

184
20.



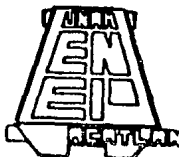
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

ANALISIS DOGMATICO DE LOS ARTICULOS
329, 333 Y 334 DEL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAMON LOZA GONZALEZ



Acatlán, Edo. de México

1992

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

I N D I C E

Introducción.

CAPITULO I.

El Aborto.....	1
1.- Etimología y conceptos: concepto obstétrico, concepto médico-legal y concepto jurídico-delictivo.....	1
2.- Diferencia entre los delitos de aborto y homicidio....	4
3.- La muerte provocada in ipso partu.....	5

CAPITULO II.

Antecedentes Históricos.....	6
1.- El delito de aborto entre los Griegos y Romanos.....	6
2.- El delito de aborto en Egipto, Persia, Israel y la India.....	9
3.- Influencia del Cristianismo en la represión del aborto.....	10
4.- La represión del aborto en al Antiguo Derecho Español.	11
5.- Influencia del individualismo del siglo XVIII en la represión del aborto. Individualismo revolucionario. Restauración de la punición del aborto.....	14
6.- La represión del aborto en los Códigos Penales de México.....	16

CAPITULO III.

Elementos Constitutivos del Delito de Aborto.....	19
1.- Presupuestos del delito. La doctrina.....	19

VI

- 2.- La preñez de la mujer como presupuesto del delito de aborto..... 21
- 3.- Elementos del delito. Elemento objetivo o material. Conducta y resultado. Relación de causalidad entre ambos..... 23
- 4.- Elemento subjetivo. Dolo, culpa y preterintencionalidad..... 26

CAPITULO IV.

- Bien Jurídico Tutelado..... 31
- 1.- Posibilidad de titularidad del bien jurídico lesionado por el delito de aborto. Teoría de "nasciturus". Su inaceptabilidad..... 31
 - 2.- Doctrinas individualistas. Doctrinas colectivistas. Tesis de Fracisco Carrara..... 33

CAPITULO V.

- Modalidades del Delito..... 39
- 1.- Clasificación que hace nuestro ordenamiento jurídico respecto del delito de aborto..... 39
 - 2.- Aborto ajeno. Hipótesis contenidas en el artículo 330 del Código Penal. Examen de cada una de éstas. Agravación personal impuesta por el artículo 331..... 39
 - 3.- Aborto propio. Sus modalidades. Aborto honoris causa. Problema que plantea la participación de extraños en dicho aborto. Aborto propio ordinario..... 44
 - 4.- Abortos impunes. Aborto impune cuando el embarazo es resultado de violación. Aborto terapéutico. Su encuadramiento en la teoría general del delito. Solución adoptada por la ley mexicana. Aborto eugenésico y por indicación social o económica..... 50

CAPITULO VI.

Proceso de Ejecución del Aborto.....	58
1.- El iter criminis. Sus fases. Actos de cada una.....	58
2.- Actos del iter criminis en relación con el delito de aborto. Preparación. Tentativa. Consumación.....	58
3.- Concurso de aborto y homicidio.....	61
CONCLUSIONES.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	65

INTRODUCCION

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 329 define el delito de aborto como " La muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez ". A lo largo del presente trabajo analizaremos el contenido y alcances de dicho artículo así como del 333 y 334 del mismo ordenamiento jurídico, en relación con la doctrina y la jurisprudencia enfatizando diversas conductas que encuadran con los tipos legales descriptivos.

Este trabajo comprenderá desde los conceptos del delito, sus antecedentes históricos, elementos que lo constituyen, el bien jurídico que se tutela, las modalidades y el proceso de ejecución del mismo.

Tal vez el aborto sea una de las figuras delictivas más controvertidas de todos los tiempos, su historia es la historia de un conflicto de intereses vitales que ha sido y es todavía en el derecho comparado objeto de opiniones encontradas.

Desde el individualismo feminista que deja al arbitrio de la mujer el ser o no ser madre hasta las propuestas de tendencia totalitaria, que todo sacrifican, incluso la libertad de la mujer en aras del interés de la especie, las opiniones sobre la licitud o ilicitud de ésta conducta han adoptado diferentes matices.

No se pretende con éste trabajo decir la última palabra sobre el tema, pero si consideramos que el aborto, desde el momento que interrumpe la vida que el estado tutela como interés público, debe ser a nuestro juicio objeto de reprensión.

El dar cabida a una legislación que autorice la práctica libre del aborto representa un retroceso para la sociedad.

Por tal motivo la presente tesis se pronuncia en favor del derecho a la vida y en contra de la práctica del aborto libre.

Ramón Loza González.

C A P I T U L O I

EL ABORTO

1.- Etimología y conceptos: concepto obstétrico, concepto médico-legal y concepto jurídico delictivo. 2.- Diferencia entre los delitos de aborto y homicidio. 3.- La muerte provocada in ipso partu.

1.- La palabra aborto proviene de la raíz latina abortus, que a su vez deriva de dos raíces: ortus, nacimiento, y la privativa ab, es decir, etimológicamente, aborto significa sin nacimiento.

Sobre el concepto de aborto existe una gran diversidad de opiniones, desde quienes lo consideran simple y llanamente como una interrupción del embarazo hasta quienes como Toulat lo califican como un crimen. (1)

Las definiciones de aborto pueden ser agrupadas en tres clases; obstétricas, médico-legales y jurídico-delictivas.

Desde el punto de vista obstétrico se considera el aborto como la interrupción del embarazo, por cualquier causa, - antes de la vigesimaoctava semana. Posteriormente, recibe el nombre de parto prematuro. De acuerdo con esta definición, - el aborto se divide en ovular, si acontece durante el primero o segundo mes de embarazo; embrionario, durante el tercer o - cuarto mes, y fetal, en el quinto o sexto mes. Como se advierte fácilmente, la definición obstétrica considera el aborto como un hecho esencialmente objetivo, desprovisto de ele-

(1) Toulat, Jean. El Aborto, ¿crimen o liberación?
Ediciones Mensajero. Bilbao, 1975.

mentos subjetivos. En consecuencia no reviste ningún interés para el derecho, puesto que no alude en ningún momento a la conducta humana.

La Medicina Legal suele definir el aborto siguiendo la clásica definición de Tardieu que lo considera como "la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de las circunstancias de la edad, viabilidad y aún de formación regular".⁽²⁾ La medicina Legal diferencia, por otra parte, dos clases de aborto: espontáneo y provocado⁽³⁾. El espontáneo puede, a su vez, subdividirse en patológico y accidental, y el provocado en criminal y terapéutico. Se advierte, en consecuencia, que el concepto médico-legal representa un avance sobre el obstétrico, pues atiende a elementos subjetivos.

Finalmente señalaremos que el aborto desde el punto de vista jurídico-delictivo se integra por tres elementos: objetivo, que es la muerte del óvulo, embrión o feto; subjetivo, que es la culpabilidad, es decir el dolo o la culpa, y normativo, o sea la lesión a un bien jurídico. Entre las definiciones jurídico-delictivas podemos citar la de Garraud, para quien el delito que nos ocupa es "la expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción"⁽⁴⁾. Esta definición, aunque incluye un elemento subjetivo, cuando

(2) Etude médico-legale sur l'avortement, pág. 4

(3) Vibert, Medicina Legal, Tomo I, Págs. 438 y siguientes.

(4) Traité du Droit Penal Francais, Vol. V. Pág. 369

se refiere a la expulsión voluntariamente provocada, no es aceptable, pues omite, de una parte el elemento normativo, y de otra, el elemento material lo reduce a la expulsión sin comprender la muerte del embrión o feto causada dentro del claustró materno.

En el aspecto jurídico, aborto es la muerte del producto de la concepción dentro del seno materno. Pensamos que no es necesario incluir en la definición los elementos subjetivos (culpabilidad) y normativo (antijuricidad) puesto que ambos son comunes a todo delito. La definición anterior puede servir de modelo al tipo descriptivo del aborto, ya que, en buena técnica, la descripción típica debe ser esencialmente objetiva, es decir, constituir un tipo de los denominados normales.

El artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, con una redacción propia de una interpretación auténtica de la ley, dice que "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". Esta definición, esencialmente objetiva, satisface, a nuestro juicio, las exigencias de la técnica jurídica. Se ha dicho que, más que el aborto, se describe el feticidio, es decir la muerte del feto, pero pensamos que esta última afirmación es incorrecta.

Entre producto de la concepción y feto hay una diferen-

cia de género a especie, pues el producto de la concepción, - de acuerdo con la evolución del embarazo, comprende tanto el óvulo como el embrión y el feto.

De aquí que si el Código hablara únicamente de fetici--
dio, solamente podría ser sancionado, en acatamiento al prin--
cipio de exacta aplicación de la ley penal, el aborto fe--
tal, pero no el embrionario ni el ovular.

2.- Entre el delito de aborto y el homicidio del recién na--
cido⁽⁵⁾ existe una diferencia bien clara: el primero consiste
en la muerte de un ser que todavía no ha nacido, el segundo -
en la de un ser que ya nació. Pero, ¿qué debemos entender -
por nacimiento? Las opiniones de los autores se dividen. Se--
gún Ottorino Vannini, el producto de la concepción adquiere -
individualidad, que lo hace capaz de ser sujeto pasivo del de--
lito de homicidio en el momento en que se inicia su separa--
ción del vientre materno.⁽⁶⁾ Stampa por su parte, piensa que
el niño ha nacido cuando se halla separado, aún cuando sólo -
sea en parte, del vientre de la madre.⁽⁷⁾ Por la nuestra, -
pensamos que por nacimiento debe entenderse la separación del
feto del seno materno, después de la salida total del mismo,-
aún cuando no se haya roto todavía el cordón umbilical.

(5) Tomando como tipo fundamental el homicidio del artículo -
302, el infanticidio es un tipo privilegiado. En conse--
cuencia, estimamos correcto hablar de homicidio de recién
nacido, especialmente si tenemos en cuenta que la muerte
del recién nacido fuera de las hipótesis previstas en los
artículos 325 y 327 del Código Penal, constituye homici--
dio.

(6) Delitti contro la vita. Pag. 7.

(7) El objeto material de los delitos contra la vida, en Anua--
rio de Derecho Penal y Ciencias Penales, año 1950, pág. 519

3.- Ahora bien, ¿la muerte provoca in ipso partu es aborto u homicidio infanticidio, según el caso? Pensamos que no es - - aborto, puesto que el inicio del parto señala el fin del - embarazo y la muerte en el momento mismo del parto es causada pasada la preñez, es decir, fuera de la hipótesis del artículo 329 del Código Penal. Por otra parte, el feto mientras es expulsado, todavía no ha nacido y, por ende no se da el supuesto del homicidio o del infanticidio, en los que el sujeto pasivo debe ser un hombre nacido. En suma, para considerar la - - muerte in ipso partu como aborto, tendríamos que aplicar el - artículo 329 y para considerarla homicidio o infanticidio, según el caso, interpretar extensivamente el concepto de nacido. A - nuestro juicio, nuestra ley plantea una laguna que, como no - puede ser llenada, toda vez que el artículo 14 Constitucional prohíbe integrar la ley penal, lleva en definitiva a la atipicidad del hecho.

Proponemos, en consecuencia, que para captar la muerte in ipso partu, el aborto se defina como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento anterior a su total desprendimiento del claustro materno.

C A P I T U L O I I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- El delito de aborto entre los Griegos y Romanos. 2.- El delito de aborto en Egipto, Persia, Israel y la India. 3.- Influencia del Cristianismo en la represión del aborto. 4.- La represión del aborto en el Antiguo Derecho Español. 5.- Influencia del individualismo del siglo XVIII en la represión del aborto. Individualismo revolucionario. Restauración de la punición del aborto. 6.- La represión del aborto en los Códigos Penales de México.

1.- En la Grecia antigua, filósofos, juristas y médicos defendían o atacaban el delito de aborto, citándose a razones de orden moral, económicas y políticas. Por ejemplo, la medicina solo con el transcurso de los siglos adquirió carta de naturalización, cuando se llegó a demostrar la bondad de la misma; actualmente a nadie se le ocurriría discutir el valor científico de los datos que nos entrega en todos aquellos campos en los cuales tiene aplicación, y la materia jurídico-penal, indudablemente es uno de ellos.

Haciendo mención concretamente al delito de aborto, Sócrates aceptaba la comisión del delito de referencia por parte de la madre, siempre y cuando con la voluntad de ella le fuese provocado.

Aristóteles lo aceptaba si la mujer tenía muchos hijos y uno más venía a aumentar la carga económica que gravaba la situación de la familia.

En cambio, Hipócrates se oponía terminantemente a éste

derecho de disposición de la vida, en todos sus aspectos. En el juramento que formuló como código para aquellos que siguie ren la carrera de la medicina, hizo promesa y obligó a prome ter a sus discípulos que: "jamás darán medicamento alguno a - mujer preñada, que le haga abortar". Lo consideró como uno - de los mayores crímenes cometidos por el médico solo que acla ró, que se cometía éste crimen reprobable cuando el feto esta ba animado.

Aristóteles, como ya dijimos en un principio no acepta la comisión del delito de aborto, pero pasados algunos años - rectificó su criterio y ya en el libro séptimo de su política dice que dicho hecho debe carecer de sanción cuando la fami-- lia sea numerosa, quedando sujeta la ejecución a la particula ridad que el feto no estuviese animado, problema éste que, - años después, la Iglesia Católico-Romanista nos presentaría - en forma más amplia. Esta fue también la tesis de Platón pa- ra evitar el exceso de población.

Platón, refiriéndose a los escritos que su maestro Só-- crates le dejó afirma con naturalidad en Thocitetos que "las comadronas pueden con remedios o encantamientos, despertar o adormecer los dolores del parto; librar a las mujeres que - tiene miedo a parir, o facilitar el aborto del niño cuando la mujer está decidida a realizarlo".

Se dice que la famosa cortesana Aspasia de Mileto, no -

solo practicó el aborto sino que dejó un libro sobre éste tema, en el cual entregaba los procedimientos adecuados para un mejor resultado.

En Roma, como una consecuencia del concepto que de la libre disposición de su persona podía hacer la mujer, el aborto no constituía un delito, cuando era provocado por ella y - aún en el caso de intervención de terceros, contra o sin el consentimiento de la misma, solo se configuraba una ofensa en contra de la progenitora. Por tanto, la libre disposición de su cuerpo no reunía los elementos necesarios de ningún delito que fuera imputable políticamente, pues si el feto no era un ser distinto, sino un accesorio del soma de la mujer, indudablemente que podía disponer del mismo.

El aborto sólo adquirió características de delito en la mujer casada que dolosamente se lo hubiere provocado; pero su perseguibilidad estaba subordinada a la querrela del marido, encontrándose la justificación de la querrela en la lesión - que del derecho de paternidad sufría el hombre. Claro que ésta doctrina y las coincidentes no podían perdurar frente a - culturas que influenciadas por el Cristianismo consideraron delictivo el aborto.

Dice Escriche en su diccionario de Legislación y Jurisprudencia que "en Roma las mujeres que se provocaban el aborto por aversión a sus maridos, a consecuencia de un divorcio, no tenía otra penalidad que la del destierro, pero si lo ha--

cia sobornadas por el dinero, este crimen lo pagaban con el último suplicio".

La perversión y el relajamiento de costumbres en Roma provocó que el Estado estableciera una legislación fuertemente represiva como hasta entonces no había aparecido en el ámbito legislativo, y así el delito de aborto que en un inicio no era considerado un delito fué sancionado con mayor rigor para evitar los numerosos abortos que la población venía cometiendo.

2.- Al hacer referencia acerca del delito de aborto en otros pueblos de la antigüedad podemos señalar que en Egipto, Diódoro de Sicilia no señalaba pena alguna para el delito de aborto pero si para el de infanticidio. En esa época era grande el respeto al derecho del niño a nacer y lo constata el hecho de que una mujer embarazada que fuera condenada a muerte, no era ejecutada, sino hasta después del parto.

Los persas y los medos castigaban el delito de aborto; la madre no podía por vergüenza desprenderse de su carga y el amante debía ampararla hasta el nacimiento del niño; en caso de que con una vieja libertadora que, con conocimiento de plantas abortivas, se matara al fruto del vientre materno, padre, madre y ejecutora eran castigados.

En la India no se legisló en la antigüedad sobre aborto, debe considerarse de acuerdo con las leyes de la Hermeneútica

jurídica que, fué permitido; sin embargo, existen vestigios que demuestran que si tuvo sanción, aún cuando ésta no - haya quedado señalada en el derecho positivo. Cuando una mujer de casta superior caía en desgracia por haber tenido relaciones con esclavos o con individuos que no correspondiesen a su categoría social, la costumbre hindú la castigaba obligándola al aborto, lo que quiere decir que estas maniobras conducentes a la muerte del producto de la concepción, le ocasionaban una ofensa que venía a constituir en última instancia el motivo por el cual, después de consumado el acto, recibía una especie de repudio por parte de la esfera social a la que pertenecía.

Por lo que respecta a Israel podemos mencionar que en el Pentatéuco mosaico se señala la pena correspondiente al delito que nos ocupa: "si alguno hiere a una mujer preñada y esta abortare pero sin morir, será castigado con la pena que le imponga el marido y juzguen los árbitros. Si la mujer muriese será castigado con la pena de Talión".

3.- El Cristianismo, dotando a la vida de un valor ético y teológico, por encima del meramente patrimonial, otorgó plenitud de derechos al concebido, aunque no nacido, portador de un alma que salvar. La conocida expresión de Tertuliano Homo est qui est futurus, inspiró las nuevas actitudes frente al aborto, que hasta el siglo XVIII, es objeto de la represión más enérgica.

El Derecho Canónico diferenciaba la muerte del feto animado, es decir, con alma, del inanimado. Según el Exodo (XXI, 22 y siguientes) y las doctrinas sustentadas en Grecia por -- Aristóteles y en Roma por Plinio aceptadas por los tratadistas eclesiásticos y las colecciones canónicas, era preciso - que, después de la concepción, transcurriera cierto lapso para que el semen vertido en el útero, gracias a la cópula, se convirtiera en cuerpo para recibir el alma creada por Dios - convirtiéndose en feto animado. Se creía que la conversión - del corpus informatum en corpus formatum, nombres con los que se designaba al feto inanimado y el animado, respectivamente, tenía lugar cuarenta días después de la concepción para los varones y treinta para las mujeres. La pena variaba en uno y - otro caso, pues mientras el aborto del feto animado era equiparado al homicidio el del inanimado recibía una penitencia mucho más leve.

4.- En España. el Liber Judiciorum, conocido vulgarmente con el nombre de su versión al castellano primitivo como fuero - Juzgo sanciona a los que dan abortivos a las mujeres, a éstas si los toman, a los que lesionan a las embarazadas, provocando el aborto. (Libro VII, Titulado II, Leyes 1a. a 7a). Este cuerpo de leyes impone las penas de muerte, ceguera, azotes y multa. Idéntico rigor se observa en algunos Fueros Municipales, como los de Brihuega, Zurita y Béjar, que, por - - otra parte, recogen la distinción, provenientes del Derecho - Canónico, que mencionamos anteriormente.

La ley VIII del título 8o. de la partida VII de Alfonso el Sabio, decía así como la mujer preñada come o bebe yerbas a sabiendas, para hechar la criatura, debe haber pena de homicidio, mujer preñada que bebiere yerbas u otra cosa cualquiera con que hechase de sí la criatura, o se hiere con los puños en el vientre o con otra cosa con intención de perder la criatura y se perdiese por ello, cuando esto hiciere ella, debe morir por ello. Salvo que se lo hiciesen hacer por fuerza, así como hacen los judíos a sus nueras, porque entonces el que lo hizo hacer, debe tener la pena, e si por ventura no estuviese aún viva entonces no deben dar muerte, por ello, - más debe ser desterrada en alguna isla en cinco años".

"Esa misma pena decimos que debe tener el hombre que hiere a su mujer a sabiendas, estando ella preñada, de manera que se perdiese lo que ella tenía en el vientre, por la herida. Más si otro hombre extraño lo hiciese, debe tener pena de homicida si estaba viva la criatura cuando murió por culpa de él: y si no estaba viva, debe ser desterrado en una isla por cinco años".

El precepto como se advierte por el título, es bien claro, el aborto se equiparaba al homicidio.

El legislador de aquel entonces, después de leer el - - preámbulo y el principio de la Ley Uno, del título 8o. de

Partida. Aquel dice así: Omezillo es cosa que hacen los - hombres a veces sin Derecho, a veces con Derecho, se ha visto

que el Legislador hace una distinción, respecto de si la criatura está viva, o si no está aún y cualquiera que sea el estado de desarrollo del feto. El hecho de hacerlo abortar, constituye un matamiento de hombre, resulta por tanto, que se estima que existe ya en el seno de la mujer embarazada un verdadero hombre no en potencia sino en acto, con realidad presente, este hombre podrá llegar a nacer o salir del cláustro materno, ya muerto, o ser o no ser viable, crecer, llegar a viejo, desempeñar un papel en la vida o morir en la infancia; es decir, está sujeto a mil posibilidades, pero ya es y como un ser distinto de su madre, sujeto de Derecho y dentro de las concepciones cristianas de aquella legislación, que son las mismas de toda la estirpe a que pertenecemos con un fin que trasciende de temporal.

La IV Partida dice: que la condición de los hombres, puede ser de varias maneras, según haya nacido o esten por nacer y la Ley tercera relativa al estado y condición de la criatura mientras está en el vientre de su madre dice que mientras se haya ahí, toda cosa que se haga o diga en beneficio suyo ha de aprovecharle, como si fuere nacida, en cambio no le perjudica lo que fuese dicho o hecho de su persona, o de sus cosas por ejemplo; una mujer embarazada que hubiere cometido un delito, por el cual debiera ser muerta, si esta se encontraba embarazada no se le daba muerte, sino hasta después de que hubiere dado a luz, porque la criatura que naciera de ella, debía ser libre de la pena.

La VII Partida, en su título 80. se refería a los físicos o cirujanos que intervenían en los abortos e imponía una pena para ellos si la mujer moría correspondiente a la de homicidio.

5.- El individualismo del siglo XVIII influyó profundamente, modificándolas de raíz, en las ideas penales relativas al - - aborto, que surgen paralelamente a las que tratan de justificar, o cuando menos de atenuar el infanticidio honoris causa, con relación a este último delito, Beccaria puso de manifiesto la angustiosa situación de la madre que, para evitar la infamia, mataba al hijo acabado de nacer. Inspiradas en este criterio, las leyes del siglo XIX otorgaron notables privilegios al delito de aborto, frente a los de homicidio y parricidio. Se dice que, cuando se redactó el Código de Napoleón, tal fué aún el propósito del Emperador, a quien, al fin convenció, Cambaceres con el argumento de la incertidumbre de la vida ulterior del feto. Las leyes, inspiradas, como hemos dicho, en un rabioso individualismo, con el propósito de proteger uno - de los valores más humanos, o sea el honor, otorgaron la máxima protección al autoaborto, provocando con la intención especial de ocultar la deshonra, modalidad atenuada que figura, a partir de entonces, en todos los códigos Penales, incluso en los de los países más apegados a la tradición.

El individualismo revolucionario del Siglo XX reafirmó vigorosamente los privilegios del aborto, terminando por su-

primir de los Códigos la sanción del aborto consentido. En Rusia, un Decreto del 18 de noviembre de 1920, expedido por el Comisariado del Pueblo para la salud, autorizó el auto aborto en hospitales. Criterio análogo siguió el Código Penal Uru--guayo de 1934, cuyo artículo 325 penaba únicamente el abor--to ejecutado sin el consentimiento de la abortada. Sin embargo, tanto en Rusia como en el Uruguay, el aborto ha vuelto a figurar en el catálogo de delitos. Rusia lo incluyó por me--dio de ordenanza del Consejo de Comisarios del Pueblo de 27 - de junio de 1936 y Uruguay por Ley de 28 de febrero de 1938.

En la actualidad, el aborto es delito en todos los pa-ises del mundo, aún cuando en algunos es objeto de una represión muy benigna, raya casi en la impunidad. En Suecia, la ley - de 10. de junio de 1946, reza que los casos de autoaborto, es decir de aborto realizado por la mujer sobre sí misma, puni--ble con pena de prisión conforme al párrafo 26 del capítulo - 14 del código penal, no será sancionable en casos especialmen- te leves. El Nuevo código penal de Bulgaria lo castiga con - pena de represión excepción en algunos casos agravados, que - impone trabajo correccional. Frente a estos países, existen - otros, que más por interés demográfico que por proteger indiv- dualmente la vida del feto, han acentuado, aunque sin gran - severidad, la represión del aborto. Francia, por Decreto Ley - de 29 de Julio de 1939, reformó el artículo 317 del Código - Penal y España expidió el 24 de enero de 1941 una Ley para la - protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda -

anticonceptiva, cuyo texto pasó a los Códigos Penales de 1944 y al vigente.

6.- En México el 14 de marzo de 1871, la Comisión del Código Penal, presentaba al Ministro de Justicia su proyecto, encabezado por una exposición de motivos, suscrita por el Licenciado Antonio Martínez de Castro. Esta legislación rigió en -- nuestro país durante casi cincuenta años.

Dicha legislación en su exposición de motivos decía lo -- siguiente acerca del aborto. "Como no falta quien crea lícito hacer abortar a una mujer, cuando ha comenzado ya el octavo -- mes de embarazo, que es a lo que se da hoy el nombre de parto prematuro artificial, creyó necesario declarar terminantemente que este caso, queda comprendido dentro del delito de aborto y que se impondrá las mismas penas en el caso de cometerlo, porque siempre hay peligro de que perezca el hijo, la madre o ambos, pero en atención a que el delito se disminuye mucho, -- cuando se logra salvar a la madre y al hijo, se consulta en -- el proyecto, que entonces se reduce la pena a la mitad.

En su artículo 569, esta legislación nos daba ya una -- definición del aborto y así decía "Llámase aborto en Derecho Penal, a la extracción del producto de la concepción y a su -- expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la -- epoca de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad.

Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se --

da también el nombre de parto prematuro, pero se castigará - con las mismas penas de aborto.

Artículo 570.- Solo se tendrá como necesario un aborto: cuando de no efectuarse, corra la mujer embarazada peligro de morir 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.

En este Código, sólo se castigará el aborto intencional ya sea practicado por la mujer embarazada o por un tercero y no era castigado si faltaba la intención de la mujer para hacerlo.

El Código Penal, expedido el nueve de febrero de 1929, en su título décimo séptimo, intitulado, "De los delitos contra la vida" en su capítulo noveno, trata del aborto y así en su artículo 1000, dice "Llámase 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 considerará siempre que tuvo este objeto el aborto voluntario, provocado antes de los ocho meses del embarazo.

Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se - le da también el nombre de parto prematuro artificial y se - sanciona de igual manera que el aborto. (Artículo 1001).

No se le aplicará sanción cuando, de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asiste oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y que no sea peligrosa la demora. Tampoco se sancionará el parto prematuro artificial, cuando sin tener por objeto interrumpir la vida del producto se practique en los casos que no hubiere contra indicación -- que perjudique a la madre o al producto.

A pesar de todo, el Código de 1929, sigue considerando el aborto como una forma de homicidio.

En este Código por primera vez se hace mención o referencia a los delitos cometidos por médico cirujanos, comadronas y parteros, en su artículo 831, el que decía. "Cuando se trate de practicar una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital, los cirujanos, están obligados a recabar la autorización del paciente, o si éste no puede darlo, la de sus parientes o personas a cuyo cuidado se encuentre."

De aquí se desprende que este código ya reglamentaba en forma indirecta el aborto terapéutico.

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ABORTO

1.- Presupuestos del delito. La doctrina. 2.- La preñez de la mujer como presupuesto del delito de aborto. 3.- Elementos del delito. Elemento objetivo o material. Conducta y resultado. Relación de causalidad entre ambos. 4.- Elemento subjetivo. Dolo, culpa y preterintencionalidad.

1.- El concepto de presupuesto del delito no ha sido precisado por la doctrina, pese a los estudios llevados a cabo por los autores italianos, sus iniciadores, especialmente Manzini.

Este autor distingue los presupuestos del delito de los de la conducta. Los primeros, dice, son aquellos elementos jurídicos, anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trata.

Los segundos, son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito. (8)

Otros autores encabezados por Giuseppe Maggiore, piensan que los presupuestos del delito son elementos cronológicamente anteriores y del todo extraños al hecho que, sin participar en la estructura intrínseca del delito, son esenciales

(8) Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Págs. 37 y 38

para su existencia. En tal sentido, el citado autor, Maggiore, sostiene que aquellos no son sino elementos esenciales del hecho. (9)

Una tercera corriente, seguida por Steffano Riccio, niega toda diferencia nocional y real entre los presupuestos del delito y los del hecho, los cuales, para él, son una misma cosa y representan los antecedentes indispensables para la existencia de un determinado hecho delictuoso. El autor de referencia afirma, por una parte, que la falta de un presupuesto produce la inexistencia del hecho mismo, y por otra que el presupuesto no recae solamente sobre el título delictuoso particular, sino, ante todo, sobre la existencia del hecho. Termina diciendo que "si el delito es una acción anti-jurídica y culpable y el hecho es el conjunto de los elementos materiales del delito, como descritos por la figura legal, y si los presupuestos son los antecedentes necesarios del hecho y del delito, es lógico concluir que los presupuestos son elementos del hecho o sea elementos materiales del delito". (10)

No compartimos este punto de vista. No podemos, en efecto negar la diferencia, como hace Riccio, entre presupuestos y elementos del delito. Los presupuestos del delito son anteriores a la conducta, en tanto que los elementos están comprendidos en la realización de ésta. La realización del presupuesto no corre, entonces, a cargo del sujeto activo.

(9) Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Pag. 37 y 38

(10) Los presupuestos del delito. Revista Jurídica Veracruzana. Tomo XII, Núm. 3. Págs. 147 a 166.

Sin embargo, el presupuesto del delito ha de ser captado por el dolo del propio sujeto.

2.- El delito de aborto solamente puede ser concebido presuponiendo la existencia de un embarazo de la mujer y decimos que el embarazo es presupuesto de la conducta en el aborto puesto que, rechaza la teoría del nasciturus, por ser inaplicable en el ámbito penal, el embarazo no crea el sujeto pasivo del delito, sino únicamente constituye un hecho material, antecedente necesario de la conducta delictuosa.

El artículo 329 del Código Penal menciona la "preñez" - que como hemos dicho, es el presupuesto necesario del delito de aborto. Preñez es sinónimo de embarazo y se debe entender por tal la ocupación del útero por el producto de la concepción, cualquiera que sea su grado de desarrollo somático. Es indiferente que se trate de preñez intrauterina o extrauterina. (11)

Como el artículo 329 citado no distingue entre una y otra, ambas vienen a ser presupuesto de delito de aborto. Ubi lex non distinguit, nec distinguere debemus.

Pensamos que la existencia jurídica del embarazo requiere que el útero esté ocupado por un producto vivo. El denominado embarazo Molar, o sea la ocupación del útero por una mola hidatiforme, no es, jurídicamente hablando, embarazo, aún

(11) Cuello Calón, Ob. Cit. Pág. 493.

cuando las opiniones de los autores se dividen al respecto. - La expulsión violenta del feto muerto en el vientre de la madre, dice Mazini, no lesiona interés jurídico alguno protegido por la ley y por ende, no constituye aborto. Por el contrario en Alemania, tanto la doctrina como la jurisprudencia, lo mismo que la jurisprudencia de Austria admiten la tentativa de aborto en el caso de la expulsión de una mola. (12)

Hay, en cambio embarazo en sentido jurídico cuando el producto vivo no es viable. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia española (Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de junio de 1952) enteramente aplicable como fuente extranjera, interpretativa del artículo 329 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. El producto no viable, es decir, sin probabilidad de vida, sin embargo vive en tanto no muera, y su destrucción o expulsión lesiona el bien jurídico tutelado por la norma.

La ausencia de la preñez, es decir, del presupuesto de la conducta en el aborto, destruye lógicamente la posibilidad de que este se realice, aún de manera imperfecta o incompleta (tentativa). De aquí que la preñez haya de ser objeto de prueba en el proceso. El tribunal de casación de Italia (resolución de 27 de abril de 1938) declaró que en materia de aborto no puede pronunciarse condena sin una rigurosa prueba del embarazo de la mujer. Este criterio podemos hacerlo extensivo y lo hacemos a nuestro Derecho.

(12) Cuello Calón, Ob. Cit. Pág. 506

3.- El hecho se integra de dos elementos: conducta y resultado, vinculados ambos por la relación de causa a efecto. Sin entrar al estudio de los delitos denominados de simple actividad, a los cuales no pertenece por otra parte el delito de aborto es incuestionable que en los delitos materiales, pueden fraccionarse sin problema alguno, la conducta y el resultado.

La conducta en el delito de aborto consiste en la realización por el sujeto activo de actos encaminados a causar la muerte del producto de la concepción. Estos actos, denominados generalmente medios abortivos, fueron objetos de enumeración casuística por el viejo Derecho. El Liber Judiciorum - (Fuero Juzgo) menciona las yerbas, las Leyes de Partida hablan de la mujer "que bebiere yerbas u otra cosa cualquiera". El Código Penal español de 1822 enuncia, como medios abortivos - en su artículo 639, los alimentos, bebidas, golpes y otros análogos. En la actualidad, médicos y juristas suelen agrupar los medios abortivos en dos grandes clases: sustancias abortivas y maniobras abortivas.

El empleo de los denominados medios morales, tales como el terror es motivo de cierta discusión entre los autores, -- pensamos, por nuestra parte que el problema puede ser resuelto mediante la aplicación general de la teoría de la ejecución del homicidio moral. Mientras algunos autores, como ca-

rrara⁽¹³⁾. Impallomeni⁽¹⁴⁾. Altavilla⁽¹⁵⁾. y Maggiore⁽¹⁶⁾ - aceptan esta hipótesis, otros como Chabeau y Helie⁽¹⁷⁾, y - Garraud⁽¹⁸⁾, la niegan. Por nuestra parte estimamos que, con relación tanto el homicidio como el aborto moral, si está cap- tado por el dolo del sujeto quien tiene el propósito de matar, y resulta además, idóneo y eficaz, constituye conducta puni- ble.

El segundo elemento del hecho es el resultado que Anto- lisei considera como el efecto natural de la acción rele- vante para el Derecho Penal⁽¹⁹⁾. En el delito de aborto, esa consecuencia no es otra que la muerte del producto de la con- cepción. Es indiferente que la muerte se produzca dentro del seno materno o mediante la expulsión del producto hacia el - exterior. Pero, en todo caso, debe producirse la muerte. La expulsión para provocar el parto prematuro, si el feto sigue viviendo, no constituye aborto⁽²⁰⁾.

En este último caso, la muerte del feto, aún con poste- rioridad a la expulsión, será delito de aborto, si se produce precisamente como consecuencia de la expulsión. Como dice So- ler, cualquier acción ulterior al nacimiento prematuro, pero con vida, para quitar la vida por otros medios, no encuadra -

(13) Programa. Parte especial. Párrafo 1.087

(14) L'Omicidio, Pág. 5

(15) Dei delitti contra la persona, en enciclopedia Pessina. IX, Pág. 3,986

(16) Derecho Penal. Tomo II. Pág. 717

(17) Torie du Code Penal, Tomo II, 1.118

(18) Traité de Droit Penal Francais. Tomo V. Pág. 141

(19) La acción y el resultado en el delito. Pág. 139

(20) Soler, Derecho Penal, Tomo III, Pág. III

en esa figura (aborto), sino en la de homicidio⁽²¹⁾, o, agregamos nosotros, infanticidio, en las hipótesis de los artículos 325 y 327 del Código Penal.

En cambio, no será obviamente, aborto, la expulsión de un producto muerto, en el caso en que la muerte del mismo sea anterior a la ejecución de la maniobra expulsiva.

Entre la conducta del sujeto y el resultado de muerte, debe mediar la necesaria relación de causalidad común a todos los delitos, pues, como dice Soler, "para que se pueda decir que determinada alteración del mundo exterior ha sido cometida es necesario que entre la fase subjetiva de la acción (conducta, decimos nosotros) y la fase objetiva de la misma (resultado) medie una relación⁽²²⁾.

La relación de causalidad ha sido y es objeto de encondo debate en la doctrina. El Código Penal, que norma la causalidad del homicidio (artículos 303 a 305), no hace referencia alguna a la del aborto, quedando en consecuencia, confiada la resolución del problema a la doctrina y la jurisprudencia. La doctrina de la equivalencia de las condiciones, con el correctivo de la culpabilidad, es a nuestro juicio, la más apta para resolverlo.

El delito de aborto, en orden de la conducta, es un delito de acción, pues la denominada maniobra abortiva o la - -

(21) Ob. Cit. en nota anterior. Pág. 112.

(22) Ob. Cit. Tomo I, Pág. 301

ingestión de una substancia apta para provocar el aborto es una conducta positiva. En casos excepcionales, podrá ser un delito de comisión por omisión, cuando por ejemplo, se omite el cuidado de la embarazada, con la intención de que ésta aborte. Puede ser también, unisubsistente o plurisubsistente, pues la conducta abortiva puede según el caso realizarse de manera fraccionada.

En orden al resultado, el aborto es un delito instantáneo, porque la acción del sujeto, como dice Maggiore, se traduce en la realidad exterior al alcanzar su meta⁽²³⁾, o sea, se consuma con la muerte del feto. Es además un delito de resultado material, toda vez que esa muerte constituye una mutación en el mundo exterior, finalmente es un delito de daño y no de peligro.

4.- Elemento subjetivo. Está constituido por la culpabilidad, común de todos los delitos. La doctrina tradicional ha considerado dos grados o formas de culpabilidad: el dolo y la culpa. Afirma que una conducta es dolosa cuando su autor se representa un resultado típico y antijurídico y quiere producirlo, o sin quererlo lo acepta y ratifica si llega a presentarse. Dice que hay culpa cuando el sujeto produce un resultado típico o antijurídico que no previó, a pesar de ser previsible. Algunos autores aceptan una tercera forma de culpabilidad muy discutible y discutida, o sea la preterintencionalidad

(23) Ob. Cit., Tomo I. Pág. 378.

dad, que existe cuando hay dolo respecto del resultado querido y culpa respecto del resultado producido.

El dolo se ha dividido en dolo directo, eventual y de consecuencia necesaria. Es directo, si la volición del sujeto se encamina a la producción de un resultado, típico y anti-jurídico, representando y querido. Eventual, si el sujeto se representa el resultado típico y antijurídico y no quiere producirlo, pero lo acepta o ratifica si llega a producirse. De consecuencia necesaria cuando el resultado producido, aunque no querido por el sujeto, va ligado necesariamente a otro querido por aquel.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la república en materia Federal, no define el dolo y únicamente alude a él en el artículo 8o. cuando reza que "los delitos pueden ser intencionales". En cambio, el Código Penal para el estado de México, define las modalidades dolosas de directo, eventual y de consecuencia necesaria. El delito es doloso, dice el artículo 7o. - cuando se causa un resultado querido o aceptado o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada.

El aborto es, generalmente un delito doloso de dolo directo. Puede serlo, igualmente, de dolo eventual cuando el sujeto, realizando con cualquier fin, sobre el cuerpo de la mujer, maniobras capaces de producir la muerte del feto, no -

quiere producirla, pero la aceptaría en el supuesto de que se produjera. El dolo de consecuencia necesaria se da en aquellos casos en que el sujeto mata a la mujer, con dolo homicida, originando necesariamente la muerte del producto de la concepción.

La culpa se divide en culpa con representación, o con previsión consciente, y culpa sin representación, sin previsión inconsciente. La primera existe cuando el sujeto, que ha previsto un resultado típico y antijurídico, obra con la esperanza de que no se produzca. La segunda, cuando el propio sujeto causa un resultado que no previó a pesar de ser previsible. Al criterio de la previsibilidad, expuesto principalmente por Carrara, se suele agregar el de la de prevenibilidad, sustentando por Brussa. Para que el resultado producido por el sujeto pueda serle imputado a título de culpa es necesario, de una parte, que no haya sido previsto a pesar de ser previsible, y de otra, que no haya sido evitado, a pesar de ser evitable.

El aborto en principio, puede ser cometido por culpa, lo mismo que por dolo. Sin embargo, la doctrina tradicional sostiene que la incriminación de la figura se apoya sobre un elemento subjetivo, que hace imposible su comisión culposa. En este sentido se pronunció Carrara.⁽²⁴⁾ Pero este criterio no es aceptable con relación a aquellos Códigos que aceptan,

(24) Programa. Parte Especial, Párrafo 561.

con carácter general, la división de los delitos en dos grandes grupos, dolosos y culposos, como hace el nuestro con su artículo 8º. En este tipo de Códigos, para que un delito no sea perpetable por culpa es necesario que el tipo contenga un elemento subjetivo especial, un elemento subjetivo del injusto, supuesto que obviamente no se da en el artículo 329 del Código Penal. El único caso es que, por implícito este elemento subjetivo en la descripción típica es el relativo al aborto honoris causa.

La impunidad del aborto culposo se ha fundado, por otra parte, en consideraciones de tipo sentimental. Cuello Calón subraya, al respecto, a favor de aquella, la repugnancia de añadir el dolor de la abortada la dureza de un proceso criminal (25). A nuestro juicio, hay que diferenciar el aborto causado por la mujer y el causado por terceros. En el primer caso, procede la impunidad, traducida en una excusa absoluta, pero en el segundo no. Situación intermedia es la del aborto culposo causado por el padre del producto de la concepción, cuya impunidad podrá fundarse en una consideración análoga a la que hace Cuello Calón respecto de la mujer.

El artículo 333 del Código Penal establece, en su parte primera, una excusa absoluta a favor de la mujer embarazada que cause culposamente su autoaborto. Interpretando a contrariu sensu esta disposición, se llega a la conclusión de

(25) Ob. Cit., Pág. 494

que el aborto culposo cometido por terceros es sancionable - conforme a las reglas generales del artículo 60 del Código en cita.

La hipótesis del aborto preterintencional ha sido muy - discutida. Soler la menciona con relación al artículo 87 del Código Penal Argentino, que describe el aborto cometido al - ejercer violencias sobre la mujer, sin el propósito de causar lo⁽²⁶⁾. En este supuesto, como las violencias van dirigidas, no contra el feto sino contra la mujer, pensamos que de acuerdo con la teoría del delito preterintencional, podría existir dolo respecto del resultado que se quería causar sobre la mujer, y culpa respecto del resultado letal que se cause al feto.

En México, el delito preterintencional, está asimilado al doloso por la parte primera de la fracción II del artículo 9o. del Código Penal. En consecuencia, el aborto que doctrinariamente pudiera ser calificado de preterintencional, es - doloso. Pero para la integración del dolo, sería necesario - que el sujeto conociera el estado de gravidez de la mujer.

(26) Ob. y Tomo cit., Págs. 124 y 125.

C A P I T U L O I V

BIEN JURIDICO TUTELADO

1.- Posibilidad de titularidad del bien jurídico lesionado - por el delito de aborto. Teoría de "nasciturus". Su inaceptabilidad. 2.- Doctrinas individualistas. Doctrinas colectivistas. Tesis de Francisco Carrara.

1.- El delito de aborto ha sufrido diversos avatares históricos y ha encendido las querellas más enconadas en torno a la procedencia o improcedencia de su inclusión en las leyes penales. Por otra parte, las controversias sobre su punibilidad, han desbordado, a veces, el ámbito del interés puramente individual, para pasar al ámbito del interés político. La posición del estado frente al problema aparece vinculada al sistema político imperante en un momento histórico determinado.

Las necesidades demográficas han motivado diferentes actitudes políticas.

Ahora bien, antes de entrar a dilucidar la cuestión relativa a cual sea el bien jurídico lesionado por el delito de aborto, debe ser resuelta la que se relaciona con la posible existencia del sujeto titular de dicho bien. ¿Es el embrión o feto? ¿Es la mujer?. Procederemos a procurar unas respuestas a estas preguntas. Comenzaremos, con vistas a responder a la primera, exponiendo la teoría del nasciturus, de abolen- go romano, con las adaptaciones que requiere nuestro Derecho Civil.

En nuestro Código Penal, el delito de aborto es un delito contra la vida, porque si bien el sujeto pasivo del mismo es un ser humano, tiene vida. El Código Civil, en su artículo 29 dispone que "el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables". Como no hay efecto más favorable para el concebido que asegurarle el nacimiento, y con él la adquisición de la capacidad jurídica, en los términos del artículo 22 del propio código, es incuestionable que la interrupción del embarazo, seguida de la muerte del feto, importa una lesión a la vida. Pensamos, sin embargo, que la teoría del nasciturus no es suficiente para fincar la incriminación del aborto y su consiguiente elevación al rango de delito. De una parte, es una teoría privatística y de otra, hay que tener en cuenta que mientras en el terreno del Derecho Civil la personalidad jurídica del concebido se condiciona a que reúna posteriormente los requisitos exigidos por el artículo 337 del Código Civil, es decir, que viva desprendido enteramente del seno materno veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil, en el ámbito del Derecho Penal, el concebido goza de la tutela del tipo por el solo hecho de vivir en el claustro materno.

El aborto, en resumen, no lesiona un derecho subjetivo de que sea titular una persona pues el nasciturus, por el hecho de no haber nacido todavía no es persona jurídicamente habido. Lesiona como veremos a continuación, una vida tutelada como interés público. De aquí que en nuestro sentir, la -

teoría del nasciturus, a cuya cabeza está colocado en México, el artículo 29 del código civil, no sirve para fundar la in--
criminación del aborto. ¿Cual es, por consiguiente, ese funda--
mento?.

2.- La doctrina se ha dividido, al respecto.

¿Lesiona el aborto, un interés individual?. Este inte--
rés podría ser el del esposo de la mujer, en el supuesto de -
que fuere casado y el de ella, en cualquier caso. La primera
opinión estaba recogida en los rescriptos romanos de Severo -
y Antonio que castigaron con destierro a la mujer que aborta--
ra, porque "defrauda hijos al esposo". lo que hace pensar a -
Quintano Ripollés que no tenía aplicación al mediar consenti--
miento marital" (27). La segunda opinión, es decir, la relati--
va a que el aborto lesiona un interés privativo de la mujer -
y que, por ende, solamente puede ser castigado el cometido -
contra o sin su consentimiento, pero no el provocado por ella,
ha sido objeto de encendido debate.

Hay que dilucidar, en primer término, si el embrión y -
el feto son realmente, como sostenían los romanos, pars vis--
cerum matris. Con relación al artículo 325 del Código Penal -
Uruguayo de 1934, se ha expuesto; partiendo del principio de
que el hijo es un órgano del conjunto de órganos que integran
la naturaleza fisiológica de la mujer, el derecho de esta a -

(27) Derecho Penal. Tomo II. Página 213.

disponer de la vida de aquellos, de la misma manera con que puede disponer de un órgano. Se preguntan los partidarios de esta tésis que si una madre puede cortarse un brazo, ¿como no ha de poder perforar las membranas que limitan el proceso de la concepción? (28). Sin embargo, tal parecer, a nuestro juicio, es erróneo. En primer lugar, el Derecho protege la vida y la integridad corporal, no como un derecho subjetivo, sino como un interés público y, por ende, no es dable afirmar, con carácter general, que el hombre incluida lógicamente la mujer tenga derecho a disponer de sus órganos, pues el ejercicio de este derecho, aunque sea aceptable en principio, estará condicionado a que no sea incompatible con el cumplimiento de un deber o perjudique un interés común. Y, en segundo lugar, el embrión y el feto no son, en modo alguno, órganos permanentes de la fisiología de la mujer, toda vez que fatalmente están destinados a desprenderse de ella. (29)

El aborto no lesiona exclusivamente un interés de la mujer sin embargo, la circunstancia de que los medios de ejecución del delito, son, por su propia naturaleza, susceptibles de crear un riesgo para la vida o la salud de la mujer, permite pensar en la posibilidad de una doble objetividad jurídica:

(28) Eusebio Gómez, Derecho Penal, Tomo II, Página 138.

(29) El Artículo 325 del Código citado, castigaba causar el aborto de una mujer sin su consentimiento. A contrario sensu se entendía que el causado por ella o con su consentimiento no era punible, Por Ley de 28 de Febrero de 1938, se restableció la sanción del aborto.

como delito de daño, lesiona la vida del embrión o feto y como delito de peligro crea un riesgo para la vida o la salud de la mujer. Esta última objetividad jurídica en el aborto, dice Cuello Calón apoyándose en la autoridad de grandes ginecólogos, tales como Bumm Hoffstaedt y Brennecke, representa siempre graves peligros para la vida y la salud de la mujer: abortada (30). Este problema será objeto de mayor estudio y dilucidación, cuando nos referimos al concurso de los delitos de aborto y lesiones u homicidio.

La posición adoptada por el Código italiano de 1930, que incluyó el delito de aborto en el título de los que lesionan la integridad y la salud de la estirpe, fue una expresión del totalitarismo estatal del fascismo. A tal respecto decía Rocco, Ministro Guardasellos y autor del ordenamiento, que la innovación le parecía oportuna, en virtud de que el aborto, atentado contra la maternidad como fuente perenne de la vida de los individuos y de la familia, constituye, en realidad, una ofensa a la vida misma de la raza y, por ello, a la de la nación y el Estado. Sin embargo, los autores de la ley aceptaban la coexistencia de la lesión a la estirpe y la de la lesión individual. "No se quiere negar que, junto a la ofensa del interés demográfico del Estado y de la Nación, otros intereses sean afectados con las llamadas prácticas abortivas, como, por ejemplo, la ofensa al interés del que debe nacer, -

que es siempre una *spes vitae*, ya que no una vida: la ofensa al interés de la vida de la incolumidad individual de la madre, la ofensa al interés de la moralidad y de las buenas costumbres familiares. Pero es cierto que, a toda obra, debe considerarse prevalente la ofensa al interés de la nación de asegurar: la continuidad de la estirpe sin la cual, en definitiva vendría a faltar: la misma base personal de la existencia de la nación y del Estado" (31).

Esta tesis, en realidad, no es convincente. De una parte traduce, como ya hemos dicho anteriormente, el totalitarismo estatal del fascismo italiano que, como es sabido, sumergía - al individuo en el Estado, Recuérdese al respecto, la célebre frase de Mussolini: "Todo para el Estado, nada fuera del Estado".

Este concepto político fue, indudablemente, extendido al campo de los valores. Si el individuo no significaba nada fuera del Estado, su vida solamente podía representar: interés -- alguno vinculada, como se afirma en la *Relazione*, a la raza - y a la estirpe. Tales conceptos totalitarios no pudieron sobrevivir a la muerte del fascismo. La Reforma de 1950, volvió a incluir el aborto en el Título de delitos contra las personas.

(31) *Relazione al Re. (Exposición de Motivos)*, Número 177.

El interés demográfico, variedad de la integridad de la estirpe, es también prevaleciente en la Rusia Soviética, país donde, a raíz de la Revolución de Octubre, se legalizó el aborto, y pasó a ser grave delito con la ley de 27 de Julio de 1936, es decir, cuando, la previsión de una guerra mundial que no tardó en estallar y la necesidad de ensanchar la economía, creando nueva fuerza de trabajo, aconsejaba el aumento de la población.

Otra variedad de la integridad de la estirpe, fue la pureza racial, que inspiró la reglamentación del aborto en la Alemania nacional socialista, donde la Ordenanza de 18 de Marzo de 1943 autorizó el aborto de las mujeres no arias, castigando, por el contrario, con máxima severidad, el de las de la supuesta raza pura. Para Carrara, el delito de aborto debe subsistir mientras los Códigos Penales provean a la tutela de la vida humana. Dice el Maestro de Pisa al respecto: "A nosotros nos basta que sea una vida (la del feto) digna de ser respetada y protegida por si misma, independientemente de toda la relación con la familia, y esto llámese vida vegetativa o vida animal, no puede ser incierto. No es incierto para nadie que el feto, si es verdadero feto, sea un ser viviente" (32). Pensamos, por nuestra parte, que esta consideración de Carrara es irrefutable, tanto más válida cuanto que a las razones, de carácter generalmente individual, que se han esgrimido y

(32) Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial. Párrafo número 1252.

esgrimen para defender: la incriminación del aborto, pueden agregarse otras de carácter social y hasta político.

En resumen: el bien jurídico lesionado por el delito de aborto es complejo. Rechazamos, desde luego, la tésis de que lesione un derecho subjetivo del feto, puesto que este, por no ser persona, carezca de capacidad para ser titular de derechos. Pero es innegable que lesiona, de una parte, la vida en abstracto, y de otra, el interés demográfico. Siendo, en efecto, la población uno de los elementos del Estado, la actividad de los particulares para disminuirla, previniendo la natalidad resulta lesiva a ese interés. Aun cuando en determinado momento histórico pueda existir, a causa de un desequilibrio entre la población y los recursos, un interés de reducir la tasa de natalidad, el Estado no deberá reducir esta tasa sacrificando la vida.

C A P I T U L O V
MODALIDADES DEL DELITO

1.- Clasificación que hace nuestro ordenamiento jurídico respecto del delito de aborto. 2.- Aborto ajeno. Hipótesis contenidas en el artículo 330 del Código Penal. Examen de cada una de éstas. Agravación personal impuesta por el artículo 331. 3.- Aborto propio. Sus modalidades. Aborto honoris causa. Problema que plantea la participación de extraños en dicho aborto. Aborto propio ordinario. 4.- Abortos Impunes. Aborto impune cuando el embarazo es resultado de violación. Aborto Terapéutico. Su encuadramiento en la teoría general del delito. Solución adoptada por la ley mexicana. Aborto Eugénico y por indicación social o económica.

1.- En opinión del jurista Mariano Jiménez Huerta, el Código Penal vigente en el distrito federal considera claramente en su articulado la existencia de 3 clases de abortos: El primero de ellos se denomina procurado y es aquel en que la mujer es el agente principal; el segundo es el consentido cuando la mujer es partícipe y finalmente el sufrido cuando la mujer es víctima.

Nos parece oportuno agregar que desde otro ángulo nuestro ordenamiento penal vigente clasifica el delito de aborto en punibles e impunes. Cabe mencionar respecto de estos últimos que realmente solo constituyen una excusa absolutoria -- pues el delito sigue siendo considerado como tal.

2.- El artículo 330 del Código Penal describe el aborto causado por terceros, distinguiendo tres hipótesis:

- a).- Aborto causado con el consentimiento de la mujer
- b).- Aborto causado mediante violencia y

c).- Aborto causado mediante violencia.

La aplicabilidad de la primera hipótesis supone, incuestionablemente, que la mujer sea capaz de consentir. Ahora bien, esta capacidad no es la capacidad civil, pues la mujer carece de facultad para disponer de la vida del producto de la concepción, vida que se tutela como un interés público. De acuerdo con el carácter eminentemente realista y no formalista del Derecho Penal, lo que, en ésta hipótesis, se toma en cuenta es el hecho de que el sujeto activo obre con o sin la voluntad de la mujer, siempre que esa voluntad tenga relevancia jurídica. Como dice Manzini, aquí no se trata de un negocio jurídico, sino de un hecho ilícito, respecto al cual el consentimiento es, en cualquier hipótesis, necesariamente inválido.⁽³³⁾

El consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito. Sin embargo, en ningún caso, podrá presumirse, y en el supuesto de que dentro del proceso, no se pruebe su existencia, o esta sea dudosa, deberá estimarse que el aborto se ejecutó sin el consentimiento. Por lo demás como dice Eusebio Gómez, nada importa que la práctica del aborto consentido por la mujer haya tenido su origen en una iniciativa suya o en la de aquel que lo provoca.⁽³⁴⁾

(33). Tratado, Vol. VII, página 525.

(34). Derecho Penal, Tomo II, página 141.

El consentimiento puede ser revocado por la mujer en cualquier momento y, en consecuencia, la prosecución de un aborto consentido, después de revocado el consentimiento, hace que la conducta desarrollada por el sujeto del delito sea subsumible en la segunda parte del artículo 330 del Código Penal.

Las hipótesis b) y c) presentan una relación de género a especie, pues la violencia física o moral no es sino una modalidad de la ausencia de consentimiento de la mujer, es decir, una especie. Por consiguiente en la hipótesis b) están comprendidas todos aquellos casos en que la falta de consentimiento de la mujer para el aborto, dependa de causas diferentes de la violencia. La falta de consentimiento puede provenir, en este supuesto, de la falta de desarrollo psíquico de la mujer, por edad o trastorno psicopatológico, de hallarse en un estado de inconsciencia, o de haber sido engañada, por ejemplo, ocultándole la naturaleza abortiva de las maniobras ejecutadas sobre ella, anestesiándola con el aparente propósito de someterla a una intervención quirúrgica lícita, etc.

El error del sujeto carece de carácter exculpante y, por ende, no destruye la culpabilidad, ni transforma la modalidad de la parte primera del artículo 330 (aborto con consentimiento de la mujer) en la parte segunda del propio artículo (aborto sin consentimiento de la misma). Quien ejecute el aborto, o participe en el ejecutado por otro en alguna de las

formas previstas en el artículo 13, creyendo que la mujer -
consiente, sin que en realidad haya consentido, comete, por -
ende, el delito previsto en la parte primera del artículo 330.
La ignorancia sobre el consentimiento de la mujer se traduce,
por su parte, en un animus indeferentiae, contrario a la dili-
gencia con que todo hombre debe proceder en su conducta so-
cial.

La mujer que presta su consentimiento para que un terce-
ro le haga abortar, está penada por la última parte del artí-
culo 332 del Código Penal. Sin embargo, a nuestro juicio, no
era necesaria esta mención expresa. Otorgar el consentimien-
to para ser abortada por un tercero es realizar culpablemente
un acto de relevancia causal para la producción del resultado
letal descrito en el artículo 329 del Código y, por ende, --
quien lo otorga participa en el delito en los términos de la
fracción III del artículo 13. De la misma manera, la mujer -
que solicite de otro que la haga abortar responde en calidad_
de instigadora.

La hipótesis c); aborto practicado mediante el empleo -
de violencia física o moral, no ofrece dificultad. Los con--
ceptos generales, usuales con relación a otros delitos, son -
aplicables al de aborto. La violencia, ya sea física o moral,
se origina por el concurso de dos voluntades, pero a condi- -
ción de que estén en abierta oposición. (35)

(35). Concepto expuesto por Carrara, con referencia a la vio-
lación. Y que, por su generalidad, estimamos aplicable
a toda clase de violencia, cualquiera que sea el fin -
perseguido por quien la emplea.

La violencia física tiene un elemento objetivo, que es la resistencia, de suerte que la prueba de la primera requiera la de que la mujer abortada haya resistido los actos del abortador. Esta resistencia debe ser seria y constante. Seria, porque debe ser verdadera y no adulterada por el engaño. Constante, porque debe mantenerse desde el inicio de los actos violentos hasta su terminación. Sin embargo, la lucha de voluntades que supone la violencia, basta que se desarrolle dentro del concurso de energías que puedan desarrollar personas normales. No debe exigirse en la mujer una heroína que defienda, aun a costa de su vida el producto de la concepción, ni en el abortador un coloso de fuerza y poder.

La violencia moral (el metus de los romanos) constituye la promesa hecha por el sujeto a la mujer de causarle un mal futuro. Esta promesa ha de producir en la mujer un estado de intimidación, es decir, de inhibición psíquica, resultante de la disyuntiva planteada a la mujer de dejarse causar el aborto o de sufrir el mal prometido por el sujeto. La intimidación, por lo demás, puede originarse prometiendo el mal a la mujer o a una tercera persona.

El artículo 331 establece una agravación personal de la pena, cuando el aborto es causado por personas que ejercen profesiones sanitarias. Reza dicho precepto legal: "si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior (330), se le suspenderá de dos a cinco años en

el ejercicio de su profesión". Trátase de una simple agravación de la pena, en razón de la mayor peligrosidad que se supone en el sujeto del delito, y no de un delito de los denominados propios o especiales que solamente pueden ser cometidos por personas en quienes concurre una calidad particular ya sea natural o jurídica. (36)

Esta agravación solamente puede recaer sobre aquellas personas provistas de título profesional. La calidad especial de médico o partera le da la posesión de dicho documento y no el solo ejercicio de la actividad respectiva. No se requiere, como demandan los códigos español (artículo 415) y argentino (artículo 85) que el profesional abuse de su arte. Estimamos correcta tal omisión, puesto que, de una parte, la mención resulta técnicamente inútil, y de otra, su inclusión obliga a diferenciar la actitud del profesional que causa el aborto abusando y el que lo causa sin abusar.

3.- El propio aborto presenta dos modalidades:

- a).- El aborto honoris causa, y
- b).- El aborto ordinario doloso.

El aborto honoris causa (aborto per causa d'onore), aceptado por gran número de legislaciones: Italia (artículo 551), Portugal (artículo 358), Chile (artículo 344), Uruguay

(36). Jiménez de Asua, tratado de Derecho Penal, Tomo III, páginas 700 y siguientes.

(artículo 328), Brasil (artículo 301), Venezuela (artículo - 436). Tiene un móvil eminentemente subjetivo y presupone que el producto ha sido concebido ilegítimamente.

El Código Penal, aunque sin emplear la denominación expresada y sin contener alusión subjetiva alguna describe dicho aborto en su artículo 332. Sujeto único de esta modalidad de delito es la madre, es decir la mujer preñada. Sus formas de realización, dos: procurar la mujer su aborto, o sea, causárselo ella misma, o consentir en que un tercero se lo cause.

Los elementos de este aborto, son los siguientes:

I.- Que (la mujer) no tenga mala fama. Por fama, debe entenderse reputación, es decir, lo que la doctrina denomina honor objetivo, la estimación moral que la mujer merezca socialmente. Basta que la mujer goce de buena reputación, aunque no sea moralmente íntegra, para que se de este elemento.

Ahora bien, la expresión "buena fama" tiene un significado referido a la situación sexual de la mujer y a la exteriorización que el embarazo hace de las relaciones sexuales ilícitas. No es necesario que la mujer, sujeto activo de esta modalidad de aborto, sea precisamente una prostituta, es decir que se de sexualmente sin elección de hombres y por precio, basta simplemente que, sin llegar a ejercer actos de comercio sexual, observe una conducta licenciosa, cualquiera que sea la motivación que la inspire. La muchacha que tuvie-

ra relaciones sexuales conocidas aunque estas relaciones estuvieren inspiradas en una ideología pseudofilosófica postulado ra del amor libre o la libertad sexual, no podría obviamente_ invocar la atenuación del artículo 332. Es el temor a las - sanciones sociales derivadas de la mala fama sexual lo que da lugar a la modalidad atenuada de aborto.

II.- Que haya logrado ocultar su embarazo. La publici-- dad del embarazo destruye la reputación de la mujer. Por en-- de el embarazo ilegítimo conocido quita el carácter de hono-- ris causa al aborto. Pensamos, sin embargo, que el embarazo_ debe ser conocido, bien por la generalidad de las personas - que integren el círculo social de la mujer, o, cuando menos - por un número considerable de aquellas. El embarazo conocido únicamente por un reducido número de personas, íntimas de la mujer, no destruye la hipótesis que venimos mencionando.

Carrara niega esta atenuación a la joven seducida que - ha obligado al seductor a casarse, quejándose ante la autori-- dad y haciendo escándalo. (37) Estimamos correcta esta posi-- ción pues pensamos con el autor citado, que la publicidad del embarazo, veda invocar posteriormente la ocultación de lo que se exhibió.

III.- Que este (el embarazo) sea fruto de una unión ile--

(37). Programa, Parte Especial, párrafo 1230. La tesis de - Carrara, expuesta con relación al infanticidio, puede extenderse al aborto.

gítima. Es fundamental, para determinar la existencia de este elemento, la calidad jurídica que, de llegar a nacer, tendría el producto de la concepción. El embarazo fruto de una unión concubinaría, aunque civilmente hablando es ilegítimo, no daría al aborto carácter de honoris causa, puesto que el haber de la concubina, no sufre merma alguna por ser fecundada por quien vive con ella como si fuera su marido.

La "madre", por lo demás, no debe reunir ninguna calidad especial, respecto de su estado civil, bastando que, como exige la fracción III del artículo 332, el embarazo sea fruto de una unión legítima. La atenuación se extiende, incluso, a la mujer casada que procure su aborto o consienta en que otro se lo cause, para ocultar un embarazo adulterino.

Carrara y Alimena citan, aunque con relación al infanticidio honoris causa, el caso de la mujer embarazada que se casa con el amante y después da muerte al feto. Estos autores, considerando que el matrimonio ha reparado la falta cometida por los amantes, no admiten dicho infanticidio. Por el contrario Vannini, expresa que, aún cuando el deshonor es menor en este caso, el matrimonio así contraído no da prestigio a la mujer y esta no puede reparar completamente la deshonor.⁽³⁸⁾

Por nuestra parte, pensamos que si bien es cierto que el matrimonio contraído en las circunstancias expresadas por

(38). Citados por Cuello Calón, Tomo II, página 487.

los autores, no repara subjetivamente la deshonra, no lo es -
menos que, de acuerdo con la teleología de la fracción III -
del artículo 332, la resolución del problema requiere determi-
nar la naturaleza de la filiación. En el supuesto de que el
producto de la concepción naciera dentro de los términos se-
ñalados en el artículo 324 del Código Civil, sería hijo de ma-
trimonio y, por ende, no sería ilegítimo.

Cuello Calón, citando la Rivista Italiana di Diritto -
Penale, refiere que la Corte de Casación de Italia declaró la
existencia de infanticidio por causa de honor en caso de muer-
te de prole legítima cuando por particulares circunstancias -
de carácter familiar y ambiental sea motivo de revelar la con-
sumación de un matrimonio contraído solo civilmente con el -
compromiso de no consumarlo antes de contraer matrimonio reli-
gioso. Estas consideraciones, hechas por el tribunal italia-
no, podrían ser extendidas al aborto en México, donde es co--
mún que los cónyuges unidos civilmente no hagan vida marital_
hasta contraer matrimonio religioso. Sin embargo, en nuestro
sentir, tal interpretación es inaplicable al artículo 332 -
del Código Penal, pues el producto concebido después de con-
traído matrimonio civil, es legítimo y, por lo tanto, fuera -
del caso de la fracción III de dicho precepto, cualquiera que
sea el reproche ambiental que merezcan quienes consuman la -
unión antes de la celebración del matrimonio religioso.

La participación de extraños en el aborto honoris causa
realizado por la mujer y la ejecución del mismo aborto por -

otros, mediando consentimiento de aquella, plantea el problema relativo a la comunicabilidad de las circunstancias enumeradas en el artículo 332 del Código Penal. Este problema ha sido resuelto, por la doctrina, afirmando la comunicabilidad de las circunstancias reales y negando las de las personales. En México, el artículo 54 del Código Penal establece que "las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión de un delito". Y el artículo 55 - que "las circunstancias personales de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sean calificativas o modificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometen con conocimiento de ellas". Es decir, de acuerdo con estos preceptos, las circunstancias reales (las del artículo 54) aprovechan o perjudican, en tanto que los personales (artículo 55) solamente perjudican.

Ahora bien, ¿Las circunstancias enumeradas en el artículo 332, son reales o personales? Pensamos que son lo primero, pues el citado artículo no contiene alusión alguna al móvil de honor, como hacen otros Códigos. La buena fama de la mujer, la ocultación del embarazo, la unión ilegítima son circunstancias obviamente de naturaleza objetiva, no subjetiva. La mujer en quien concurrieran estas circunstancias, aunque subjetivamente se creyera deshonrada por el embarazo ilegítimo, podría invocar la atenuación del artículo 332. En conse-

cuencia, siendo reales dichas circunstancias aprovechan o perjudican, en este caso aprovechan, y el partícipe en el aborto perpetrado por la mujer o el autor principal que obrare con consentimiento de ella, gozaría de la atenuación.

El aborto ordinario, cometido por la mujer sobre si misma, no ofrece problema especial alguno. Solamente concurre una excusa absolutoria con relación al aborto culposo (artículo 333).

4.- El Código Penal incluye las siguientes modalidades de aborto, cuya impunidad establece de manera expresa:

- a).- Aborto culposo de la mujer (artículo 333, in prima)
- b).- Aborto causado cuando el embarazo sea resultado de una violación. (artículo 333 in fine).
- c).- Aborto terapéutico (artículo 334).

La doctrina y la legislación comparada agregan otras dos modalidades, desconocidas por el Código: aborto por indicación eugénica y aborto por indicación social o económica.

Como dijimos anteriormente, al referirnos al elemento subjetivo, o culpabilidad, del delito de aborto, este puede ser imputable a título de dolo o de culpa. Sin embargo, el artículo 333 del Código Penal, dispone que "no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada". Esta impunidad opera como una simple excusa absolutoria, fundada en una razón de tipo sentimental. Sería innecesario añ

dir al dolor de la mujer, que involuntariamente malogró su -
maternidad, la vejación de un proceso.

A nuestro juicio, el texto de la ley es claro y su in-
terpretación no ofrece duda alguna. Si, con la culpa de la
mujer concurre la de un tercero, este es el único responsable
del resultado. Como sabemos, la participación en el delito -
solamente es concebible en los delitos dolosos, ya que la co-
munidad de acción, que es uno de los elementos de aquella, -
presenta un incuestionable aspecto subjetivo, es decir, re-
quiere la convergencia de voluntades hacia un mismo fin, su-
puesto que, obviamente, no se da en la culpa.

La naturaleza del aborto cuando el embarazo es producto
de una violación, es, a nuestro juicio, discutible; la doctri-
na ha estimado que en su ejecución concurre una excusa absolu-
taria. Por otra parte, podría pensarse, sin embargo, que co-
mo la violación quebranta el orden jurídico, la muerte del -
producto de la concepción, en este caso, no es sino la des-
trucción de una consecuencia antijurídica. Así el aborto pre-
visto en la primera parte del artículo 333 estaría amparado -
por una causa de justificación.

No se trata, en nuestro sentir, de un aborto justifica-
do puesto que, en ningún caso, por impuesta que haya sido la
maternidad, puede decirse válidamente que la vida del produc-
to sea antijurídica. La vida, cualquiera que haya sido su -
origen, goza de la tutela de la norma y su destrucción es an-

tijurfdica. Por otra parte, la teorfa de la justificaci3n - se funda en una colisi3n de intereses, que se decide a favor_ del preponderante, como ensefia la doctrina mäs autorizada y - no hay raz3n alguna para afirmar que exista colisi3n alguna - entre la vida del producto y otra. Nos encontramos, enton- - ces, en presencia de una simple excusa absolutoria.

Ahora bien, es censurable que el artfculo 333 no haga - alusi3n alguna a la edad del producto de la concepci3n. Bien que la ley tienda ante la mujer un puente de plata por el que pueda evadir una maternidad no querida, sino brutalmente im-- puesta por el violador. Sin embargo, estimamos que la mujer_ violada y embarazada, que no provoca el aborto inmediatamente de conocido el embarazo, puede presumirse que lo acepta. De_ aquf que, propongamos que la impunidad del aborto, cuando el embarazo sea resultado de una violaci3n, se otorgue unicamen- te al causado dentro de los tres meses.

Este aborto plantea, finalmente, una cuesti3n de orden_ procesal. ¿Es necesaria la existencia de un proceso en que - se demuestre el cuerpo del delito de la violaci3n?. Pensamos que no debe exigirse tanto, puesto que el cuerpo del delito - se comprueba con el auto de formal prisi3n y este puede no - dictarse por diversas causas, como por ejemplo, que el respon_ sable de la violaci3n haya evadido la acci3n de la justicia._ Pero creemos que es ineludible que solamente pueda aprovechar_ la excusa absolutoria a la mujer que procure su abort3 o al - tercero que lo cause, cuando aquella haya denunciado el deli-

to y exista, cuando menos, una averiguación previa que acredite, siquiera sea indiciariamente, la violación.

El artículo 334 alude al aborto terapéutico, cuya licitud ha sido muy discutida, puesto que, en principio, no hay razón universalmente válida para otorgar mayor valor a la vida de la madre que a la del producto. Abundando la doctrina en argumentos en uno y otro sentido. (39)

La opinión dominante proclama la licitud del aborto terapéutico, pero difiere en su fundamento. ¿Radica este en una causa de justificación o de inculpabilidad? Resumamos las opiniones.

Los autores que tratan de amparar la licitud del aborto en una causa de justificación aluden al derecho profesional del médico (Binding y Fricke), en la legítima defensa de la madre (Marchand) y en el estado de necesidad (Cuello Calón - (40). Pensamos que ninguna de estos fundamentos es universalmente válido. Por lo que respecta al primero, es decir, al derecho profesional del médico, diremos que este no puede erigirse ni moral ni jurídicamente en juez y, por tanto, care

(39). La posición más firme al respecto ha sido la de la Iglesia Católica, para quien la muerte del feto aún para salvar la vida de la madre constituye una violación al "no matarás". El canon 2.350 del Código de Derecho Canónico pena el aborto de esta clase. La doctrina de la Iglesia al respecto ha sido reiterada por Pío XI en su Encíclica Casti Connubi (31 de diciembre de 1930).

(40). Cuello Calón, Ob. y Tomo cits., página 501, nota.

ce de capacidad moral y jurídica para decidir quien de ambos, la madre o el hijo, debe morir. Por lo que toca al segundo, pensamos que es inaceptable la invocación que se hace a la legítima defensa, pues el peligro para la vida de la madre no ha sido creado por ninguna agresión del hijo. Y, finalmente, con referencia al tercer fundamento, el estado de necesidad, opinamos que, aunque es el que se invoca con mayor frecuencia, requiere la resolución de una cuestión previa, hasta ahora irresolubles: la prioridad de una vida sobre otra.

Más aceptables parecen las opiniones de quienes encuentran el fundamento del aborto terapéutico en el aspecto negativo de la culpabilidad. En España Groizard advierte la ausencia de dolo y de culpa en el médico que interviene.⁽⁴¹⁾ Esta tesis cobra interés a la luz de las teorías modernas del dolo. En el aborto terapéutico falta el elemento ético de este grado o forma de culpabilidad.

Ante la dificultad, raya, a nuestro juicio, en la imposibilidad, de hallar a la justificación del aborto terapéutico en la teoría general del delito, la solución más acertada al problema parece ser la de establecer, de manera expresa, dentro de la parte especial del Código, la impunidad del médico. Tal es la solución seguida, además de por nuestro Código, por los de Polonia (artículo 233), Checoslovaquia (artículo -

(41). Código Penal Comentado, Tomo 4o. página 558.

218), Suiza (artículo 120), y en Hispanoamérica por los de - Argentina (artículo 86), Brasil (artículo 128), Perú (artículo 163), Venezuela (artículo 435), entre otros. La ley resuelve, con criterio pragmático, expresivo de la voluntad soberana del Estado, la colisión entre la vida de la madre y la del hijo, a favor de la de la primera.

La doctrina discute si el aborto terapéutico se legitima por el consentimiento de la mujer embarazada. En Italia - Grispigni sostiene que, en general, el tratamiento médico-quirúrgico, mediando un estado de necesidad que lo imponga, exige de responsabilidad penal, aunque falte el consentimiento, aunque este no sea válido, y aunque el paciente se oponga de un modo expreso. (42) Por el contrario, en Argentina Soler, comentando la fracción I del artículo 86 del Código Penal de su país, que exige el consentimiento de la mujer para el aborto terapéutico, dice: "la ley, en este caso, resuelve prudente y expresamente un problema de eficacia del consentimiento. Conocemos ya el problema penal planteado por los casos en los cuales el sujeto da el consentimiento sobre un bien tutelado en consideración a intereses sociales y sabemos que en tal caso ese consentimiento es válido para discriminar la acción. En este caso, se trata precisamente del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido e indudablemente pro-

(42). La responsabilidad penale per trattamento médico chirúrgico arbitrario.

tegido por el interés social. En caso de peligro para la vida de la madre, la ley, para la cual la vida de ésta es más valiosa, puesto que no la sacrifica forzosamente a la del hijo, respeta, sin embargo, la decisión de aquella, respeta su derecho, si se quiere heróico, a la maternidad y le reconoce a ella, el derecho de optar entre su propia vida y la del hijo. Nada tiene que hacer esto tampoco con el estado de necesidad a que se le pretende reducir. Hallándose la madre en caso extremo y urgente, puede salvar su vida dando su consentimiento a cualquiera". (43)

En México, la ley ha olvidado la voluntad de la mujer y ha resuelto unilateralmente el problema. Se remite únicamente "al juicio del médico que le asista", lo que nos parece francamente injusto, pues se niega a la madre el derecho de sacrificarse por su hijo. La niega, en definitiva, al derecho a ser madre aunque el serlo fuera a cambio de la vida.

El aborto por indicación eugénica es aceptado por las legislaciones de Rumania, (Código Penal, artículo 484), Alemania Oriental (Ley de 27 de Septiembre de 1955), Dinamarca (Ley de 18 de Mayo de 1937), Suecia (Ley de 17 de Febrero de 1950), entre otras. Y el aborto por indicación social, aparece también autorizado por las legislaciones citadas, en aquellos casos en que el estado de miseria de la embarazada se

(43). OB. cit., Tomo III, página 128.

viera agravado por el nacimiento de un nuevo miembro familiar.

Ninguna de estas clases de aborto es objeto de mención legal alguna. Estimamos prudente esta omisión, pues, por lo que toca al aborto eugénico, cabe decir que las leyes de la herencia no operan con exactitud matemática, y por lo que hace al aborto por razones económicas, las modernas instituciones de seguridad social aseguran, cuando menos, un mínimo de existencia al nuevo ser y, por ende, no hay razón alguna para impedir su nacimiento.

C A P I T U L O VI

PROCESO DE EJECUCION DEL ABORTO.

1.- El iter criminis. Sus fases. Actos de cada una. -
2.- Actos del iter criminis en relación con el delito de aborto. Preparación. Tentativa. Consumación. 3.- Concurso de aborto y homicidio.

1.- El delito, desde su ideación hasta su consumación, --
recorre un camino que recibe el nombre de iter criminis y --
consta de dos fases, una interna y otra externa. La interna,
que comprende la ideación, la deliberación y la resolución, -
no es objeto de sanción penal, en acatamiento al viejo princi
pio cogitationis poenam nemo patitur.

La fase externa abarca la resolución manifestada, la -
preparación y la ejecución. Los actos preparatorios, siguien
do la tésis de Carrara, llevan tanto el delito como a una ac-
ción inocente y, por lo general, no son sancionados por la -
ley penal. La punibilidad comienza con los actos de ejecu- -
ción, que inician la violación al bien jurídico, bien porque
la conducta del sujeto es subsumible en un medio de ejecu- -
ción, objeto de descripción típica, o bien porque penetran en el --
núcleo del tipo, es decir en el hecho descrito por un verbo -
activo o una inflexión verbal.

2.- El delito de aborto que, como ya dijimos anterior--
mente, es un delito plurisubsistente, puede ser objeto de eje-
cución fraccionada y, por ende, consta de un proceso ejecutivo,
dentro del cual son concebibles todos los actos que inte-

gran la fase externa del iter criminis. Puede ser objeto de preparación, que consistiría en la adquisición de substancias abortivas o instrumentos para realizar maniobras de la misma clase. Sin embargo esta fase preparatoria, de acuerdo con la doctrina generalmente aceptada, es impune puesto que todavía no ponen en peligro el bien jurídico: la vida del producto de la concepción.

La ejecución del delito pone en peligro, primero, y lesiona después, el bien jurídico tutelado por el tipo. Cuando los actos de ejecución se interrumpen por causas ajenas a la voluntad del sujeto, surge la figura denominada tentativa que puede ser inacabada o acabada. La primera tiene lugar cuando el sujeto practica parte de los actos de ejecución y la segunda cuando practica todos. La acabada recibe, en algunas legislaciones, el nombre de frustración.

Para que haya tentativa de aborto, es necesaria la concurrencia, del presupuesto del delito, o sea, el embarazo de la mujer, y de los elementos de ejecución. En suma, la tentativa requiere:

- a).- El embarazo de la mujer.
- b).- El conocimiento del embarazo por parte del sujeto, ya sea un tercero o la propia mujer.
- c) el empleo de substancias o maniobras abortivas sobre la mujer.
- d) La intención de causar la muerte al producto de la

mujer, ya sea dentro del seno materno o mediante su expulsión.

e) La no producción del resultado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Así pues la tentativa de aborto consistirá en la suministración de substancias abortivas a la mujer embarazada, o en la ejecución de maniobras abortivas sobre ella, con conocimiento del embarazo y propósito de causar la muerte al producto de la concepción.

El empleo de medios inidóneos para consumar el delito o la inexistencia de objeto jurídico, aún cuando la acción del sujeto sea culpable, originan la llamada tentativa imposible. Como dice Ramón Palacios, "no basta el pensamiento ni la acción que le obedece, ni una abstracta y viable relación causal, sino que es preciso todo ello unido a la referencia sine qua non que el tipo reclama: el elemento material". (44)

Como el tipo descrito en el artículo 329 del Código Penal, describe un elemento material, que es la muerte del producto de la concepción, es inconcuso que cuando sea imposible que esta muerte se produzca, ya sea porque el medio empleado por el abortador sea inidóneo o la mujer no esté embarazada, o estándolo el producto de la concepción no tenga vida, se dará la tentativa imposible, la cual no es punible.

(44). La Tentativa, páginas 182 y 183.

La consumación del delito se da cuando se integran la totalidad de los elementos del tipo. El aborto se consuma, dice Cuello Calón, cuando se produce la muerte del fruto de la concepción, ya tenga lugar mediante su expulsión prematura o muera en el vientre de la madre.⁽⁴⁵⁾ La expulsión de dicho producto, con animo de producirle la muerte, sin producirse, constituirá tentativa de aborto.

3.- El caso en que el aborto produce la muerte de la mujer suele ser, en algunas legislaciones, objeto de incriminación especial, mediante la creación de un delito complejo, es decir de doble resultado, sancionable con pena agravada. Tal criterio es seguido, entre otros Códigos, por el español (artículo 411, último párrafo). También lo sigue el argentino (artículo 85, inciso 1o.)

En aquellos otros países, cuyos códigos no describen el delito complejo mencionado, la solución del problema queda sujeta a la aplicación de las reglas sobre el concurso de delitos. Pero, ¿La muerte de la mujer no querida por el sujeto vinculada causalmente al aborto, es imputable a título de dolo o de culpa?. Pensamos que a título de dolo puesto que va ligada necesariamente al aborto. Es, a nuestro juicio, una hipótesis de dolo de consecuencia necesaria.

(45). Ob. y vol. cits., página 505.

Estas consideraciones podemos hacerlas extensivas a las lesiones causadas a la mujer, que no sean necesarias para el aborto. Las que lo sean se subsumen en la conducta, abortiva.

CONCLUSIONES

1.- El aborto provocado, representa un delito que lesiona culpablemente el máspreciado de los valores: la vida.

2.- El aborto significa un atentado a las leyes de la naturaleza, porque impide que ésta se manifieste en forma natural y espontánea, demuestra el desconocimiento palmario de sentimientos pietistas en el autor, porque su acción criminal recae en un ser indefenso; es causa de alarma social su comisión, por el mal ejemplo que ofrece a la juventud; representa así mismo un daño demográfico, por segar la vida de un futuro poblador; es una ofensa a la estirpe humana, porque significa un atentado de lesa humanidad y contra natura; revela un índice de baja cultura en los pueblos en que se admite su comisión, y finalmente, atenta contra las leyes de la convivencia humana, porque debilita los grupos sociales y disminuye la fuerza del Estado.

3.- La denominación de aborto, contenida en el rubro del Capítulo VI del título XIX, del Libro II, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal es técnicamente correcta. Rechazamos, en consecuencia, la denominación de feticidio, puesto que el producto de la concepción evoluciona a través del óvulo, el embrión y el feto.

4.- La impunidad otorgada a las modalidades de aborto -

previstas en el artículo 333 del Código Penal se funda en una simple excusa absolutoria. En ambas modalidades, el aborto sigue siendo un acto antijurídico.

5.- El artículo 333, en su segunda parte, debe reformarse haciendo referencia al ámbito temporal. Solamente debe ser impune el aborto provocado dentro de los tres meses siguientes a la iniciación del embarazo.

6.- La impunidad del aborto terapéutico se funda, más que en el estado de necesidad, en la ausencia de culpabilidad, por falta del elemento ético del dolo, pero, ante la dificultad de catalogarlo dentro de la teoría general del delito, es correcta la posición del Código de declarar expresamente la exención de pena.

7.- La muerte de la mujer a consecuencia del aborto es imputable al responsable de este a título de dolo de consecuencia necesaria.

8.- Proponemos el impulso de campañas de orientación sexual que difundan métodos anticonceptivos eficaces, los cuales serán siempre más deseables como alternativas de prevención a la sanción de la figura delictiva del aborto.

BIBLIOGRAFIA

- Antolisei, Francesco Manuale di Diritto Penale.
Milano. 1955.
- Carrara, Francisco Programa del curso de Derecho -
Criminal. Editorial Depalma.
Buenos Aires. 1945.
- Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal. Casa Editorial
Bosch. 1955.
- Garraud, Rene Traité du Droit Penal Francais.
Paris, Sirey.
- Gómez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal.
Compañía Argentina de Editores.
1939.
- González de la Vega,
Francisco Derecho Penal Mexicano.
Editorial Porrúa. 1979.
- Groizard Código Penal Comentado. Madrid.
- Jiménez de Azúa, Luis La Ley y el Delito.
Editorial Andrés Bello.
Caracas. 1945.
- Jiménez de Azúa, Luis Libertad de Amar y Derecho a
Morir. Ediciones Depalma. Buenos
Aires. 1984.

- Jiménez Huerta, Mariano Derecho Penal Mexicano.
Editorial Porrúa. 1979.
- Leal, Luisa marfa y otros El problema del aborto en Méxi-
co. Editorial Porrúa. 1980.
- Maggiore, Guissepe Derecho Penal.
Gota, Themis. 1955.
- Manzini Vicenzo Trattado di Diritto Penale.
Torino. 1937.
- Palacios Vargas, Ramón Delitos contra la vida y la in-
tegridad corporal. Editorial
Trillas. 1978.
- Porte Petit, Celestino Dogmática sobre los delitos
contra la vida y la salud.
Editorial Porrúa. 1982.
- Riccio Stefano Los presupuestos del delito.
Revista Jurídica veracruzana.
Tomo XII.
- Ripollés, Quintano Compendio de Derecho Penal.
Madrid. Editorial Revista de
Derecho Privado. 1958.
- Soler, Sebastian Derecho Penal Argentino. Buenos
Aires. Tea. 1956.

- Tardieu, Ambrosio Etude médico-legale sur
l'avortement, París.
- Toulat, Jean El aborto ¿crimen o liberación?
Ediciones mensajero.
Bilbao. 1975.
- Quiroz Cuarón, Alfonso Medicina Forense.
Editorial Porrúa. 1982.

LEGISLACION

- Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la república en materia de Fuero Federal. 1990, Editorial Porrúa.
- Código de Procedimientos Penales. Colección Porrúa. Leyes y Códigos de México, 1990.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1990. Editorial Porrúa.