

EL ABORTO PROVOCADO EN EL CODIGO PENAL PANAMEÑO*

Campo Elías Muñoz R.
Aura E. Guerra de Villalaz.

I. INTRODUCCIÓN

Los innumerables problemas que presenta el aborto desde el punto de vista social, jurídico y médico, hace que este tema dentro del Derecho penal cuente con una riqueza bibliográfica extraordinaria y sea objeto de diverso tratamiento legislativo.

Sorprende, por tanto, que el mismo no haya sido objetivo de preocupación por los estudiosos de las ciencias jurídicas en nuestro país, y mas aún, que los pocos trabajos de graduación, requisito para optar al título de Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, que de él se han ocupado –meritorios por cierto– hayan dejado a un lado el análisis del delito en el Código Penal, panameño.

Por la razón expuesta, nos ha interesado analizar el Capítulo IV del Título XII, sobre el aborto provocado, basado únicamente en la técnica y el sentido práctico de las normas penales, dejando por fuera de nuestra interpretación cualquiera otra vertiente, histórica, comparativa y, sobre todo, sin tomar abierto partido por orientaciones de escuelas penales, que tornan hartamente confuso el examen jurídico-penal.

* Autores Dr. Campo Elías MUÑOZ RUBIO/ Dra. Aura GUERRA de VILLALAZ, Artículo publicado en **LEX** No.1, enero 1973, Revista del Colegio Nacional de Abogados, Panamá, R.P. 1973.

Más que realizar un minucioso examen de los caracteres del delito en cada uno de los tipos penales, objeto de nuestro estudio, nos preocupó destacar aquellos aspectos que denotan singular importancia, siguiendo para ello el siguiente cuadro rector: a) el aspecto objetivo (sujeto, objeto, bien jurídico, causalidad, resultado); b) el aspecto subjetivo (imputabilidad y formas de culpabilidad); c) formas de aparición delictiva (consumación, fases ejecutivas, autoría y complicidad), y d) consecuencias jurídicas (determinación de la penalidad, circunstancias agravantes y atenuantes, y otras medidas afines).

Estas notas, conviene señalarlo de salida, son simples tanteos de dogmática jurídica y su único propósito es señalar, dentro del marco de nuestro Derecho Penal vigente, algunos criterios que puedan servir para la adecuada interpretación de las figuras que incriminan el delito de aborto.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

A. CONCEPTO LEGAL DEL ABORTO

El vocablo aborto utilizado por el legislador es un término de uso frecuente en las ciencias naturalísticas y más concretamente en la Medicina. Para ésta se entiende por aborto la interrupción espontánea o artificial del embarazo en un período en el que el feto no es todavía viable por deficiencia de desarrollo (1).

Cabe resaltar, en primer lugar, que la noción médica del aborto difiere notablemente del concepto jurídico-penal del mismo. Ello es así, porque para los efectos penales únicamente tiene relevancia el aborto provocado.

¹ ANTOLISEI, citado por Del Rosal, Cobo, Mourullo. **Derecho Penal Español**. Parte Especial. "Delitos contra las personas". 1a. Edición. Imprenta Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1962. págs. 324-325.

Por otra parte, el concepto legal de aborto resulta mas amplio que el concepto médico, desde el momento en que aquél no toma en consideración el grado de desarrollo en que se encuentra la gestación, siendo posible la existencia del delito en aquellos casos en que se procure la expulsión del coágulo embrionario, o sea, cuando el feto aún no está formado.

Los penalistas no están de acuerdo en lo relativo a la noción del aborto. Para unos es la expulsión prematura del producto de la concepción, para otros la muerte prematura (antes del parto) del feto, con o sin expulsión del vientre de la madre.

Tenemos por incuestionable que esta última posición doctrinal es la correcta, ya que la muerte del feto o del "producto de la concepción" es el hecho esencial del delito de aborto. No es, pues, la expulsión lo que importa, mero episodio ginecológico, sino la muerte de lo que tiene vida pero aun no ha nacido. O como bien afirma MAURACH con mayor precisión el "aniquilamiento de la vida en formación" (2).

En este sentido CUELLO CALON definió el aborto criminal como "la muerte del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la gestación, con o sin expulsión del vientre de la madre" (3).

Con el mismo criterio DEL ROSAL nos proporciona el siguiente concepto legal del aborto: "toda interrupción del proceso biológico de gestación que ocasione la destrucción o la muerte del producto de la concepción" (4).

² MAURACH, citado por Quintano Ripollés. Antonio. Tratado de la Parte Especial

A este respecto resulta oportuno señalar que ya el genial CARRARA había advertido la posibilidad de que la muerte dolosa del feto ocurriese dentro del útero, o como resultado de la violenta expulsión del vientre materno (5).

En el Derecho italiano, por su parte, MAGGIORE opina que para los efectos penales, el aborto puede definirse como "la interrupción violenta o ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno" (6).

Los anteriores criterios permiten deducir como elementos esenciales del delito de aborto:

a. Existencia de un embarazo. Presupuesto indispensable del delito de aborto es el embarazo de la mujer. De tal manera que si se le suministra un abortivo a una mujer que no está encinta, el delito de aborto es imposible, por falta del objeto material. Estaríamos en presencia entonces de lo que los autores italianos denominan un "delito putativo". Hay quienes sostienen que sería un delito imposible por inexistencia del objeto material sobre el que recae la acción antijurídica. En relación con este tema, resulta de interés examinar el criterio expuesto por nuestra más alta corporación de Justicia, en auto de 28 de enero de 1957.

Ahora bien, toda vez que nuestro legislador no ha erigido en especialidad típica las maniobras abortivas realizadas en mujer no embarazada, no cabe duda de que habría que calificar como de lesiones o de homicidio preterintencional, el

4

5

6

uso de dichos medios cuando den por resultado lesiones o la muerte de la víctima. Siendo, por tanto, tales conductas atípicas en relación con el delito de aborto. Así lo ha entendido la Honorable Corte Suprema de Justicia, en auto de 19 de mayo de 1926 (R.J. No.53, pág. 496).

b. Interrupción violenta del embarazo: muerte del feto. De acuerdo con MAGGIORE, "interrupción violenta del embarazo" es una expresión más precisa que la de "expulsión del producto de la concepción" porque, en sentido legal, puede haber aborto sin expulsión, dando muerte al embrión o al feto dentro del útero materno, sin expulsión (7).

Resulta irrelevante que cuando se ejecuten las prácticas abortivas el feto esté en un trance de desarrollo que le permita seguir viviendo después de la expulsión o, por el contrario, cuando todavía es absolutamente imposible que pueda vivir en el exterior por falta de desarrollo orgánico debido al poco tiempo de vida intrauterina. Esto no significa que el delito de aborto pueda cometerse cuando el fruto de la concepción está ya muerto o se sabe con certeza que no podrá nacer. Ello es así, porque lo que se protege en el delito del aborto es una esperanza de vida, y la misma falta "cuando se sabe positivamente que el producto de la concepción aun vivo va a morir irremediabilmente antes de lograr el completo desarrollo del proceso de gestación" (8).

En este sentido no sólo la vida, sino incluso la viabilidad del feto, entendida como posibilidad de que se desarrolle fisiológicamente y nazca vivo, es un requisito indispensable del delito de aborto.

7

⁸ DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. Ob Cit. pág. 332

c. Una interrupción ilegítima. No es ilegítimo el aborto cuando la interrupción obedezca a la necesidad de salvar la vida de la grávida, o cuando la requiera su estado patológico, determinada esta perturbación de la salud de la mujer, por el embarazo o por el parto. Es indudable, que este caso estaríamos en presencia de la eximente de "estado de necesidad", consagrada en el artículo 48 del Código.

Ante un conflicto de bienes de valor desigual, un bien de mayor valor, la vida de la madre, fruto ya logrado, ser con vida consciente, y un bien de menor valor, vida inconsciente, puramente fisiológica, vida que no anima a un ser humano propiamente dicho, sino a una esperanza de él, la solución jurídica del conflicto, conforme a las normas penales generales, es el sacrificio del bien menor. El aborto practicado en estas circunstancias, sería lícito y permitido, siendo así que numerosas legislaciones han consagrado su expresa impunidad (9).

B. OBJETIVIDAD JURÍDICA TUTELADA EN EL ABORTO

Las normas penales se definen, determinan y precisan con base al bien jurídico destinado a proteger. De tal manera que se puede afirmar que no existe, pues, un precepto penal incriminador que no esté expresamente encaminado a tutelar un valor, un bien jurídico determinado.

El problema del bien jurídico protegido en el aborto ha sido ampliamente discutido en la doctrina. Sin entrar a analizar las diversas soluciones que se han planteado, ya que este examen no tendría aplicación práctica para los efectos perseguidos en este estudio, bástenos afirmar que los distintos tipos delictivos

diseñados en el capítulo del aborto tienden a proteger no un único bien jurídico, sino una pluralidad de intereses. Conforme con esta posición doctrinal, MAGGIORE indica que la objetividad jurídica del aborto es de naturaleza compleja (10).

Resulta evidente que en este delito se protege "una esperanza de vida", que no otra cosa es el fruto de la concepción. Una esperanza de vida que reclama desde el plano ético y moral una especial protección penal, "porque el fruto de la concepción que está en el claustro materno es ya hijo de Dios, no pertenece a los padres como simples pars ventris, y requiere una protección peculiar, aunque no sea todavía una vida exteriorizada" (11).

Nuestro Código siguiendo la tradición legislativa casi constante trata el aborto dentro de las infracciones contra la vida (delitos contra las personas). Sin duda, el hecho de aniquilar, aunque nada mas sea una esperanza de vida supone, en cierto modo, privar de la vida, ha sido determinante de que el legislador incluyese los supuestos de aborto en los delitos contra las personas (integridad física y fisiológica).

Al lado de la spes vitae se protege necesariamente de un modo secundario la vida y la integridad física de la mujer. Es evidente que al prohibir las: prácticas abortivas, al tiempo que se tutela lo que es una esperanza de la vida o una vida incipiente, se tutela también la vida y la integridad física de la madre. Siendo preciso advertir que esta característica según la cual el interés tutelado de modo

10

11

principal es uno, y de modo secundario es otro, se presenta no sólo en el delito de aborto sino que es común a muchos otros hechos punibles.

Apartándose de la sistemática tradicional, el Código penal italiano clasificó el aborto en el título X de su Segundo Libro, bajo el epígrafe de "Contra la integridad y sanidad de la estirpe", con lo que se pretendió resaltar como interés prevaleciente, el demográfico del Estado sobre el de la vida humana individual.

En nuestra opinión -mantenida también por algunos autores-, resulta dudoso el interés demográfico como jurídico, puesto que en países de gran densidad de población el interés sería contener la natalidad e impedir el crecimiento de la misma, y tal como afirma MARTINEZ VAL, "en ellas el aborto, lejos de ser punible, estaría indicado como solución social" (12).

Otras legislaciones consideran como bien jurídico vulnerado el orden familiar. En Bélgica, por ejemplo, se ha colocado este delito entre los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública". A ellas puede oponerse que, en no pocas ocasiones, la motivación del aborto es precisamente la contraria, de salvaguardar un interés o patrimonio moral familiar inminentemente arriesgado por el ilícito alumbramiento (13).

C. OBJETO MATERIAL DEL ABORTO: SUJETO PASIVO

En el delito de aborto la acción recae sobre el feto (producto de la concepción). Siendo éste, por tanto, con prescindencia de su grado de desarrollo,

12

13

el objeto material del delito en cuanto cuerpo atacado directa o indirectamente por las maniobras abortivas.

Al igual de lo que sucede en el homicidio, en el delito de aborto coinciden el objeto material y el sujeto pasivo, si bien es preciso tener en cuenta que se trata de una coincidencia material que no formal. Ya que subsiste la autonomía de ambas nociones puesto que el feto- sujeto pasivo es "una entidad normativa" que circunscribe el portador del interés tutelado; mientras que el feto-objeto material es un concepto que se utiliza para señalar el objeto material sobre el que incide la acción (14).

"La muerte del feto es punible en todo momento, sostiene CUELLO CALON, a partir del comienzo de la gestación, así es indiferente que se trate de un embrión recién formado o de un feto próximo a la madurez" (15).

Sin que con ello pretendamos negar valor a los razonamientos de MARTINEZ VAL para arribar a la conclusión de que el feto, y aun mas el fruto de la concepción, "retrocediendo en la escala ontogenética, desde que la fecundación se ha producido, puede tener la calidad y naturaleza jurídica de persona" (16), entendemos que aunque el producto de la concepción no sea persona, es un ser humano vivo, spes personas y no simplemente spes vitae, por lo que en el delito de aborto la determinación del objeto material estará condicionado por el factor biológico en sus extremos de vida y muerte.

¹⁴

¹⁵ CUELLO CALON, Eugenio. Tres. . . pág. 48.

¹⁶ MARTINEZ VAL, José María. Ob. Cit. pág. 7.

Siendo ello así, para poder establecer el límite mínimo del delito de aborto es preciso determinar cuando se inicia esa animación cuya interrupción constituye el aborto.

"Es posible hablar de producto de la concepción -enseña DEL ROSAL- desde el preciso momento que en la mucosa uterina el óvulo femenino queda fecundado por el semen masculino y comienza a desarrollarse. En consecuencia, existe producto de la concepción desde que en la mucosa uterina hay un óvulo fecundado. Se señala, así, el límite mínimo del objeto material del delito de aborto" (17).

No obstante, resulta oportuno indicar -como lo hace MARTINEZ VAL, con apoyo en la moderna embriología- que el momento de la fecundación permanece científicamente en el misterio, no siendo posible la determinación de la existencia de un fruto de la concepción humana sino después de transcurridos de ocho a quince días de la fecundación (18). Una vez comprobado tal hecho, con la ayuda de la medicina legal, existiendo ya una vida humana en inicio de desarrollo, constituirán delito de aborto todas aquellas prácticas que tengan por resultado la interrupción de la preñez con o sin expulsión inmediata del feto.

En consecuencia, en todos aquellos casos en que no exista fecundación, es decir, en los que el óvulo femenino permanece ajeno a la acción espermatozoica, podrá hablarse de maniobras anticonceptivas mas no de aborto.

¹⁷ DEL ROSAL. COBO. MOURULLO. Ob. *Cit.* pág. 329

¹⁸

Todavía es preciso señalar que para la tipología abortiva será siempre requisito fundamental la existencia de un embrión -"la vida intrauterina empieza al formarse el embrión"- (19), por lo que resultan atípicas las destrucciones de materias genésicas que no son todavía producto de la gestación, tales como las sustancias seminales o las molas o mixomas tumorales, "que valen como secuelas patológicas, materias todas ellas carentes de vida, y por ende, inaptas para todo acto occisivo" (20).

De tal manera que, a efectos de tipicidad, la exigencia del embarazo real y la exigencia del feto vivo es tan ineludible en el delito de aborto, como la de un hombre vivo en el delito de homicidio, siendo tan atípico abortar a la mujer que no está encinta o sufriendo un tumor molar, como matar a un cadáver o a quien todavía no ha nacido.

En relación con este interesante aspecto, señala CUELLO CALON que "no es preciso que los medios empleados sean idóneos, ni que la mujer esté embarazada, pues con arreglo al artículo 52 (se refiere al Código español) es punible la tentativa imposible por inidoneidad del medio por falta del objeto del delito" (21).

No podemos estar de acuerdo con el insigne profesor español, sin embargo, porque quien intenta lo que es materialmente imposible no ejecuta acción u omisión que esté penada en la ley. Incluir tales actos atípicos en el

19

20

21 CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Conforme al nuevo Código Penal, texto refundido de 1944. Parte Especial. Tomo II. IVa. Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1946. Págs. 437-438.

artículo 52 del Código español equivale a vulnerar la dogmática de la tipicidad. La acción que se dirige sin punto de llegada, no es acción jurídicamente relevante. Poner en peligro la vida de un feto que no tiene vida en el seno de la mujer, constituye un verdadero contrasentido en Derecho Penal (22).

La fundamentación lógica de la impunidad del delito de aborto en los casos de no embarazo se logra, por ende, refiriéndola a la ausencia de tipicidad (23).

De otra parte, deja de existir el objeto material del delito de aborto en el preciso instante en que el producto de la concepción se convierte en un hombre vivo. Es decir, una vez terminado el proceso del parto e iniciada una nueva vida independiente. Siendo, por tanto, este momento el que marca el límite máximo del objeto material del delito de aborto.

En definitiva, pues, el problema de la determinación del momento en que se adquiere la condición del hombre es de gran trascendencia práctica, ya que tiene la virtualidad de señalar el límite que diferencia el delito de aborto del delito de homicidio. Así tenemos, que en el delito de homicidio el objeto material lo es la vida humana individual, en su genuina categoría civil y biológica de persona. En el aborto, en cambio, si bien biológica y jurídicamente se trata de un atentado contra la vida humana, no lo es contra la persona, puesto que el feto todavía no ostenta tal calidad, siendo, por tanto, un ser concebido pero no nacido, una esperanza, *spes homini*, según el término consagrado por la doctrina penal.

El punctus pruriens del problema, sin embargo, no es tanto puramente jurídico como biológico, radicado en decidir en qué preciso momento comienza la vida extrauterina y el sujeto vive con existencia propia (24).

Entendemos que el ser humano empieza a tener vida independiente, a ser persona, cuando se separa definitivamente de la madre, y a partir de ese momento esa vida es el objeto jurídico protegido por las normas que sancionan el delito de homicidio.

Finalmente, vale afirmar que ya que lo que se protege en el aborto es la expectativa de una vida, faltará el objeto material del delito en todos aquellos casos en que se compruebe que el fruto de la concepción está muerto o irremediablemente condenado a morir, aún cuando momentáneamente viva todavía. Se marca así una notable diferencia entre este delito y el homicidio, toda vez que en éste último se protege la vida sic et simpliciter, su objeto material existe en tanto haya un hombre vivo, aunque goce de una vida efímera, porque también aquella es una vida (25).

Nuestro Código prevé separadamente las siguientes figuras criminosas del aborto: 1. Aborto provocado por la propia mujer; 2. Aborto provocado con el consentimiento de la mujer, y 3. Aborto provocado sin el consentimiento de la mujer.

A continuación acometeremos el estudio particularizado de estas distintas tipologías legales.

²⁴

²⁵ DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. Ob. Cit. pág. 332

III. ABORTO PROVOCADO POR LA PROPIA MUJER.

La modalidad de aborto provocado por la propia mujer se encuentra regulado en el artículo 326 del Código Penal, que transcribimos a continuación:

"La mujer que por cualquier medio, empleado por ella misma o por un tercero con su consentimiento, se provoque el aborto, sufrirá prisión por ocho a treinta meses".

A. ASPECTO OBJETIVO

1. Sujeto activo.

La simple lectura del precepto transcrito pone de manifiesto que sólo puede ser sujeto activo de este delito la mujer en estado de embarazo que se provoque el aborto. No cabe duda, por tanto, que se está en presencia de un delito de sujeto calificado que únicamente puede ser cometido por determinadas personas, por cuanto suponen en el agente una cualidad natural particular (mujer), o familiar (esposa), o social (comerciante, funcionarios públicos); que se diferencian de los delitos de sujeto indiferente, que pueden ser cometidos por toda persona (cualquiera).

2. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo puede definirse -siguiendo a ANTOLISEI- "como el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito" (26).

La determinación del sujeto pasivo del delito de aborto, por tanto, depende de la posición que se adopte en relación con el debatido problema de la objetividad jurídica tutelada, referida a la norma típica de que en concreto se trate.

El examen del objeto jurídico tutelado en todas las figuras del aborto lleva a estimar como sujeto pasivo al "producto de la concepción", que si bien carece de la condición jurídica de persona, extremo en el que reina gran disparidad de criterios, tiene vida propia, "constituye el principio de un nuevo ser humano" y como tal directamente protegible por el Derecho Penal (27). En esta figura el sujeto pasivo es el feto o producto de la concepción, por ser este, al tenor del artículo 326 citado, el titular del interés jurídicamente tutelado.

3. La conducta típica.

En la norma que comentamos la conducta delictiva se manifiesta en la expresión "se provoque el aborto" siendo indiferente que se trate de medios empleados por la propia mujer o por un tercero con su consentimiento.

La más somera consideración del tipo descubre a las claras que aún en el caso de que el medio abortivo sea empleado por un tercero, es la mujer quien se provoca el aborto, mediante la realización de actos ejecutivos. De tal manera que el consentimiento otorgado en esta modalidad delictiva, no va, encaminado a que se le cause el aborto, sino a la utilización por parte del tercero de medios adecuados para tal fin, siendo ella en definitiva quien ejecuta la conducta que genera el delito.

En términos generales, cabe afirmar que los medios utilizados habrán de ser adecuados para el aborto, no debiéndose confundir su idoneidad con la suficiencia de los mismos. Por ello, no debe perderse de vista que se trata de apreciar una idoneidad en abstracto, no en el caso concreto, pues, "de acreditarse

idóneos en éste los procedimientos empleados, es claro que la muerte del feto hubiese sobrevivido, y con ella la consumación del aborto" (28).

Al estar representado el núcleo del tipo por la expresión verbal "se provoque el aborto", hace suponer que este delito únicamente puede cometerse mediante una acción positiva, lo que de por sí pareciera estar corroborado en la norma por la expresa referencia al uso de medios empleados por la propia mujer o por un tercero con su consentimiento.

Entre la acción de la mujer (sujeto activo) y el aborto (interrupción del embarazo y muerte del feto), debe haber una relación de causalidad material.

El daño del cual depende la existencia del delito es la muerte del feto, siendo indiferente su modo de producción (dentro o fuera del claustro materno), siempre que se empleen medios abortivos desde la fecundación hasta el parto, y mientras el feto se encuentre todavía en el claustro materno.

B. ASPECTO SUBJETIVO

La dimensión subjetiva de este delito supone la *existencia* de dolo, esto es, conciencia y voluntad de provocar se el aborto.

La intención criminal del agente, por tanto, implica conocimiento de su estado grávido y de la *eficacia* causal de los medios abortivos empleados, debiendo estar dirigida a causar la muerte del producto de la concepción.

"El dolo exigible en las figuras básicas del aborto -explica QUINTANO RIPOLLES- es el directo final de matar al feto, modalidad del *animus necandi*, que

se confunde y concretiza con el propósito equivalente de interrumpir el embarazo, por no haber otra forma posible de lograr este fin que el de destruir la vida incipiente" (29).

Si no existe ánimo de matar al fruto de la concepción, la anticipación del parto, el llamado "parto acelerado, no constituye aborto" (30).

C. FORMAS DE APARICION

1. Consumación.

El tipo contemplado en la norma bajo examen es un *delito* de resultado material, que se consuma con la muerte del feto (producto de la *concepción*), a *consecuencia* de los medios empleados para *interrumpir* el proceso biológico del embarazo. No importa en absoluto, que la muerte ocurra en el *vientre* de la madre por *acción directa o indirecta ejercida* sobre el feto, o que se produzca después de la expulsión, pero como *consecuencia* de lo prematura de ésta (31). En este *sentido*, observa CUELLO CALON, "si el feto muere a causa de su *inmadurez*, es *indiferente* que nazca con vida, puesto que la muerte es *debida* a su *expulsión* prematura, *determinada* por medios abortivos" (32).

Resulta, pues, *obvio* que en este *último* caso será *preciso* que la muerte del feto ocurra como *consecuencia* pura de la expulsión, ya que *cualquier* conducta posterior al *nacimiento* prematuro, pero con vida, para quitar la *vida* por otros

²⁹ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Ob. Cit. pág. 551.

³⁰ CUELLO CALON, Eugenio. Tres pág. 51.

³¹ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Parte Especial. Tomo III. Tipográfica .- Editora Argentina. Buenos Aires, 1967. Pág. 97.

³² CUELLO CALON, Eugenio. Tres. ...págs. 47 y 50.

medios, encajaría en la figura de homicidio, en donde no se requiere que el sujeto pasivo posea determinadas condiciones de vitalidad" (33).

2. Fases ejecutivas.

Para la existencia de la *tentativa se requiere un principio de ejecución*, que es lo que la distingue de los simples actos *preparatorios* (art. 61 del C. P.).

Recurriendo al concepto de peligro, encontraremos el comienzo de la ejecución en este delito "en el primer acto que ponga en peligro la vida del feto" (34).

En principio, por consiguiente, cabe sentar el criterio de que existirá tentativa cuando empieza a ponerse en práctica el tratamiento abortivo (porque se ha comenzado la acción de producir el aborto), en tanto que el empleo de maniobras abortivas adecuadas para provocarlo, sin que este se produzca, configura el delito frustrado.

La discriminación entre frustración y tentativa en el aborto, se plantea ordinariamente en el terreno clínico de la intervención, y de modo más concreto en el de la idoneidad de los medios comisivos utilizados. Lleva razón QUINTANO, cuando afirma que el uso de medios abstractamente eficaces determina la frustración, mientras que la de insuficientes caracterizan la tentativa (35).

Al respecto de los problemas que suscita la expulsión del feto vivo, CUELLO CALON formula la siguiente interrogante: En caso de maniobras

³³

³⁴ FRIAS CABALLERO, Jorge. El proceso Ejecutivo del delito. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1951. pág. 229

³⁵ CUELLO CALON, Eugenio. Tres. ...pág. 56.

abortivas, con ánimo feticida, si la mujer expulsa un feto capaz de vida extra-uterina y el feto sobrevive, existe un delito de aborto provocado?

MANZINI niega la existencia de aborto; en tal caso, dice, hay un parto acelerado, no un aborto.

Para SOLER, no obstante, existiendo intención de matar al feto, si se logra la expulsión y no la muerte, no puede calificarse el hecho como aborto consumado, pero subsistirá tentativa de aborto, "ya que a pesar de haberse logrado la expulsión que es idónea para causar la muerte, ésta no se logró" (36).

CUELLO CALON, por su parte, sostiene que existe una tentativa acabada (el delito frustrado de nuestro Derecho), pues el culpable no sólo ha dado comienzo, con intención feticida a la ejecución del aborto sino que ha practicado los actos que eran necesarios para la muerte del fruto que no ha llegado a producirse por causas ajenas a la voluntad del abortador (37).

Coincidimos con esta última interpretación en lo que se refiere al tipo objeto de nuestro estudio, ya que por ser un delito de resultado material, mediando intención de matar al feto, su supervivencia determinaría el grado de frustración, pero imposibilitaría el de consumación. Desde luego, que la situación varía en el supuesto de aborto sin el consentimiento de la mujer (párrafo primero del artículo 328), en que estamos en presencia de un delito consumado, desde el preciso instante en que el tercero realiza las prácticas abortivas con la intención de interrumpir el embarazo y consecuente muerte del feto, toda vez que la efectiva

³⁶ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Ob. Cit. pág. 545.

³⁷ SOLER, Sebastian, Ob. Cit. Pág. 98

producción de este último resultado tiene relevancia exclusivamente para efectos de penalidad (tipo cualificado por el resultado).

3. Autoría y participación.

Agente de esta modalidad delictiva lo es únicamente la mujer que se provoque el aborto, ya que sólo ella está en capacidad de realizar la acción principal típica. En torno a esta conducta principal, no obstante, pueden coexistir otras conductas coadyuvantes, en distintos grados, en la realización del tipo penal.

En todos aquellos casos en que se acredite que la mujer se provocó el aborto, el tercero responderá como partícipe del delito de aborto provocado por la propia mujer (art. 326).

Conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del Código Penal, además, habrá de tenerse en cuenta que serán penados con la misma pena aplicable al autor, todos aquellos que "decidan a otros a cometer el delito si se demuestra que aquél tenía interés personal en cometerlo", o "cuando se compruebe que la cooperación fue de tal naturaleza que sin ella el delito no se hubiera cometido".

D. DETERMINACIÓN DE LA PENALIDAD

El delito de aborto provocado por la propia mujer se sanciona con pena privativa de la libertad consistente en prisión que oscila entre ocho y treinta meses. La pena prevista para esta figura resulta de menor gravedad que la de reclusión, aplicable a las demás tipologías del capítulo.

Constituye circunstancia agravante especial "el ejercicio de una profesión relacionada con la salud de las personas" (art. 329 del C. P.) por parte del agente,

cuando a consecuencia de los medios que ha indicado, suministrado o empleado, se provoca el aborto o sobreviene la muerte de la abortante. Se trata de una circunstancia de carácter subjetivo, no inherente a la persona del culpable, "en cuanto se refiere a una cualidad especial de éste" (38), y por ende, no es aplicable a la propia mujer que se provoca el aborto, ni se comunica a los copartícipes aunque la conocieren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Código.

En lo concerniente al fundamento de esta agravación -expresa DEL ROSAL- que "la deontología médica sienta una serie de deberes que están llenados a operar como normas subjetivas de determinación frente al profesional. De aquí se desprende, sin lugar a dudas, que la ratio de la agravación reside en la mayor reprochabilidad que entraña decidirse a actuar desatendiendo esos deberes que personalmente la incumben al facultativo" (39).

Finalmente, consagra la norma típica una causa específica de atenuación (art. 330 del C. P.) en el caso de que la mujer se provoque el aborto para salvar su propio honor. "Salvar el honor" significa evitar el deshonor a que estaría expuesta la mujer ilegítimamente encinta, por su culpa o sin ella, si su estado fuera conocido (40). Se alude, por tanto, a la buena fama de que disfruta la mujer respecto de su comportamiento sexual, el buen crédito que por este aspecto le otorgue la sociedad en que vive aunque el buen juicio social no corresponda a la realidad

³⁸ DEL ROSAL. COBO MOURULLO, Ob. Cit. pág. 378,

³⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 146

⁴⁰ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. Pág. 314.

(41). Así sería merecedora de la atenuación la mujer que haya sufrido la vergüenza de ser condenada por un delito contra la propiedad, pero no la merecería aquella que hubiese sido castigada como proxeneta o prostituta, puesto que sería un impedimento para invocar la excusa todo lo que ya había servido para destruir con anterioridad y públicamente su honra (42).

IV. ABORTO PROVOCADO CON EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.

El delito de aborto provocado con el consentimiento de la mujer está previsto en el artículo 327 del Código Penal, que a la letra expresa:

"El que procure el aborto de una mujer con el consentimiento de ella, será castigado con reclusión por veinte meses o tres años.

Si por consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo, sobreviene la muerte de la mujer, la pena será de dos a cinco años de reclusión".

A. ASPECTO OBJETIVO

1. Sujeto activo.

Sujeto activo de esta modalidad delictiva es todo aquel que procure el aborto con el consentimiento de la mujer. En opinión de MAGGIORE también es sujeto activo de este delito, la mujer, al consentir, perdiendo su condición de víctima y convirtiéndose en coautora. "Se trata, pues, explica el reputado tratadista, de un delito plurisubjetivo y propiamente bilateral, en que hay dos coautores, y no un autor principal y un copartícipe" (43). A igual conclusión

⁴¹ ARENAS, Vicente Antonio. Delitos contra la vida y la integridad personal y Delitos contra la propiedad. Editorial Antares Ltda. Bogotá, D.E. 1962.

⁴² SOLER, Sebastián, Ob. Cit. Pág. 85.,

⁴³ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 147.

arriban, entre otros autores, CUELLO CALON (44), CAMANO ROSA (45) y PEREZ (46).

La doctrina penal moderna denomina como delitos plurisubjetivos colectivos, aquellos que, por su estructura, no pueden ser cometidos sino por varias personas que actúan en concurso necesario; estimándose bilaterales, aquellos que sólo requieren la participación de dos personas (adulterio, incesto, bigamia, etc.).

De esta suerte cabría afirmar que el aborto consentido constituye un delito plurisubjetivo, en tanto que el aborto provocado sin el consentimiento de la mujer sería un delito monosubjetivo.

Tal como se encuentra redactada la norma típica, advertiremos que en nuestro derecho la cuestión plantea serias dudas. Podría argüirse, en primer lugar, que la conducta que incrimina el artículo 327, es la del tercero que "procure el aborto de una mujer con el consentimiento de ella", y que, en consecuencia, la conducta de la mujer, que se limita a permitir que se le provoque el aborto sería impune, toda vez que ella no ejecuta el acto típico (47). Tanto es así, que la conducta incriminada en el artículo 326, es la de la mujer que se provoca el aborto mediante la realización de actos ejecutivos, no requeridos en la modalidad de prestación del consentimiento que ahora examinamos.

Otro entendimiento de esta modalidad permitiría afirmar que la conducta de la mujer al consentir, supone algo más significativo e inequívoco que una mera pasividad de no obrar y aún de no evitar, puesto que equivale a la entrega de su propio cuerpo para que pueda procederse a la intervención abortiva, no es sino una forma de participación en el hecho de aborto que realiza el tercero. Siendo, por tanto, posible aplicar a la mujer que consiente las mismas penas señaladas al

⁴⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio. Tres. . . .pág. 103.

⁴⁵ CAMAÑO ROSA, Antonio. Delitos contra la persona física. Editorial Bibliográfica Uruguaya. Montevideo, 1958. pág. 163.

⁴⁶ PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Editorial Temis Bogota. D.F., 1967, Pág. 274

⁴⁷ JÍMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. pág. 48.

autor propiamente tal, si se estima que se trata de una cooperación necesaria (párrafo final del artículo 64 del C. P.).

Estimamos que con arreglo a nuestra legislación la solución apuntada por MAGGIORE, es a todas luces la correcta: sin que por ello dejemos de observar que se eleva a la categoría de **hecho principal** un comportamiento que sólo es de complicidad, y que -como denotara QUINTANO- se da en el presente caso la curiosa anomalía de que el elemento consensual sirviendo para atenuar la responsabilidad del tercero, integra para la mujer una agravación en la conducta, al identificarla con la de los actos ejecutivos materiales (48).

2. Sujeto pasivo.

En el delito cualificado por el resultado previsto en el párrafo segundo del artículo 327, no cabe duda, que también tiene el carácter de sujeto pasivo la mujer, toda vez que en este supuesto se protege su vida, circunstancia esta que no es de extrañar, puesto que la doctrina, sin excepción, admite la posibilidad de delitos que tengan dos o mas sujetos pasivos.

3. La conducta típica.

La conducta incriminada en la norma consiste en "procurar el aborto de una mujer con su consentimiento". Se está en presencia, por ende, de un consentimiento al que no le puede reconocer valor eximente pues recae sobre un bien que no puede disponerse (49).

Resalta la impropiedad del verbo "procurar" para indicar la acción material del delito. Nuestra escasa doctrina y mucho menos nuestra jurisprudencia han reparado en ello. Habrá que entender, por tanto, a los efectos penales, "procurar"

⁴⁸ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Ob. Cit. pág. 596.

⁴⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 148.

como sinónimo de "provocar", "ocasionar", "causar", términos a todas luces, mas adecuados para significar la conducta delictiva de este ilícito.

Si bien la efectiva producción del aborto no puede afirmarse como resultado de la prestación del consentimiento por parte de la mujer, es indudable, que la ejecución del tipo objetivo no se agota con un mero pasivo consentir o tolerar. En efecto, el resultado aborto no es ajeno, ni en el plano objetivo ni en el subjetivo, a la propia actuación de la mujer. Desde el momento en que la mujer consiente, hace entrega de su cuerpo para que se le provoque el aborto, con lo que se establece un auténtico acto de cooperación en el resultado final del aborto, al que el propio legislador ha elevado a conducta de autoría, tomando en consideración su relevancia a los efectos de la configuración del delito.

En relación con los tipos cualificados por el resultado, se exige expresamente que entre el empleo de los medios y la muerte de la víctima haya una relación de causa a efecto, prueba de ello es que la norma típica usa la expresión verbal "sobrevenga". Lo que se sanciona en estos casos concretos es la muerte de la víctima que sobrevenga a consecuencia de las maniobras abortivas, y por tanto, se requiere que la conducta sea causalmente adecuada para producir ese resultado.

QUINTANO RIPOLLES sostiene la improcedencia de la calificación de aborto letal, a falta del necesario nexo de causalidad, en aquellos supuestos en

que la muerte de la mujer provenga de causas ajenas al tratamiento abortígeno y que se hubieran dado con no menor fatalidad en el parto normal (50).

4. La eficacia del consentimiento de la mujer.

Cabe afirmar que el consentimiento a que alude la norma debe ser eficaz, es decir, que reúna todas las condiciones necesarias para su relevancia jurídico-penal, y por consiguiente, se requiere que sea otorgado por una mujer capaz, libremente, sin que existan vicios que lo invaliden, y con pleno conocimiento de la situación de hecho. No serán aplicables en este caso, por tanto, las estrictas reglas formales de la contratación civil (51).

El hecho de que haya mediado el consentimiento de la mujer embarazada condiciona que al tercero que provoca el aborto se le sanciona con pena de diferente gravedad: veinte meses a tres años de reclusión cuando media el consentimiento (art. 327), y de cuatro a siete años, cuando el aborto se provoca sin tal consentimiento (art. 328). Hay que partir, por tanto, de una realidad indiscutible: la eficacia privilegiada del consentimiento otorgado por la mujer con capacidad penal (52).

No hemos podido encontrar, sin embargo, criterio racional alguno que pueda justificar este privilegio, siendo aun más inexplicable cuando se advierten los diferentes bienes jurídicos protegidos en el delito de aborto.

⁵⁰ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Ob. Cit. pág. 520.

⁵¹ En este sentido, entre otros: DEL ROSAL, COBO, MOURULLO Ob. Cit. pág. 357; QUINTANO RIPOLLES, Antonio, Ob. Cit. pág. 576; CUELLO CALON, Eugenio. Tres. ...pág. 103; SOLER, Sebastián, Ob. Cit. pág. 101.

⁵² DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. Ob. Cit. pág. 341.

Resulta oportuno indicar que el consentimiento no proviene en este caso del sujeto pasivo o víctima, ya que el feto, es obvio que no puede otorgarlo, sino de la madre, que al consentir incurre su vez en responsabilidad criminal a título de autora.

"La razón posible de tan aparentemente ilógico proceder no es otra -razona QUINTANO- que el arraigado sentir popular que unánimemente estigmatiza con mucho más *rigor* el aborto no consentido que el consensual, hasta el punto que aún las doctrinas y leyes que excusan éste no vacilan en incriminar aquél. Es natural que así sea, dado que en aborto no consentido se une al ataque contra la vida del feto, el perpetrado contra la voluntad de la madre, que pasa en tal eventualidad a ser *efectivo* sujeto pasivo del delito. *Cualidad* que pierde, en cambio, tan pronto como se entre en juego el factor consensual, constituyéndola en autora, salvo en el resultado de muerte, en que la jurisprudencia ha conservado para la mujer, aunque consintiere en su aborto, la condición de víctima, lo cual es debido a las peculiaridades características de tan compleja figura delictiva" (53).

En opinión del maestro DEL ROSAL, la eficacia del consentimiento de la en el delito del aborto sólo puede explicarse satisfactoriamente como residuo histórico, y señala que "la razón que *llevó* a conferirle trascendencia podría tener su fuerza en el ámbito del pensamiento liberal-individualista en que se fraguó el código español, pero carece en absoluto de vigencia en la actualidad" (54).

⁵³ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Ob. Cit. pág. 574

⁵⁴ DEL ROSAL, COBO MOURULLO, Ob. Cit. pág. 345

A los efectos prácticos de nuestra interpretación, interesa sobre manera determinar ¿cuándo la ley penal considera a la mujer capaz de consentir?

El artículo 545 del Código Penal italiano expresamente dispone que no puede hablarse de aborto con el consentimiento de la mujer, en los siguientes casos:

- 1) si la mujer no ha cumplido catorce años, o no tiene, por algún motivo, capacidad de entender y querer;
- 2) si el consentimiento le ha sido arrancado con violencia, amenazas o sugestión, o se ha obtenido con engaños" (55).

Ante la inexistencia de un precepto similar en el Código patrio, sería aconsejable resolver la cuestión tomando en consideración la edad que la ley penal estime como válida para que la mujer doncella otorgue su consentimiento, para los efectos del delito de seducción (art. 283), por constituir la misma un tope de disponibilidad sexual, sin que por ello, pretendamos desconocer las sabias reflexiones de QUINTANO RIPOLLES, para quién estas consideraciones "son de mera aproximación, por no existir precepto positivo atinente, ni haber parangón exacto en lo lógico, y menos en lo legal, entre las situaciones del aborto y las de delincuencia contra la honestidad, quedando remitido el asunto a la libre apreciación de los Tribunales, en cada caso concreto" (56).

⁵⁵ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 149

⁵⁶ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Ob. Cit. pág. 577.

El consentimiento de la mujer puede no ser verbal o manifestado, sino que puede asumir las formas tácitas de la propia actitud de ella (57).

B. ASPECTO SUBJETIVO

La imputabilidad de este deliro requiere que se dé el dolo, o sea, la voluntad conciente y deliberada de provocar el aborto de una mujer con su consentimiento. La ausencia de ese consentimiento, por tanto, opera como causa de exclusión de la tipicidad, debiéndose incriminar el hecho con base a lo dispuesto en el artículo 328.

La fundamentación de la culpabilidad, sin embargo, plantea serias dudas ante el evento de que sobrevenga la muerte de la víctima como consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo (art. 327, párrafo segundo). La hipótesis que se contempla es la de que el agente tenga la intención de procurar el aborto y que de la actividad desplegada para lograrlo derive causalmente la muerte de la mujer, sin que tal consecuencia fuere abarcada dentro del plan delictivo del autor.

Resulta bien claro que en este supuesto no cabe la menor posibilidad de hablar de la intención de causar la muerte de la mujer encinta, porque entonces no podría traerse a colación la norma comentada y habría que sujetarse a las reglas del concurso de delitos: existiría aborto por un lado, y, por otro, homicidio (58).

⁵⁷ SOLER Sebastián. Ob. Cit. pág. 102.

⁵⁸ Así, DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. Ob. Cit. pág. 360; CUELLO CALON, Eugenio. Tres. ...pág. 110.

El problema que se plantea radica, pues, en determinar por qué título responderá el agente, del resultado muerte que sobreviene a la víctima, como consecuencia del aborto o de los medios empleados para provocarlo?

Algunos autores como GUTIERREZ ANZOLA (59) y SOLER (60) estiman que la figura presenta todas las características de un delito preterintencional, si bien, es preciso reconocer que éste último tratadista señala que "aún cuando la figura presenta todas las características de un delito preterintencional, esta disposición tiene la particularidad de que, a diferencia de otras figuras preterintencionales, no requiere un examen de las posibilidades del medio empleado. Pareciera que la ley -agrega- ya juzgara la idoneidad concreta del uso de medios abortivos para causar la muerte. Así como en el homicidio preterintencional la ley parece decir: se responderá de la muerte siempre que el medio empleado pudiera causarla, en el aborto parece decir: se responderá de la muerte porque los medios abortivos pueden causarla" (61).

No cabe duda de que al encuadrar la solución del problema en la preterintencionalidad se cae, a nuestro juicio, en una notable contradicción. Ello es así, porque si la preterintencionalidad es una modalidad atenuatoria, en este caso concreto operaría como agravatoria. Tanto es así, que la pena de este delito (aborto consensual) señalada en veinte meses a tres años, a consecuencia del resultado letal, sufre un aumento que oscila entre dos y cinco años. Y en la

⁵⁹ GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique. Delitos contra la vida y la integridad personal. Editorial Tesis 3a. Edición. Bogotá, 1956 pág. 275

⁶⁰ SOLER, Sebastián, Ob. Cit. Pág. 102.

⁶¹ SOLER, Sebastián, Ob. Cit. Pág. 102.

modalidad de aborto no consentido (art. 328), se equipara a la contemplada para el delito de homicidio (doloso) común (art. 311: cinco a quince años de reclusión).

Para otros autores, el resultado muerte se imputa al título de dolo eventual. En este sentido LABATUT GLENA manifiesta que "en el aborto seguido de muerte la acción del agente determina un doble resultado: el aborto, producto de un dolo directo; y la muerte de la abortante, derivada de un dolo eventual, porque si bien el exceso de consecuencias dañosas no fue querido por el hechor como contenido directo y esencial de su acción, es evidente que aceptó tácitamente todas las consecuencias de su conducta, tanto favorables como adversas. Las prácticas abortivas implican un riesgo de muerte para la mujer, riesgo que no puede ser conjurado sino renunciando a la acción principal. El actor ha debido entonces aceptar, al menos como contingencia posible, el resultado muerte, por lo que en este caso no es posible hablar de preterintencionalidad" (62).

El error de esta posición estriba en el hecho de querer sentar una presunción de dolo eventual, sobre la base de que toda intervención abortiva implica un riesgo para la vida de la abortante, perdiendo de vista, sin embargo, que tanto el riesgo como la consecuencia letal son aspectos ubicados en el lado objetivo del delito, desvinculados completamente de la actitud psíquica del autor (elemento subjetivo del delito), y por ende, inadecuados para fundamentar tal presunción.

Es indudable, que en ocasiones, en presencia de un caso concreto, podrá existir un verdadero dolo eventual. Ello sucederá, por ejemplo, en aquellos casos

⁶² LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969. pág. 235.

en que el agente al poner en práctica las maniobras abortivas haya previsto, como una consecuencia probable de su conducta, el resultado letal, y lo haya admitido en su voluntad de acción. Pero es preciso reconocer que ninguna de estas dos exigencias positivas se expresan en la norma típica, la de que otra parte, se limita para imputar el resultado muerte conque entre éste y las maniobras abortivas exista un nexo causal puramente objetivo; debiéndose aplicar las sanciones previstas en el precepto, aunque el sujeto activo ni remotamente se haya representado la probable producción del resultado mas grave.

Por otra parte, siempre será posible que el autor no se hubiese representado el resultado muerte, o bien, que habiéndoselo representado como probable, confiase plenamente que lo evitaría. Así podría suceder, por ejemplo, en el caso del experto ginecólogo que, a pesar de conocer los riesgos inherentes a este tipo de intervenciones, ejecuta la operación utilizando las mas depuradas técnicas de la ciencia médica, con la absoluta certeza del éxito de la misma, sobreviniendo la muerte de la víctima como consecuencia de una complicación inesperada. Es evidente que en este caso no cabría hablar dolo eventual, y, sin embargo, es indudable que la muerte de la mujer embarazada sobreviene a consecuencia de las maniobras abortivas o del aborto.

En nuestra opinión, la estimación correcta de la norma bajo estudio permite una conclusión: el resultado muerte derivado del aborto o de las maniobras abortivas realizadas intencionalmente, aparece en el texto legal desligado totalmente de la culpabilidad del sujeto activo. De tal manera que en este

precepto se consagra un supuesto, recusable por cierto, de responsabilidad objetiva por el resultado mas grave.

Interesa subrayar a mayor abundamiento que la calificación por el mero resultado se destaca aun mas por el uso en tipo legal del verbo "sobrevénir", denotando bien a las claras un puro proceso causal material.

Por las razones expuestas, concluimos que siempre que el nexo causal, puramente objetivo, se acredite, será necesario imponer al agente las penas establecidas en el párrafo segundo del artículo 327, con prescindencia de que la muerte no hubiera tenido cabida en la intención delictiva del agente.

Hay que convenir, sin embargo, que ya de por si son censurables las figuras o agravaciones cualificadas por el mero resultado, sin tomar en cuenta el dolo final o continuo, por cuanto que con ello se vulnera el dogma de la culpabilidad. Con la finalidad de evitar tan recusable técnica, las legislaciones modernas, celosas de salvaguardar el principio de nullum crimen sine culpa, hacen la importante salvedad de que tales agravaciones objetivas sólo son imputables al sujeto que haya obrado por lo menos culposamente. "Feliz salvedad ideada en el Código griego de 1950, y acogida asimismo por la ley de reforma del Código alemán, de 4 de agosto de 1953" (63).

⁶³ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Ob. Cit. pág. 574.

C. FORMAS DE APARICION

1. Consumación y fases ejecutivas.

Ninguna particularidad ofrece la consumación del delito en relación con el tercero "que procura el aborto de una mujer con el consentimiento de ella". Por tratarse de un delito material, la consumación opera con la muerte del feto. Siendo, por tanto, admisibles las formas imperfectas de ejecución (tentativa y frustración).

La situación se complica un tanto, sin embargo, en la modalidad delictiva de prestación de consentimiento de la mujer para que un tercero le cause el aborto. Toda vez que la consumación del delito es el fenómeno que crea la directa y plena adecuación de la conducta prevista en el tipo penal (64), cabría señalar que este ilícito se consuma en el preciso instante en que la mujer consiente su aborto, puesto que ya ha realizado todos los actos requeridos por el núcleo del tipo, que consisten únicamente, como se desprende del tenor literal del párrafo primero del artículo 327, en la pura y simple prestación del consentimiento (65).

Ello nos conduciría, como lo hace ver DEL ROSAL, no obstante, al absurdo de tener que sancionar a la mujer que consiente su aborto (delito consumado), que luego no llegó a producirse, con penas más severas (reclusión por veinte meses a tres años), que las contempladas para el supuesto de que ella misma se lo haya provocado (art. 326: ocho a treinta meses de prisión). Y es que en este caso no podrían ser admisibles las formas imperfectas de ejecución, porque así

⁶⁴ JIMENEZ HUERTA, Mariano, Ob. Cit. págs. 260- 270.

⁶⁵ DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, Ob. cit. págs. 397.

entendida la prestación del consentimiento no es "una conducta fraccionable, susceptible de ser considerada en grado de tentativa o frustración, según que el tercero haya comenzado a ejecutar el aborto o haya realizado ya todos los actos de ejecución que deberán producir como resultado el aborto" (66).

Para paliar esta notoria injusticia, el insigne profesor propugna por la siguiente interpretación: la significación penal de la conducta de la mujer depende de que el tercero haya causado el aborto, y entonces una de dos, o el tercero haya causado el aborto y, en este caso, la conducta de la mujer es punible, o, por el contrario, el tercero no llegó a causarlo y, en esta hipótesis, la conducta de la mujer es jurídico penal mente irrelevante (67).

La radical diversidad de tratamiento penal que el citado autor le otorga a la conducta del tercero que causa el aborto y al comportamiento de la mujer que lo ha consentido, así como la bondad de su interpretación se confirman por el hecho de que en el Código español ambos están llamados a responder de acuerdo con figuras delictivas absolutamente independientes.

En nuestro derecho, a nuestro juicio, la cuestión debe plantearse de otra manera: en qué momento es eficiente el consentimiento de la mujer para la configuración del ilícito, al menos en grado de tentativa? la respuesta a esta interrogante permitirá encontrar la fórmula adecuada a la solución del problema.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, Ob. cit. págs. 396- 397

Hay que convenir con SOLER que "no se trata de castigar el nudo consentimiento" (68) de la mujer. Lo que se sanciona es justamente que la mujer haya prestado su consentimiento para que se le verifique el resultado de aborto. De tal manera que tal consentimiento para ser eficiente requiere de una permanencia que sólo se agota en el momento en que se inician las maniobras abortivas. Hasta entonces puede interrumpirse y perder toda eficiencia. No en vano, señala MAGGIORE "que la mujer no es inerte como un cadáver, sino que coopera al consentir las prácticas abortivas, es decir, al prestarse a ellas con movimiento corporales (a lo menos colocándose en posición obstétrica); no omite, sino que obra" (69). Debiéndose concluir que el tipo legal, también respecto de la mujer que otorga su consentimiento, encuentra su principio de ejecución en las maniobras abortivas. Siendo ello así, su conducta requiere en todo caso del comportamiento material del tercero, sin cuyo inicio, el solo consentimiento de la mujer es penalmente irrelevante. Otra interpretación nos llevaría al absurdo de declarar punibles la instigación del otorgamiento del consentimiento, y la simple exteriorización de éste, antes de iniciadas las maniobras abortivas.

Entendida así, la modalidad delictiva de prestación del consentimiento, tendremos que convenir que también en esta figura son admisibles las formas imperfectas de ejecución.

Por otra parte, cuando del aborto se derive la muerte de la mujer, la consumación coincidirá con dicho resultado.

⁶⁸ SOLER, Sebastián, Ob. Cit. pág. 102

⁶⁹ MAGGIORE, Giuseppe, Ob. Cit. pág. 148

Inútil parece, hacer ver, respecto a la muerte determinada por aborto, que no cabe en tal figura supuesto alguno de acción imperfecta, ya que todos los delitos cualificados por el resultado sólo son concebibles como tales; en el grado de consumación, esto es, el sobrevenir el evento ⁽⁷⁰⁾. Adversa esta opinión PALACIOS⁽⁷¹⁾, manifestando que si “la tentativa no es sino la fusión de la norma del tipo y la genérica del delito tentado, referible a todos los tipos, con las excepciones que la misma ley determina, cuando se realiza una tentativa puede serlo de delito simple o de delito circunstanciado (agravado por el resultado)”. Para corroborar esta aseveración el mencionado autor cita la opinión de VANNINI y BETTIOL.

No obstante, para que se configure la tentativa de delito circunstanciado – a juicio de estos autores- “tratándose de circunstancias agravantes objetivas, es necesario que el hecho en que se manifiesta la circunstancia sea plenamente realizado, aunque incida sobre un hecho principal incompleto” ⁽⁷²⁾. En este mismo sentido se manifiesta WELZEL ⁽⁷³⁾ para quien la tentativa es posible “en los delitos cualificados por el resultado, si el resultado más grave se produce ya por la acción de tentativa”; y cita el siguiente ejemplo: la muerte de la mujer que se produce por la tentativa de violación (art. 298 del Código Penal panameño).

Dada la especial configuración del tipo cualificado por el resultado del artículo 327, en donde se describen dos conductas alternativas: que la muerte se

⁷⁰ En este sentido: DEL ROSAL, COBO, MOURULLO Ob. Cit. pág. 338; QUINTANO RIPOLLES, Antonio, Ob. Cit. pág. 589;

⁷¹ PALACIO J. Ramón. Ob. Cit. pág. 240

⁷² BETTIOL, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte General**, Editorial Temis. Bogotá, D.E., 1965. Pág. 482.

⁷³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. Roque Depalma, Editor. Buenos Aires, 1956. pág. 200

produzca a consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo, no cabe la menor duda que en nuestro derecho positivo no puede darse la situación planteada por BETTIOL Y WELZEL a que se hizo referencia. Ello es así, porque el propio legislador ha elevado la utilización de medios abortivos, para los efectos de la calificación del aborto con resultado de muerte, a la categoría de hecho principal; siendo, por tanto, necesario concluir que se estará en presencia de un delito de aborto letal en grado de consumación, en aquellos supuestos en que se produzca la muerte de la mujer a consecuencia del empleo de medios abortivos. Así enfocada la cuestión resulta inadmisibles en estos supuestos la calificación de delito tentado.

2. Autoría y participación.

Autores de esta figura delictiva, tal como dejamos expresado, son el tercero que ocasiona el aborto con el consentimiento de la mujer, y también ésta, al consentir.

Lo que diferencia esta acriminación de la prevista en el artículo 326, es que en ésta la mujer realiza sobre sí misma las prácticas abortivas, mientras que el tercero que le presta ayuda es un copartícipe; pero en el delito que examinamos, el tercero pone en obra, sobre la mujer que consiente en ello, las prácticas abortivas⁽⁷⁴⁷⁵⁾. Así, ha sostenido la jurisprudencia italiana que: "cuando el aborto se ha verificado por medio de maniobras hechas sobre la mujer, con su consentimiento, la participación de un tercero en ese hecho delictuoso queda incluida dentro de la forma de concurso en el delito previsto por el artículo 546,

⁷⁴ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 148.

C.P. (equivale el artículo 327 del Código patrio), de cualquier modo que dicha participación se manifieste, sea cooperando a la consumación del delito, sea favoreciendo la ejecución de éste" (casación 29 de abril de 1936. "Ciust. Pen.", 1937. II. 232) ⁽⁷⁵⁷⁶⁾.

El suministro de medios abortivos sin intervención ulterior de quien los proporcione, suscita su encuadramiento en la responsabilidad de coparticipación. Puesto que el suministro del medio no implica su efectiva utilización ni causa el aborto, ya previamente decidido, obliga a descartar las categorías de coautoría previstas en el artículo 63 del Código, planteándose, pues, únicamente la posibilidad de complicidad de conformidad con la definición descriptiva del artículo 64.

D. DETERMINACION DE LA PENALIDAD

El delito de aborto consentido se sanciona con pena de reclusión por veinte meses a tres años, por razón del carácter privilegiante que se le concede al consentimiento de la mujer.

Resulta un contrasentido que el elemento consensual, sirviendo para atenuar la responsabilidad -del tercero, integre para la mujer una agravación en la conducta, al identificarla con la de los actos ejecutivos materiales elevando aquí a la categoría de hecho principal un comportamiento que es sólo de complicidad.

Y mas difícil resulta, aún, justificar el mayor rigor que el legislador ha acordado a este delito en relación con el aborto provocado por la propia mujer, en

⁷⁵ Ibidem.

donde la conducta de la mujer reviste caracteres de mayor gravedad ya que implica la realización de actos materiales encaminados a provocarse el aborto.

Basándose en un criterio puramente objetivo -como tuvimos oportunidad de comprobar al examinar el tipo cualificado por el resultado, consagrado en el párrafo segundo del artículo 327- la norma establece la agravación de la pena (circunstancia agravante especial), en el caso de que "por consecuencia del aborto o de los medios usados para provocar lo, sobreviene la muerte de la mujer".

También es aplicable en este caso, al igual que a las demás figuras del aborto la causa específica de atenuación prevista en el artículo 330 del Código.

V. ABORTO PROVOCADO SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.

El delito de aborto provocado sin el consentimiento de la mujer está tipificado en el artículo 328 del Código Penal, en los siguientes términos:

"El que haga uso de medios para procurar el aborto de una mujer, sin su consentimiento o contra su voluntad, será castigado con reclusión por veinte meses a cuatro años y de cuatro a siete años Si sobreviene el aborto.

Si por consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo sobreviene la muerte de la mujer, la pena será de reclusión por cinco a quince años.

Las penas que aquí se establecen se aumentarán en una sexta parte si el culpable de la provocación del aborto es el marido".

El precepto transcrito contiene, pues, tres hipótesis que analizaremos conjuntamente: a) uso de medios abortivos; b) un delito cualificado por el resultado, cuando a consecuencia de las maniobras abortivas se produce efectivamente el aborto, y c) un delito cualificado por el resultado, cuando a consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo sobreviene la muerte de la mujer.

A. ASPECTO OBJETIVO.

1. Sujeto activo.

Desde el momento en que la concreción de conducta antijurídica que contiene el tipo adopta la abstracta fórmula de "el que" nos indica a las claras que está en presencia de un delito común, los cuales pueden ser realizados por cualquiera, en contraposición de los llamados delitos propios o especiales que sólo pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas (⁷⁶77),

Sujeto activo primario de este delito puede ser cualquiera, salvo la mujer en estado de embarazo, que obre sobre ella sin su consentimiento o en contra de su voluntad.

Cuando el culpable de la provocación del aborto es el marido de la víctima, concurre la causa de agravación personal, contenida en el párrafo final de la norma típica.

⁷⁶ JIMENEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad. Editorial Porrúa, México, D.F., 1955. pág. 53

2. La conducta típica.

La conducta que caracteriza el tipo consiste en el "uso de medios para procurar el aborto de una mujer, sin su consentimiento o contra su voluntad. La acción supone, por tanto: a) utilización de medios abortivos, y b) ausencia de consentimiento de la mujer.

Según puede apreciarse, ya que la inexistencia del consentimiento se ha elevado al rango de elemento positivo del tipo, es preciso convenir que estamos en presencia de uno de aquellos supuestos en los que la existencia de dicho consentimiento operaría como causa de exclusión de la tipicidad. En efecto, la presencia del consentimiento de la mujer en estado de embarazo hace que la conducta sea atípica en referencia con esta figura delictiva, siendo necesario incriminar el hecho conforme a lo dispuesto en el artículo 327 del Código.

Al estar representado el núcleo del tipo por el verbo usar, hace suponer que este delito solamente puede cometerse mediante una acción positiva. No faltan autores (⁷⁷8), sin embargo, que admiten en ciertos casos su posible comisión por omisión cuando exista deber jurídico de evitar el aborto, cuyo sentido es el de querer fundamentar una responsabilidad penal por el aborto no impedido.

La conducta positiva puede consistir tanto en el uso de medio materiales (físicos o químicos) como el uso de los llamados medios morales (susto, emoción, etc.).

⁷⁷ Así, entre otros: CUELLO CALON, Eugenio. Tres. ...pág. 51; DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. Ob. Cit. pág. 334 y 354.

B. ASPECTO SUBJETIVO

La dimensión subjetiva de este delito supone el dolo: "conciencia y voluntad de ocasionar el aborto, sin el consentimiento de la mujer" (⁷⁸79).

La intención criminal del agente implica, por tanto, conocimiento del estado grávido de la víctima y de la eficacia causal de los medios abortivos empleados, debiendo estar dirigida a causar la muerte del feto, y siendo indiferente, como mas adelante tendremos oportunidad de comprobar, que se obtenga o no tal resultado, para los efectos de la consumación del delito contemplado en el párrafo primero del artículo 328.

En cuanto a la fundamentación de la culpabilidad en la hipótesis de resultado letal nos remitimos a lo expuesto en el examen de la figura similar contemplada en el delito de aborto con el consentimiento de la mujer, ratificando que se trata de un supuesto de **responsabilidad objetiva**, triste secuela del **versari in re illicita**, que si bien es la más recusable de las soluciones que se han planteado, a nuestro juicio, es la que parece imponerse en rigurosa perspectiva dogmática; siendo preciso reconocer que en el artículo 34 del Nuevo Proyecto de Código Penal, elaborado por el Dr. Arístides Royo (⁷⁹80), se dispone que "nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado con dolo o culpa", consagrando, de esta manera, el principio de que no hay "pena sin culpabilidad".

⁷⁸ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. Pág. 146.

⁷⁹ ROYO, Aristides. Proyecto de Código Penal. Panamá, 1969- 1970. pág. 21

C. FORMAS DE APARICION

1. Consumación.

La primera figura delictiva descrita en el artículo 328, se consuma en el preciso instante que el agente pone en práctica el uso de los medios abortivos. Esto es así, porque el legislador ha erigido tipos cualificados por el resultado, para el caso de que se produzca efectivamente el aborto, o si por consecuencia del aborto o de los medios empleados para provocarlo sobreviene la muerte de la mujer, que operan como causas de agravación de la pena.

En los tipos cualificados por el resultado (efectiva producción del aborto, aborto letal), es indudable, que el momento consumativo coincidirá con la efectiva producción de dichos resultados, cuya aparición es precisamente lo que dota de sentido a estas figuras delictivas.

2. Fases ejecutivas.

Tal como han sido concebidas las distintas figuras delictivas descritas en el artículo 328, tendremos que convenir que en las mismas son inadmisibles las formas imperfectas de ejecución: tentativa y frustración.

En efecto, en la primera de ellas, se trata de un delito de consumación anticipada (⁸⁰81), en los que la hipótesis típica consiste en realizar actos o usar medios dirigidos a la ofensa de un bien jurídico. En esta clase de delitos, lo que constituye el *mínimum* para la existencia de la tentativa basta para la consumación.

⁸⁰ ANTOLISEI, Francesco. Ob. Cit. pág. 365.

Además, para la configuración de la tentativa se requiere de un principio de ejecución; y, no sería posible hablar de principio de ejecución, sino a partir del momento en que "se realicen hechos encaminados de modo unívoco y directo a la perpetración del delito" (⁸¹82).

Siendo que el propio legislador estima como delito consumado el "uso de medios abortivos", desligando la conducta típica de un determinado resultado material, mal podría advertirse en este supuesto la posibilidad de la tentativa, y menos aún, de la frustración.

Por lo que respecta a las figuras cualificadas por el resultado, nos remitimos a lo que dejamos expuesto al analizar el artículo 327.

3. Participación delictiva.

Técnicamente no ofrece particularidad alguna el problema de la coparticipación en este delito, hallándose los sujetos activos comprendidos en las disposiciones que para la coautoría y complicidad señalan los artículos 63 y 64 del Código.

La dualidad de resultados, uno querido y otro no, característica de la especie delictiva cualificada por el resultado letal de la víctima, sin embargo, complica las cuestiones que afectan el concurso de agentes. Cuando las participaciones plurales obedecen a conductas de intervención material en los actos ejecutivos del aborto, no cabe duda, que el cómputo de la responsabilidad por el resultado debe alcanzar a todos los partícipes, según la categoría que por su actuación en el delito les corresponde. En todos aquellos casos en que se trate

⁸¹ CUELLO CALON, Eugenio. Tres... pág. 56

de cooperaciones ideales, o incluso materiales, pero ajenas a la intervención causante del daño personal, resultaría absurdo e injusto cargar ese resultado a quien no participó en su causa inmediata.

Estimamos, por tanto, que cabe complicidad de simple aborto en el de resultado letal, si el partícipe no intervino en la materialidad del delito.

D. DETERMINACIÓN DE LA PENALIDAD

La pena para el delito básico es privativa de la libertad consistente en reclusión de veinte meses a cuatro años. Si a consecuencia del uso de medios para producir el aborto, este se verifica, la pena se aumenta en una medida que va de cuatro a siete años.

El resultado letal de la víctima se castiga con pena que oscila entre cinco y quince años, que resulta exagerada si se toma en consideración que es la misma que se impone al delito de homicidio doloso común (art. 311 del C.P.).

Por último, consagra la norma típica una causa específica de agravación por razón de la condición personal del sujeto activo (marido de la víctima).

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho Penal**. Parte General, Trad. Juan Del Rosal y Ángel Torio. Editorial Uthea. Buenos Aires, 1960.
- ARENAS, Antonio Vicente. **Delitos contra la vida y la integridad personal y Delitos contra la propiedad**. Editorial Antares Ltda. Bogotá, D.E. 1962.
- BETTIOL, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte General**. Editorial Temis. Bogotá, D.E. 1965.
- CAMAÑO ROSA, Antonio. **Delitos contra la persona física**. Editorial Bibliográfica Uruguay. Montevideo, 1958.
- CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Parte General. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1956.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho Penal. Conforme al nuevo Código Penal**, texto refundido de 1944. Parte Especial. Tomo II- IVa. Edición. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1946.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Tres temas penales**. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1955.
- DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. **Derecho Penal Español**. Parte Especial. Delitos contra las personas. 1a. Edición. Imprenta Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1962.
- FRIAS CABALLERO, Jorge. **El proceso ejecutivo del delito**. Editorial Bibliográfica, Argentina. Buenos Aires, 1951.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. **El Elemento Subjetivo del Delito**. Roque Depalma, Buenos Aires, 1957.
- GRISOLIA, BUSTOS, POLITOFF. **Derecho Penal Chileno**. Parte Especial. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1971.

- GUITIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique. **Delitos contra la vida y la integridad personal**. Editorial Temis. 3a. Edición. Bogotá, 1956.
- GUTIERREZ JIMENEZ, Luis. **Derecho Penal Especial**. Editorial Temis. Bogotá, 1965.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. **La Tipicidad**. Editorial Porrúa. México, D.F., 1955.
- LABATUT GLENA, Gustavo. **Derecho Penal. Parte Especial**. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Vols. IV. Editorial Temis. Bogotá, 1955.
- MARTINEZ, José Agustín. **Aborto ilícito y Derecho al aborto**. Jesús Montero, Editor, La Habana, 1942.
- MARTINEZ VAL, José María. **El sujeto pasivo en el delito de aborto**. Reus, S.A. Madrid, 1957.
- PALACIOS, J. Ramón. **La Tentativa**. Imprenta Universitaria. México, 1951.
- PEREZ, Luis Carlos. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tomo II, Editorial Temis. Bogotá, D.E., 1967.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. **Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal**. Tomo I. Infracciones contra las personas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1962.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María. **Derecho Penal Español. Parte Especial**. Imp. Gráficas " Carasa. Madrid, 1971.
- ROYO, Aristides. **Proyecto de Código Penal**. Panamá, 1969-1970.
- SCHEPELER RAVEAU, Manuel. **El delito de aborto**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1967.
- SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Parte Especial. Tomo III, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1967.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Roque Depalma, Editor. Buenos Aires, 1956.