

ABORTO

FELIX BASCH

ANTECEDENTES

El Código Penal protege la vida humana, por eso se ha dicho que el aborto (del latín *abortus*: de *ab*: privar, y *ortus*: nacimiento) es la interrupción de la gestación.

El artículo 63 del Código Civil Argentino dice: son personas por nacer, las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. Por eso es que el bien jurídico protegido es la vida humana y el primer elemento necesario para la consumación de este delito, es la existencia de una mujer en estado de gravidez, entendiéndose por gravidez el período de tiempo que transcurre desde la fecundación hasta que la persona por nacer es eliminada espontáneamente o bien extraída del útero por medio de una intervención quirúrgica (coelotomía) o maniobras obstétricas (aplicación de fórceps).

Carrara llamaba a este delito, feticidio. Toda acción que lleve como finalidad la destrucción de la vida intrauterina se denomina aborto y esto es lo que caracteriza a esta figura delictiva.

MEDIO DE ACTUAR

Al Código Penal no le interesa el procedimiento utilizado para realizar el aborto; lo que le interesa es el resultado. Por eso es que se habla también de tentativa.

Pero lo cierto es que en la práctica médica, nosotros, vemos a diario, un determinado grupo de lesiones que se producen en las mujeres embarazadas como consecuencias de maniobras para producir un aborto, que originan graves perturbaciones orgánicas: desde una infección uterina que puede conducir a una esterilidad definitiva hasta la muerte por peritonitis a causa de septicemia o perforación del útero que en

las crónicas policiales de los diarios suele leerse con el desdichado título de "muerte por intervención quirúrgica ilegal".

Los medios utilizados pueden clasificarse en:

Medios directos sobre el útero.

Medios que actúan en forma indirecta, ejerciendo una acción acci-tiva por vía enteral o parenteral.

Ricardo C. Núñez en su libro *Derecho Penal Argentino, tomo III*, páginas 154, dice que la especificación de la naturaleza de los medios empleados para matar al feto en el seno materno o para provocar el aborto, no interesa esencialmente ni en la ley ni en la ciencia. Piensa que es un error, tanto desde el punto de vista de la ley como de la medicina.

Desde el punto de vista de la ley, ella nos dice que no es lo mismo un homicidio simple que un homicidio con ensañamiento o por veneno o por incendio o por un desarrillamiento o por cualquier medio capaz de causar estragos, artículo 80 y concordantes del Código Penal. Si pensamos que homicidio es la muerte de un hombre y aborto es la muerte de un feto; si para producir este último se emplean medios capaces de producir graves daños en la mujer embarazada, pensamos que debe interesar a la ley el procedimiento empleado.

Desde el punto de vista médico también es muy distinto el procedimiento utilizado. Las maniobras que determinan una septicemia que obliga, en ocasiones, a efectuar una histerectomía total; las perforaciones del útero y del intestino, como lo demuestran los casos publicados, revelan cuán distinto puede ser para la mujer embarazada, la evolución del postaborto de acuerdo al procedimiento empleado para realizarlo.

El Código Penal de la U.R.S.S. no castiga el aborto efectuado por médicos en los hospitales con todas las reglas del arte y rodeado de las mejores condiciones asépticas, pero sí castiga el aborto efectuado por personas no autorizadas por título habilitante, en medio donde la asepsia deja que desear y utilizando procedimientos capaces de dejar graves secuelas.

Factores ético-sociales:

Aborto y familia.

Aborto y sociedad.

Aborto y personalidad.

Aborto y honor.

Debe considerarse una serie de factores psicológicos y ambientales que suelen ser decisivos para que una mujer desee firmemente interrumpir una gestación. Hay que considerar a la mujer soltera y a la mujer casada.

En la mujer soltera inciden en primer lugar la familia y luego la sociedad.

Una mujer soltera que por pasión se ha entregado a un hombre y a raíz de estos amores ha quedado embarazada, tiene ante sí un panorama que puede ensombrecer su vida futura, si por circunstancias particulares no puede regularizar su estado civil y aún más si es rechazada y abandonada por el presunto padre de su hijo. Por lo general la incompreensión de los padres y la intolerancia de la sociedad, hacen que estas pobres muchachas oculten lo más posible esta situación y recurran a cualquier medio para efectuar el aborto, médico o por comadrona, con las consecuencias conocidas. Es posible que una mejor educación de los padres contribuya, en gran parte, a resolver el problema, que mal encarado, termina en la gran mayoría de los casos por el abandono del hogar paterno, por la razón del "miedo a los padres".

Algunos códigos, por ejemplo el de 1898, atenúan la pena para las personas que consintieron un aborto, si el fin era ocultar la deshonra.

El proyecto de Carlos Tejedor admitía la atenuación de la pena para la mujer de buena fama, que consentía en que se le practicara un aborto con el fin de ocultar su debilidad: artículo 1º, título 1º, libro 1º, p. II.

Pero el Código Penal no recibió la atenuación por causa de honor, ni atenuación para el tercero que practicó el aborto; no admite la analogía como en el caso del infanticidio.

El proyecto Coll-Gómez en su artículo 132, acepta la causa de honor para la mujer embarazada.

El proyecto Peco, en el artículo 131 atenúa la pena en estos casos para la mujer y para el tercero que lo practica.

El proyecto del año 1900, en el artículo 119, disminuye la pena, si el aborto fuere cometido para ocultar la deshonra de la mujer. En nota a dicho artículo 119, dice que si se admite la atenuación para el infanticidio, que en mi concepto, es mucho más grave, debe también tenerse en cuenta en el aborto.

El código español del año 1944, en su artículo 414 y el código italiano de 1930, en su artículo 551, tratan de este factor de atenuación.

Nuestro Código Penal considera la situación, en forma especial, de una mujer idiota o demente. El artículo 86 en su inciso 2º dice: "el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta no es punible, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido comprende:

La persona por nacer. La mujer embarazada.

Al incluir el Código Penal, al aborto, entre los delitos contra la vida y castigando a la mujer que consintiera en que se lo practique y al tercero que lo efectúa, protege una vida humana, una esperanza de vida a la que el Código Civil Argentino ya le da derecho. Así el artículo 70 dice: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubieran nacido". Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Esto significa que lo que se protege es realmente una vida humana con derechos aunque estos derechos aún estén en expectativa.

También se protege a la mujer embarazada, porque el aborto puede ir seguido de lesiones graves y aun de la muerte de la mujer. El artículo 85 del Código Penal dice: "El que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer".

Como vemos, el bien jurídico protegido puede referirse a dos vidas humanas: a la persona por nacer y a la vida de la mujer embarazada.

Algunas legislaciones consideran también el interés demográfico de la sociedad, como el código italiano de 1930. Otras legislaciones se

refieren al respeto de la familia y la moralidad pública como el código belga de 1867.

MORBILIDAD Y MORTALIDAD

El aborto provocado por medios directos, evacuación de la matriz por curetaje o por medios indirectos, ya sea colocando sustancias en el cuello uterino que lo dilatan, tales como sondas o bien sustancias inyectables o por vía enteral que actúan haciendo contraer el útero para que expulse al feto, determinan con una frecuencia alarmante una morbilidad que deja secuelas difíciles de curar. La esterilidad, la septicemia, la metritis y anexitis concomitante, a pesar, de los antibióticos y sulfamidas, son sumamente frecuentes. Las metrorragias que siguen a la expulsión del feto o su extracción, son de gran frecuencia obligando a curetajes para extraer restos placentarios o de fetos retenidos o de ambos a la vez, lo que constituye el aborto incompleto.

La mortalidad es muy elevada. Desgraciadamente muchos casos se ocultan. Las estadísticas dan cifras alarmantes. Los periólicos, en sus crónicas los retulan, como ya decíamos más anteriormente, como "muertes por intervenciones ilegales". Es por esto que digo que tiene gran importancia el medio utilizado para efectuar el aborto.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Para que exista aborto debe existir embarazo, es decir, el producto de la concepción de la mujer y lo que el Código Penal protege es la vida del feto y castiga a quien comete un aborto, es decir, a quien destruye esa vida.

La ley requiere para castigar al autor, el propósito de provocar el aborto, vale decir, la intención de matar al feto. Debe existir un elemento subjetivo: el deseo de matar el feto.

Si se ha producido el aborto, aunque éste no haya sido el propósito del autor, a la raíz de malos tratos, la ley también lo castiga. Se trata del aborto preterintencional. Así el artículo 87 del Código Penal dice: "será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare".

Algunos autores, entre ellos, Ramos, Pezo, Odeygo y Díaz consideran el aborto preterintencional, como causa atenuante, porque el autor del hecho no ha tenido intención de causar todo el mal que produce.

Soler, Fontán Balestra y la Suprema Corte de Tucumán lo consideran culposo. Soler dice: "El aborto será culposo si el autor lo causare por violencia sin que el estado de embarazo le constare, o fuere notorio, así como se responde por las consecuencias culposas, no ya cuando se sabe lo que puede suceder sino cuando se debía saber lo que podía suceder".

El aborto, delito de resultado, no admite tentativa que pueda ser castigada. Hay aborto o no hay aborto; pero pueden ser castigados los que intentan por las lesiones producidas en tales circunstancias.

El Código Penal en su artículo 88, 2da. parte, dice que la tentativa de la mujer no es punible.

En la mayoría de los casos, la mujer autoriza, a un tercero a que le practique el aborto. Es más, es ella quien lo solicita. La ley castiga a la mujer que consiente en que un tercero le practique un aborto porque la considera partícipe; así el artículo 88 del Código Penal en su 1ra. parte dice: "será reprimida con prisión de uno a cuatro años la mujer que causare su propio aborto o consintiera en que otro se lo causare".

Si el aborto, delito de resultado, determina otras lesiones y a veces la muerte, el Código Penal agrava la pena. Así el artículo 85 en su primera parte dice: "el que causare un aborto será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer".

Segunda parte: "con reclusión o prisión de uno a cuatro años si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer".

Siendo que la ley castiga al que mediante maniobras para producir el aborto, cause la muerte de la mujer, creemos inútil la disidencia planteada entre la mayoría de la Cámara de la Capital, Soler y Fontán Balestra por un lado, que exigen que la muerte de la mujer se produzca como consecuencia del aborto completo, es decir, la muerte del feto y en cambio por otro lado, la minoría de la Cámara de la Capital y Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de La Plata, no requieren que el aborto sea consumado, sino que basta su tentativa o que se trate de un aborto incompleto o de un aborto imposible. Aquí no se castiga el aborto sino la muerte de la mujer ocurrida por maniobras realizadas para practicar o lograr el aborto. Manzini admite que

si del aborto no consentido resulta la muerte de la mujer, la agravación de la pena en el caso de que el aborto, tan sólo quede tentado.

Los códigos consultados también agravan la pena, cuando hay concomitantemente lesiones graves. El proyecto de Pico lo cita en el artículo 120. El Código Brasileño de 1940, en el artículo 127. El Código Uruguayo en el artículo 326. El Código Penal Italiano de 1930, en el artículo 249.

Cuando el aborto es practicado por un médico, farmacéutico o partera o cooperen a causarlo, la pena será agravada porque abusan de sus conocimientos que su ciencia o el arte les hayan permitido adquirir. Así el artículo 86 en su parte 1.ª dice: "incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo".

Existe un grupo de abortos que la ciencia jurídica los clasifica de no punibles y la ciencia médica los clasifica de terapéuticos o de abortos de necesidad. El artículo 34 del Código Penal habla de estados de necesidad: causar un mal menor para salvar un bien mayor. No todas las mujeres pueden llevar a feliz término un embarazo. En ciertos casos el embarazo debe ser interrumpido porque su evolución pone en peligro la vida de la mujer y aunque algunas mujeres quieren a cualquier costa ser madres, existe el deber del médico de prevenir y evitar tales peligros; las enfermedades del corazón y las neumopatías tuberculosas son de indicación precisa y les siguen en orden de frecuencia las afecciones. Tal caso lo contempla el Código Penal, al decir que no son punibles los abortos terapéuticos, en el artículo 86: el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta no es punible:

1) Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

Tampoco es punible el aborto practicado por un médico diplomado si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para efectuar el aborto. (Artículo 86, 2.ª parte). Este delito al contrario de lo que sucede se hace con el fin de evitar el nacimiento de un idiota y el retroceso en la evolución de la raza humana.

Un problema que está en discusión y aún no tiene solución adecuada, es el llamado aborto sentimental, que es el consentido por una mujer sana, que ha concebido como consecuencia de una violación. No está contemplado en el Código Penal.

Puede preguntarse qué beneficios puede obtener la sociedad perturbando a la familia.

Este tema tan debatido por sociólogos, psiquiatras, médicos y juristas ya ha sido tratado en esta monografía al hablar del aborto y honor, pero creemos que debe dedicársele la mayor atención posible para evitar desastres morales y la destrucción de la familia. La educación de la juventud y de los padres, puede contribuir a solucionar este problema.

BIBLIOGRAFIA

- ROJAS NERIO: *Concepto médico legal del aborto*. Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal. Año 1939. Pág. 397. Buenos Aires.
- JIMENES DE ASUA: *El aborto y su impunidad*. La Ley, tomo XXVI, pág. 372. Buenos Aires.
- SOLEK, SEBASTIAN: *Derecho Penal Argentino*, tomo III, pág. 116. Tipografía Editora Argentina. Año 1951. Buenos Aires.
- NUÑEZ, RICARDO: *Derecho Penal Argentino*, tomo III, pág. 159. Año 1964. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.
- CUELLO CALON: *El aborto criminal. Tres formas penales*, Editorial Bosch, Barcelona 1953.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE CORDOBA: 21-XI-1958, Boletín Judicial de Córdoba, República Argentina, pág. 37. Año 1958.
- SUPREMA CORTE DE TUCUMAN: 18-IX-1945. La Ley, tomo XXXII, pág. 481.
- GOMEZ, EUSEBIO: *Leyes Penales Anotadas*, tomo II, pág. 464.
- CODIGO PENAL ARGENTINO: *Editor Factor de casetas*. Buenos Aires. Año 1963.
- GHIONE, ERNESTO VICTOR: *Nuevo comentario a un antiguo debate sobre el artículo 99 del Código Penal*.
- CUELLO CALON: *Cuestiones penales relativas al aborto*. Capítulo III. Barcelona 1951.
- JIMENEZ DE ASUA: *Libertad de amar y derecho a morir*. Madrid 1929.
- ALFAVILLA, ENRICO: *Delito contra su persona. El aborto provocado*. Tratado de Derecho Penal, pág. 258, 3ª edición, 1929. Editor Francesco Vallardi. Milán.
- BROUDELLE P.: *L'Avortement*, pág. 49 y 51. Año 1952, Librairie J. B. Baillière et Fils. París.
- C. N. CRIMINAL Y CORRECCIONAL EN PLENO: Agosto 26 de 1966. *Aborto, Demanda por un médico. Improcedencia del casario*. La Ley, pág. 1. 28-IX-1966.
- C. N. CRIMINAL Y CORRECCIONAL: Sala IV. Agosto 30 de 1966. La Ley, pág. 2. 30-IX-1966.
- FACHECO: *El código penal concordado y comentado*, Volumen III, pág. 61. Madrid 1883.
- CODIGO CIVIL ARGENTINO. Editor Zaralla, 1953. Buenos Aires.
- BASCH, FELIPE: *Perforaciones uterinas*. La Prensa Médica Argentina. Año 1948.
- CUELLO CALON: *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª edición, pág. 479 y siguientes. Madrid.
- CODIGO BELGA: *Artículo con y concordantes*. Año 1887.
- CODIGO BRASILEÑO: *Artículo 127*. Año 1948.
- CODIGO PENAL ITALIANO: *Artículo 549*. Año 1930.