



EL ABORTO*

Dr. Jorge Hernán Rojas Sánchez (coordinador)
Lic. Luis Guillermo Rivas Loáiciga
Licda. María Emilia Solera Flores.

CONTENIDO:

Introducción	52
Consideraciones generales, definición y clases	52
Clases de aborto	53
El aborto: Problema social	53
Características del delito	55
Modos de comisión	56
Distintas figuras de aborto en nuestro Código Penal	56
El perdón judicial	61
Conclusiones	61
Bibliografía	62

* Trabajo para el Primer Seminario de Derecho Penal de la Corte Suprema de Justicia.

INTRODUCCION

Para dar un pequeño aporte en el análisis de algunas figuras penales que existen en nuestro país, esta Comisión, empezando por los aspectos generales del delito de aborto, tratará de definir lo que es, primero desde el punto de vista médico y luego tomando esta definición de base, determinar la conducta que el articulado del Código Penal vigente, define como delito de aborto. Por las características que tienen estos hechos, la doctrina los ha definido de acuerdo con los móviles que impulsan a cometerlo, por lo que se hará una especie de clasificación de la figura delictiva.

Siendo el tema del aborto, uno de los más preocupantes de la sociedad moderna por las consecuencias que trae en todos los niveles sociales, creemos conveniente que uno de los títulos del trabajo esté dedicado al problema social del delito, para después dar las características que rodean la figura, de gran importancia para el juzgador quien tiene que darle la calificación exacta, lo que influirá a la hora de imponer la pena, por las diferentes sanciones más o menos drásticas que existen, determinando hasta donde sea posible las formas de comisión, los móviles subjetivos que impulsan a incurrir en este tipo de conductas y analizar, antes de entrar al comentario de nuestra ley, el consentimiento de parte de la mujer quien es la que en forma directa va a sufrir los efectos de las maniobras abortivas.

Ya entrando al aspecto legal del aborto en nuestro país, artículo por artículo, ayudados de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, que hemos tenido a mano, trataremos el tema de tal forma, que aclare las dudas que puedan existir acerca de la calificación y sanciones del delito, llamado por algunos feticidio. Empezaremos por el caso de mayor sanción hasta el menos penado, sin dejar de tocar el punto relacionado con la tentativa y los beneficios que puede otorgar el Juez a reos que por circunstancias especiales han incurrido en esta conducta delictiva.

CONSIDERACIONES GENERALES

Definiciones y clases.

Médicamente se entiende por aborto toda expulsión del feto, sea natural o provocada dentro de los seis meses siguientes a la concepción. Los casos restantes se incluyen dentro del concepto del parto prematuro.

Consiste el aborto en la muerte del feto mediante su destrucción en el seno materno o por su expulsión prematuramente provocada. La legislación española considera el aborto como un delito de lesión y no de mero peligro y elimina del concepto de aborto, la llamada fecundación in vitro pues presupone que la acción siempre debe caer sobre la mujer (1).

Según Pacheco Osorio (2), se entiende en Obstetricia por aborto la expulsión prematura de la concepción antes de su viabilidad, esto es, antes de cumplirse el término de los ciento ochenta días contados a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Cuando la expulsión se produce después del referido término, se habla de parto prematuro.

Para los efectos penales, el aborto se puede definir como interrupción violenta e ilegítima de la preñez mediante la muerte de un feto inmaduro dentro o fuera del útero materno (3).

Para Carrara, el aborto consiste en la muerte dolosa del feto en el útero, o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del mismo. Al comparar el aborto con el homicidio, considera que la cantidad natural del segundo es mayor frente a la cantidad natural del primero, precisamente porque el feto tal vez no hubiera llegado a la madurez y la cantidad política es del mismo modo menor, ya que el aborto no produce entre los ciudadanos espanto alguno o apenas un espanto mínimo (4).

Soler por su parte define el aborto como la muerte inferida a un feto (5).

Revisando someramente la legislación comparada, podemos observar que el delito de aborto no

(1) Rodríguez Devesa J. M. *Derecho Penal Español*. Parte Especial. Página 77.

(2) Pacheco Osorio. *Derecho Penal Especial*. Tomo III. Editorial Temis 1972. Página 490.

(3) Maggiore Guisepe. *Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá 1973. Página 140.

(4) Carrara. *Programa de Derecho Criminal* 1251 y 1252.

(5) Soler. *Derecho Penal Argentino*. Tomo III Ed. Tea 1970. Pág. 91.

ha sido ni es sancionado por todas las legislaciones penales. Historiadores que han tratado el tema, han afirmado que la incriminación del aborto es obra de la ideología cristiana (6).

Son muchas las disposiciones que encontramos en el Código de Amurabí que castigan las manio-bras abortivas, protegiendo la integridad corporal de la mujer o los intereses del marido, pero sin poner atención especial al fruto de la concepción.

La Biblia (7), en una aplicación de la Ley de Talió, agrava el castigo en caso de que muera la mujer embarazada.

En la legislación comparada, vale la pena comentar el caso de Rusia, que en la entreguerra consagró la licitud del aborto, aunque después varió el criterio cuando durante el régimen stalinista por medio de ordenanza del Soviet Supremo, estableció la punición del aborto (8), con las excepciones del aborto terapéutico, situación que después cambió, al legalizarse de nuevo, siendo necesario para la licitud, una previa autorización de organismos sanitarios (9), política que es propia del sistema que se vive.

Hay otras legislaciones como la danesa, que se caracteriza por su liberalismo. Admite la licitud del aborto cuando se den determinadas circunstancias (10), siempre que se verifique la operación dentro de los primeros tres meses de embarazo, o por médicos especialistas, y el previo consentimiento de la mujer.

No debe olvidarse que el aborto es y ha sido siempre un delito poco amigo de la publicidad, y por ende, de difícil descubrimiento y prueba.

La evaluación del aborto no debe hacerse hoy día con criterio unilateral, sea este moral, religioso, jurídico, económico, o de cualquier índole. Tal como aparece planteado en nuestros tiempos, es un problema social en cuya solución el derecho penal solo puede ayudar en limitada medida. Con criterio moderno se dice que el aporte del derecho penal en relación al aborto, será ineficaz mientras se utilice como instrumento de represión, sino estructurado de acuerdo con los momentos actuales (11).

Clases de aborto

Sobre este punto, de las diferentes clases de aborto, cobra enorme importancia la motivación de la acción delictiva. Puede tener como finalidad la interrupción del embarazo, evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, por lo que estaríamos en el caso de un aborto terapéutico o de indicación terapéutica; puede tener como finalidad una prole tarada, que sería una indicación eugénica; también puede estar orientado a impedir las consecuencias de un delito contra la honestidad, indicación ética; o puede estar originado en fenómenos sociales como el paro, gran número de hijos, míseras condiciones de vivienda, etc. También tenemos el aborto por motivos de comodidad, el no querer tener hijos, el no desear atormentarse con éstos, el buscar la mujer la conservación de su belleza material, que la maternidad amenaza. El egoísmo que significa todo cuanto dentro de esa causa se comprende, es lo que induce a mantener la sanción contra el aborto, cuando éste es provocado.

EL ABORTO: PROBLEMA SOCIAL

En la actualidad, en varios países piden las mujeres el derecho de abortar; se hacen manifestaciones públicas pidiendo a los gobiernos que las autoricen a practicar el aborto sin tener que recurrir a la clandestinidad. Consideran que cada mujer tiene el derecho de abortar el hijo que no quiere, ya por ser un estorbo o por su condición económica. El problema se ha planteado desde épocas antiguas en que se ha discutido ampliamente el derecho de la mujer de abortar. El hecho afecta por igual a la gente de una posición económica estable, como a la de escasos recursos.

Para identificar el aborto como un problema social, hay que separar las causas que le dieron origen, ya que existe el natural y el provocado.

Este último se produce por causas sociales y fisiológicas.

(6) Ploss y Eichinger, citados por Quintano Ripolles en su obra "El aborto en la historia y en la legislación comparada". Tomo I Ed. Revista Derecho Privado. Madrid. 1962. Página 479.

(7) Exodo 21, 22.

(8) Ordenanza del Soviet Supremo de 27 de junio de 1936.

(9) Ordenanza de 23 de noviembre de 1955.

(10) Para que el aborto sea lícito en Dinamarca, tiene que darse un triple supuesto: De gravedad de la madre, de suponer el parto una probable herencia morbosa y de ser fruto de un delito violento contra la honestidad.

(11) *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo I Letra A. Editorial Bibliográfica Argentina. Página 84.

En el aborto provocado por causa social existen dos criterios: Uno, que es delito; y otro, que no lo es. En el primero, se configura el delito si el aborto se provoca voluntariamente y se interrumpe la gestación con intención dolosa.

En el segundo criterio, cuando es necesario un aborto terapéutico, el problema tiene origen tanto médico como legal. No existe delito. El aborto se realiza para evitar que la vida de la mujer peligre o que el niño nazca con deformidades por haber padecido su madre de enfermedad contagiosa como la rubéola.

El aborto provocado es aquel que se realiza por parte de la madre o de un tercero con maniobras tendientes a anular el proceso de gestación, con consentimiento o sin éste. El aborto intencional puede ser visto de dos posiciones: Jurídica y de política económica-social. Por parte del jurista, éste puede fijar los derechos y deberes durante el proceso, pero deberá extraer la realidad dada por parte del médico.

La mayoría de las veces la ley es ineficaz para controlar el aborto, por lo que cabría la posibilidad de modificarla de acuerdo a la realidad existente en cada pueblo.

Es claro que las sanciones son útiles para contener el aborto, pero el delito pone en mayor peligro la vida de la mujer, si es en la clandestinidad que se practica. En nuestro país existen numerosas personas que realizan abortos; unas con sobrada maestría y comodidades, pero otras, en las zonas rurales, no cuentan con el instrumental necesario, ni reúnen las condiciones higiénicas mínimas, por lo que la mujer, al acudir a tales personas para someterse a tratamiento abortivo, pone en peligro su vida, ya que puede quedar estéril. Muchas mujeres sufren incapacidades para el trabajo; otras llegan hasta a perder la vida como consecuencia del aborto, al ser practicado por personas sin conocimientos adecuados. La mujer acude a desprenderse del fruto de la concepción por razones económicas, un nuevo ser a quien alimentar, numerosa familia y el salario de su esposo no alcanza. Una madre soltera que espera salvar su honor, ya que su hijo nace sin un padre. Estos delitos generalmente no alcanzan sanción alguna, por ser realizados en secreto.

Las anteriores, son razones que debe tener en cuenta el legislador si quiere en verdad llegar a

solucionar el problema a la hora de estructurar la figura como delito y sancionarlo.

No es creando la sanción al aborto por la que se puede llegar a la solución del problema, sino que se debe buscar que las condiciones sociales y económicas sean auxiliares necesarios para que el delito no se cometa.

Debe crearse dentro de la sociedad un sentimiento colectivo de responsabilidad y los preceptos legales deberán estar revestidos de humanidad, porque el declarar punible el aborto y creer que con eso se solucionó el problema, es como pretender decretar que a partir de mañana la miseria desaparecerá. Es necesario mejorar las condiciones sociales y económicas para facilitar la solución del problema. La misión exaltada de la mujer, es procrear, donde se logra la mejor representación del amor humano. La maternidad, aunque inconsciente, es querida y motivada por el instinto humano, ya que no puede dividir la cópula carnal en dos partes: Una, de satisfacción sexual y otra que represente esa maternidad querida y sólo así puede producirse. En una mujer, ese sentimiento es mucho más fuerte por su condición, por su naturaleza misma, porque todo ser humano pretende perpetuarse.

Muchas mujeres deciden abortar por un sentimiento extraño de honor. No soportan que una sociedad las señale como una madre soltera y que en muchos lugares es visto con oprobio. La moral restringida es la causante de muchos males en la sociedad; la moral es la que señala con el dedo a los hijos ilegítimos, pero complace a los padres que los abandonaron, sin señalarlos ni darles sanción alguna.

El sentimiento de honor en la mujer no exime su responsabilidad ante el aborto, ya que ella sabe las consecuencias que sus hechos pueden acarrearle; no se puede decir que la sociedad la considera deshonrada por haber tenido un hijo, está en su derecho y le debe ser garantizado y permitir el desenvolvimiento del fruto de su concepción.

Las autoridades se muestran impotentes para actuar ante los casos de aborto clandestino. ¿Cómo evitar que una madre perfore las membranas que cubren el feto? ¿Cómo sancionarla? ¿Cómo se puede llegar a descubrir el secreto? Esto, cuando la mujer *misma se practica el aborto*.

Algunos consideran que no existe crimen por parte de la mujer al practicarse el aborto. El Doctor Klotz Forest dice: "No hay crimen para una mujer que se desembaraza de un feto que amenaza su felicidad. Sólo ella es juez para saber si debe o no abortar" (12).

Pero cómo descubrir el delito cuando se recurre a personas especializadas, y que comercian de esta forma? Algunas tienen lugares bien acondicionados y clientela exclusiva.

Para evitar que el delito de aborto se siga cometiendo es necesario:

- I. Mejor estándar de vida.
- II. Dar protección al niño y a su madre.
- III. Crear conciencia en las mujeres y hombres de una paternidad responsable.
- IV. Dar a conocer a la mujer los métodos anticonceptivos para evitar que recurra al aborto.

CARACTERISTICAS DEL DELITO

Partiendo de la definición de Soler, aborto es la muerte inferida a un feto. Se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no pueda ser calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición que según sabemos, principia al comienzo del parto. Toda acción destructiva de la vida anterior a ese momento es calificada de aborto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, o se produzca como consecuencia de la expulsión prematura. El elemento esencial del aborto es la muerte del feto. Cabe aclarar que si hay expulsión prematura del feto pero sobrevive a pesar de ello, no se constituye el delito de aborto. Tampoco hay delito cuando el feto no tenía vida antes de empezar las maniobras abortivas, ni puede ser objeto de aborto el producto del desarrollo completamente anormal del huevo, "mola" (13).

El feto es protegido en la medida que es un embrión de vida humana (14).

Los elementos estructurales del delito de aborto son:

- I. El embarazo.
- II. Empleo de medios artificiales.
- III. La muerte del feto.
- IV. El dolo.

El embarazo: Es condición sine qua non para la existencia del delito, considerándose que existe desde el instante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, hasta que se inician los dolores del parto. La determinación de este estado corresponde a peritos médicos, y el derecho no debe ocuparse de definiciones correspondientes a la ciencia médica.

Empleo de medios artificiales: Los medios abortivos, como los homicidas, pueden ser físicos (sustancias farmacéuticas, vegetales, etc.); mecánicos (ciertas manipulaciones, sondas, lavados, tocamientos, punción del útero, etc.), y tienen la virtud de producir la muerte del feto o su expulsión prematura.

Muerte del feto: Puede producirse dentro del útero o después de su expulsión y aún ofrecerse el evento que ésta no llegue a presentarse.

En todos estos casos, el delito que es instantáneo, se entiende consumado desde el momento en que muere el producto de la concepción.

El dolo: Es el elemento moral de la infracción. Consiste en el ánimo de abortar o lo que es lo mismo, en el conocimiento que se tiene de la preñez y en la intención de emplear los medios que se sabe causarán la muerte del feto o su expulsión prematura (15).

El tratadista italiano Maggiore, al hablarnos del delito de aborto procurado, considera que es preciso que se den t. es supuestos:

- I. Concepción o preñez.
- II. Interrupción violenta de la preñez.
- III. Que sea interrupción ilegítima.

Los dos primeros supuestos no creemos necesitan comentario y en cuanto a la interrupción ilegítima, se dice que no existe la misma cuando se interrumpe para salvar la mujer de algún peligro

(12) Dr. Klotz Forest citado por Guillermo Cabanellas. *El aborto, su problema social, médico y jurídico*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, Argentina.

(13) Mola: Del latín mola, masa carnosa de la matriz, masa carnosa e informe que en algunos casos se produce dentro de la matriz, ocasionando las apariencias de la preñez. Dícese también mola matriz. Falso feto.

(14) Soler Sebastián: *Derecho Penal Argentino*. Pág. 91.

(15) Pacheco Osorio. *Derecho Penal Especial*. Tomo III. Editorial Temis 1972. Pág. 483.

grave e inminente contra la salud o la vida (16).

Como puede observarse, al hablar de la legitimidad de la interrupción, se está autorizando el aborto terapéutico.

MODOS DE COMISION

Dos son las formas de comisión de que nos habla la doctrina argentina esbozada por Soler, las que son equivalentes, y la muerte del feto es la que constituye el momento consumativo del delito.

Puede causarse la muerte del feto dentro del seno materno por acción directa o indirecta ejercida sobre aquel, o la destrucción del feto producida después de la expulsión como consecuencia de la inmadurez o por las maniobras que se ejercieron dentro del claustro, que produjeron su expulsión y la muerte posterior.

Podemos concluir entonces que el delito de aborto se comete ya sea destruyendo el fruto de la concepción en el claustro materno, o provocando su expulsión para que muera a consecuencia de ésta por no ser viable.

Si se lograra la expulsión de un feto maduro y sobreviviera, no se configuraría el delito de aborto consumado, y si se diera muerte al recién nacido, lo que se configuraría sería el delito de infanticidio.

ASPECTO SUBJETIVO: Tiene este delito un elemento subjetivo específico. No basta para que se dé, el ejercicio de violencia sobre la mujer, aún conociendo el sujeto activo que está embarazada; es preciso que tenga el propósito específico de causar el aborto, o sea, la muerte del feto.

De acuerdo al modo de comisión, para Soler el elemento subjetivo puede variar con respecto a la muerte del feto, y es suficiente el dolo eventual. El dolo directo es necesario solo respecto a la expulsión (17).

En nuestro medio, al definir el Código Penal el aborto culposo, admite que puede configurarse este delito con dolo eventual (18).

EL CONSENTIMIENTO: El elemento que señala la distinción fundamental entre las diversas figuras del aborto, es el de la concurrencia o no del consentimiento de la mujer. Para que se dé el consentimiento, debe presuponerse que la mujer sea capaz de consentir. Lo que se toma en cuenta es que se obre con o sin voluntad real de la mujer, siempre que esa voluntad sea jurídicamente relevante, que esté en edad de consentir y que su comportamiento deje ver que dio su consentimiento.

La violencia, el error y la incapacidad mental, hacen que desaparezca el consentimiento.

DISTINTAS FIGURAS DE ABORTO EN NUESTRO CODIGO PENAL

Médicamente es posible determinar un embarazo diez días después de ausencia de la menstruación (19). Desde el punto de vista legal, el problema está en determinar la calificación que se puede dar a los hechos o maniobras tendientes a matar el fruto de la concepción, si se realizan antes de poder hacer la determinación.

Hay un sistema de aborto llamado al vacío, que consiste en extraer por medio de succión, el contenido de la cavidad uterina en el período en que no es posible determinar el embarazo. En este caso faltaría la determinación del elemento esencial del aborto, la gravidez, por lo que a lo más que pudiera llegarse es a una tentativa.

Otro elemento constitutivo del delito de aborto es la interrupción de la gestación. Necesariamente el feto deberá estar vivo en el momento en que se empiezan a realizar las maniobras abortivas, ya que este es el elemento material.

Nuestro Código en su artículo 118, igual que muchos otros (20), se refiere en primer lugar al consentimiento de la mujer, aumentándose la pena en los casos en que se dé tal consentimiento.

Para que se dé el consentimiento de la mujer, no basta con que apruebe los hechos que se van a llevar a cabo, sino que es necesario que tenga

(16) Maggiore Giuseppe. Op. cit. Página 142.

(17) Soler Sebastián. Op. cit. Pág. 94.

(18) Artículo 122 del Código Penal costarricense.

(19) Entrevista con el Doctor Omar Arrieta F. Director de la Caja Costarricense de Seguro Social, Sucursal de Liberia.

(20) Entre otros, el Código español, artículo 411, y el Código Penal italiano, artículo 545.

conciencia del alcance del mismo. Puede éste, no ser verbal o manifestado, sino que puede asumir las formas tácitas derivadas de su actitud. Si media engaño, violencia física o moral para que se otorgue, debe reputarse inexistente. Para efectos penales, la consecuencia es que se agrava el delito.

Sobre un caso de engaño en que la mujer ignoraba que se le iba a practicar aborto, el Tribunal Supremo Español consideró que no había consentimiento de parte de la mujer (21).

También se agrava el delito de aborto en nuestra legislación penal, cuando la mujer sea menor de quince años, por presumirse que a esta edad no puede consentir, imponiendo la misma pena que si se provocara el aborto sin consentimiento.

En el inciso primero del artículo que venimos comentando, el 118 del Código Penal, se contempla otro caso que podemos decir es menos agravado en relación con los primeros: Cuando se produce la muerte del feto, habiendo alcanzado seis meses de vida intrauterina, tomando en cuenta el mayor desarrollo y posibilidad de vida del feto, ya que aunque la doctrina italiana considera que cuando el feto está maduro con posibilidades de vida extrauterina, hay delito de infanticidio y no de aborto, nuestra legislación no establece diferencia en cuanto a la madurez o inmadurez del feto, sino que habla de causarle la muerte y por ese hecho se comete aborto, tipificándose el infanticidio cuando se cause la muerte del recién nacido.

En el segundo inciso del artículo 118 del Código Penal, se establece la pena de prisión de uno a tres años, para el autor del delito de aborto, cuando hay consentimiento de la mujer, o sea, que la mujer estuvo de acuerdo en que le provocaran el aborto. Esta pena disminuye y pasa a ser de seis meses a dos años si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

El primer inciso antes comentado, se refiere a los casos en que el autor del delito o el cómplice es

una persona que no es la mujer encinta, pudiendo darse el caso de autor, coautor y cómplice. Estaríamos en el caso de autor del delito de aborto cuando una persona realiza las maniobras que causaran la muerte y expulsión del feto valiéndose de lavados, o introduciendo cánulas o sondas en el útero de la mujer.

Nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado en muchos casos de aborto, por lo que hemos recurrido a las resoluciones de tribunales extranjeros, en especial del Tribunal Supremo Español, que llegó a considerar autor a quien introduce cuerpos extraños en la matriz de una mujer embarazada, alterando así el estado de embarazo (22).

También consideró autor del delito de aborto, el Tribunal Supremo Español, a la persona que lleva a la mujer donde quien puede practicarlo y al negarse si no le abona el dinero, lo facilita a la embarazada quien no tenía, ya que al prestar el dinero, hizo posible el aborto, que no se hubiera realizado (23).

En estos casos de aborto con o sin consentimiento, pueden incurrir los médicos que se dedican a realizar abortos en sus clínicas particulares u otros sitios adecuados y en este sentido el Tribunal Supremo Español consideró que un médico es autor si recomienda a su paciente otro profesional que se dedica a practicar abortos (24).

El artículo 118 de comentario tiene un último párrafo donde establece que la pena que se aplica a cada caso se elevará si del hecho resultare la muerte de la mujer, sin establecerse a cuánto se elevará esa pena.

El Código Penal anterior, de mil novecientos cuarenta y uno, para los casos de aborto sin consentimiento o usando violencia, estipulaba la pena de tres a seis años para el primer caso y de cuatro a siete años, para el segundo caso, pero si moría la mujer a causa del aborto, la pena aumentaba de seis a diez años para el caso de que el aborto fuera sin consentimiento y en caso de que se hubiera ejercido violencia o fuerza sobre la

(21) Tribunal Supremo Español, 23-11-1950. Si la mujer ignora que tratan de provocarle un aborto, se descarta la posibilidad del consentimiento de la misma para que las maniobras se realizaran, pues sobre lo que el sujeto ignora no puede obrar la voluntad.

(22) En sentencia de 27-11-1951 el Tribunal Supremo Español, definiendo quién era autor del delito de aborto provocado, dijo: "Es autor de aborto provocado quien introduce un cuerpo extraño en la matriz de la embarazada con propósito de provocar y provoca el aborto que deseaba la embarazada, pues realizó personalmente un acto material y adecuado encaminado de manera directa a producir artificialmente en el estado de embarazo una alteración que anuló sus naturales efectos".

(23) Tribunal Supremo Español, sentencia de 9 de octubre de 1957.

(24) En sentencia de 1 de julio de 1958, el Tribunal Supremo Español, dijo: "Hay solidaridad delictiva entre el médico que recomienda a su paciente otro profesional quien se dedica a realizar abortos, por el acuerdo de voluntades para practicar el delito".

mujer para obligarla a someterse a los tratamientos abortivos, de siete a doce años (25).

El Código actual es omiso en cuanto a la pena a imponer en los casos en que el aborto resulte cualificado por producirse la muerte de la mujer. No sabemos si la intención del legislador fue dejar al juzgador para que elevara libremente la pena, al no ponerle ningún límite máximo, pero parece que se omitió esta fijación, lo que trae el grave problema de no saber cuál es el número de años que se pueden imponer o si se puede llegar a condenar al reo de aborto cuando el mismo sea seguido con muerte de la mujer, hasta con el máximo de la pena que establece el Código para el homicidio calificado: veinticinco años. En todo caso, no parece que pueda sancionarse un caso de aborto cualificado con la muerte de la mujer, con la pena establecida para el homicidio calificado.

Es necesario tratar sobre este punto, el caso de que la mujer muera no a causa del aborto sino por otros motivos que aunque relacionados de alguna forma con las maniobras abortivas, no sean la causa directa, sino que la muerte se debió a una insuficiencia orgánica de otro tipo, como paro cardíaco, debido al estado de ánimo que causó en la víctima el hecho de someterse a tratamientos abortivos. El Tribunal Supremo Español conoció de un caso donde una joven de veintitrés años que estaba embarazada, concibió la idea de hacerse practicar un aborto y acudió al domicilio de una señora quien sin ser profesional en medicina, procedió a hacerle un lavado en sus órganos genitales con agua de jabón tibia, introduciéndole una cánula de goma unida a una pera. Apenas había empezado a manipular la procesada, la joven cayó al suelo y al ser llamado un médico, quien llegó hora y media después, no pudo adoptar ninguna medida debido a que la emoción y el traumatismo psíquico que produjo las manipulaciones en la joven, le provocaron un síncope que produjo su muerte, según los peritos. En este caso el Tribunal Supremo condenó a la abortadora solamente por el delito de aborto, llegando a la conclusión el autor que hace la cita, que el delito de aborto con resultado de muerte tipifica solo aquellos fallecimientos producidos a consecuencia de los riesgos característicos del comportamiento base peligroso (26).

Un tema controvertido es el de si un médico que practica un aborto tomando todas las medidas necesarias para que la operación sea satisfactoria y a pesar de todas esas medidas no puede evitar que muera la mujer. Se plantea el problema para el médico que con o sin consentimiento de la mujer provoca un aborto y tomando todas las precauciones que estipula la ciencia médica y cumpliendo con las obligaciones de diligencia y de medios, tenga como resultado la muerte de la mujer. Todo parece indicar que en nuestro medio este delito estaría tipificado en la figura del aborto cualificado por muerte de la mujer, imponiéndose la pena agravada. La doctrina se ha hecho cuestión del asunto y al respecto Gimbernar Ordeig, plantea el problema de si cuando el aborto es llevado a cabo por un médico, tiene validez el principio general que hemos establecido de que en los delitos cualificados el resultado suele causarse culposamente. Nos dice el autor que si el médico aplica todas las técnicas científicas conocidas para que la mujer no sufra ningún daño físico con ocasión del aborto y a pesar de ello resulta con lesiones y muere, podría pensarse que al médico que tan cuidadosamente actúa, no se le puede reprochar ni siquiera a título de imprudencia los efectos negativos que el aborto haya producido en la mujer. Esta hipótesis el mismo penalista la formula así:

"A diferencia de los demás delitos cualificados, donde el resultado se causa la mayoría de las veces imprudentemente, en el aborto con resultado de muerte o de lesiones, estos resultados no se causan nunca culposamente, si el que realiza el aborto es un médico y en su ejecución ha aplicado todos los medios que la ciencia médica ofrece para que no se cause daño a la abortada. La razón por la que no existe imprudencia en la muerte o lesiones de la mujer es que, por lo que a la integridad física de ésta se refiere, se ha aplicado la diligencia debida".

"De acuerdo con las características en los países donde se practica el aborto en forma legal, —nos sigue diciendo el autor—, hay que concluir en que el aborto es una actividad peligrosa; mucho menos que otras actividades, intervenciones quirúrgicas, en

(25) Artículo 193 del Código Penal de 1941.

(26) Gimbernar Ordeig E. *Delitos Cualificados por el Resultado y Casualidad*. Editorial Reus S. A. Madrid 1966, Página 176.

que las posibilidades de que muera el operado son mucho más elevadas; pero aún siéndolo en otras intervenciones es innegable que el aborto es peligroso también para la vida de la mujer. Hay riesgos que hay que aceptar y hay actividades peligrosas toleradas, pero son de naturaleza muy distinta pues persiguen un fin provechoso. Nunca podrá tolerarse un riesgo en la ejecución de:

- 1) *Acciones conscientemente antijurídicas y*
- 2) *Completamente inútiles e innecesarias".*

Termino aquí la larga cita del autor, que no por extensa deja de ser interesante, ayudándonos a entender por qué cuando una legislación prohíbe el aborto y sin ser necesario desde el punto de vista médico un facultativo lo practica, aún cuando se use las técnicas más modernas y los cuidados más extremos, si a pesar de todos éstos muere la mujer, tendrá que responder por el delito de aborto cualificado, sin poder alegar que la intervención se verificó debidamente para evitarse así la condena en cuanto a la cualificación. Esto es así porque el aborto es un delito en nuestro Código y el fin prohibido que el legislador persigue excluye desde el principio, que si la abortada muere, el médico puede apelar a la diligencia debida en la ejecución del mismo, para evitar el delito cualificado.

En los casos de aborto terapéutico, lo que se podría dar es el homicidio culposo, cuando a consecuencia del aborto, por culpa del médico muere la paciente.

El segundo caso que contempla nuestro Código Penal es el del aborto procurado. Lo define el artículo 119 de dicho Código y lo llama procurado, definiendo así como punible la conducta de la mujer que consiente o cause su propio aborto. El Código separa esta figura de las demás, probablemente siguiendo la influencia de la legislación argentina (27).

Este caso supone la intervención de un tercero en la comisión del hecho que tendrá la calidad de coautor, quien será la persona que intervenga en la comisión del hecho. La pena en estos casos es igual para la mujer y para quien intervenga, pero volviendo a la idea de dar protección al feto que haya alcanzado mayor madurez, en este caso los extre-

mos de la pena se disminuyen y serán de seis meses a dos años si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

En el artículo 120 del Código Penal que nos rige, se define el aborto honoris causa. Este es uno de los tipos que podría llamarse privilegiado y si cuando la mujer se produjere su aborto o consintiere en que se lo produjeren para ocultar su deshonra. La legislación española al definir en el artículo 414 del Código Penal el aborto honoris causa, solo beneficia con la atenuación a los padres de la mujer, excluyendo a otras personas (28). Lo que no sucede en nuestro Código, donde la atenuante parece cobijar a cualquier tercero que intervenga en el delito, sin importar que sea pariente o no. En la legislación comparada no encontramos en forma general la figura del aborto honoris causa, que sí está prevista especialmente en el Código alemán, pero no en el Código Penal danés. (Ver Alimena Op. Cit. f. 403 Derecho Comparado).

Contiene el Código Penal costarricense la figura del aborto impune, el que debe ser practicado por un médico o por una obstétrica autorizada en ausencia del primero. El fundamento de esta disposición que establece la impunidad del delito de aborto, está en la aplicación del estado de necesidad, pues se aplica a aquellos casos en que no haya sido posible evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, haciéndose necesario el aborto. Hay que tener presente que para la ley es mucho más valiosa la vida humana independiente que la vida de un feto. Esta diferente valoración se ve en forma clara al sancionar los delitos de homicidio y de aborto. El origen o razón de esta disposición está entonces, en permitir que un médico ante el conflicto de decidirse por la segunda encontrando amparo en una causa de justificación, el estado de necesidad, que no le ampararía, si se decidiera en perjuicio de la madre por mantener la posibilidad de vida del feto. Debe tenerse claro que en el aborto es necesario que se dé el dolo directo (29).

Se habla en nuestro medio de eliminar el precepto legal que habla del aborto terapéutico, diciendo los que abogan en este sentido, que no debe tener el Código Penal definiciones de con-

(27) Artículo 88 del Código Penal Argentino: "Será reprimida con prisión de uno a cuatro años la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible".

(28) Rodríguez Devesa J. M. *Derecho Penal Español*. Parte Especial. Sexta Edición. Madrid 1975. Página 85.

(29) Rodríguez Devesa. Op. cit. nota 15. Página 79.

ductas no punibles. No compartimos ese criterio muy respetable, porque consideramos que si la regla general es la de sancionar el aborto, si hay una excepción en el caso del aborto terapéutico, debe establecerse para evitar confusiones.

El aborto culposo en la legislación argentina, según el criterio de Sebastián Soler, no existe, lo que fundamenta en la estructura misma del delito y en que la ley no prevé expresamente la forma culposa como lo hace en los demás casos (30).

El citado autor considera que lo que se da en la legislación que comenta es el aborto preterintencional.

El Código Penal español contiene una figura en su artículo 412 que sanciona el aborto no intencional ocasionando violentamente a sabiendas del embarazo de la mujer. En nuestra legislación penal, se prevé claramente el delito de aborto culposo, el que se atribuirá a quien por culpa causare un aborto, delito que está atenuado y es solo sancionado con pena de multa (31).

La tentativa de aborto: Para que podamos hablar de tentativa de un delito, tienen que darse ciertos elementos. Lo que podemos llamar primer elemento es el fin de cometer el delito teniendo que darse por otra parte una acción que no se completa o un resultado que no se verifica (32).

La tentativa de aborto en nuestra ley es punible, lo que se deduce de una relación de los artículos 118, 119 y 120 del Código Penal en relación con el artículo 24 del mismo cuerpo de leyes. Sin embargo hay discusión en la doctrina acerca de la punibilidad de la tentativa. Alimena (33) considera que el delito admita la tentativa, tanto respecto a extraños como respecto a la mujer que actúa sobre sí misma.

Según el autor antes citado, la tentativa de aborto sobre una mujer que no presta su consentimiento, no admite ninguna duda, pero el problema se presenta en la tentativa de aborto de una mujer sobre sí misma.

Rodríguez Devesa (34), en relación a este

problema nos dice que no cabe la tentativa en el delito de aborto, porque la ley equipara, en la estructura de la conducta punible, el delito básico de aborto continuado y la tentativa idónea de aborto.

Tratándose de tentativa cobra gran importancia el hecho de que sea la mujer o un tercero quien sea el autor, ya que según Sebastián Soler, la ley separa en forma decidida esta figura de los demás y señala consecuencias distintas para estos casos (35).

La razón del criterio del penalista argentino es que el artículo 88 de la legislación penal que le sirve de base para su comentario, al hablar de la mujer que causa su propio aborto o que consiente que lo causen, en el último párrafo, establece que "*la tentativa de la mujer no es punible*", entendiéndose por esto que cuando sea la mujer quien tente causar su propio aborto, no será castigada. En el mismo sentido se pronuncia Carrara (36), agregando que desde el punto de vista político, es inoportuno castigar a la mujer por tentativa de causarse su propio aborto porque se causaría un nuevo desorden en las familias, ya cuando el mal tenido no se ha verificado.

Realmente parece acertado el criterio de Carrara y otros autores (37), en el sentido de no castigar la tentativa en la mujer que se procura su propio aborto sin lograrlo por alguna circunstancia, pues dada la forma de vida en Costa Rica sería causar gran perjuicio a quien en su fuero interno y también externo, ha sufrido un gran perjuicio.

Un problema interesante se plantearía en relación a una mujer que se cree encinta sin estarlo, recurre a una tercera persona o ella misma realiza maniobras tendientes a practicar el aborto. Parece que las maniobras encaminadas a lograr el aborto en una mujer no embarazada no causan ningún problema en nuestra ley, que a pesar de no tener como la Argentina disposición en el sentido de no punibilidad de la tentativa, a falta del elemento material del delito, no habría sanción, con base en lo que dispone el artículo 24 del Código Penal, al

(30) Soler. *Derecho Penal Argentino*. Tomo III. Ed. Tea. Página 103.

(31) Artículo 122 del Código Penal.

(32) Sobre este tema puede verse Scarano Luigi. *La Tentativa*. Editorial Temis. Bogotá 1960. Página 75.

(33) Alimena B. *Delitto contra la persona*. Ed. Temis 1975. Pág. 377.

(34) Rodríguez Devesa. *Op. cit.* nota. Página 83. Refiriéndose a la legislación española.

(35) Soler. *Op. cit.* nota. Pág. 101.

(36) Carrara. *Programa de Derecho Criminal*. No. 1269.

(37) Ambrosoli y Luchini citados por Alimena. *Op. cit.* nota. Pág. 377.

decir que la tentativa no es punible cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito. Lo que podría hacerse de acuerdo con nuestra ley sería imponer una medida de seguridad. Sin embargo, la situación se tornaría diferente si a causa de las maniobras para provocar la muerte del feto, se causaren lesiones o la muerte de la mujer.

En estos casos nos parece que con fundamento en el artículo 24 antes relacionado, no podría imputarse, a falta de embarazo, el delito de aborto en estado de tentativa, sino que lo que se consumaría sería el delito de homicidio o lesiones en su caso, el delito más grave absorbe al menos grave.

Las disposiciones relativas a la tentativa creemos podrían aplicarse a la persona que realiza las maniobras necesarias para causar la muerte del feto, lo que provoca es un parto prematuro, sobreviviendo el nuevo ser.

El perdón judicial en caso de aborto: Para terminar de analizar nuestro Código en lo que se refiere al aborto, creemos necesario comentar las disposiciones que autorizan al Juez a conceder el perdón judicial al reo de este delito cuando el hecho estuvo rodeado de circunstancias que permitieron calificarlo como honoris causa, tomando en cuenta que la actitud asumida por el condenado fue motivada por defender un valor, el honor. El beneficio del perdón lo extiende la ley en estos casos al tercero que haya realizado el hecho, a un ascendiente, descendiente por consanguinidad o a una hermana. También puede el Juez otorgar el perdón judicial, por indicación ética, cuando el embarazo sea consecuencia de una violación.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones de este corto estudio, tenemos las siguientes:

- I. Es urgente tomar medidas prudentes, para evitar hasta donde sea posible que en forma clandestina se practiquen tantos abortos en nuestro país, que en muchos casos causan lesiones y hasta la muerte de la mujer. Estos hechos no llegan a sancionarse ni a investigarse, por el silencio que guardan, especialmente los familiares cercanos a la víctima, para evitar que se divulgue lo que consideran les causará perjuicio en el plano social, moral y religioso.
- II. Para que se configure el delito de aborto, es necesario el estado de gravidez de la mujer, así como que el feto se encuentre vivo al iniciar las maniobras abortivas.
- III. La tentativa de aborto es punible en nuestra legislación en todos los casos, exceptuando el de la mujer que es sometida a maniobras abortivas por tercero o terceros sin su consentimiento. La tentativa de la mujer para causarse su propio aborto, también se castiga.
- IV. La conducta tendiente a provocar en una mujer que no está encinta el aborto, configura la tentativa, pero si se produce la muerte o lesiones, la calificación del delito será homicidio o lesiones pero no aborto agravado o cualificado por ausencia del elemento esencial del delito.
- V. El último párrafo del inciso 2 del artículo 118 del Código Penal, es conveniente reformarlo aclarándolo para que se diga en forma precisa a cuánto se elevará la pena en los casos de muerte de la mujer, debiendo también agravarse el delito si como secuela del aborto quedaren lesiones en la mujer, fijando una pena para el caso, menos que la del homicidio calificado.
- VI. No parece posible en nuestro Código castigar como delito consumado el aborto al vacío, por la imposibilidad desde el punto de vista médico de determinar si existe o no embarazo en los diez primeros días, término en el que se hace la extracción del contenido de la cavidad uterina.
- VII. Si se provoca la expulsión del fruto de la concepción que sobrevive fuera del claustro materno, no se configura el delito de aborto, al no existir la destrucción o muerte del feto.
- VIII. No es conveniente eliminar el artículo 121 del Código Penal, pues establece la excepción a la regla general de la san-

ción al aborto, definiendo cuál es el único caso que no se castiga. Aunque estemos ante un estado de necesidad,

podría traer confusiones a la hora de juzgarlo por las especiales características de estos hechos.

BIBLIOGRAFIA

- Alimena Bernardino. *Delitos contra la persona.*
- Carrara F. *Programa de Derecho Criminal.*
- Cabanellas G. *El Aborto, su Problema Social, Médico y Jurídico.*
- Código Penal Costarricense.*
- Código Penal Español.*
- Código Penal Italiano.*
- La Biblia - Exodo.*
- Guisepppe Maggiore. *Derecho Penal.*
- Rodríguez Devesa. *Derecho Penal - Parte Especial.*
- Rodríguez Moreno. *Doctrina Penal del Tribunal Supremo.*
- Soler Sebastián. *Derecho Penal Argentino.*
- Pacheco Osorio Pedro. *Derecho Penal Especial.*
- Quintano Ripolles. *El aborto en la historia y legislación comparada.*
- Gimbernar Ordeig E. *Delitos cualificados por el resultado y casualidad.*
- Scarano Luigi. *La Tentativa.*
- ENTREVISTAS: Doctor Omar Arrieta Fonseca, Director de la Caja Costarricense de Seguro Social, Sucursal de Liberia, Guanacaste.
