

## EL DELITO DE ABORTO

*Por Dr. Enrique A. Alvarez Aldare\**

### CONCEPTO

Ya decía Carrara: "La tiranía de las pasiones y el choque de las condiciones sociales exigen que a veces la mujer sienta odio a lo que debía excitarla a suma alegría, es decir, a ser madre, y en cambio, desear lo que debería temer como un gran infortunio, esto es el aborto".

a) Podrían distinguirse varios conceptos del aborto:

Desde el punto de vista terminológico, el *Diccionario de la Real Academia Española* dice que aborto es la acción de abortar, y que este verbo significa "parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir".

Desde el punto de vista médico, el aborto es la expulsión del producto de la concepción, hasta el sexto mes de embarazo, ya que se considera que entre el séptimo y el noveno mes, sería un parto prematuro, y lo llaman así.

Desde el punto de vista del derecho penal, se hablaba de "feticidio" (Carrara) —literalmente: muerte del feto— o de interrupción del embarazo en cualquier momento de la gestación, con la muerte dada al producto de la gestación, al producto concebido (embrión o feto).

En nuestro Código Penal, es un delito contra las personas e integra el capítulo de los delitos contra la vida. De esta manera, se tutela penalmente la vida intrauterina, como distinta de la vida de la madre.

b) Este delito exige cuatro elementos o presupuestos: 1º) estado de gravidez o preñez; 2º) ejecución de maniobras abortivas; 3º) relación de causalidad entre estas maniobras y la muerte del producto de la concepción; y por último 4º) el dolo; al referirnos al dolo, es el dolo genérico, común a todos los delitos intencionales. Hay autores que con respecto a la muerte del feto, dicen que basta el dolo eventual, el directo sólo es exigido con respecto a la expulsión.

Profesor Titular de Derecho Penal II. Clínica del Dr. Francisco P. Luján

Es necesario, para la mejor comprensión de este delito, tener una noción de su desenvolvimiento a través del tiempo. Vemos así que en Grecia no estaba castigado, e incluso filosóficamente se le defendía: Aristóteles ya hacía la distinción entre feto animado e inanimado; la animación recién ocurría a los 40 días de embarazo para el hombre y 80 para la mujer; pero contrariamente, es de hacer notar que en el juramento de Hipócrates, se prohibía la operación abortiva. En Roma, siguiendo, en un principio, el concepto de que el feto es una parte de la madre ("partio mulieris"), solo se impedía el aborto provocado por un extraño, sin el consentimiento de la madre, pues se defendía el derecho de ésta sobre su cuerpo. Posteriormente, en la época de Spintio Severo, se defiende el derecho del marido a tener descendencia; por ello, se debía, en caso de mujer casada, contar con el consentimiento del marido. Al llegar a la época de Justiniano, se le castigaba con la pena de exilio. Moisés, en su "Historia de Roma", dice que el aborto, no se consideraba delito, sino una inmoralidad. En la Edad

En la Edad Media, la Escolástica, siguiendo a Aristóteles, distingue entre fetos animados e inanimados; lo mismo que los Prácticos, pensando con grandes sanciones, incluso la muerte, cuando era animado (Fuero Juzgo, Las Partidas la Constantino Orzivaldo Carolina de 1532).

Según algunos autores, en las civilizaciones precolombinas, se perseguía este delito, en defensa de los intereses de la comunidad (criterio seguido, como ya estudiaremos al tratar el Derecho comparado, por algunos países socialistas modernos). Los aztecas, por ejemplo, imponían la pena de muerte, porque decían que afectaba los intereses de la comunidad, y los Incas lo incriminaban para defender la necesidad de aumentar la población.

## EL ABORTO EN EL DERECHO ARGENTINO

El Código Penal ubica el aborto en el Título I "Delitos contra las personas" Capítulo I "Delitos contra la vida". El art. 85 dice "el que causare aborto...", de manera que no se describe la acción típica. En cambio el Código Mexicano es uno de los pocos cuerpos legales que lo define como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". El consentimiento de la madre o su defecto, distingue diversas hipótesis delictivas. No se trata del consentimiento en su acepción del Derecho Civil, porque sería irrelevante, ya que no hay consentimiento legal válido para cometer un delito, sino que se refiere a un consentimiento real, pues con la falta de este último, se agrava la figura, toda vez que el bien jurídico protegido, además de comprender la vida del feto, abarcaría la libertad y el derecho a la maternidad de la mujer.

En una forma esquemática, nuestro Código, lo tipifica, como: 1º) aborto no consentido; 2º) aborto no consentido seguido de muerte de la madre; 3º) aborto consentido; 4º) aborto consentido seguido de la muerte de la madre; 5º) aborto con participación de profesionales; 6º) aborto preterintencional (para algunos autores, sería culposo); y 7º) aborto propio o consentimiento al aborto. Aparte trata diversas formas de impunidad: a) aborto necesario o terapéutico; b) aborto proveniente del embarazo de una mujer violada; c) tentativa ingune de la mujer. Es de hacer notar que nuestra ley no trata otras formas privilegiadas —si así pueden llamarse— del aborto, que serían el llamado aborto "honoris causa" o "para ocultar al deshonor" (motivación que se toma en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico, en el delito de infanticidio, art. 81 inciso 2º del Código Penal); aborto por "razones económico-sociales", que en Cuba llaman "aborto por causa de miseria" y en el Código Alemán (proyecto de 1975) "aborto por especiales apuros".

Nuestra ley, no se refiere, al tipificar este delito, a los medios empleados para provocarlo (solo en el art. 87, con respecto al preterintencional, habla de "violencia"). Cabe, distinguir, entre medios morales (infundir pavor), físicos (drogas) y mecánicos (golpes, raspajes).

Con respecto a la agravación consistente en la muerte de la madre, ésta sería de carácter objetivo, ya que habría preterintencionalidad; pero nuestra ley, al hablar del homicidio preterintencional (art. 82 del Código Penal), dice que el medio empleado "no debía razonablemente ocasionarla. . .", y en el caso del aborto, ésta se presumiría, ya que los medios abortivos fueron concretamente idóneos para causar la muerte. Si la mujer muere, y no muere el feto, existe la opinión de que no habría aborto calificado, pero sí homicidio culposo y tentativa de aborto.

En cuanto, al sujeto activo de este delito, tiene como connotación especial, que en el art. 86, en caso de participación profesional, se establece la misma específicamente, creando una excepción a las reglas de los arts. 45 y 46 del Código Penal, que tratan de la participación criminal, ya que se equipara al médico autor con el médico cómplice, utilizando en la figura el término genérico de "abuso".

La mayoría de los autores, al estudiar el art. 87 del Código Penal, dicen que trata el aborto preterintencional. Sobre este tema debemos abordar la acción de dolo. ¿Cuál es el exigido por este delito? Como ya se dijo, es el directo, o de propósito, que sería la intención directa de matar el feto; entonces el elemento subjetivo es este "propósito de causado". Vemos a contrario sensu, que el art. 87 dice "no haber tenido el propósito de causarlo. . .". Por ello, si bien hay un dolo de comienzo —la violencia ejercida—, el resultado es no querido, o sea, lo que es característico de la preterintencionalidad. Ya aparecía en el Proyecto de Tejedor, referido a "maltratos, bebidas u otros medios, pero sin tener por objeto directo, el aborto". Para Ramos, Peco, Díaz y Odiergo, el art. 87 se refiere al aborto culposo, ya que consideran que existe falta de intención con respecto a la consecuencia, y esto es característico de la culpa. "acción 'intencional' y consecuencia 'imprevisas e 'involuntaria'. . .". Como "párrafo" de "artículo" extremo, dice que es aborto con dolo indirecto, ya que el empleo de violencia no podría encuadrarse en ninguno de los supuestos de la culpa; el hecho sería doloso, pero con dolo indirecto. Soler, Fontan Baleata, y la Suprema Corte de la Provincia de Tucumán, a mi criterio en el buen camino, siguiendo la idea que ya había elaborado Rivarola, quien habla de aborto preterintencional, cuando exige estado de embarazo, constancia para el autor de este estado, ejercer violencia sobre la mujer, y ausencia del propósito de causarlo, sostienen la tesis de la imputación del aborto a título preterintencional.

En las formas de impunidad tratadas en el art. 86 del Código Penal, se exige el consentimiento de la mujer, y que el aborto sea practicado por un médico diplomado. Al tratar la norma citada, lo que técnicamente, se llama aborto terapéutico, en el que algunos autores, criticaron su inclusión, dado que ya estaría previsto por el "estado de necesidad" del art. 34 inciso 3° del Código Penal; pero este estado de necesidad exige que el mal sea inminente, y el art. 86, no, pues se limita al peligro para la salud o la vida de la madre. También se distingue porque en esta última, el que lo efectúa debe ser un médico diplomado, y en el estado de necesidad, podría ser una partera, incluso cualquiera y aún sin solicitar el consentimiento de la madre.

Con respecto al aborto sentimental y el eugenésico, la ley exige que se haya iniciado la acción penal por el delito de violación, y si la víctima fuera menor o incapaz, el consentimiento de su representante legal.

Es interesante considerar los motivos de la impunidad de la tentativa de la mujer, en su propio aborto. Ya fueron tomados en cuenta en el Proyecto de 1891, que menciona "evitar el escándalo y turbación de la familia, al investigar el hecho que ya no tendría utilidad aparente para la sociedad que no se sentiría muy alarmada por lo ineficaz de la tentativa".

Al tratar sobre las normas legislativas de nuestro país sobre este delito, es importante ver el último anteproyecto presentado en 1979 por una Comisión integrada por los Dres. Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrío, Luis Cabral y como secretario el Dr. Luis M. Razzi. En la misma, como bien se dice en su exposición de motivos, se sigue en líneas generales la forma de legislar el delito de aborto que tiene el Código vigente, con algunas modificaciones que consisten en: que por primera vez en nuestra legislación, se define el aborto, en el art. 123: "el que causare la muerte del feto en el seno materno o mediante su expulsión prematura..."; también distingue entre aborto con y sin consentimiento, pero considera que el consentimiento de la menor de 16 años no es válido, ya que agrava la figura en el caso de menos de esa edad, con o sin consentimiento. Se agrega como agravante, la habitualidad. Crea una figura atenuada, a la que llama "aborto para ocultar la deshonra" o por causa de deshonra. Mantiene la impunidad del aborto en los casos del art. 86 del Código vigente y el aborto pterintencional, al que siguiendo la tesis de Soler, llama con ese nombre.

## DERECHO COMPARADO

Como necesario extenderme un poco en el tema del aborto en el Derecho Comparado, dada la importancia del estudio de la incriminación o desincriminación de este delito, en las diferentes legislaciones y con relación a la política criminal seguida.

La Iglesia Católica, mantiene una posición firme de considerarlo un crimen y en el canon 2380 prescribe: "Los que procuran el aborto, incluso la madre, incurren, si el aborto se verifica, en excomunión *latae sententiae* reservada al ordinario; y si son clérigos deben además ser depuestos..."

Desde este punto de vista comparativo, se pueden considerar cuatro posiciones o grupos de naciones: las de bloque socialista, el grupo escandinavo, Inglaterra y su zona de influencia y las naciones latinas. En el bloque socialista, la Unión Soviética con sus leyes postrevolucionarias, que es el primer cuerpo de leyes penales moderno que no incluye en su tipología el delito de aborto. Un decreto del 18 de diciembre de 1920, permite el aborto, y su explicación era ayudar a emancipar a la mujer e incorporada al proceso industrial que comenzaba. Este decreto pasa a los Códigos de 1922 y 1926, en los mismos términos. Alrededor del año 1930 y con el mismo fin de desarrollo industrial, pero enfocándolo ahora desde otro punto de vista: el fortalecimiento de la familia (había carencia de mano de obra por la baja tasa de nacimientos), se promulga el Decreto del 27 de junio de 1936, prohibiendo el aborto, salvo en el caso de peligro para la vida o integridad física de la mujer. Esta situación se prolonga hasta 1960, donde en el art. 116 del nuevo Código Penal Soviético, se vuelve a permitirlo, con ciertos requisitos: que debe ser practicado por médico y dentro de los tres primeros meses del embarazo. En caso de muerte de la mujer, el médico puede responder por homicidio culposo. Con respecto al autoaborto es impune, ya que el bien jurídico protegido es la vida y salud de la embarazada y ésta puede disponer libremente del mismo. En los distintos países socialistas, se sigue esta orientación: Bulgaria, por Ley del 5 de abril de 1956 permite el aborto hasta los tres meses, pero luego por razones demográficas, se restringe dictando una ley en 1973, que autoriza solo a las mujeres de más de 45 años, o con más de tres hijos y no se puede abortar más de dos veces por año. Esta evolución la sigue el Código Checoslovaco, también a partir de 1973. Polonia pasa de una legislación restrictiva, donde se protege como bien jurídico la vida del feto, a una permisiva, dictando el Decreto de diciembre de 1959, que declara impune el aborto, siempre que lo realice un médico, con consentimiento de la mujer, y

si es menor de 18 años, su padre. El autoaborto es imputable. Rumania por ley de 1957 permite el aborto solo exigiendo que se haga en hospitales estatales; pero al llegar a comprobar estadísticamente que había 13 abortos por nacimiento, en el año 1966 se vuelve a restringir, en forma similar a la ley búlgara. En Yugoslavia, la ley del 26 de abril es similar a la ley vigente en Checoslovaquia.

Con respecto al bloque escandinavo: la ley sueca de enero de 1975, permite el aborto libre y gratuito en los tres primeros meses del embarazo. Noruega, el aborto puede realizarse con indicación de dos médicos, en un hospital adecuado y dentro de los tres primeros meses de embarazo; a su vez el art. 245 del Código Penal Noruego, sanciona el autoaborto, y el que se efectúe sin cumplimentar las exigencias legales, con penas de hasta 3 años, con consentimiento de la mujer y hasta 15 años sin su consentimiento. Dinamarca por ley del 23 de mayo de 1973 permite el aborto libre en el curso de las doce primeras semanas de embarazo.

En Inglaterra, Gales y Escocia, rige la "Abortion Act" del 27 de diciembre de 1967, permitiendo el aborto efectuado por un médico, si otros dos médicos aconsejan por peligro de la vida o salud de la madre; grave riesgo en el futuro de anomalías para el niño. En caso de no cumplimentarse con estas exigencias, se considera delito, incluso su tentativa.

En cuanto a los países latinos, Francia lo ha legalizado por Ley del 18 de enero de 1975; prescribe que se autoriza el aborto realizado por un médico, en un hospital, dentro de la décima semana de embarazo, en caso de "situación de desesperación y angustia" y exigiendo que se ponga a la madre en conocimiento de los riesgos médicos, se somete la misma a dos consultas médicas, que deba consultar asimismo al Centro Social de Información y Consejo Familiar, y confirmar su deseo de abortar por escrito, si es mayor, y con consentimiento de sus padres, si es menor. En los restantes países latinos, se restringe el aborto salvo en casos de estado de necesidad. Esta posición, es revisada actualmente, dado que en Italia, por el proyecto de 1975 se permitió el aborto antes del tercer mes de embarazo, en caso de violación, incesto, peligro de muerte, consecuencias a la salud física o psíquica, y por razones económico-sociales. En España, es delito, pero también las posiciones de los grupos políticos de izquierda, hacen que la legislación este revisándose.

Con respecto a un país que no integra los bloques o grupos estudiados antes, Alemania Federal, en su reforma al art. 218 del Código Penal, por ley del 18 de mayo de 1978, el aborto esta castigado, salvo: a) peligro para la vida o la integridad de la embarazada, no evitable de otra forma; b) indicios fuertes de mala conformación congénita del niño; c) delitos contra la libertad sexual y embarazo proveniente de ellos; d) situación de necesidad tan grave que la embarazada no pueda soportar con el embarazo y no pueda evitarse de otra forma. En el caso de b) el embarazo no puede pasar de 22 semanas y en c) y d) de 12 semanas. Debe ser efectuado por médico y con conocimiento de la madre. El autoaborto es posible con menos pena.

## JURISPRUDENCIA EN DERECHO COMPARADO

En el rápido análisis que hicimos sobre este delito, y las cuestiones sobre su incriminación, es necesario, a mi criterio, ver dos diferentes fallos de tribunales superiores extranjeros.

El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, con fecha 28 de enero de 1973, prohibió en todo el territorio de esta Nación, la legislación antiaborto, por considerarla inconstitucional, ya que atentaría contra la enmienda 14 de la Constitución Norteamericana, que proclama el derecho de todo ciudadano a su vida privada. El fundamento es que el feto no es persona, y por ello según la Constitución no tiene derecho legal a la vida.

En otra línea fundamentalmente opuesta, el Tribunal supremo Federal de Alemania, declara nula la ley del 18 de junio de 1974 que permitía el aborto, y en su fallo del 25 de febrero de 1975, dice que la "vida que se está desarrollando en el vientre de la madre es un bien jurídico *per se* sujeto bajo la protección de la Constitución, siendo deber del Estado, tomar en sus manos la protección de esta vida en desarrollo, incluso en contra del deseo de la madre".