendo con mayor técnica el concepto del Delito de Aborto, sus formas y sus sanciones, plasmando en su artículo -- respectivo que "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". O sea que el actual legislador comprendió perfectamente cual debe ser el bien jurídico tutelado.
- 10.- En cuanto a la conducta en el Aborto, como elemento del delito se presenta indiscutiblemente como un hacer o bien como una inactividad por parte de la madre o sujetos que intervienen, pudiendo manifestarse en una forma unisubsistente y plurisubsistente; con un resultado necesariamente de carácter material, con realización instantánea.
- 11.- Respecto de la ausencia de Conducta, si ésta no se manifiesta en cualquiera de sus formas por falta de voluntad no se integrará el ilícito penal.
- 12.- La Tipicidad en el Delito de Aborto, requiere que la conducta se adecúe a la descripción hecha por el legislador; y en el delito de estudio el tipo se integrará con los siguientes presupuestos: que la mujer esté embarazada y se produzca la muerte del producto.

Si falta cualquiera de los presupuestos ante riormente indicados estaremos frente a la -- Atipicidad.

- 13.- La culpabilidad viene a ser una violación - subjetiva de la norma jurídica o sea es el - desprecio del sujeto por el orden jurídico. Para su integración se requiere una relación psíquica de sus elementos intelectuales y -- volitivos de la valoración jurídica; pudiendo manifestarse lo anteriormente expuesto en el delito de Aborto.
- 14.- Se da la inculpabilidad en el Delito de Abor to, cuando falte el conocimiento y voluntad en el sujeto agente o sea que este obra sin representación, con una falsa apreciación de la realidad o circunstancias especiales del caso.
- 15.- Respecto de la Punibilidad, las diferentes - opiniones vertidas en relación a este tema, nos manifestamos de acuerdo con los que sos- tienen que la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia del mismo; esto es cuando se presenta en el delito de - aborto, el sujeto o sujetos que en el inter- vienen: Se hacen merecedores a determinadas penas, o se cumple así la amenaza punible -- del Estado, si con su conducta se llenan los

presupuestos legales, y consecuentemente se hacen acreedores a las penas señaladas en la ley.

BIBLIOGRAFIA

- CARRANCA TRUJILLO.
DERECHO PENAL MEXICANO.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.
LINIAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL
PARTE GRAL.
- CUELLO CALON EUGENIO.
DERECHO PENAL IX EDIC. TOMO I.
- FRANCO GUZMAN RICARDO.
LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO, REVIS-
TA DE CRIMINALIA, AÑO XXII
- FRONTAN BALESTRA.
EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO, BUENOS --
AIRES 1957.
- GARRAVO.
TRAITE "THE ORIQUE ET PRACTIQUE DU DROIT PEI
NAL FRANCAIS", VOL. V.
- GRISPIGUI FILIPPO.
DIRITIO PENALE.
- JIMENEZ DE AZUA.
TRATADO DE DERECHO PENAL
TOMO II.
- JIMENEZ DE AZUA.
LA LEY Y EL DELITO. EDICION A. BELLO.
CARACAS Y VENEZUELA.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.
DERECHO PENAL MEXICANO
TOMO II.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.
LA TIPICIDAD.
- MAGGIORE.
DERECHO PENAL IV.

MANZINNI.

TRATADO DE DERECHO PENAL.

MANZINNI.

TRATADO DI DIRITTO PENALE.

MEZGUER.

TRATADO DE DERECHO PENAL.

NOMMSEN.

ENCICLOPEDIA JURIDICA (QUEBA).

PORTE PETIT CELESTINO.

APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL

PORTE PETIT C.

IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICA PENAL

PORTE PETIT CELESTINO.

DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y
LA SALUD DE LAS PERSONAS.

PORTE PETIT L.

EL DELITO DE CONTRABANDO.

RENIERI.

DIRITTO PENALE NAPOLI 1950.

REVISTA PENAL CRIMINABLE. LA PARTICIPACION.

SOLER SEBASTIAN.

DERECHO PENAL ARGENTINO. TOMO III.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, TOMO LXI.

VILLALOBOS IGNACIO.

DERECHO PENAL MEXICANO.

WELZEL.

DERECHO PENAL, BUENOS AIRES.