

---

# **Cuadernos de Investigaciones**

**Nº 4**

## **Aborto Honoris Causa**

**Noemí E. Goldsztern de Rempel**

**Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales  
"Ambrosio L. Gioja"  
1988**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A.**

---

## ÍNDICE:

<b>1. Introducción</b>	<b>3</b>
<b>2. Aborto: Concepto e Historia</b>	<b>3</b>
<b>3. Aborto Honoris Causa</b>	<b>8</b>
<b>4. Tratamiento Legislativo.</b>	
<b>a- Nacional</b>	<b>9</b>
<b>b- Comparado</b>	
<b>I - Americano</b>	<b>11</b>
<b>II – Europeo</b>	<b>14</b>
<b>c- Cuadros Comparativos</b>	<b>17</b>
<b>5. Doctrina</b>	
<b>a- Nacional</b>	<b>19</b>
<b>b- Comparada</b>	
<b>I – Americana</b>	<b>21</b>
<b>II- Europea</b>	<b>27</b>
<b>6. Jurisprudencia</b>	<b>32</b>
<b>7. Conclusiones</b>	<b>36</b>

# 1- INTRODUCCION

## PRELIMINAR

El delito más severamente penado en nuestra legislación positiva es el homicidio cometido sobre un sujeto ligado al autor por una relación de parentesco por ascendencia, descendencia o matrimonio.

Sin embargo cuando una madre mata a su hijo recién nacido (descendiente) movida por una causal de honor, la pena disminuye notoriamente, ya que de reclusión o prisión perpetua fijada para el homicidio calificado por agravación, la pena se sitúa entre seis meses y dos años de prisión o hasta tres años de reclusión.

Esto indica claramente que la ley considera menos grave el hecho que una madre mate impulsada por un móvil de honor a que lo haga por cualquier otro motivo.

Sin embargo esta atenuación no halla su correlato en otra figura también ubicada dentro de los delitos contra la vida, en este caso contra la vida del feto, cual es el delito de aborto, ya que la madre que provoca su propio aborto o consiente que otro se lo cause es sancionada con la misma pena sea que lo haga para ocultar su deshonra, sea por móviles económicos o por cualquier otra causal.

## PLANTEO DEL PROBLEMA

El interrogante se plantea en torno a la justicia y equidad de una legislación que incorpora en su derecho positivo una atenuación tan importante para el filicidio como es el infanticidio por causa de honor y no hace lo propio con el aborto cometido por la misma causal.

¿A qué clase de honor se refiere la atenuación del homicidio?

¿El honor tiene una valoración diferente según que se utilice para atenuar la acción de matar cometida sobre una persona ya nacida que sobre una persona por nacer?

## HIPOTESIS

La hipótesis que se formula sostiene que toda legislación que incorpora en su derecho positivo la atenuante para el homicidio por causa de honor debe hacer lo propio con el aborto o bien no atenuar ninguno de estos delitos por esa causal.

## PRUEBA

Para probar la hipótesis se investigará el tratamiento legislativo interno e internacional en situaciones como la planteada, la jurisprudencia en el ámbito interno y la doctrina nacional y comparada.

## 2.- ABORTO: CONCEPTO E HISTORIA.

La problemática fundamental y las innumerables facetas que el tema del aborto entraña desde lo teológico a lo médico legal, pasando por lo jurídico, sentimental y literario, hacen que quizá ningún otro tema del derecho penal lo aventaje en riqueza bibliográfica ni en apasionamiento polémico y diversidad de tratamiento legislativo.

La voz "aborto" deriva de la raíz latina "ab-ortus" cuyo significado "privación de nacimiento"<sup>1</sup> o "parto sin nacimiento"<sup>2</sup> acentúa la idea de vida iniciada y aniquilada prematuramente, aunque sin expresar con completa exactitud la acción y el efecto de la interrupción del proceso reproductivo del embarazo, es decir, la gestación, antes del término normal de la misma y con las consiguientes consecuencias eliminatorias.

Sin embargo resulta más explicativa que en otras lenguas, la alemana por ejemplo, donde los términos "abortar" y "aborto" se expresan con las voces "abtreiben" y "abtreibung" las que denotan meramente la acción de "extraer" o "extracción", por lo que en el Código de Alemania, al igual que en los de Checoslovaquia y Méjico resulta ineludible la mención expresa del acto de matar, con la finalidad de evitar la confusión del aborto

<sup>1</sup> Antonio Quintano Ripollés, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Madrid, 1962, pág. 475).

<sup>2</sup> Constancio Bernaldo de Quirós, Derecho Penal (Parte Especial) (México, 1957, pág. 83).

en sentido penal con la expulsión de fetos muertos o con partos provocados prematuramente pero con vida subsiguiente.

Esto nos permite inferir que el término aborto tiene una significación diferente en sentido obstétrico que en sentido jurídico.

El aborto obstétrico puede ser definido, conforme Nerio Rojas<sup>3</sup> como "la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente del resultado mortal de la maniobra para el feto que se expelle", ya que lo que adquiere relevancia es 'la mera expulsión prematura del ser en gestación, sin que resulten trascendentes los acontecimientos posteriores, en el caso, la muerte del feto expelido. Reproduce estos conceptos la definición formulada por Tardieu [Etude médico-legale sur l'avortement]<sup>4</sup> quien lo considera como la "expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de las circunstancias de edad, viabilidad y aún de formación regular".

En sentido jurídico penal, en cambio la noción de aborto como acto de matar y no meramente de expeler productos de la gestación se compatibiliza con cualquier definición en la que se afirme que el resultado querido es la muerte del feto.

Jiménez de Asúa<sup>5</sup> lo define como "el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores al término de la preñez ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la madre".

Para Bernaldo de Quirós<sup>6</sup> el aborto delictuoso se presenta, con intervención de la acción humana, "cuando, sin propósitos eugénicos o terapéuticos, determinados por verdaderos estados de necesidad, se provoca dolosa o culposamente en el organismo femenino la suspensión de la gestación con consecuencias eliminatorias".

Cuello Calón<sup>7</sup> entiende por aborto "la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la preñez", aclarando más adelante que se refiere tanto a la expulsión prematura del feto como a su muerte en el vientre de la madre.

Franz Von Liszt<sup>8</sup> en cambio, considera que la acción del aborto consiste en dos aspectos: en un sentido restringido la provocación ilícita de un nacimiento prematuro, aún cuando la intención del autor no haya sido la muerte del feto y asimismo si este resultado no se produjo; y el segundo aspecto contempla la muerte del feto dentro del cuerpo de la madre, cuando esta no se produce por causas naturales. Si embargo reconoce que su postura es muy discutida y que no es seguida en general ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.<sup>9</sup>

Carrara<sup>10</sup> lo llamó feticidio y lo definió como "la muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto".

Resulta evidente entonces que la esencia del aborto punible reside en el aniquilamiento del ser concebido, si este resultado destructivo no se produce y el feto expulsado por violencia vive habrá tentativa de aborto, pero no es un delito perfecto.

La mayoría de los autores no dudan en ubicar este ilícito dentro de los delitos contra la vida humana incluyéndolos algunos dentro de un subgrupo denominado "contra la vida en formación" por contraposición a los delitos "contra la vida ya formada".<sup>11</sup>

El Código fascista italiano es el que por primera vez saca el delito del aborto de entre los delitos comunes que van contra la vida de las personas y lo ubica dentro de los delitos cometidos contra los altos intereses sociales en un título dedicado a los delitos "contra la integridad y la salud de la especie"<sup>12</sup> Esta es la postura sostenida entre otros por Eduardo Ritiier Von Liszt quien niega que el feto sea persona, por lo que su vida es tan solo un interés de la comunidad. Para fundamentar su postura recoge la bibliografía acorde con sus conceptos, encontrando entre los precursores de su idea a Cicerón, Von Ihering, Koller, Merkel, etc. Igual punto de partida toma Gustavo Radbruch quien afirma que la vida del embrión humano constituye "un bien jurídico de la comunidad en el que la vida del feto no representa ciertamente un interés ético y familiar sino un interés demográfico".

A este respecto es ilustrativa la crítica que efectúa Carrara<sup>13</sup> a Ambrosioli quien sostiene que debe colocarse el aborto entre los delitos contra "el orden de la familia".

<sup>3</sup> Luis Jiménez de Asúa, Libertad de Amar y Derecho a Morir (Buenos Aires, 1946, pág. 329, ítem 60 y nota 509).

<sup>4</sup> Eugenio Cuello Calón, Cuestiones Penales relativas al aborto (Barcelona, 1931, pág. 67).

<sup>5</sup> Luis Jiménez de Asúa, ob. cit., pág. 329.

<sup>6</sup> Constancio Bernaldo de Quirós, ob. cit. pág. 83.

<sup>7</sup> Eugenio Cuello Calón, ob. cit. pág. 68.

<sup>8</sup> Franz Von Liszt, Traité de Droit Penal Allemande (Paris 1913, tomo U, pág. 53).

<sup>9</sup> Franz Von Liszt, ob. cit., (nota (1) pág. 53)

<sup>10</sup> Francesco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal (Buenos Aires, 1945, pág. 322).

<sup>11</sup> Bernaldo de Quirós, ob, cit. pág. 83.

<sup>12</sup> Bernaldo de Quirós, ob, cit. pág. 88.

<sup>13</sup> Francesco Carrara, ob. cit. nota 1, pág. 323.

Afirma Carrara para demostrar la equivocación de esta ubicación que fisiológicamente podría cuestionarse si la vida del feto es una vida distinta a la de madre. pero lo que no puede cuestionarse es que se trata de una vida, llámesela vegetativa o animal y por lo tanto merecedora de ser respetada en sí misma sin tomar en consideración la familia.

La fórmula utilizada por los códigos penales es variada, utilizan "procurar el aborto" los códigos de Francia e Inglaterra; "hacer abortar" Bélgica y Portugal; "causar un aborto" Argentina, España y Chile; "ocasionar un aborto" Italia; en tanto que los códigos de Alemania, Austria y Suecia utilizan el doble concepto de "abortar" o "matar el fruto en el vientre materno"; el código de Méjico, por su parte, contiene una definición del aborto, sosteniendo en su art. 329 que "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". El código de El Salvador en el art. 497 dice: "Por aborto se entenderá la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento". El código nicaragüense en el art. 162 sanciona al que "causare la muerte de un feto en el seno materno o mediante aborto". El código de Guatemala en el art. 133 llama aborto a "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". El código cubano en el art. 439 castiga el aborto sancionando al "que de propósito causare un aborto o destruyere de cualquier manera el embrión" en tanto que el Código Penal Tipo en su art. 8 considera que comete aborto el "que diere muerte al producto de la concepción antes de comenzar el nacimiento".

La actitud frente al aborto ha sufrido en el curso de los siglos fluctuaciones que oscilan entre la tolerancia más absoluta y la represión más impiadosa.

Una de las primeras referencias del aborto como delito se encuentra en el Código de Hammurabi, (arts.209 y 212) donde se castigan las maniobras abortivas teniendo por presupuesto la lesión a la persona de la mujer y más frecuentemente aún a los intereses del marido a quien se defraudaba en su descendencia. Las penas variaban según se tratase de mujer libre o esclava y según el marido tuviese otros hijos o no. Si no los tuviere, la pena para el agresor era de muerte. También se sancionaba a la mujer que se hiciera aborto intencionalmente con pena de empalamiento.<sup>14</sup>

Las leyes súmeras anteriores a Hammurabi distinguían el aborto intencional del provocado, sobre la base de la composición en tanto en las asirias, más severas, se castigaba el aborto realizado sin el consentimiento del marido con pena de empalamiento.<sup>15</sup>

En la ley mosaica la única disposición existente relativa al aborto se refiere al caso del que golpear a una mujer encinta, es decir que solo está contemplado el aborto ajeno, si de ello resultare tan solo un aborto la pena consiste en el pago de una multa "de lo que el marido quiera", si en cambio el resultado fuere algún accidente sobre la mujer [lesión o muerte] se aplica la pena del talión. Resulta sorprendente esta disposición ya que no recoge en toda su magnitud el mandato divino "creced y multiplicaos", ya conocido en esa época .

Tanto en el Código de Hammurabi como en el Éxodo no se trata del castigo de un crimen sino simplemente de una compensación por el perjuicio causado, de allí que se condena a muerte en algunos casos, a la hija del agresor y no al culpable mismo. Se trataría casi de un derecho de venganza que existe tan solo en la antigüedad donde el marido privado de un hijo se venga privando a su vez de un hijo al agresor. Más adelante el derecho de venganza desaparece dando lugar a la aparición de la pena proporcionada al delito.

La legislación judía posterior al código mosaico no castiga el aborto como delito en sí mismo, considera al feto una parte de la madre y su destrucción en el seno materno es tan solo pasible de una multa. Un pasaje del tratado de Oholoth permite pensar que el aborto terapéutico se hallaba admitido siempre y cuando se hallare aún el feto totalmente dentro del seno materno, ya que si estuviere fuera una porción mayor que aquella que se encontrare dentro del vientre de la madre, estaba totalmente prohibido matarlo, pues se lo consideraba ya nacido y estaba prohibido matar un individuo para salvar a otro.

En los textos egipcios antiguos no se conocen normas concernientes al aborto. En la India el más antiguo texto conocido, El Veda, contiene un solo pasaje referido al aborto, donde se hace una invocación a Ani a fin que mate y aleje de la mujer embarazada los espíritus malignos y de este modo impida que muera el fruto de la concepción.<sup>16</sup>

Las leyes de Manú posteriores al Veda, condenan el aborto pero sobre la base de un tabú religioso calificando de impuros a aquellos que contribuyan a causarlo.

La antigua Persia, en el Zend Avesta, sanciona por igual a la mujer encinta, al instigador y al que practica el aborto haciendo referencia a las drogas abortivas [de donde se infiere que conocían sustancias que producían dicho resultado] y a los "especialistas en abortos" es decir a los abortadores habituales. Como sucede en casi todas las religiones el acto del aborto no era calificado de moral o de inmoral sino que era considerado un tabú, es decir que su comisión constituía un crimen frente a Dios.

<sup>14</sup> Amme Desmeules, L'avortement et le contrôle des naissances, (Lausanne, 1954, pág. 14).

<sup>15</sup> Quintano Ripollés, ob. cit. nota 10, pág. 479.

<sup>16</sup> Anne Desmeules, ob. cit., pág. 15.

En Grecia donde tan severamente se sancionó toda lesión a la vida humana, no se conocieron disposiciones que claramente incriminaran el aborto. Por el contrario el aborto era un hecho frecuente y si este se realizaba antes que el feto se animara no era considerado un crimen.

Las divergencias existían en cuanto a la determinación del momento en que se producía esa animación. Hipócrates afirmaba con convicción que ella se producía el séptimo día después de la concepción.

Tanto Aristóteles como Platón sostenían la importancia de arbitrar los medios a fin de limitar la población y regular la demografía. Entre esas medidas, Aristóteles, proponía el aborto, pero este debía realizarse antes que el embrión hubiese recibido "el sentimiento y la vida" [la animación], para agregar a continuación que "el crimen o la inocencia de ese hecho [el aborto] depende absolutamente de esta condición".<sup>17</sup>

Platón por su parte sostenía la importancia de mantener en equilibrio las cifras de la población y entre otras medidas consideraba un deber provocar el aborto de toda mujer mayor de cuarenta años. En relación a este tema, Aristóteles permitía la concepción hasta los cincuenta años y explicaba que las personas muy jóvenes "engendraban seres incompletos de cuerpo y espíritu" en tanto que los hijos de las ancianas poseían una "debilidad irremediable".<sup>18</sup>

Hipócrates por su parte era contrario al aborto y en su famoso juramento dice que no se impondrá a ninguna mujer el pesar del aborto.

No es de extrañar el silencio de las leyes helénicas en lo relativo al aborto dada la idea tan arraigada en su filosofía de ser el feto una mera porción del cuerpo de la madre.

La evolución del tratamiento del aborto en Roma es más compleja e interesante, ya que si bien mantiene el concepto heredado del pensamiento griego que sostiene que el feto es víscera materna introduce matices diferentes al atribuirle derechos al "nasciturus", siempre que estos le resultaran favorables. Por ejemplo se prohibió el entierro de la mujer embarazada antes de extraer el feto, como así también se ordenó la suspensión de las ejecuciones capitales de la mujer en estado,<sup>19</sup> lo que demuestra un reconocimiento del derecho a la vida del ser aún no nacido.

Con todo, la incriminación del aborto tuvo lugar en este derecho bajo el postulado de un atentado a la vida, integridad y derechos de la madre, pero sobre todo al valor de la patria potestad del padre. De esto surge que en el aborto provocado por un extraño contra la voluntad de la mujer o ignorándolo ésta, los antiguos romanos encontraban tan solo una ofensa contra la mujer, en tanto que en el aborto que la mujer se hubiese procurado por sí misma veían un acto de disposición del propio cuerpo y por lo tanto no sancionable políticamente.<sup>20</sup> Solamente castigaban a la mujer casada cuando dolosamente hubiese provocado su propio aborto contra la voluntad del marido [ya que de consentir éste no habría sanción] y en base a la indigna conducta que pudiese constituir el fraude de hijo al marido". Esta norma relativa a la punibilidad del aborto realizado en fraude a la patria potestad del marido aparece con los emperadores Septimio Severo y Antonino quienes lo castigaban con la pena de destierro y sobre la base que esta patria potestad toma al marido dueño absoluto de todas las personas ubicadas bajo su autoridad de padre de familia, otorgándole el derecho de vida y muerte sobre sus hijos y lógicamente también sobre esos hijos antes de su nacimiento, es decir del feto.

Se puede afirmar que la incriminación plena del aborto, sobre todo en sus formas consensuales, es obra de la ideología del Cristianismo, ya que al negarse al padre el tradicional señorío sobre la vida de los hijos nacidos o por nacer desaparece su licitud respecto del consentido.

Asimismo el Cristianismo desde sus orígenes considera el feto concebido como un ser inmortal y si bien no le atribuye derechos como a un ser en sentido propio, reconoce la necesidad que la sociedad le acuerde protección. Este concepto no tenía su origen en una razón de humanidad sino simplemente en la idea que el feto formaba ya parte del pecado como ser viviente Y si moría sin estar bautizado se hallaba impedido de alcanzar el estado de gracia de donde surge que la finalidad de su incriminación es salvaguardar los intereses espirituales de la persona por nacer.

Santo Tomás al igual que Aristóteles sostenía que el embrión comenzaba por una vida vegetativa, pasaba luego a la vida sensitiva y de ella a la intelectual y era recién en este último estado en el que se la dotaba de un alma, es decir que se consideraba que para que el alma habite un cuerpo era preciso que éste hubiere alcanzado un cierto perfeccionamiento y organización material.

El problema giraba en torno a la determinación de la animación del feto.

San Basilio rechazaba formalmente la distinción entre feto animado e inanimado, prescribiendo la misma pena en ambos casos.

San Agustín requería una determinada formación biológica susceptible de manifestarse al exterior por movimientos del feto que solo entonces dejaría de ser víscera para transmutarse en hombre.

<sup>17</sup> Anne Desmeules, ob. cit., pág. 18.

<sup>18</sup> Anne Desmeules, ob. cit., pág. 19.

<sup>19</sup> A. Quintano Ripollés, ob. cit., pág. 481.

<sup>20</sup> Francesco Carrara, ob. cit., pág. 317.

Se establece una curiosa distinción para determinar cuanto tiempo después de la concepción es preciso para que el semen llegado al útero se forme como cuerpo para recibir el alma, convirtiéndose en feto animado y se cree entonces que esto tiene lugar cuarenta días después de la concepción para los varones y ochenta para las hembras.<sup>21</sup>

El Concilio de Constantinopla equipara el aborto al homicidio y lo sanciona con pena de muerte.

En la época de Carlomagno era aún la Iglesia la que reprimía el aborto de acuerdo a los preceptos del derecho canónico siendo sus penas severas y llegando a veces hasta la pena de muerte.

Las leyes bárbaras registran una gran variedad en cuanto a la punibilidad del aborto. Algunas consideran impune el consentido y atribuyen al no consentido el carácter de "medio homicidio" [leyes longobardas] adoptando un término medio entre la tesis del paganismo que acuerda al concebido el carácter de víscera y la de los teólogos que lo consideran un hombre real y equiparan su muerte al homicidio.

Otras leyes bárbaras, como la de la antigua Francia sancionan este delito, en todos los casos, con pena de muerte, aún sin atender a la tradicional distinción vigente en esa época entre fetos animados e inanimados aunque se podría suponer que el fundamento de este rigor obedece más a razones de política demográfica que a una base moral.

Durante la Edad Media lo común fue atenerse a la distinción agustiniana entre feto animado e inanimado; en el primer caso se sancionaba su muerte con la pena capital en tanto que el segundo supuesto se castigaba con pena atenuada. Se sostenía que la animación llegaba a los cuarenta o cuarenta y un días para los fetos varones y a los ochenta y un días para los fetos mujeres. Sin embargo como la determinación del sexo no resultaba muy fácil, se fijó más adelante la animación del feto, cualquiera fuere su sexo, a los cuarenta días de la fecundación.

En su artículo 133 la Constitución Carolina asimila el aborto del feto viviente al delito de esterilización del hombre o la mujer<sup>22</sup> y sanciona solo el aborto fetal. El fundamento de esta medida es posible que radique en la preocupación demográfica,

La Constitución Carolina [Carlos V, año 1532] incorpora una novedad en este tema de la animación del feto, ya que la sitúa en la mitad del embarazo, cualquiera fuere el sexo del concebido. Sin embargo esta "mitad" también les resulta de difícil determinación, por lo que deciden que el feto está animado cuando la madre percibe sus movimientos. Esta teoría prevalece durante bastante tiempo e influencia el derecho común hasta el siglo XVIII.

El movimiento reformista de la Ilustración, que tuvo una gran influencia en la revisión de los conceptos morales y jurídicos del infanticidio, no atendió con la misma intensidad el tema del aborto quizá porque en este último no juega un rol tan importante la motivación ético-psicológica de la honra. Sin embargo al atenuarse el infanticidio en los códigos ochocentistas resulta indispensable adecuar al mismo el aborto, por lo que también este último delito se atenúa quedando sin efecto la pena capital para su sanción.

Los más avanzados doctrinarios del siglo XVIII limitaron sus esfuerzos a discriminar el aborto del infanticidio y ambos del homicidio, solucionando así un confucionismo que existió en la mayor parte de los países hasta la codificación.

Fue recién a finales del siglo pasado cuando como consecuencia del auge de las filosofías materialistas e individualistas comienzan a manifestarse en determinados círculos críticas cada vez más acerbadas contra la punibilidad del aborto consentido, considerando su incriminación atentatoria al principio de libertad individual y disposición del propio cuerpo.

El origen moderno de esta ideología y de sus consecuencias se atribuye generalmente al magistrado francés Spiral y al médico Kloiz - Forest quienes fueron seguidos en Alemania por Eduardo Von Listz y Radbruch principalmente.

En la actualidad es muy variado el panorama en las legislaciones en materia de aborto, lo que es lógico si tenemos en cuenta que sobre este tema influyen factores políticos, religiosos, morales y sentimentales ajenos a la técnica jurídica.

Esta diversidad no alcanza sin embargo hoy en día las proporciones de los años de entre guerra, cuando la licitud del aborto consentido fue consagrada en los códigos penales de Rusia [1922 y 1926] y de Uruguay [1934].

En la actualidad y después de una larga evolución que va desde 'la consideración del feto como víscera de la madre y por lo tanto no sancionable jurídicamente su destrucción, hasta la equiparación total de este delito al del homicidio, pasando por toda la gama de sanciones que entre estos dos extremos es posible encontrar, parece casi unánime la tónica de la incriminación de este hecho aunque con previsiones de excusas en atención a supuestos legales específicos basados en presupuestos ideológicos, éticos y religiosos que exceden los límites de lo estrictamente jurídico.

<sup>21</sup> E. Cuello Calón, ob. cit., pág. 10.

<sup>22</sup> Franz Von Uszt, ob. cit., pág. 52.

### 3.- ABORTO HONORIS CAUSA. CONCEPTO

Se entiende por aborto honoris causa el aborto cometido por una causal de honor.

Al tratarse de una figura atenuada de aborto, debe mantener todos los elementos de la figura básica adicionándole alguna circunstancia que actúe como atenuante de la pena.

En consecuencia, como todo aborto punible penalmente debe tratarse en primer lugar de la muerte del fruto de la concepción en el seno materno o por expulsión prematura. O sea que la acción consiste en matar al feto, el resultado la muerte del mismo, debe haber relación de causalidad entre la acción y el resultado y se debe haber actuado con dolo.

Presupuesto básico para la existencia del aborto es la presencia de un feto vivo. Entendemos por feto al ser humano desde la concepción hasta antes que se produzca el nacimiento.

El aborto atenuado por causa de honor es un delito doloso en el que existe el propósito específico de causar la muerte del feto por una causal especial.

Dicha causal de índole psicológica se fundamenta en la creencia del autor que a través de la muerte del fruto de la concepción logrará evitar la pérdida de la honra sexual que se produciría de hacerse público su embarazo ilegítimo.

La madre sabe que ha perdido esa honra sexual como consecuencia de relaciones sexuales consideradas ilegítimas por la sociedad, pero cree que esa falta tan solo ella la conoce por lo que, con la finalidad de evitar hacer público su deshonor en el círculo en el que se desenvuelve, elige suprimir al feto antes que hacer pública su vergüenza.

Se requiere entonces, para que sea posible la aplicación de la atenuante por causa de honor, que la mujer sea considerada honesta sexualmente, supuesto que no se aplicaría de haberse hecho públicas las relaciones sexuales o bien si ya tuviere hijos ilegítimos o si fuere conocidamente promiscua.

Es también requisito para la aplicación del atenuante que haya habido ocultamiento de las relaciones sexuales y del embarazo. Si la mujer ha hecho ostentación de su estado de gravidez o al menos no ha tenido reparos en mostrarse públicamente cuando el mismo era notorio, mal podría alegar posteriormente que la muerte del feto obedecía a razones de honor, puesto que su honra sexual ya se había visto afectada por el conocimiento del embarazo.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que el hecho objetivamente debe considerarse ilegítimo. No encuadraría en la atenuación el supuesto de la mujer casada que concibe dentro de un matrimonio que posteriormente es declarado nulo, como así tampoco el de aquella mujer que mata al feto concebido con anterioridad a su matrimonio con aquel de quien concibió, ya que la sociedad no considera deshonorosos estos casos.

Queda claro entonces que son dos los factores que intervienen en este proceso: una pugna entre el amor y el honor. El honor sexual se sobrepone al amor maternal y se mata el fruto de la concepción teniendo por finalidad evitar un nuevo deshonor de índole social.

En casi todas las culturas las reglas que conciernen a la vida sexual son particularmente estrictas para las mujeres. Parece que la doble moral sexual que diferencia a hombres de mujeres es fenómeno de casi todas las culturas sin distinción.

Es por ello que en la mayoría de las sociedades se tolera una mayor permisividad para las relaciones sexuales extramatrimoniales masculinas que femeninas, lo que acarrea mayores sanciones para las mujeres que no acatan estas normas.

Es posible que estas tendencias hacia un mayor control de la conducta sexual femenina sean un reflejo del control masculino del poder en las sociedades.

Y esto trae como consecuencia que si bien hoy en día las relaciones prematrimoniales son aceptadas, o por lo menos no son condenadas por la mayoría de las sociedades, no pasa lo mismo con su posible consecuencia, es decir los embarazos ilegítimos que siguen acarreado escarnio sobre la mujer.

## 4.- TRATAMIENTO LEGISLATIVO A - NACIONAL

El tratamiento que le ha dado la legislación nacional al tema del aborto honoris causa ha ido variando según las épocas.

El *PROYECTO TEJEDOR* en la parte especial presentada en el año 1868, en su Capítulo 5 "Del Aborto", artículo primero establece: "...Si fuese de buena fama y cometiese el delito poseída por el temor de que se descubra su fragilidad, se le disminuirá la mitad del tiempo". El tiempo a que se refiere es el establecido en la primer parte del mismo artículo cuando se refiere al aborto de la mujer, imponiéndole una pena de un año de prisión. En las notas, citando a Cambaceres, establece que la distinción entre matar al hijo después de nacido o bien hacerlo antes del nacimiento es evidente. La mujer embarazada no es todavía madre. No está retenida por el amor de una criatura que no conoce, y es más excusable cuando se deja arrastrar por el solo temor del deshonor. Su acción es menos atroz, porque tiene menos repugnancia por vencer... Entre el feto que aún no nació y el niño que ha respirado y abierto los ojos, encontrará siempre el buen sentido un abismo de diferencia.

El *CODIGO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES* es en realidad el Proyecto de Tejedor adoptado por muchas legislaturas locales como ley a libro cerrado, entre ellas Buenos Aires, siendo Capital de la provincia. Cuando se transforma la ciudad en Capital Federal lo siguen aplicando los tribunales. Por lo tanto incluye el mismo artículo que el Proyecto Tejedor en el Capítulo V Del Aborto, artículo 216 "... si fuese de buena fama y cometiese el delito poseída por el temor que se descubra su fragilidad se le disminuirá la mitad del tiempo (es decir seis meses), Incluye además las mismas notas.

El *PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCIA* del 3 de enero de 1881 en el capítulo tercero, "Aborto", artículo 213 establece: "La mujer que voluntariamente causase el aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con prisión mayor, y con prisión menor si lo hiciere por ocultar su deshonor".

El *CODIGO PENAL PROMULGADO EN 1886 CON VIGENCIA. A PARTIR DEL 1 DE MARZO DE 1887.* (*LEY 1920*) en el Capítulo III, Aborto, artículo 104 establece: "La mujer que violentamente causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con uno a tres años de prisión; y si lo hiciere por ocultar su deshonor con el mínimum de esta pena". Reproduce además las mismas notas que el Proyecto Tejedor. Resulta importante hacer notar la variación en las penas. Mientras en el Proyecto Tejedor al igual que en el Código de la Provincia de Buenos Aires la pena para el aborto de la mujer era fija de un año de prisión y para el caso del aborto honoris causa se reducía a la mitad, es decir seis meses, en este Código, en cambio, la pena del aborto se fija entre uno y tres años de prisión, en tanto la correspondiente al aborto honoris causa se eleva fija a un año de prisión.

El *PROYECTO DE 1891* de Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo, en el libro segundo, título I Delitos contra las Personas, Capítulo I, Delitos contra la Vida, artículos 116 a 119 contempla las distintas figuras de, aborto, eliminando del articulado toda mención expresa al aborto honoris causa. En la exposición de motivos lo explica de la siguiente manera: "El proyecto no menciona la circunstancia especial de que el aborto se cause por el móvil de ocultar la deshonor, desde que esta circunstancia podrá tenerse en cuenta para determinar la pena dentro de los límites fijados". Cabe aclarar que la pena establecida es de penitenciaría de uno a cuatro años.

La *LEY DE REFORMAS 4189 DE 1903* en el artículo 17, en los puntos 7 a 10 trata el tema del aborto, derogando expresamente la disposición del artículo 104 del Código en lo referente al aborto honoris causa.

El *PROYECTO DE 1906* de Francisco Beazley, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, José María Ramos Mejía y Diego Saavedra, trata el tema del aborto en los artículos 89 a 92 omitiendo toda referencia al aborto honoris causa. La pena para la mujer que causa su propio aborto es de prisión de uno a cuatro años.

El *PROYECTO DE 1916* de Rodolfo Moreno, se basa en el proyecto de 1906 y en lo relativo al aborto mantiene todos sus términos, es decir que no hace referencia alguna al aborto honoris causa.

El *CODIGO PENAL DE 1921*, ley 11.179 y fe de erratas 11221 publicado el 29 de octubre de 1921 con vigencia desde el 29 de abril de 1922 en el Capítulo I [Delitos contra la Vida] del Título I [Delitos contra las Personas] del Libro Segundo [De los Delitos] en los artículos 85 a 88 se legisla sobre el aborto, no hallándose ninguna referencia al aborto honoris causa.

El *PROYECTO DE 1937* de Eusebio Gómez y Jorge Eduardo Coll, en los artículos 122 a 126 sanciona el aborto. El artículo 122 referido al aborto cometido por la mujer o consentido por ella establece: "... Cuando el hecho respondiera al propósito de ocultar su deshonra la sanción será de prisión de seis meses a dos años". Resulta llamativo lo elevado de la pena máxima, siendo el primer proyecto que la eleva hasta dos años.

El *PROYECTO DE 1941* Del Dr. Peco, en el artículo 121 denominado Atenuación libre e impunidad, establece: "Cuando el aborto obedeciere al propósito de ocultar la propia deshonra o la de la esposa, hija, hermana o madre, el Juez podrá atenuar libremente la sanción..". Como concordancias se presenta: P: Tejedor P. II, L. I T: # 5 – 1º -, P 1937, 122; España 419; Portugal 358 #3; Italia 551; Turquía 472; Uruguay 328; L. 28-1-1938; Chile 344; Paraguay 358 y 362; Venezuela 436; Colombia 389; México 332; Ecuador 420; Honduras 411; Panamá 330; P: Silva- Labatut 110.

Como el proyecto inmediato anterior, se reincorpora el aborto honoris causa como forma atenuada de comisión del ilícito, solucionando el problema de la determinación de la pena al establecer que el juez podrá atenuar libremente la sanción.

El *PROYECTO DEL PODER EJECUTIVO DE 1951* en el capítulo 2 sobre aborto, artículo 179 establece: "A la mujer que, para ocultar su deshonra, provocare su propio aborto o lo consintiere, se le impondrá prisión de uno a tres años " Si bien aparece legislado en forma separada del aborto provocado por la mujer, no funciona como un verdadero atenuante ya que la pena para esta clase de aborto es de uno a cinco años de prisión, con lo que se observa que se mantiene en ambos casos el mismo mínimo, modificándose tan solo el máximo, que aún así para el caso del aborto honoris causa, si lo considera un atenuante, es demasiado elevado.

El *PROYECTO DE 1960* del Doctor Sebastián Soler, en el capítulo 2 de aborto, artículo 119 establece: "Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquella, la pena será de prisión hasta dos años. Si ocurriere la muerte de la mujer, la pena será de uno a cuatro años de prisión". Por primera vez se incluye a los terceros como posibles autores del aborto honoris causa. Asimismo, al establecerse tan solo el máximo legal sin legislarse el mínimo, se faculta al Juez a imponer discrecionalmente la pena según las circunstancias de cada caso en particular. Indica el autor la concordancia de este artículo con el 414 del Código Español y con el 551 del Código Italiano, manifestando que "si se admite la poderosa atenuación de esa causa en el infanticidio, no puede dejarse de lado su consideración en el aborto". Los sujetos activos de esta forma atenuada de aborto son la propia mujer y los terceros que han cometido el aborto con su consentimiento. En este sentido el precepto es más amplio que el precedente español, que limita el beneficio a la mujer y a los padres que cometieren el delito con el consentimiento de la hija [Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo II, parte especial, 7º edición, páginas 479 y 480] y también es más amplio que el precedente italiano que sólo lo concede a la mujer o sus parientes próximos [Corte de Casación de Italia, 16-III-938, Rivista italiana di diritto penale, 1938, página 299 con nota favorable de Saltelli].

La *LEY 16648* del 30 de octubre de 1964 no modifica el articulado del código en lo relativo al aborto, por lo que no se incluye mención alguna del aborto honoris causa.

La *LEY 17567* del 1 de abril de 1968, al igual que su antecesora, ley 16648, omite toda referencia al aborto honoris causa.

La *LEY 20642* del 28 de enero de 1974 no contiene referencia alguna al aborto honoris causa.

La *LEY 21338* del 25 de junio de 1976 mantiene el sistema original del código sin. tratar en su articulado el tema del aborto honoris causa.

El *PROYECTO DEL AÑO 1979* de los Doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Luis C. Cabral y Luis María Rízzi, revisado por el Dr. Sebastián Soler, reza en el artículo 125: "Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquella, la pena será de prisión hasta dos años. Si como consecuencia del hecho ocurriera la muerte de la mujer, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión".

En la exposición de motivos expresan los autores que "el tema del aborto ha sido legislado siguiendo en general el criterio del código actual. Sin embargo se ha previsto específicamente el caso del aborto por causa de honor para establecer una lógica coherencia con el tratamiento acordado al infanticidio".

Al igual que el Proyecto Soler del año 1960, se incorpora a los terceros como posibles autores del aborto por causa de honor, legislándose por primera vez el caso del aborto honoris causa cometido por un tercero seguido de la muerte de la mujer.

La *LEY 23077* del 9 de agosto de 1984, al igual que todas las leyes posteriores al año 1960, no legisla sobre el aborto honoris causa.

## **4- TRATAMIENTO LEGISLATIVO B –COMPARADO I - AMERICANO**

El Código Penal de *BOLIVIA* [Dec. ley 10426] en su artículo 265 establece refiriéndose al aborto, que si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por un tercero con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de 6 meses a dos años, agravándose la sanción en un tercio si sobreviniere la muerte de la mujer.

En su artículo 258 legisla el infanticidio estableciendo que la madre que para encubrir su fragilidad o deshonra diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después tendrá pena disminuida.

El Código Penal de *BRASIL* [Dec. ley 2848/40 con reformas] no legisla sobre el aborto honoris causa. Trata el delito de aborto en sus artículos 124 a 128 y castiga con mayor pena si el mismo se realiza sin el consentimiento de la mujer penando también a la mujer que provoca su propio aborto.

En cuanto al infanticidio es regulado en el artículo 123 donde se describe la acción de matar al propio hijo durante el parto o inmediatamente después requiriéndose la presencia de estado puerperal y sin hacer referencia alguna a la causa de honor.

El Código Penal de *COLOMBIA* [Ley 95] en el artículo 389 establece que cuando el aborto se halla causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes o concederse el perdón judicial.

El anteproyecto del año 1976 en el artículo 449 establece que la madre que para ocultar su deshonra se causare el aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de 1 a 3 años [la pena para el aborto es de 1 a 5 años].

El infanticidio se halla regulado en el artículo 369 en el que se atenúa la acción de matar cuando la misma se realiza por causa de honor para los mismos sujetos del artículo 389 [aborto honoris causa].

El Código Penal de *COSTA RICA* [Decreto 4573] en el artículo 120 prescribe que si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por un tercero con el consentimiento de aquella, la pena será de 3 meses hasta 2 años de prisión.

En el artículo 113, inciso 3º atenúa el infanticidio por causa de honor para la madre de buena fama.

El Código Penal de *CUBA* [Dec. ley 802/36] en el artículo 441 establece: a) La mujer que causare su aborto o destruyere el embrión o consintiere que otra persona lo hiciere, será sancionada con privación de libertad de 3 meses a 1 año; b) Si lo hiciere para ocultar su deshonra o por causa de su miseria, incurrirá en una sanción de privación de libertad de un mes y un día a ocho meses. Asimismo atenúa el homicidio por causa de honor [artículo 438] para la madre y para los abuelos maternos.

El Código Penal de *CHILE* en el artículo 344 establece que la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere para ocultar su deshonra incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

En el infanticidio, que se halla regulado en el artículo 394 no se requiere el móvil de honor y consiste en matar al hijo o descendiente dentro de las 48 horas del parto y lo pueden cometer el padre, la madre y los demás ascendientes, legítimos o ilegítimos.

El Código Penal de la *REPUBLICA DOMINICANA* [Decreto 20/84] se refiere al aborto en el artículo 317, penando a la mujer que comete su propio aborto y a los terceros que cooperan a causarlo. Pena también a quien pone en contacto a la mujer con quien le practica el aborto y omite toda referencia al aborto por causa de honor, no existiendo tampoco en la parte general referencia alguna a atenuación por causa de honor. Coherentemente con esta postura no atenúa tampoco el infanticidio por causa de honor, utilizando esta denominación para la muerte del niño recién nacido.

El Código Penal de *ECUADOR* legisla en el artículo 444 el delito de aborto prescribiendo que la mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se le haga abortar o causare por sí misma el aborto será reprimida con prisión de uno a cinco años. Si consintiere en que se le haga abortar o causare por sí misma el aborto para ocultar su deshonra será reprimida con 6 meses a dos años de prisión. Asimismo en el artículo 453 se atenúa el homicidio cuando la madre o los abuelos maternos matan al niño recién nacido para ocultar la deshonra.

El anteproyecto del año 1974 no legisla acerca del aborto por causa de honor.

El Código Penal de *GUATEMALA* [Decreto 17/73] en el artículo 134 establece que la mujer que cause su aborto o consintiere que otra persona se la cause será sancionada con prisión de 1 a 3 años. Si lo hiciere impulsada por motivos que ligados íntimamente a su estado le produzcan indudable alteración psíquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión.

Para sancionar el infanticidio utiliza casi la misma fórmula, ya que en el artículo 129 prescribe que la madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado que le produzcan alteración psíquica matare a su hijo durante el nacimiento o antes de que haya cumplido 3 días tendrá pena menor.

El Código Penal anterior en el artículo 305 hacía expresa referencia al aborto por causa de honor estableciendo para la mujer que causare su propio aborto la pena de un año de arresto mayor, y si lo hiciere para ocultar su deshonra, la pena de seis meses de arresto mayor.

El Código Penal de *HAITI* legisla el aborto en el artículo 262, no haciendo ninguna mención al aborto cometido por causa de honor, de la misma manera que tampoco atenúa el homicidio por esta misma causal. Reserva el nombre de infanticidio para la muerte de un niño recién nacido y en la parte general no encontramos atenuantes genéricos que puedan aplicarse en presencia de la causa de honor.

El Código Penal de *HONDURAS* [Decreto 76/06] prescribe en el artículo 411, que la mujer que causare su aborto o consintiera que otra persona se lo cause, será castigada con reclusión menor en su grado máximo. Si lo hiciere para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de reclusión menor en su grado medio. Siguiendo con este mismo criterio, atenúa también el infanticidio cuando la muerte es realizada por la madre o los abuelos maternos por causa de honor [artículo 408].

El proyecto de Honduras del año 1969, establece en el artículo 132 que cuando para ocultar su deshonra la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, incurrirá en seis meses a un año de reclusión. Igual pena se aplicará a los padres que con el mismo fin y mediante el consentimiento de la hija, produzcan el aborto de esta o cooperen a su realización. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones de las comprendidas en el artículo 141 se impondrá a los padres reclusión de dos a tres años.

El Código Penal de *MEXICO* en el artículo 332 establece que se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure un aborto o consienta en que otro la haga abortar si concurren estas tres circunstancias: I- que no tenga mala fama; II- que haya logrado ocultar su embarazo; III- que este sea fruto de una unión ilegítima. Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

El infanticidio [artículo 327] es regulado de la misma manera, agregando como inciso III [el III del artículo 332 pasa a ser IV], que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscripto en el Registro Civil.

El Proyecto de 1963 también regula el aborto por causa de honor en el artículo 289, donde se establece que la mujer que para ocultar su deshonra provocare su aborto o lo consintiere, se le impondrán de dos meses a un año de prisión y multa de cien a seiscientos pesos.

El Código Penal de *NICARAGUA* [Decreto 297] establece en el artículo 163 que si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquella, la pena, será de prisión de 1 a 2 años. Si ocurriere la muerte de la mujer, la pena será de tres a seis meses de prisión. No existe en cambio figura alguna que contemple el infanticidio como atenuante del homicidio.

El Código Penal de *PANAMA* [Ley 6] prescribe en el artículo 330 que en el caso de aborto provocado para salvar el honor del culpable, el de su mujer, su madre, su descendiente, su hija adoptiva o su hermana, las penas señaladas en los artículos precedentes se disminuirán de una a dos terceras partes y la reclusión se sustituirá con prisión. En el artículo 316 se atenúa el homicidio cometido sobre el recién nacido por los mismos sujetos cuando se hiciera para salvar el honor.

El Código Penal de *PARAGUAY* en su artículo 353 establece que en caso de aborto causado para salvar el honor de la esposa, madre, hija o hermana, las penas correspondientes serán disminuidas a la mitad.

Según el artículo 347, se legisla el infanticidio como atenuante cuando es cometido por la madre o sus parientes cercanos dentro de los 3 días de nacido y para ocultar la deshonra.

El Código Penal de *PERU* legisla el aborto en los artículos 159 a 164, no haciendo ninguna referencia al practicado por causa de honor.

Guardando coherencia con este criterio, tampoco atenúa el homicidio por esta causal, reservando el nombre de infanticidio al homicidio cometido el parto o bajo la influencia del estado puerperal.

El Código Penal de *PUERTO RICO* no incorpora en su articulado atenuación alguna para el homicidio ni para el aborto por causa de honor. El aborto se halla legislado en los artículos 91 a 93 penando a la mujer que causa su propio aborto con reclusión por un término mínimo de un año y máximo de cinco, y para los terceros con reclusión por un mínimo de dos años y un máximo de cinco.

El Código Penal de *EL SALVADOR* [Decreto 270] establece en el artículo 165, que es aborto especialmente atenuado el de la mujer de comprobada buena conducta que para preservar su reputación y sin que haya sido público su embarazo, provocare su propio aborto o consintiere que otro se lo practique. En este caso la sanción aplicable será de seis meses a un año de prisión. [Fuera de estos casos la sanción aplicable para la mujer se sitúa entre uno y tres años de prisión].

El infanticidio no requiere móvil de honor, sino que se caracteriza porque la madre mata a su hijo en estado de emoción violenta que las circunstancias hagan excusable durante el nacimiento o dentro de las 72 horas de producido el mismo.

El Código Penal de *URUGUAY* [Ley 915 5] en el artículo 328 se refiere a las causas atenuantes y eximentes. En el inciso 1º establece que "si el delito se cometiere para salvar el propio honor el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo. El inciso 5º prescribe que tanto la atenuación como la exención de pena a que se refieren los incisos anteriores regirá sólo en los casos en que el aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción.

El artículo 313 legisla el infanticidio, atenuando el homicidio cuando se comete para salvar el honor y el sujeto pasivo tiene menos de tres días, pudiendo ser sujetos activos la madre, el cónyuge, padres, hijos ilegítimos o naturales, adoptivos, abuelos, nietos y hermanos legítimos.

El Código Penal de *VENEZUELA* legisla el aborto honoris causa en el artículo 436, prescribiendo que las penas establecidas en los artículos precedentes se disminuirán en la proporción de uno a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión en el caso que el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva.

Coincidente con esta postura, atenúa el homicidio por causa de honor [artículo 413], entendiendo por infanticidio la muerte del niño recién nacido y no inscripto en el Registro Civil, para salvar el honor propio o la honra de su esposa, madre, descendiente, hermana o hija adoptiva.

El Proyecto venezolano de 1977 no legisla el aborto honoris causa.

*EL CODIGO PENAL TIPO LATINOAMERICANO* en la Parte Especial, Sección 1, Delitos contra la vida de las personas, artículo 12 [Aborto honoris causa] establece que se impondrá... a la mujer que para ocultar su deshonra causare su propio aborto o que otro se lo cause. La misma pena se impondrá al que causare el aborto en la situación prevista en el inciso anterior. Asimismo en el artículo 5 atenúa el homicidio cuando este es cometido por una causal de honor.

## 4- TRATAMIENTO LEGISLATIVO B –COMPARADO II - EUROPEO

El Código Penal de *ALEMANIA FEDERAL* del año 1976, legisla el aborto en los artículos 218 y ss. En el artículo 218 A establece que la interrupción del embarazo no es punible si la embarazada consiente y se realiza por considerar que dadas las condiciones de vida presentes y futuras de la embarazada la continuación de la gestación pone en peligro la vida de la mujer o se pretenden eludir graves perjuicios para su estado de salud físico o psíquico, siempre que el peligro no pueda evitarse de otro modo jurídicamente exigible. No legisla expresamente sobre el aborto por causa de honor, lo que permite la discusión acerca de si el mismo puede encuadrar dentro del grave perjuicio para su estado de salud psíquico.

El delito de infanticidio está tipificado como la muerte producida por la madre del hijo ilegítimo.

El Código Penal de *AUSTRIA* del año 1974 legisla el aborto en el artículo 97, considerando impune el practicado dentro de los tres primeros meses del embarazo con asesoramiento médico, aquel que se practica porque concurre un serio peligro de graves daños para la salud física o psíquica de la embarazada o de que el niño nazca con graves defectos físicos o psíquicos, el practicado cuando la embarazada era al tiempo de la concepción menor de catorce años y aquel que se realiza para tratar de salvar a la embarazada de un peligro grave e inmediato para su vida en circunstancias que impiden demandar auxilio médico.

Se denomina en esta legislación infanticidio a la muerte del hijo natural.

El Código Penal de *BELGICA* es del año 1867. Contempla el delito de aborto dentro del capítulo denominado "Crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública" y no hace referencia alguna al cometido por causa de honor. En cuanto al infanticidio, da esta denominación a la muerte del hijo ilegítimo, aplicándole una pena de 10 a 15 años de trabajos forzados, aumentándola de 15 a 20 años si el hecho se hubiere realizado con premeditación.

El Código Penal de *BULGARIA* del año 1951, castiga a la mujer que comete su propio aborto con trabajos correctivos de hasta un año e infamia pública. No atenúa el hecho cometido por causa de honor, como tampoco lo hace con el homicidio, considerando el infanticidio la muerte de un recién nacido o de un naciente.

El Código Penal de *DINAMARCA* del año 1930 cuya vigencia fuera partir del 1 de enero de 1933 no castiga el aborto como delito. En cuanto al homicidio del infante, está considerado en el artículo 238 por el que se atenúa la pena si el mismo se comete por causa de honor o por las alteraciones resultantes del nacimiento.

El Código Penal de *GROENLANDIA* de marzo de 1954 establece que se condenará por aborto al que interrumpe o hace interrumpir un embarazo. Si bien no contempla expresamente los supuestos del aborto por causa de honor y de infanticidio, prescribe en el artículo 88 que cuando las circunstancias especiales justifiquen una apreciación más indulgente de la infracción cometida, se pueden aplicar penas más leves o incluso dejarlos sin pena, por lo que los supuestos en estudio quedarían atenuados por esta circunstancia.

El Código Penal de *ESPAÑA* establece en el artículo 414 que "cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor. Igual pena se aplicará a los padres que con el mismo fin y con el consentimiento de la hija produzcan o cooperen para la realización del aborto de ésta.

El infanticidio contemplado en el artículo 410, está legislado en forma correspondiente con el aborto honoris causa, ya que lo pueden cometer los mismos sujetos [madre y abuelos maternos] y por la misma causal [ocultamiento de la propia deshonra o de la deshonra de la hija].

El Código Penal de *FINLANDIA* del 19 de diciembre de 1889 en el capítulo 22 artículo 5 establece pena para la mujer que causa su propio aborto, pero si existen circunstancias particularmente atenuantes, puede no pronunciarse ninguna pena. Concomitante con este criterio, en el artículo 1 de éste capítulo, se disminuye la pena cuando la madre mata al hijo que concibió por relaciones sexuales prohibidas.

El Código Penal de *FRANCIA* legisla el tema del aborto en el artículo 317, el que por ley N° 75-17 del 17/1/1975 establece la impunidad del aborto en determinadas circunstancias. Establece que si el embarazo coloca a la mujer en situación de angustia, ésta pueda pedir a un médico la interrupción del mismo. Esta

interrupción no puede ser practicada después del fin de la décima semana de embarazo, debe ser hecha por un médico y en un hospital público.

Esta ley no incorpora en su articulado consideración alguna referida al terna del aborto honoris causa, puesto que de presentarse este supuesto se resolvería por la regla general de impunidad del aborto en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones.

El artículo 300 considera infanticidio a la muerte o asesinato de un niño recién nacido. Conforme al artículo 302, si la autora es la madre la pena aplicable será la reclusión de 10 a 20 años y si fueren los terceros la pena será de muerte. [Después de la ley 81908 del 9/10/81 la pena de muerte fue, abolida y reemplazada por la reclusión perpetua].

La legislación de *GRAN BRETAÑA* a partir de la Abortion Act, en vigor desde el 26/4/68 establece que la interrupción del embarazo se practica gratuitamente por el Servicio Nacional de Sanidad si dos médicos lo estimar necesario para preservar la vida o la salud física o mental de la madre, para evitar perjuicios a los hijos ya existentes o si concurre un riesgo serio de que el niño que nazca padecerá graves anomalías físicas o mentales,

Atenúa el homicidio cuando la madre mata a su hijo recién nacido por hallarse alteradas sus facultades como consecuencia del nacimiento o del amamantamiento. [Infanticide Act. 1938 sucede al infanticide act. 1922].

El Código Penal de *GRECIA* del año 1950 castiga en el artículo 302 a la madre que aborta con pena de prisión de tres años como máximo, estableciendo la impunidad del practicado cuando el embarazo proviene de la seducción de una menor de dieciséis años. No establece atenuación alguna para el practicado por causa de honor.

El infanticidio está legislado como atenuante del homicidio pero siguiendo un criterio coherente con el adoptado para el aborto, el fundamento del atenuante no recae en la causa de honor sino en la alteración que provoca en el organismo de la madre la influencia del parto.

El Código Penal de *HUNGRÍA* de 1950 establece que el aborto es lícito previa demanda de la mujer embarazada, salvo que exista contraindicación médica.

El Código Penal de *ISLANDIA* del año 1940, castiga el aborto en el artículo 216 estableciendo sin embargo la impunidad cuando existen circunstancias particularmente atenuantes. En esta disposición quedan contemplados los casos de abortos practicados por causa de honor.

En cuanto al infanticidio el artículo 212 estipula que cuando la muerte del niño obedece a causas de honor la pena será atenuada.

El Código Penal de *ITALIA* del año 1931 establece en el artículo 551 que si el aborto se practica para salvar el honor propio o el de un pariente próximo, la pena se disminuirá de un tercio a la mitad. Asimismo en el artículo 578 se establece que la muerte del recién nacido cometida por una causal de honor también tendrá pena atenuada.

En *LIECHTENSTEIN* se utiliza desde 1859 el Código Penal austríaco con modificaciones. Referido al aborto, el artículo 144 preceptúa que la madre que cometiese su propio aborto será sancionada con prisión rigurosa de uno a cinco años, no haciendo mención alguna al supuesto que lo hiciera para ocultar su deshonra.

Tampoco el infanticidio es considerado un homicidio atenuado por causa de honor, ya que el artículo 139 tipifica como tal la muerte del recién nacido tanto legítimo como natural. En este último supuesto la pena será aún menor.

El Código Penal de *LUXEMBURGO* del año 1879 legisla en el artículo 351 los casos en que la mujer se procura su propio aborto castigándola con vena de prisión de uno a cinco años.

No establece consideración alguna referida al practicado por causa de honor y atenúa el infanticidio si este es cometido sobre hijo ilegítimo.

El Código Penal de *MONACO* del año 1875 pena a la mujer que comete su propio aborto con pena de reclusión [mínimo 5 años, máximo 10], y así como no atenúa el cometido por causa de honor, tampoco hace lo propio con el homicidio cometido por la misma causal, ya que la denominación de infanticidio se reserva para la muerte del recién nacido.

El Código Penal de *NORUEGA* del año 1902, legisla el aborto en el artículo 245, por el que se castiga con prisión de hasta tres años a la mujer que practica su propio aborto, no existiendo atenuación alguna si el hecho es cometido por causa de honor.

En cuanto al infanticidio, el mismo está tipificado en el artículo 234 por el que se atenúa el homicidio cometido por la madre sobre el hijo ilegítimo si el mismo es realizado durante el nacimiento o dentro de las veinticuatro horas de producido el mismo.

El Código Penal de *PAISES BAJOS* castiga el aborto con pena de prisión de tres años como máximo [art. 295]. El artículo 290 preceptúa que el infanticidio será un homicidio atenuado cuando se realice para ocultar un nacimiento ilegítimo.

El Código Penal de *POLONIA* del año 1932 con sus modificaciones, establece por ley del 27/4/56 que el aborto será impune si es practicado por un médico por: a) razones médicas; b) condiciones de vida difíciles para la mujer encinta y c), consecuencia de violación. La discusión se centra en torno a si dentro del supuesto b) se hallarían incluidos los supuestos de los cometidos por una causal de honor. Nuestra opinión es que no se hallan contemplados dentro de las causas de impunidad, lo que indica una coherencia con el resto del articulado de este código que tampoco atenúa el homicidio por una causal de honor, sino que considera que la muerte del recién nacido será atenuada cuando hubiere sido cometida por hallarse la madre influida por el estado puerperal [art. 226].

El Código Penal de *PORTUGAL* del año 1886, establece en el artículo 358, inciso 3 que el aborto será atenuado si es cometido por la madre para ocultar su deshonra.

En el artículo 356 establece que el homicidio será atenuado [infanticidio] cuando la madre o los abuelos maternos mataren al niño por una causa de honor.

El Código Penal de *RUSIA* del año 1960 no castiga el aborto excepto en el artículo 116, el cometido por un médico en forma ilegal o el cometido por una persona cuya calidad de médico no esté avalada por los diplomas correspondientes, fijando una agravante para el supuesto de muerte de la mujer.

No existe en su articulado referencia alguna al infanticidio.

El Código Penal de *SUECIA* desde el año 1938 admite la interrupción del embarazo si hay peligro para la salud de la madre o para prevenir su agotamiento cuando dadas sus condiciones de vida, el parto y los cuidados que ha de dar al hijo, puedan dañar su salud física o mental.

Junto a estos motivos terapéuticos o médico-sociales una Comisión puede autorizar el aborto si existen razones para temer una lesión grave en el feto, si el embarazo resulta de un acto criminal o de violencia, si la mujer es menor o padece una psicosis o una oligofrenia o si puede pensarse que uno de los progenitores transmita al niño una tara física grave.

El Código Penal de *SUIZA* establece la punibilidad del aborto en el artículo 118, en tanto que en el artículo 120 permite al juez la libre atenuación de la pena [no la impunidad] cuando existieren casos de grave alteración para la madre. Consideramos que en estos casos no está contemplado el supuesto del honoris causa.

El artículo 116 reprime el infanticidio entendiendo por tal la muerte del recién nacido, cometida por hallarse la madre influida por el estado puerperal.

El Código Penal de *YUGOSLAVIA* en el artículo 140 establece que no es culpable de aborto aquel que lo practica para evitar un peligro que amenaza la vida o la salud de la mujer encinta o si lo hace guiado por otras razones justificativas.

Por infanticidio, en el artículo 138, se entiende la muerte del recién nacido cometida por hallarse la madre bajo el estado puerperal.

### C. CUADROS COMPARATIVOS

PAISES	ATENUA HOMICIDIO POR CAUSA DE HONOR	NO ATENUA HOMICIDIO POR CAUSA DE HONOR	ATENUA ABORTO POR CAUSA DE HONOR	NO ATENUA ABORTO POR CAUSA DE HONOR	GRUPO
BOLIVIA	X		X		A
BRASIL		X		X	B
COLOMBIA	X		X		A
COSTA RICA	X		X		A
CUBA	X		X		A
CHILE	X *1		X		A
REP. DOMINICANA		X		X	B
ECUADOR	X		X		A
GUATEMALA	X		X *2		A
HAITÍ		X		X	B
HONDURAS	X		X		A
MÉXICO	X		X		A
NICARAGUA		X	X		C
PANAMÁ	X		X		A
PARAGUAY	X		X		A
PERÚ		X		X	B
PUERTO RICO		X		X	B
EL SALVADOR	X *3		X		A
URUGUAY	X		X		A
VENEZUELA	X		X		A
C. TIPO LATINOAMERICANO	X		X		A
ARGENTINA	X			X	D

NOTAS:  
\*1: Dentro de las 48 hs por cualquier causal, incluido el honor.  
\*2: Motivos que ligados íntimamente a su estado le produzcan indudable alteración psíquica.  
\*3: Emoción violenta

PAISES	ATENUA HOMICIDIO POR CAUSA DE HONOR	NO ATENUA HOMICIDIO POR CAUSA DE HONOR	ATENUA ABORTO POR CAUSA DE HONOR	NO ATENUA ABORTO POR CAUSA DE HONOR	GRUPO
ALEMANIA FEDERAL	X		X *1		A
AUSTRIA	X		X *1		A
BÉLGICA	X			X	D
BULGARIA		X		X	B
DINAMARCA	X		IMPUNE		A
GROENLANDIA	X *2		X *2		A
ESPAÑA	X		X		A
FINLANDIA	X		X *3		A
FRANCIA		X	IMPUNE		B
GRAN BRETAÑA	X		IMPUNE		A
GRECIA		X		X	B
HUNGRÍA	X		IMPUNE		A
ISLANDIA	X		X *3		B
ITALIA	X		IMPUNE		A
LIECHTENSTEIN		X		X	B
LUXEMBURGO	X			X	D
MÓNACO		X		X	B
NORUEGA	X			X	D
PAÍSES BAJOS	X			X	D
POLONIA		X		X	B
PORTUGAL	X		X		A
RUSIA		X	IMPUNE		B
SUECIA	X		X		A
SUIZA	X	X *4		X	B
YUGOSLAVIA	X *5		X *6		B

NOTAS:  
\*1: La causa de honor se la incluye dentro del concepto "Graves perjuicios para el estado de salud psíquica de la madre"  
\*2: Circunstancias esenciales que justifiquen una apreciación más indulgente de la infracción  
\*3 Circunstancias particulares atenuadas  
\*4: Estado puerperal  
\*5: Estado puerperal  
\*6: Razones justificativas

### **Análisis comparativo de los cuadros precedentes**

I) Los códigos que incluyen en su articulado atenuación para el aborto fundada en una causa de honor son los de los siguientes países:

Bolivia	Colombia	Costa Rica
Cuba	Chile	Ecuador
Guatemala	Honduras	México
Nicaragua	Panamá	Paraguay
El Salvador	Uruguay	Venezuela
C. Penal Tipo Latinoam	Alemania Federal	Austria
Groenlandia	España	Finlandia
Islandia	Italia	Portugal
Suecia	Yugoslavia	

A estos veintiséis países debemos agregarle los cinco que consideran impune el aborto en determinadas situaciones y que son:

Dinamarca	Francia	Gran Bretaña
Hungría	Rusia	

Lo que hace un total de 31 países que dan al honor, categoría de atenuación suficiente para el aborto o bien lo consideran impune.

Frente a cuarenta y siete [47] códigos estudiados, los treinta y uno [31] mencionados implican un porcentaje del sesenta y seis por ciento [66 %].

Este porcentaje es aún más elevado en los países latinoamericanos, donde frente a veintidós [22] tratados, dieciséis [16] de ellos incorporan la atenuación, lo que indica un porcentaje del setenta y tres por ciento [73 %].

II) Los códigos penales de los países pertenecientes al grupo A

Bolivia	Colombia	Costa Rica
Cuba	Chile	Ecuador
Guatemala	Honduras	México
Panamá	Paraguay	El Salvador
Uruguay	Venezuela	C.P. Tipo Latinoamericano
Alemania Federal	Austria	Dinamarca
Groenlandia	España	Finlandia
Islandia	Italia	Portugal

Incluyen en su articulado la atenuante por causa de honor para el homicidio y para el aborto, o bien consideran impune este último.

Alguno de estos países no mencionan expresamente la causa de honor como fundamento de la atenuación sino que utilizan fórmulas que la contienen tales como "circunstancias particularmente atenuantes" [Finlandia e Islandia], "graves perjuicios para la salud psíquica" [Alemania Federal y Austria], "circunstancias especiales que justifiquen una apreciación más indulgente" [Groenlandia], "razones justificativas" [Yugoslavia], "motivos que ligados a su estado le produzcan indudable alteración psíquica" [Guatemala].

Chile, para la atenuación del homicidio utiliza un criterio temporal [cuarenta y ocho horas a partir del momento del parto] y al no indicar ningún móvil específico es factible incluir el motivo de honor, en tanto Yugoslavia atenúa el homicidio si la mujer se halla bajo el estado puerperal, de modo que la muerte del hijo ilegítimo cometida en ese estado sería atenuada.

Estos códigos penales muestran coherencia en el tratamiento dado al honor, pues se le atribuye la misma fuerza atenuante sea que se alegue su influencia durante el embarazo o bien una vez producido el nacimiento.

III) Los códigos pertenecientes al grupo B, siguiendo el criterio opuesto al del grupo anterior no otorgan al honor categoría de atenuante en la comisión de ilícitos contra la vida. Ellos son los códigos penales de:

Brasil	República Dominicana	Haití
Perú	Puerto Rico	Bulgaria
Grecia	Liechtenstein	Mónaco
Polonia	Suiza	

en tanto los códigos de Francia y Rusia, no atenúan el homicidio por causa de honor y consideran impune el aborto.

Los códigos incluidos en este grupo, al igual que los del grupo A mantienen coherencia legislativa en el tratamiento del honor, en este caso pronunciándose por la negativa en cuanto a su fuerza atenuante.

IV) Los países incluidos en los grupos C y D son aquellos en los que dicha coherencia no se manifiesta pues atenúan una sola de ambas figuras fundados en el móvil de honor.

Atenúa el aborto por causa de honor y no hace lo mismo con el homicidio [grupo C] el código penal de:  
Nicaragua

Atenúan en cambio el homicidio por causa de honor y no lo hacen con el aborto [grupo D]

Argentina	Bélgica	Luxemburgo
Noruega	Holanda	

Observando este último cuadro surge que en América el único país que ha seguido este criterio es el nuestro

## 5-DOCTRINA A - NACIONAL

El análisis de la doctrina nacional nos indica que el tema del aborto honoris causa no ha sido en general ampliamente tratado por los autores, siendo muchos de ellos los que no hacen ninguna mención del mismo.

El Dr. *Emilio C. Díaz* en su libro "El Código Penal para la República Argentina. Comentario de sus disposiciones. 5ª Edición, Buenos Aires, 1947", no trata el tema.

El Dr. *Carlos Fontan Balestra* en "Tratado de Derecho Penal Tomo IV - Parte Especial, Buenos Aires, 1968, página 212", dice que: "Si el hecho es cometido por la madre concurriendo el móvil de honor durante el nacimiento o mientras está bajo la influencia del estado puerperal, se caracteriza el infanticidio. El móvil de honor que carece de significado en el Derecho argentino para la muerte causada antes de que el ser empiece a nacer, la adquiere desde que comienza el nacimiento. El Código Argentino no acuerda privilegio al móvil de honor en el aborto como lo hace en el infanticidio".

El Dr. *Eusebio Gómez* en su "Tratado de Derecho Penal - Tomo II - ítem 417 -página 150 - Buenos Aires, 1939", manifiesta que: "La causa de honor, en este delito, no es contemplada por nuestra ley para hacer de ella, en su caso, una circunstancia calificativa de atenuación... No existe, en verdad, ninguna razón atendible para no atribuirle el carácter de atenuante especial. Los motivos en virtud de los cuales se la considera en el infanticidio, militan en este caso también".

El Dr. *Octavio González Roura* en su libro "Derecho Penal Parte Especial - Tomo III-página 39 - Buenos Aires, 1922, dice: "El móvil del honor, que no es aquí una condición como lo es en el infanticidio, debiera determinar una disminución calificativa de la penalidad".

El Dr. *Julio Herrera* en su obra "La Reforma Penal - Parte General - Buenos Aires", no trata el tema al igual que el

Dr. *Justo Laje Anaya* en "Comentarios al Código Penal - Parte Especial - Volumen I, Buenos Aires 1978" y el

Dr. *Ricardo Levene* en "Manual de Derecho Penal Parte Especial" – 2ª edición -Editorial Zavallía - Buenos Aires, 1978, y el

Dr. *Rogasiano M. Lo Celso* en su estudio "Persona por Nacer, Aborto, Derecho", publicado en "Juris" [Rosario 1956].

El Dr. *Carlos Malagarriga* en su obra "Precedentes, Sentencias Notas - Código Penal Argentino" - Tomo II - página 79- Buenos Aires 1927, cuando trata el tema "Infanticidio y Aborto" cita a Chaveau y Helie que comentan: "No hay que confundirlos, decía Cambaceres, redactor del Código Penal francés. En el estado de relajación de las costumbres es posible que una mujer movida por una falsa vergüenza prefiera evitar antes que destruir la existencia del hijo que lleva en su seno, pero dar muerte a su hijo después que ha nacido, es un acto de barbarie cuyo horror no puede mitigar ninguna ilusión". "La mujer encinta no es madre todavía, no la liga el amor a un hijo que no conoce y es excusable cuando se deja arrastrar por el temor a la deshonra; su acción es menos atroz y además ¿está segura de que el ser que destruye hubiese sido viable, hubiese seguido viviendo?".

El Dr. *Alfredo J. Molinario* en su obra "Derecho Penal - El libro II del Código Penal Argentino [Títulos I a VI] " - Buenos Aires, 1944, página 92, no trata directamente el tema, pero al referirse a la necesidad de la incriminación del aborto manifiesta que "si el fruto de la concepción es el resultado de amores ilícitos, sean cuales fueren los prejuicios sociales ambientes, sin duda alguna la maternidad redime de toda culpa. Y por otra parte, resulta contradictorio que quien no vacila en ponerse frente a la sociedad, manteniendo un amor ilícito, pretenda luego ajustarse a las convicciones sociales suprimiendo el fruto de ese amor".

El Dr. *Rodolfo Moreno [H]* en "El Código Penal y sus antecedentes" - Tomo III -Buenos Aires, 1923, no trata el tema.

El Dr. *Ricardo C. Núñez* en su tratado "Derecho Penal Argentino - Parte Especial" -Tomo III - Buenos Aires, 1961 - página 166, hace referencia a que Herrera, señalando la analogía con el infanticidio, que admite la causa de honor, lamentó que el Código la hubiese omitido para la mujer, sus padres, hermanos, marido e hijos [Herrera "El Nuevo Código Penal" página 69]. Cuando el autor analiza el Proyecto de 1960, transcribe la nota el artículo 119 de dicho proyecto que establece: "la razón perfectamente atendible para disminuir la escala penal si el aborto hubiese sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, es que si se admite la poderosa atenuación de esa causa en el infanticidio no puede dejarse de lado su consideración en el aborto".

El Dr *Mario A. Oderigo* en su "Código Pernil Anotado" - Editorial Ideas - Buenos Aires 1942, no trata el tema.

El Dr. *Manuel Obarrio* en la versión taquigráfica de Augusto Elías de "El Código Penal estudiado en sus principios" - Buenos Aires 1880 - página 189, expresa: "Dice Pacheco: el buen sentido encontrará siempre un abismo de diferencia entre el feto que aún no nació y el niño que ha respirado y abierto los ojos... La mera razón, la conciencia del género humano que es solo lo que debe inspirar en primer término las leyes, dirá constantemente que no es lo mismo un ser que existe por sí, a la luz del día, a la faz de la sociedad, que otro ser que existe como accesorio, de una manera oculta, sin que haya tomado, por decirlo así, posesión ni entrado en el goce de su existencia". Este es el argumento utilizado por el autor para justificar que si se atenúa la muerte producida después del nacimiento por causa de honor, dicha atenuación debe ser aún más relevante si aún no se ha producido dicho nacimiento.

En el libro de *José Peco*, "La Reforma Penal en el Senado de 1933 - Buenos Aires - 1936 - página 33, dice el autor, citando las críticas de Julio Herrera: "A propósito del aborto debe prever, como en el infanticidio, el cometido por el padre, hermano marido e hijos, cuando para evitar la deshonra de la mujer concurren las circunstancias indicadas en las letras a) del inciso 1 del artículo 81". Al analizar el autor el tema del aborto, no hace referencia alguna al cometido por causa de honor.

El Dr. *Juan P. Ramos* en su curso de "Derecho Penal" - Tomo Quinto - Tercera Edición - Buenos Aires, 1957, no trata el tema del aborto honoris causa, pero al referirse al infanticidio y con referencia al móvil de honor dice: "... móvil inspirador, uno de los más altos que el Código puede establecer en ciertos casos: ocultar la deshonra de la madre".

*Rodolfo Rivarola* en su "Exposición y Crítica del Código Penal de la República Argentina" - Tomo Segundo - Buenos Aires, 1890 página 73, cuyo texto fue escrito durante la vigencia de la ley 1920, que en su artículo 104 establecía una atenuación para el caso del aborto honoris causa, dice: 'La naturaleza del impulso a delinquir, determina una atenuación de la mayor importancia que ha debido ser reconocida por el legislador. Si el aborto se causare por ocultar la deshonra, dice el artículo 104, la mujer que lo causare será castigada con el minimum de la pena, un año de prisión. Esta atenuación ha debido ser extendida aún a los padres de la mujer que causa el aborto.

A este respecto observa Pacheco: "Qué diremos si el aborto fuere causado por los padres de la mujer y con el propio objeto que en ella se ha reconocido como posible, el de ocultar la deshonra? ¿Confundiremos a esos delinquentes con cualesquiera otros extraños y les impondremos en sus respectivos casos la reclusión temporal o la prisión mayor? Esto pugnaría, no puede menos de reconocerse, con el sistema adoptado en el caso de infanticidio. Allí vimos como esa causa de la ocultación se tenía en cuenta como muy poderosa, tratándose de los abuelos. ¿Cómo es, pues, posible no tenerla aquí, cuando puede obrar de la misma suerte y confundir, por tanto al padre de la mujer embarazada con cualquier otro que la haga abortar por causas muy diversas".

El nuevo Código italiano, reduce la pena a la mitad cuando el aborto ha sido procurado para salvar el honor propio o de la mujer, de la madre, de la hija o de la hermana".

*Carlos J. Rubianes* en "El Código Penal y su interpretación Jurisprudencial" -Ediciones Depalma - Buenos Aires, 1971, 1973 - Tomos 2, 3 y 4, no trata el tema.

El Dr. *Sebastián Soler* en su tratado "Derecho Penal Argentino" - Tomo III -Buenos Aires, 1951, página 123, dice: "El Código de 1887 seguía en realidad otro sistema [art. 104], pues disminuía la pena cuando la mujer obraba con el fin de ocultar la deshonra, que es el sistema del Código español. Sin embargo la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891, al referirse al artículo 119... dice que es reproducción del 104, cuando en realidad contiene dos innovaciones fundamentales: la supresión del motivo [para ocultar su deshonra] y la sanción expresa de la impunidad de la tentativa de la mujer".

*Carlos Tejedor* en su "Curso de Derecho Criminal" - Parte Primera - Leyes de Fondo - Buenos Aires, 1860, no trata el tema.

*Roberto A. M. Teran Lomas* autor del libro "Derecho Penal Parte Especial" – Tomo 3 - Editorial Astrea, Buenos Aires 1983 - página 222/3, expresa: "El aborto por causa de honor ha sido previsto como atenuante en los Proyectos de 1937 [art. 122], 1941 [art. 121] que admite la atenuación libre cuando el aborto obedeciere al propósito de ocultar la propia deshonra, o la de la esposa, hija, hermana o madre], 1951 [art. 179]. Los proyectos de 1960 [art. 119] y 1979 [art. 125] formulan el privilegio con mayor amplitud: "Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento en aquella, la pena será de prisión hasta dos años". Se agrega la calificación por la muerte de la mujer, en cuyo caso la pena prevista es de seis meses a tres años de prisión. En la nota al artículo 119 de su Proyecto manifiesta Soler que si se admite la poderosa atenuación de esa causa en el infanticidio, no puede dejarse de lado su consideración en el aborto.

## **5-DOCTRINA B – COMPARADA I - AMERICANA**

La doctrina americana ha tratado en general el tema con amplitud, ya que la gran mayoría de los países incorpora el atenuante por causa de honor en sus derechos positivos.

Para un mejor ordenamiento, la misma es separada por países.

## México

*Celestino Porte Petú Candaudap* en su libro "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", 5ª Edición - México 1978 - Página 231, expresa: "El Código Penal mexicano sanciona el aborto consentido honoris causa, en el artículo 332, constituyendo un tipo especial privilegiado.

Se estima por algunos que el aborto honoris causa produce una causa de inculpabilidad por "no exigibilidad de otra conducta".

En el aborto honoris causa existe un hecho típico, antijurídico, imputable al autor, pero no culpable, al concurrir una motivación superior al deber de no delinquir, originándose el aspecto negativo de la culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

El Código Penal de 1871 establece: "El aborto intencional se castigará con dos años de prisión cuando la madre lo procure voluntariamente o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias: I- Que no tenga mala fama; II- Que haya logrado ocultar su embarazo; III- Que este sea fruto de una unión ilegítima".

El Código de 1929 no reglamentó el aborto honoris causa.

El Código vigente a través de las tres fracciones del artículo 332 reglamenta el aborto honoris causa separándose de este punto de vista de Evelio Tabío cuando expresa que "Como se ve, se prescindió por el legislador mexicano del concepto expreso de la deshonra, para tratar más benevolente a la mujer que en las condiciones expresadas procure su aborto o consienta que otro se lo provoque".

Del contenido del artículo 332 se desprenden cuatro clases de aborto:

- a) aborto procurado sin móviles de honor;
- b) aborto procurado honoris causa;
- c) aborto consentido honoris causa;
- d) aborto consentido sin móviles de honor.

Se trata indudablemente del honor sexual. Por ello Ranieri expresa que para que la atenuante pueda ser aplicada es necesario que el fin de la conducta sea el de salvar el honor... o mejor, de evitar el deshonor... y por tanto es indispensable, para su aplicación que la mujer no sea ya difamada en su moralidad sexual, pues de otra manera no habría una honestidad que salvar.

Las particularidades del delito de aborto consentido por móviles de honor son:

- a) Es un delito especial privilegiado, porque se forma agregando al tipo fundamental otro requisito, teniendo vida autónoma;
- b) Contiene un elemento esencial especial psíquico que consiste en la "existencia de motivos particulares": abortar por móviles de honor. En otros términos, el aborto honoris causa requiere un doble dolo: genérico y específico al existir la voluntad de dar muerte al producto de la concepción y por móviles de honor, o sea la concurrencia de "motivos particulares";
- c) Por lo tanto no puede hablarse de un aborto culposo por móviles de honor, en cuanto que el móvil de honor implica forzosamente la intención;
- d) La mujer que consiente en el aborto solamente puede ser la que está embarazada pero que obra por móviles de honor".

*Francisco Pavon Vasconcelos* en su obra "Lecciones de Derecho Penal Parte Especial" - Tercera Edición - México 1976 - página 349, dice: En el aborto "honoris causa" encontramos imbíbido un fin determinado, un móvil específico: se trata del móvil de honor que se presenta en los casos en que el producto de la concepción sea el fruto de una unión ilegítima, dándose por consiguiente estas situaciones:

- a) El caso de la madre soltera;
- b) El caso de la madre casada, no siendo el padre el marido
- c) El caso de las madres divorciadas o viudas.

Independientemente del hecho de la ilegitimidad del producto, la ley requiere estas dos circunstancias para atenuar la penalidad: que la mujer no tenga mala fama y que haya logrado ocultar su embarazo, las que constituyen exigencias legales plenamente justificadas. Cuando la mujer encinta se dedica a actividades positivas infamantes como la prostitución, la trata de blancas, etc., su conducta no puede justificar la atenuación de penalidad por el móvil de ocultación de la deshonra, pues la buena fama, consecuencia de que "la mujer no tenga mala fama", según la referencia de la ley, debe entenderse en sentido sexual. Igualmente se justifica la exigencia en el sentido de que la mujer haya logrado ocultar su embarazo, pues si hace gala de su estado o no lo oculta a los ojos de los demás, queda manifestada la ausencia del interés en que no se conozca la existencia del fruto de sus amores ilícitos".

*Mariano Jiménez Huerta* trata el tema en su obra "Derecho Penal Mexicano" - Parte Especial - Tomo II - México, 1958 - páginas 172 y 152, diciendo: "Una atenuación especial se establece en el propio artículo 332

para la madre que actúa con el fin de salvar el honor. Dispone el precepto citado que "se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto... si concurren estas tres circunstancias: I- Que no tenga mala fama; II- Que haya logrado ocultar su embarazo y III- Que este sea fruto de una unión ilegítima. La simple lectura de estas tres circunstancias pone en relieve que tienen análoga significación que la recogida para el delito de infanticidio en las fracciones I, II y IV del artículo 327.

El móvil de honor tiene en el delito de aborto un alcance diverso que en el de infanticidio, pues mientras que en éste la motivación expresada es "ratio essendi" del delito, en el de aborto es simplemente una circunstancia que fundamenta una atenuación de la pena, como claramente lo evidencia el propio artículo 332 cuando señala para la madre penas diversas según que hubiere o no mediado la motivación de honor a que se hace mención en sus tres fracciones. Surge como consecuencia la incomunicabilidad a los demás partícipes de dicha atenuación, los cuales deberán ser sancionados con base en la pena de uno a cinco años de prisión establecida en el párrafo in fine del artículo 332. Sin embargo, el juzgador deberá esclarecer y tener muy en cuenta al fijar la sanción, si el partícipe cooperó también con el fin de salvar el honor de la mujer que procura su aborto, y en caso afirmativo sancionarle con el mínimo que señala el párrafo último del artículo 332".

Cuando el autor analiza el tema del infanticidio precisa algunos conceptos que son de aplicación para el aborto honoris causa.

"La "mala fama" a que hace mención la fracción I del artículo 327 es la relativa a la vida sexual.

Fracción II: Si la mujer se ha exhibido públicamente y ha hecho gala de su gravidez, es evidente que ni ella ni ningún otro ascendiente del infante sacrificado podrá argüir que mató al niño para salvar el honor de la madre o el honor familiar; pues por un lado la madre al exhibir su embarazo pone en relieve que su gravidez no la estima como un deshonor y, por otro lado, los ascendientes del infante no pueden intentar salvar un valor moral que con antelación ya se había esfumado.

Fracción IV [del infanticidio que es la fracción III del aborto honoris causa]. La fundamentación de esta exigencia está insita en la intuición jurídica, pues es obvio que no hay culturalmente deshonor alguno en el advenimiento de la prole legítima. Y como es hijo ilegítimo el nacido durante el matrimonio cuando hubiere "sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento" [art. 325 del Código Civil] obvio es que una mujer casada puede también ultimar al infante con el fin de ocultar su deshonor".

## Venezuela

*José Rafael Mendoza* en su "Curso de Derecho Penal Venezolano" - Tomo IV de la Parte Especial - De los Delitos contra las personas - Primera Edición - Caracas 1964- Páginas 108 y siguientes, expresa: "El artículo 436 del Código Penal dispone: Las penas establecidas en los artículos precedentes [arts. 432 a 435] se disminuirán en la proporción de uno a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión en el caso de que el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva".

Antecedentes legislativos: El Dr. Ochoa, criticando el Código Penal de 1873 donde no existe aborto honoris causa dice: "Creemos que esta disposición es acertada pues la ley, para medir el grado de culpabilidad de un hecho punible, debe atender a las causas determinantes de él, y en el caso indicado, aunque esa deshonor que se trata de ocultar no puede ser en modo alguno motivo justificativo del hecho, ya que el honor debió salvarse evitando el acto impuro, habrá de convertirse en que muchas mujeres, sobre todo cuando no están animadas de un recto espíritu religioso, se dejan guiar por ese mal entendido sentimiento de la honra, y que esa causa es menos criminal que si el aborto se verificara por perversión de ánimo, por despecho o venganza con el padre de la criatura o por dinero, como en ocasiones lo ha acontecido".

Los Códigos de 1897 [art. 392]; 1904 [art. 389]; 1916 [art. 408] reconocen el aborto honoris causa..

Acción: El aborto honoris causa y el infanticidio se diferencian por la acción, en que en el primero es la muerte del feto inmaduro y en el segundo, del niño recién nacido, pero tienen los mismos sujetos activos: madre, esposo, hijo, padres, hermanos y madre adoptiva.

La minorante no se extiende a los copartícipes que ni tengan la cualidad indicada aunque tengan otro nexo con la embarazada, como sería el concubino u otros parientes por afinidad o por consanguinidad: cuñado, tíos, primos.

Culpabilidad: En el aborto honoris causa se atenúa la responsabilidad cuando es cometido para salvar el honor.

Dicen los autores que en las fecundaciones ilícitas concurren dos grandes fuerzas psíquicas: primero el amor que falla supedita el honor y la pobre mujer se encuentra con el fruto del pecado cuando el sabor del mismo ya se ha desvanecido; después el honor sexual que se sobrepone al amor y destruye el producto. Amor y honor son pues las fuerzas productoras de este aborto siempre que la mujer tenga honor sexual que salvar, circunstancia que no concurre en una prostituta, en una adúltera conocida, en una mujer que ya ha tenido otros embarazos o en una mujer de mala conducta notoria. Pero la mujer que ha conservado su fama de honestidad sexual se ve sujeta por una caída a la condena excesiva de la sociedad en que vive, que la reprueba, la aísla, la desprecia, puede conducirla hasta la miseria y la prostitución; por eso, es atenuable que ocurra a destruir el producto de la concepción para evitar un nuevo deshonor. Y asimismo pueden acudir al aborto, provocándolo, el marido que desea ocultar un adulterio de su esposa, fecundada estando él ausente, impotente o enfermo, o las madres, hijos o hermanos naturales o legítimos que buscan ocultar el desdoro del pariente sexualmente deshonrado, según se ha visto al analizar los sujetos activos.

Las legislaciones americanas expresan las causas por las cuales se admite esta atenuante en relación con la mujer embarazada. En el Código Penal Boliviano sólo se concede a la mujer soltera, viuda no corrompida y de buena fama anterior, siendo el móvil principal el de encubrir su fragilidad [art. 517]. En el artículo 322 de México exíjese que la mujer no tenga mala fama; que haya logrado ocultar su embarazo y que éste sea fruto de una unión ilegítima. En el 400 de Nicaragua a la mujer honrada que busca encubrir su fragilidad.

Muchos penalistas culpan a la sociedad del proceder de la mujer fecundada ilegítimamente. La sociedad vituperosa y cubre de deshonor a la mujer cuando se conoce su mal paso, su culpa moral, y es por la consecuencia ético-social que ella acude a suprimir el producto de la concepción, para ocultar su deshonra, su degradación en los valores sociales aunque no haya culpa de ellos.

El fin de salvar el honor es distinto del de cortar los maltratos y sevicias que puedan infligir los padres, el marido o los parientes próximos enumerados. Opínase que en ésta situación no es ya consecuencia ético-social de salvar el honor, sino un temor hacia las personas del ambiente familiar que pueden reaccionar furiosamente contra la mujer, ya que ésta puede también no tener deshonor que evitar.

### **Brasil**

*Helena Claudio Fragoso* en "Lições de Direito Penal" - Tomo I Parte Especial - José Bushatsky Editor - San Pablo 1958, no trata el tema, lo que resulta razonable puesto que en Brasil no existe atenuación alguna por causa de honor para el aborto ni para el homicidio.

### **Colombia**

*Lisandro Martínez Z.* en su obra "Derecho Penal Sexual. Tomo I - Bogotá 1972, no trata el tema, puesto que este país no contiene en su legislación positiva referencia alguna a la atenuación del aborto por causa de honor.

### **Perú**

Luis E. Roy Freyre en su libro "Derecho Penal Peruano" - Tomo I - Parte especial, Lima, Perú, 1974, Instituto Peruano Ciencias Penales, no trata el tema ya que no existe en este país delito alguno que se atenúe por la causal de honor.

### **Uruguay**

*José Irureta Goyena* en sus "Obras Completas" - Tomo V - Conferencias Orales - Versión Taquigráfica - Editorial Hispano Americana - Buenos Aires - página 65 dice: prosigo mi examen: "Si hubiese obrado con el interés de salvar su honor, será castigada con prisión de nueve a doce meses".

He leído no se en que libro de Anatole France que una joven devota suplicaba a la virgen con estas palabras: "Tu que has concebido sin pecar haz que yo peque sin concebir". Este ruego palpita en los labios de todas las pecadoras, pero como pocas veces es escuchado, por exceso de amor las pobres mujeres se encuentran con el fruto del pecado cuando el sabor del mismo se ha desvanecido.

De todos los sentimientos humanos, el honor es uno de los que refleja mejor la correspondencia que existe entre la moral del individuo y la de la sociedad a la cual pertenece. De ahí que todos los juristas convengan en otorgarle una gran influencia en el proceso de la responsabilidad criminal.

El aborto es el resultado de dos grandes fuerzas psíquicas: el amor y el honor-, primero triunfa el amor sobre el honor y luego se sobrepone el honor al amor. ...

"Si hubiere obrado con el interés de salvar su honor...", quedan excluidos de esta atenuante todos aquellos casos en que el motivo determinante del aborto es extraño al honor. No puede, por consiguiente

aplicarse esta disposición a la mujer que se hace abortar por conservar la belleza de su cuerpo "ut careat nigarum crimini venter" como decía Ovidio de su amante Corina; ni tampoco a la mujer que se hace abortar por miedo a la miseria o por librarse de las tribulaciones y cuidados que engendra la maternidad.

Tampoco corresponde hacerla extensiva a la mujer que no tiene honor sexual, se entiende - aludo a las prostitutas- ni a la mujer casada o viuda o divorciada o exonerada del vínculo matrimonial por sentencia de nulidad embarazada por cópula lícita.

Debo hacerles notar cuan superior es la relación de nuestro Código a la de algunos otros códigos extranjeros sobre la admisión de esta atenuante. En el de Méjico, en el de Hungría y en otros que no recuerdo en este momento, la atenuante se establece sólo en favor de la mujer soltera fecundada ilícitamente, quedando por consiguiente, excluidas del beneficio las viudas y las mujeres casadas. Esta exclusión no parece racional. El sentimiento del honor puede obrar con tanta fuerza y aún con fuerza superior en la mujer casada y en la viuda. Una mujer casada embarazada, aunque la preñez aparezca para el público como obra del marido, puede no ser obra del esposo según su propia convicción y la del mismo marido.

Si el esposo estuviera enfermo, se hallara ausente o fuera impotente ¿cómo atribuirle el embarazo? En el mismo caso se puede encontrar una mujer viuda fecundada con posterioridad a la muerte del marido, que para no dejar transparentar su deshonor se hace abortar con el objeto de ocultar el embarazo o de que no trascienda la fecha de su iniciación".

*Antonio Camaño Rosa* en su "Tratado de los Delitos" - Editorial A. M. Fernández -Montevideo 1967 - página 568, expresa:

"Si el delito se cometiere para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera el autor del embarazo" art. 328 - inciso 1º Código Penal.

Esta circunstancia tiene una arraigada tradición en los Códigos latinos [España, Italia, Portugal, Chile, Brasil, Venezuela, Colombia].

Las personas que determinan el aborto y beneficiarias de la circunstancia, aparte del médico [autor material] deben ser la mujer embarazada [cualquiera sea su estado civil] su marido o un pariente próximo a la mujer, salvo cuando estos fueran los autores del embarazo. Estando ahora indeterminado el parentesco próximo, puede extenderse el concepto previsto para el infanticidio [art. 313 inc. 2º Código Penal]. Como en los demás casos debe llenarse también los requisitos del inc. 5º [Tanto la atenuación como la exención de pena a que se refieren los incisos anteriores regirá sólo en los casos en que el aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción..."].

En el sentido expresado todas las circunstancias están supeditadas al aborto médico, -atento a la persona que debe realizarlo. Por lo tanto sólo el médico puede ser el autor material del delito, Los demás participantes del aborto quedan también amparados, pero necesariamente ente a título de coautores o cómplices morales, como solicitantes o cooperadores del aborto, con la única limitación contenida respecto del móvil honorable. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo".

Al tratar el autor el tema del infanticidio preceptúa que "de un amor ilegítimo puede resultar concebido un nuevo ser cuya vida significa publicar el deshonor de la mujer fecundada, de su marido y de los parientes próximos. Esto determina un estado de profunda perturbación de conciencia, que hace sentir la necesidad de suprimir a inocente revelador de la culpa propia o ajena sofocándole la vida antes de que venga al mundo... Tenemos así un aborto cometido por móvil de honor [Altavilla].

El dolo en estos casos está informado por un móvil particular determinante. Se requiere, la intención... de abortar para salvar el honor. No basta pues, que el niño haya sido concebido ilegítimamente, es necesario que sea muerto para suprimir al denunciante de un deshonor individual o familiar.

Se refiere al honor sexual externo, es decir a la ausencia de una condición socialmente degradada bajo el aspecto sexual. En consecuencia la circunstancia es aplicable tanto a la mujer sexualmente honesta como a la mujer deshonesto bajo otros aspectos [ladrona]. En cambio es inaplicable a la prostituta [salvo que se haya regenerado], a la adúltera o madre ilegítima notoria, o que haya tenido otros procesos similares, aunque hayan sido sobreseídos, etc. Debe tratarse del honor externo y no del interno [propia estimación]. Así se beneficia la mujer violada, inocente frente a sí misma pero maculada frente a los demás [Irueta]. El fin de salvar el honor no puede ser otro que el de evitar el deshonor [Maggiore, Saltelli-Romano] "ocultar su deshonor" como dicen los códigos uruguayo antiguo, español y argentino.

El fin de salvar el honor propio puede asociarse al de salvar el ajeno cuando la madre piensa también en el deshonor reflejado sobre su familia.

No es aplicable la circunstancia cuando el motivo determinante es extraño al honor, como cuando se hace por rabia u otros motivos diversos. Tampoco es aplicable cuando se trata de mujer embarazada antes del matrimonio por su futuro marido pues no debe confundirse el honor con el amor propio.

El móvil de honor --s compatible con el temor. Si la mujer obra para ocultar su deshonra y evitar sevicias, es aplicable la circunstancia, En cambio no sería aplicable si obrara únicamente con el fin de evitar sevicias [rureta].

El fin de salvar el honor presenta los mismos caracteres que hemos señalado en cuanto al marido y los parientes próximos.

Dada la redacción actual, ahora puede tratarse tanto de salvar el honor de la madre como de evitar el propio deshonra reflejo.

En el caso de deshonra preexistente de, la mujer bastaría que no fuera conocido por el autor del hecho para quedar amparado en el beneficio.

Tanto la intención como el móvil deben probarse, cosa a menudo difícil y equívoca.

## Chile

*Alfredo Etcheberry* en su obra "Derecho Penal" - Tomo Tercero - Parte Especial - Santiago de Chile 1976, Editorial Nacional - Gabriela Mistral - páginas 72/73, expresa: El artículo 344 contempla en su inciso 2º una atenuante especial. Si la mujer causare su aborto o consintiere que otro se lo causare, por ocultar su deshonra, tendrá una pena inferior.

Este es el llamado aborto honoris causa o por motivo de honor. Fundamentado por el móvil, éste factor de atenuación es estrictamente personal e incommunicable, y como la ley lo ha establecido sólo en favor de la mujer, no puede beneficiar a los terceros que participen del delito aunque en ellos concorra también el fin de ocultar la deshonra [v. gr., los padres de ésta]. El ocultar la deshonra debe haber sido el móvil fundamental o predominante, sin el cual no se hubiera obrado. La existencia además de otros motivos [temor de perder un empleo, excesiva prole] no es incompatible con la atenuante pero en todo caso el motivo de honor debe haber sido fundamental. Dentro de la tradición española de nuestra legislación, la expresión "honra" relativa a una mujer hace alusión a sus costumbres en materia sexual. La deshonra, en consecuencia, significa el hecho de que se haga público que la mujer ha tenido relaciones sexuales consideradas socialmente como reprochables. Por lo tanto el embarazo puede significar deshonra tanto para la mujer soltera como para una casada, tanto para una primípara como para la que ha sido madre de numerosa prole, tanto para la mujer de irreprochable conducta en todo sentido como para aquella que ha cometido faltas en otro terreno, pero que sexualmente tiene reputación de honesta. La excusa se fundamenta en la repulsa o en el menosprecio social que engendran las relaciones sexuales extramatrimoniales para una mujer. Todo esto, claro está, es variable según los tiempos, personas y circunstancias, ya que la atenuante no se fundamenta en la inmovilidad intrínseca de las relaciones sexuales que originaron el embarazo, sino en la reacción social frente a ellas, lo cual es cuestión de hecho sujeta a variaciones considerables".

*Gustavo Labatut Giena* en "Derecho Penal Parte Especial"- Editorial Jurídica de Chile - Santiago 1954 - página 189, manifiesta: "Además la ley somete a sanción:... b) A la mujer que causare su aborto o consienta que otra persona se lo cause. Es circunstancia atenuante especial el hecho que lo haga para ocultar su deshonra, [art. 344]. Esta disposición comprende a todas las mujeres independientemente del estado civil, pues es el móvil y no la condición personal la que determina la atenuación".

*Sergio Politoff, Francisco Grisolia y Juan Bustos* en su libro "Derecho Penal Chileno – Parte Especial" [Santiago de Chile 1971] en las páginas 221 y 222 dicen refiriéndose al Aborto: "El segundo inciso del art. 344 contempla el llamado aborto honoris causa, esto es, la ley ha considerado como minorante de la punibilidad el móvil de honor, la honra de la mujer. A diferencia de lo que ocurrió en el infanticidio, los comisionados y posteriormente los legisladores, no hicieron cuestión, alguna en relación al fundamento del privilegio, se atuvieron pues, desde un principio, al modelo español sin hacerle modificación alguna de carácter sustancial.

El privilegio, dada la forma en que está establecido ["si lo hiciere para ocultar la deshonra, incurrirá en la pena ..."] es de carácter personal e implica exclusivamente un momento de la culpabilidad, es decir, sólo beneficia a la mujer que ha causado su aborto o consentido que otra persona se lo cause y no se extiende a los partícipes del autoaborto, quienes responderán de acuerdo a lo establecido en el Art. 342 N° 3. En verdad desde el punto de la penalidad aparentemente no hay diferencia para los partícipes ser sancionados por el art. 344 o el 342 N° 3, pero en la práctica sí que tiene importancia, pues si el considerara que quedan incluidos dentro del privilegio, aparecería bastante contradictorio hacer jugar en su favor dentro del marco penal la circunstancia de haber actuado cuando es el caso motivados por la situación personal de deshonra de la mujer. En cambio, al estimarse que el partícipe debe ser sancionado de acuerdo al art. 342 N° 3, no hay dificultad para considerar dicha motivación generosa dentro de las posibilidades discrecionales de elección de la pena dentro del marco penal.

La expresión *por*, que frecuentemente es reveladora de un elemento subjetivo del tipo [injusto]es en este caso solamente signo de la motivación anormal como minorante de la punibilidad. Esta motivación, puede coexistir con otras [temor de perder un empleo, excesiva prole, etc.] pero aquello ha de ser predominante. La idea de la honra debe ser entendida en referencia al concepto tradicional de las buenas costumbres en materia

sexual. Piensa Etcheberry que esta idea debe conectarse dentro de la tradición española, a lo socialmente reprochable. "La excusa -dice este autor- se fundamenta en la repulsa o el menosprecio social que engendran las relaciones extramatrimoniales para una mujer". Añade con razón que esto no tiene que ver con la inmoralidad intrínseca de las relaciones que originaron el embarazo, sino en la reacción social frente a ellas.

Ha señalado Hirsch que el concepto de honor fundamentado en una valorización social, puede conducir a graves aberraciones, por lo que el asunto sólo puede ser abordado en relación con la propia dignidad del ser humano y la posibilidad de atribuirle inmerecidamente un quebrantamiento a sus deberes éticos. Por consiguiente no puede considerarse deshonrada una mujer por lo que los prejuicios y fanatismos juzguen deshonroso. Lo que sí acontece es que una mujer que no ha realizado nada deshonroso en el sentido de su dignidad humana, está expuesta a sufrir los vejámenes o molestias de un medio que piense distinto y es ese sentimiento de la mujer, de eludir la sanción social, lo que fundamenta la atenuación. Por cierto el cambio de las costumbres ha ido morigerando y hasta haciendo desaparecer en gran medida la repulsa social a las relaciones extramatrimoniales, lo que aconseja de lege ferenda, supuesta la incriminación del autoaborto, el reemplazo de esta atenuante por una capaz de abarcar la casuística más rica y compleja de la vida moderna, en vez de un fundamento exclusivo que para nuestro tiempo ha perdido prácticamente su significación.

### **El Salvador**

*José Enrique Silva* en su obra "Derecho Penal Salvadoreño" - Compendio de la Parte Especial - Revista de Derecho - Año 1 N° 2 - San Salvador - Página 187, dice: "En el inciso segundo [del artículo 366] se sanciona el aborto honoris causa o aborto por motivos de honor que alude a una honra sexual de la mujer, atenuando la pena de ésta. En este caso también sujeto activo sólo puede ser la mujer [pena: dos años de prisión mayor]".

## **5 – DOCTRINA B. COMPARADA II - EUROPEA**

La Doctrina Española en general trata ampliamente el tema, puesto que el mismo, puesto que el mismo tiene en España una arraigada tradición que se remonta al Código Penal de 1822.

*Joaquín Díez Díaz* en su libro "Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático" - Madrid - página 177, dice: El derecho español... en el artículo 414 recoge el supuesto de la mujer que cansare su aborto o lo consintiera con miras a ocultar su deshonra, atenuándose entonces la pena. Paliativo que afecta también a los padres de la embarazada que produzcan el aborto o colaboren en su realización con idéntico fin, Se trata de un aborto honoris causa, que la jurisprudencia no hace extensivo en ningún caso a la mujer casada [sentencia del 14 de mayo de 1946]. El seductor y otras terceras personas no podrán alegar como atenuante el móvil de salvar la reputación de la embarazada.

*Gerardo Landrove Díaz* en su "Política criminal del aborto" - Barcelona 1976 -página 53, expresa: " En todas aquellas legislaciones que lo contemplan específicamente, el aborto honoris causa constituye simplemente un tipo privilegiado. Bajo esta etiqueta se alude a los casos de mujeres de buena fama cuyo embarazo hace público una situación éticamente desvalorada respecto a su vida sexual y afecta al honor individual o familiar.

El Código Español de 1822 fue uno de los primeros en incorporar a su articulado el tipo atenuado... Esta atenuación construida sobre el móvil del ocultamiento de la deshonra se extendió a muchos códigos penales iberoamericanos: Bolivia [C. P. 1834], Chile, Colombia que incluso permite la concesión del perdón judicial..

...Así esquematizado el sentido de tan discutida y discutible atenuación, hay que reconocer que en la hora actual el cambio de las costumbres ha ido atenuando la repulsa social a las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo que parece aconsejar de lege ferenda y supuesta la incriminación del aborto voluntario, la sustitución de esta específica atenuación por otra capaz de abarcar la casuística más compleja de la vida moderna, en vez de una fundamentación exclusiva del signo apuntado que en el momento actual ha perdido su primigenia significación.

En opinión de López Rey ["Aborto" pág. 42] esta figura es totalmente innecesaria; además de las razones antes expuestas hace especial hincapié en que el honor que con la figura privilegiada se trata de proteger, cobra un carácter estrictamente familiar, que tiene todas las características de un convencionalismo que debe ser superado. Por ello, afirma, es difícil admitir, desde un punto de vista moral y jurídico la destrucción

de una vida en aras de dicho convencionalismo; sería preferible encajar esta figura atenuada del aborto en el juego general de las atenuantes.

*Luis Jiménez de Asua* en su libro "Derecho Penal", 3ª Edición publicada en Madrid en 1924, páginas 350/351 expresa: " El móvil de la ocultación de la deshonra es el elemento esencial del delito de infanticidio que nuestro código prevé y sanciona en el art. 424. Nuestro mismo Cuerpo legal lo da a entender de un modo explícito cuando dice que "fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato [parágrafo 2 del artículo 424]. La razón de que se pene como asesinato y no como homicidio la muerte de un recién nacido causada por un extraño es que siempre concurre en ella la alevosía. En cambio el móvil de ocultar la deshonra no es inherente al delito de aborto, considerándose pues, como una atenuante especial, el que lo hiciera la madre con ese motivo [parágrafo 2 del art. 427].

Con iguales palabras se expresa este autor conjuntamente con José Anton Oneca en el libro "Derecho Penal conforme al Código de 1928", Nueva Edición II - Parte Especial publicado en Madrid en 1930.

*J. Anton Oneca y J. A. Rodríguez Muñoz* en su obra "Derecho Penal", tomo II - Parte Especial. [Madrid 1949] - página 246, sostienen que "Tipo privilegiado es el aborto honoris causa, o sea el cometido por la mujer o con su consentimiento para ocultar su deshonra; beneficio que alcanza a los padres que con el mismo fin y consentimiento de la hija, lo produzcan o cooperen a la producción del aborto de ésta".

Al tratar el tema del infanticidio sostienen que "las investigaciones psicológicas mostraron entonces una serie de causas que debían conducir forzosamente a atenuar la responsabilidad e imprimir en la conciencia y en el sentimiento jurídico de la época, la idea de que la pena de muerte que se venía imponiendo era injusta [movimiento iusnaturalista].

*José María Rodríguez Devesa* en la Parte Especial de su libro "Derecho Penal Español", publicado en Madrid en 1983 en la página 89, sostiene que "tipos privilegiados son los comprendidos en el art. 414 [aborto honoris causa], en algunos casos podrá comprenderse aquí el embarazo resultante de la comisión de un delito de estupro, incesto, raptó o violación".

Cuando explica el delito de infanticidio, en lo referido al honor, pudiendo aplicarse también al tema en estudio sostiene: "Muchas circunstancias locales pueden incluir en la "justificación" del móvil de ocultar la deshonra. La tensión que coloca a la madre entre elegir que se haga pública su deshonra y la muerte del hijo es generalmente más pequeña en las grandes ciudades; el infanticidio en cambio suele ser un delito característico de las áreas rurales, donde la vecindad es más estrecha e implacable y más difícil ocultar el fruto del parto.

*Eugenio Cuello Calón* en el Tomo II de la Parte Especial de su libro Derecho Penal [Sexta Edición publicada en Barcelona en 1948] [páginas 445 y ss.] explica que "aborto honoris causa tiene en España arraigada tradición. Aparece en el Código Penal de 1822 [art. 640], en los de 1850 [art. 339], 1870 [art.427], 1928 [art. 527] y 1932 [art. 419]. Son elementos de este delito: primero un hecho de procuración de aborto o de consentimiento libre para el mismo; segundo: voluntad de destruir el fruto de la concepción determinada por el móvil de ocultar la deshonra, cualquier otro motivo, como el deseo de evitar la carga del hijo, la penuria económica, etc., excluye la aplicación de este precepto. Es preciso que el ánimo de ocultar la deshonra quede claramente probado. La angustiada situación de la mujer que concibió ilegalmente, ante las graves consecuencias familiares y sociales del descubrimiento de su estado. la pérdida de su buena reputación, el miedo quizá a un porvenir sombrío, sin recursos para sostener al hijo que vendrá, son motivos que justifican una considerable atenuación de la pena en estos casos, pero la impunidad, aún para los casos excepcionales, no puede justificarse ni moral ni socialmente".

*Joaquín Francisco Pacheco* autor del libro "El Código Penal" en el Tomo III de la 5ª Edición, publicado en Madrid en 1881, en la página 41, expresa que "en la mujer que causa o consiente su aborto, distingue el art. 339, dos posibilidades o dos categorías. Es la una, cuando se decide a esta acción por el gran motivo de ocultar su deshonra, que aparecería de seguir encinta y sobre todo del hecho del parto. La segunda hipótesis es cuando no puede suponerse tal motivo, cualquiera que sea el que realmente hubiere inspirado la acción".

Nos encontramos aquí con las propias razones de censura que nos movieron a criticar las penas del infanticidio. Entre el feto que aún no nació y el niño que ha respirado y abierto los ojos, encontrará siempre el buen sentido un abismo de diferencia. La medicina y la teología que se han ocupado mucho en averiguar el punto en que los fetos comienzan a vivir dirán lo que quieran sobre el particular: la mera razón, la conciencia del género humano que es sólo lo que debe inspirar en primer término las leyes, dirá constantemente que no es lo mismo un ser que existe por sí, a la luz del día, a la faz de la sociedad, de un modo real, positivo, incuestionable, que otro que existe como accesorio, de una manera oculta, sin que haya tomado, por decirlo así, posesión, ni entrado en el goce de su existencia. Por eso encontrábamos muy suaves las penas contra el

infanticidio, que es la destrucción de una persona, por eso no tenemos nada que decir contra el aborto que es la destrucción de un germen y de una esperanza".

*Salvador Viada y Vilaseca* en su obra "Código Penal Reformado de 1870", publicado en Madrid en 1890, en las páginas 67 a 69, explica que "la mujer que causare su aborto o, consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con prisión correccional en su grado medio y máximo".

Si lo hiciera para ocultar su deshonra incurrirá en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio... El presente [artículo] trata del aborto que se causa a sí la propia mujer o que consiente que otra persona se lo cause. En el primer caso es autora del aborto por participación directa... Pero lo mismo que el infanticidio, puede la mujer llevar a cabo la muerte del feto para encubrir su deshonra; igual causa ha de producir idéntico resultado: el de aminorar algún tanto la penalidad del hecho ejecutado a impulsos de una exaltación y arrebatos extraordinarios... Obsérvese que no se hace aquí extensiva esa disminución de pena, como en el infanticidio [art. 424] a los abuelos maternos que cometen el delito de que nos ocupamos, para ocultar la deshonra de la madre; pero es evidente que si no les aminora la pena, deberá considerarse ésta circunstancia, en todo caso, como atenuante, para aplicar aquella en su grado mínimo.

*Federico Puig Peña*, "Derecho Penal", Tomo II [Barcelona 1946] páginas 331 y ss. Cuando la mujer causare su aborto o consintiera que otra persona se lo cause "para ocultar su deshonra", dice el artículo 414 de la ley, se aplicará la pena de arresto mayor. Igual pena aplicará a los padres que con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, produzcan o cooperen a la realización del aborto de ésta. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves, se impondrá a los padres la pena de prisión menor.

Este aborto honoris causa ya encontró acogida en todos nuestros Códigos Penales del siglo XIX y en los de 1928 y 1932, si bien aquellos textos no extendían la atenuación a los abuelos maternos, como ocurre con el infanticidio, siendo por ello censurados por la mayoría de los tratadistas.

... En este aborto procede estudiar la cuestión referente a cuándo procede estimar el móvil honoris causa, y la relativa al problema de la cooperación de los padres. En cuanto a la primera, se deberá parificar el caso con el infanticidio.

Respecto a la segunda cuestión la Fiscalía justifica la extensión de la atenuación a los padres, porque así se rinde tributo "al sentimiento respetabilísimo que la inspira, sin duda porque la inmoralidad y la repugnancia del delito disminuye en la misma medida que acrece el impulso del decoro que induce a la acción criminal.

El nuevo Código Penal parifica las conductas de "cooperar" y "producir" el aborto, pero requiere siempre el consentimiento de la hija. Por eso, si no hay tal consentimiento, no alcanza a los padres el privilegio penal del párrafo primero del art. 414, aunque sean de aceptar las consideraciones que hace la Fiscalía en orden a la atenuación en estos supuestos.

Cuando el autor analiza el móvil de honor en el delito de infanticidio [página 322 de la obra citada ], expresa: "Sobre este móvil... tenemos que hacer las siguientes manifestaciones:

- a) Que cuando el embarazo es público no se puede apreciar este delito.
- b) Que cuando la mujer está públicamente prostituida, huelga hablar de ocultar la "deshonra".
- c) Que no es preciso que la mujer sea soltera.
- d) Que el móvil de ocultar la deshonra es un elemento de hecho reservado a la soberanía de la Sala.
- e) Que cualquier otro móvil transforma el delito en parricidio aunque se puede reconocer alguna circunstancia atenuante.
- f) Que la circunstancia atenuante de arrebatos y obsecación no puede derivarse de los mismos móviles que el legislador tuvo en cuenta para calificar y penar el delito de infanticidio. Es incompatible el infanticidio con la preterintencionalidad.

*Constancio Bernaldo de Quirós* en su "Tratado de Derecho Penal" Parte Especial Segunda Edición [México 1957] ,cuando analiza los "delitos contra la vida en formación" no hace referencia alguna al delito cometido por causa de honor.

*Antonio Quintano Ripolles*, "Compendio de Derecho Penal", Volumen II, Parte Especial, Madrid 1958, página 216. " El propio aborto o el consentimiento por parte, de la mujer para que otra persona se lo cause, presenta dos variedades: ... y la privilegiada honoris causa del art. 414. Esta segunda figura se estructura de modo análogo a la de infanticidio, con su misma problemática, bajo la condición de ocultar la deshonra, penándose tan solo con arresto mayor y extendiéndose a los padres de la mujer que obraren con el mismo fin y con el consentimiento de la hija. Tal privilegio lleva en sí implícita la consideración pasional y ética, por lo que la jurisprudencia declara inaplicables las atenuantes de arrebatos o móvil altruista; y aún con mayor razón el estado de necesidad como eximente o atenuante por no poderse considerar un mal el acrecentamiento de la descendencia.

El mismo autor en sus volumen II, publicados en Madrid en 1946, en la página 246 expresa: "el aborto honoris causa" del artículo 414 es un privilegio de igual naturaleza y problemática idéntica que el del infanticidio, creación moderna y sentimental, que data sólo del Código de 1822, y que por lo peligroso ha encontrado tibia acogida en las legislaciones [sólo lo consignan los Códigos de Italia (art. 551), Portugal (art. 358) y algunos americanos de influencia española]. En su primitiva redacción se exigía que la abortante fuere soltera o viuda, de buena fama anterior; pero la fórmula prevalece desde el Código de 1848, a la vez que se ha ido progresivamente atenuando hasta llegar a la mínima sanción del vigente. Es más, en él se ha ampliado el privilegio a los padres de la abortante con el consentimiento de ésta, consentimiento que no requería siquiera la ley de 1941 y que la Fiscalía del Tribunal Supremo había estimado innecesario. Con ésta extensión se ha dado fin, por lo menos, a la absurda desigualdad de trato que recibían los cooperadores en el aborto, en relación con los del infanticidio, lo que ya era unánimemente censurado por los comentaristas, desde Pacheco.

Al contrario que en el aborto vulgar, de ánimo único, en éste privilegiado no es concebible la forma de comisión por imprudencia, pues la finalidad "honorable" [¡que mal suena ésta expresión en tan escabrosos asuntos!], que se persigue la excluye irremisiblemente".

*Eugenio Cuello Calon*, "Cuestiones Penales relativas al aborto", Barcelona 1931, páginas 85 y ss. "Una de las causas más frecuentes del aborto es, sin duda alguna, tratándose de la mujer soltera, el temor a la pérdida de su honor y reputación. La angustiada situación de la mujer que concibió ilegalmente ante la catástrofe moral que supone para ella el descubrimiento de su estado, sus consecuencias familiares, quizá también el miedo a un porvenir sombrío sin recursos para alimentar y educar al hijo que vendrá, son motivos que no sólo explican sino que justifican en tales casos una considerable atenuación de la penalidad del aborto provocado. La exención completa sería peligrosa a causa de los posibles abusos; pero los jueces, apreciando humanamente estas situaciones, que pueden alcanzar trágicos aspectos, deben gozar en tales casos, de facultades para atenuar extraordinariamente la pena imponible.

No todas las legislaciones reconocen expresamente el motivo de honor como causa específica de atenuación en el aborto, pero aún no haciendo mención expresa de tal atenuante, es posible en gran número de legislaciones apreciarlo como causa de atenuación de mayor o menor intensidad, conforme a las reglas generales contenidas en su parte general. Mas, es interesante observar que son solamente los códigos de países latinos los que mencionan expresamente este caso privilegiado de aborto que es desconocido en los códigos germánicos y en las legislaciones anglosajonas.

En España el aborto honoris causa tiene arraigada tradición; aparece ya en el código de 1822 [art. 640] y se mantiene ésta figura en los códigos de 1850 [art. 339], 1870 [art. 427], como también se hallaba en el derogado de 1928 [art. 527]. En ellos la atenuación sólo beneficia a la mujer que provocare su aborto, mas no comprende a sus padres, abuelos o hermanos cuando lo causaren para evitar su deshonor. Tal exclusión, más injustificable aún si se tiene en cuenta lo dispuesto respecto del infanticidio, ha sido censurada con razón por los comentaristas.

La *Doctrina Francesa* en general no se ha ocupado del tratamiento del tema del aborto honoris causa. Esto podría tener su explicación en el hecho que la legislación de ese país, cuando el aborto era considerado delito e inculpada su realización, no aplicaba atenuación alguna por causa de honor.

Los autores estudiados que no tratan el tema son:

*R. Garraud*, tratado Teórico y Práctico de Derecho Penal Francés, Tomo V, 3ª Edición, París 1924.

*Emile Garcon*, Code Penal Anoté, tomo II, París 1956.

*Georges Vidal*, Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiaire, París 1949.

*Antoine Blanche*, Etudes Pratiques sur le Code Pénal, París 1868.

*Adolphe Chauveau y Faustin Hélie*, en su "teoría del Código Penal", tomo 4, publicado en París en 1872, sin analizar expresamente el aborto honoris causa, y sin mencionarlo siquiera, en las consideraciones generales del aborto expresan, siguiendo a Cambaceres para explicar la necesidad de penar con menor pena al aborto que el infanticidio, que "la distinción es evidente, la mujer embarazada no es todavía madre, ella no está retenida por el amor de un niño que aún no conoce, ella es más excusable cuando se deja llevar por el temor del deshonor, su acción es menos atroz porque ella tiene menos repugnancia que vencer y por otro lado es acaso seguro que ese ser que ella destruye habría continuado viviendo y hubiera nacido viable? La criminalidad es entonces menos grave y los resultados menos funestos".

La *Doctrina Alemana* al igual que la francesa, no se ha ocupado del tratamiento del tema del aborto cometido por causa de honor. Es probable que, al igual que en el caso de Francia, este olvido se fundamente en la inexistencia en la legislación de normas referidas, al tema. El honor como tal, no aparece tampoco tipificado como atenuante del homicidio, ya que el infanticidio está caracterizado tan solo como la muerte del

hijo ilegítimo, sin referencia alguna a la cuestión de la honra.

Los autores estudiados que no tratan el tema son:

*Edmund Mezger*, Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte Especial, Traducción de la cuarta edición Alemana [1954] por el Dr. Conrado A. Finzi publicado por Editorial bibliográfica Argentina en Buenos Aires, 1959.

A. *Merkel*, Derecho Penal, traducido por P. Dorado, tomos 1 y 2 unificados, publicado en Madrid.

La *Doctrina Italiana*, estudiada, en general menciona el tema en estudio pero sin extenderse demasiado en sus fundamentos, a pesar de incluir la legislación italiana una atenuación especial por esta causal.

*Francesco Carrara* en la Parte Especial de su Programa, Volumen I, publicado por Depalma en Buenos Aires en 1979 [página 333], sin mencionar el aborto por causa de honor y explicando el aborto en general argumenta que "la tiranía de las pasiones y el choque de las condiciones sociales exigen a veces que la mujer sienta odio a lo que debería excitarla a suma alegría, es decir a ser madre y en cambio desee lo que debería temer como un gran infortunio, esto es, el Aborto. A destruir anticipadamente en sus propias entrañas el don de la Providencia fueron impulsadas las mujeres en todas las épocas por distintas causas, la más frecuente de las cuales consiste en el anhelo de esconder una falta, y ésta es la más excusable pero no la única...".

F. *Puglia* en Trattato de Diritto Penale, Volumen VI de Delitto contro la persona, publicado en Milán, en la página 283, dice: "prevé finalmente el Código una circunstancia excusante del aborto criminal, la razón de honor, establecida en el art. 385, en el caso del aborto procurado para salvar el honor propio o de la esposa, de la madre, de la descendiente o de la hija adoptiva o de la hermana la pena establecida en el artículo precedente es disminuida de uno a dos tercios y la reclusión es sustituida por la detención.

La *Enciclopedia de Diritto Penale Italiano* a cura di Enrico Pessina T. 17, pág. 714/715, Milán 1909, sostiene que la causa de honor está especialmente prevista en el código germano [218], español [art. 427], portugués [art. 358], mexicano [art. 372], venezolano [art. 392], chileno [art. 344], colombiano [art. 641], uruguayo [art. 345], de Costa Rica [art. 365].

El código sardo preveía sólo para la madre la excusa del fin de ocultar la prole ilegítima [art. 503].

La disposición vigente sostiene que en el caso del aborto procurado para salvar el honor propio o de la hija, de la madre, de la descendiente, de la hija adoptiva o de la, hermana, la pena establecida en el artículo precedente se disminuirá de uno a dos tercios y la reclusión será sustituida por la detención [art. 385].

*Giuseppe Maggiore*, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos en Particular, Volumen IV [traducción del padre José J. Ortega Torres], Bogotá 1955, página 156 y ss., manifiesta que "si alguno de los hechos previstos en los artículos 545, 546, 547, 548, 549 y 550 han sido cometidos para salvar el honor propio o el de un pariente próximo, las penas allí establecidas se disminuirán de la mitad a las dos terceras partes.

La razón de ésta atenuante consiste en la conveniencia de ser benigno con la mujer que, puesta a elegir entre el sentimiento de la maternidad y la condena social, opta por el delito, con tal de conservar ilesa su reputación. La ley, si castigara con todo rigor a la culpada, sin tener en cuenta su estado, sería despiadada; y si la declarara exenta de pena, sería injusta. Entre estos dos extremos, llega a una transacción que concilia las exigencias del derecho estricto y de la moral con la mitigación de la pena.

Sujetos de esta atenuante son la mujer preñada y sus parientes próximos, a quienes la ley considera copartícipes del estado de ánimo de aquella y por lo tanto, merecedores del mismo beneficio. En cambio esta circunstancia, por su carácter subjetivo no se extiende a cuantos hayan concurrido en el delito [art. 118] sin tener la calidad de parientes próximos [el amante, el novio, el cónyuge ligado únicamente por el vínculo eclesiástico y otras personas]. Esto a diferencia de lo dispuesto por el infanticidio, en que la atenuante de la causa honoris [causa de honor] ampara también a quienes concurrieron en el hecho, impulsados por ese mismo motivo.

Conforme al art. 307 "para los efectos de la ley penal, se entienden por parientes próximos los ascendientes y descendientes, el cónyuge, los hermanos y las hermanas, los afines en el mismo grado, los tíos y los sobrinos; sin embargo, en la denominación de parientes próximos no quedan incluidos los afines cuando el cónyuge ha muerto sin dejar prole". La filiación ilegítima se equipara a la legítima [art. 540].

El hecho debe ser cometido con el fin de salvar el honor.

"Honor" es el estado de dignidad y de estimación de que se goza en la sociedad por una conducta irreprochable. Son sus contrarios la desestimación, la vergüenza, el vituperio. Es evidente que no puede salvar el honor quien lo ha perdido irremisiblemente. Por lo cual esta atenuante no compete a la mujer depravada, a la adúltera, a la meretriz, a la notoriamente conocida como madre ilegítima. Por el mismo motivo no concierne tampoco a la reincidente en el llamado "pecado de amor" por haber sido ya condenada o acusada de aborto o de infanticidio.

La ley requiere que este delito se cometa para "salvar el honor" por consiguiente, no por el temor de sevicias, de la difamación o aún de la muerte.

*Ottorino Vanini Delitti* contro la vita - Milán 1946 - no trata el tema.

De la *Doctrina Suiza* se estudiaron los "Comentarios al Código Penal Suizo" de *Paul Logoz* en cuya parte especial, Tomo I, publicado en Neuchatel, Suiza, en 1965, expresa el autor en la página 36 que "en cuanto al estado de necesidad el artículo 120 inciso 2, limita la aplicación que puede hacerse del artículo 34, inciso 2 en materia de interrupción artificial del embarazo. En efecto, según el art. 120 inciso 2 el estado de necesidad no puede ser invocado para justificar una interrupción del embarazo sino con las siguientes condiciones:

- a) por una parte la intervención no esta permitida mas que a un médico diplomado;...
- b) por otra parte la intervención no está permitida más que si por ella se trata de impedir un peligro inminente, imposible de evitar de otra manera y que amenaza la vida de la madre o amenaza seriamente su salud de una lesión grave y permanente. El art. 34 inciso 2 iría más lejos. El permitiría a un tercero [no importa qué tercero] intervenir para salvar un bien cualquiera [como el honor por ejemplo] de la persona a la cual viene a ayudar.

Por el artículo 120 inciso 3 un otro estado de angustia grave en el cual se encuentra la persona encinta [alteración moral causada por ejemplo por una violación o un incesto, en el que ella es la víctima, o alteración económica o social, etc.] no alcanza para justificar la interrupción del embarazo, es decir, para excluir toda condena. En este caso el artículo 120 inciso 3 permite solamente al juez atenuar libremente la pena.

## 6 - JURISPRUDENCIA

El Proyecto de Reformas al Código Penal del año 1891, elimina de su articulado toda mención expresa al aborto honoris causa y lo explica sosteniendo que cuando el aborto se cause por ese móvil esa circunstancia será tenida en cuenta para determinar la pena dentro de los límites fijados.

Este mismo criterio es el seguido por el Código Penal de 1921 y todos los proyectos y leyes posteriores.

Esto nos llevaría a suponer que los jueces al fallar tendrían en cuenta este móvil para aplicar la pena.

Sin embargo del estudio de la jurisprudencia no es posible corroborar esta situación. En ninguno de los fallos encontrados en los repertorios fue posible hallar referencia alguna al móvil de honor.

1) El aborto se consuma con la interrupción dolosa del proceso fisiológico normal de la gestación sin que sea condición para su realidad jurídica, que esa interrupción se exteriorice con la expulsión violenta del feto del útero materno. Su figura se define y se integra con la concurrencia de la interrupción provocada del embarazo seguido de la muerte del feto. [C. Crim. y Correc. Cap., ab. 28-939] LL t. 14, p. 535.

2) El delito de aborto se consuma con la interrupción dolosa del proceso fisiológico normal de la gestación 4-3; abril 28-939.

3) El aborto requiere la comprobación de la preñez, los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto, la época del embarazo, las causas que determinaron el hecho etc. [Sup. Corte Tucumán ab. 5-941] LL. t. 22-938.

4) Los actos realizados por la mujer, para lograr su propio aborto, cuando nada hay en autos que permita establecer fundamentamente ni el estado de gravidez anterior, ni el aborto que se le imputa constituyen una tentativa de delito imposible que no es punible. En esta materia sólo cae bajo la sanción penal la tentativa por un hecho imposible cometido por un extraño, [CCC, 4-4; LL, 19-325 y 73-201].

5) Aunque no aparezcan rastros de maniobra mecánica, ha de aceptarse un aborto doloso por intervención de la parte [introducción de una sonda], si concurren las siguientes circunstancias: no hubo causas patológicas o accidentales de aborto; una testigo sostiene el cargo con firmeza; la celeridad y sorpresa del acontecimiento; la existencia de una clínica sospechosa a cargo de la acusada y el estado normal de la mujer hasta la víspera de su visita a la partera [Sup. Corte Tucumán, ag. 25-942] LL, 28-402.

6) La circunstancia de que la denuncia sea inválida, en el supuesto del art. 129 del Cód. Proced. Penal, con respecto a la mujer asistida de aborto, no significa en absoluto que lo sea para todos los coimputados. El fundamento de la prohibición es estrictamente personal y no hay por ello vicio objetivo en la denuncia que la haga nula en general. [C. Apel. Rosario sala crim. oct. 30-942], LL, 28-377 y JA, 942-IV-809.

- 7) El suministro de un medicamento con la intención de provocar un aborto, debe calificarse como tentativa de delito imposible de conformidad con el último párrafo del art. 44 del Cód. Penal, si el referido medicamento no es capaz de provocarlo en la forma que ha sido suministrado, y el estado de embarazo en la mujer, aunque sospechado en un principio, tampoco ha existido realmente. [CCC., dic. 12-941] LL. 25-169 y JA, 1942-IV-896 y GF, 156-351.
- 8) La confesión extrajudicial, las conclusiones de las pericias las manifestaciones de los testigos prueban legalmente el cuerpo del delito, o sea en el caso, la preexistencia de la preñez, los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto y la circunstancia de haber sido provocada esa expulsión por un extraño. [Sup. Corte Bs. As., dic. 31-941] SCBA, 18-II-33.
- 9) Es nula la denuncia del delito de aborto formulada por un médico de hospital que asistió a la mujer, por importar violación del secreto profesional involucrando esa nulidad sólo a ésta y no a los coimputados, pues la prohibición de denunciar es estrictamente personal. [C. Apel. Rosario, sala crim. oct. 30-942] RSF, 2-71.
- 10) El delito del art. 87 del Cód. Penal no es un mero aborto culposo, sino un delito preterintencional o calificado por el resultado. [Sup. Corte Tucumán, dic. 14-943] LL, 33-524.
- 11) La excusa absolutoria que el art. 88 del Cód. Penal reconoce a la mujer, por la tentativa de su aborto, comprende las dos maneras de comportamiento que integran el tipo descripto: la tentativa de causar personalmente su propio aborto y la tentativa de causarlo en coparticipación con un tercero a quien permita voluntariamente practicar la maniobra adoptiva [CCC., ag. 24-945] LL, 39-803 - JA, 945-III-751 - GF, 179-451.
- 12) El delito de aborto se consuma con la interrupción del proceso fisiológico del embarazo. Si a pesar de las maniobras tendientes a interrumpir la gestación, el feto nace vivo y viable, no se configura el delito de la destrucción del producto de aquella.  
Si el aborto fue provocado con el propósito de interrumpir el proceso fisiológico del embarazo, pero el feto nace con vida y en estado de madurez, dándosele muerte varias horas después, no hay delito de aborto, ni siquiera en grado de tentativa, sino de homicidio. [Sup. Corte Tucumán, set. 18-945] LL, 42-481 - JA, 945-IV-492.
- 13) Para la configuración del delito de aborto la doctrina exige la concurrencia de los siguientes requisitos: interrupción del embarazo [gravidez y medios artificiales]; dolo y muerte del feto. [C. Fed. Córdoba, julio 3-946] LL, 44-779, con nota de Rafael García Zavalía - JA, 946-IV-414.
- 14) La tentativa de la mujer de causar su propio aborto, sea por acción propia o por la de un tercero a quien voluntariamente permite la realización de maniobras abortivas, no es punible. [CCC, set. 16-947] LL, 48-526.
- 15) Debe descartarse el supuesto de un parto anticipado si por el tiempo de su gestación -5 meses- era imposible la supervivencia del feto. [Sup. Corte Tucumán, nov, 27-946] LL, 48-27 - JA, 947-II-755.
- 16) El aborto requiere la prueba del estado de embarazo previo. [CCC, St. 10-948] LL, 53-14 - JA, 948-IV-647.
- 17) Encuadra en el art. 85, inc.2, cód. penal, la conducta de quien, mediante la realización de maniobras abortivas, produce la muerte de la mujer aún cuando ésta no estuviere embarazada. [CCC.Set. 5-947]CCC.VI-9.
- 18) La situación prevista en el último párrafo del art. 88 del cód. penal, que dice la tentativa de la mujer no es punible" no significa que la tentativa de aborto no subsista como figura delictuosa. [C. 2ª Apel. Corrientes dic. 13-948] JA, 949-IV-311.
- 19) La interrupción del embarazo y la expulsión del feto del útero materno pueden ser independientes entre sí. [Sup. Corte Tucumán, nov. 23-949] LL, 57-472.
- 20) La partera que interviene para hacer expulsar la materia muerta del embarazo, retenida en el útero, no comete aborto criminal, pero subsidiariamente cae en infracción al ejercicio ilegal de la medicina. [Sup. Corte Tucumán, nov. 23-949] LL, 57-472.
- 21) Hay aborto cuando se interrumpe el proceso fisiológico de la preñez. [Sup. Corte Tucumán, nov. 23-949] LL, 57-472.

- 22) Responde por participación criminal en primer grado el concubinario que interviene directamente en la decisión de interrumpir el proceso fisiológico de la gestación, busca la partera y paga su intervención para llegar al fin propuesto. [Sup. Corte Tucumán feb.27-950] LL, 61-209 - JA, 950-III-558.
- 23) El marido de la partera, que consiente que continúe en la casa la enferma a quien su esposa acaba de poner una sonda para abortar, no responde de participación en el delito, pues son actos posteriores a éste. [SC Tucumán febrero 27-950] LL, 61-209 - JA, 950-III-558.
- 24) Si está acreditado que se ha realizado todo lo necesario para ocasionar un aborto -imposible por la inexistencia del embarazo- consentido por la víctima y si a ello sucede la muerte, debe calificarse de aborto consentido imposible seguido de muerte, teniendo en cuenta el resultado producido causalmente, toda vez que la ley castiga por las consecuencias del aborto o de actos de ejecución intencionalmente dirigidos a tal fin. [C 3º Crim. La Plata sala III, marzo 7-952] LL, 66-61 - JA, 952-11-268.
- 25) Si no se acredita la preñez anterior y la violenta expulsión del feto, las maniobras abortivas constituyen tentativa de delito imposible. [CN Penal, junio 15-954] LL, 75-115.
- 26) El aborto criminal requiere la destrucción del fruto de la concepción por dolo o culpa. [SC Tucumán, oct. 20-953] LL, 74-240.
- 27) Es autor del aborto preterintencional [art. 87, Cód. Penal] en concurso ideal con lesiones graves, quien conviviendo con la víctima y a sabiendas de que estaba embarazada, por lo que lógicamente pudo prever el resultado de su conducta, la golpeó brutalmente, lesionándola y dando lugar a que abortase. [CN Resistencia, oct. 18-956] LL, 89-414.
- 28) No existe el delito de aborto si no se ha comprobado el estado de gravidez de la mujer, pues se carece de la prueba fehaciente del estado de embarazo. [ST La Pampa, sala 11, oct. 28-959] LL, 100-357.
- 29) El art. 72 del Cód. de Proced. Penal de Buenos Aires, que impide admitir la denuncia de un cónyuge contra el otro, no se opone a que el marido acuse a la mujer por aborto. La norma procesal tiene en cuenta la "affectio maritalis" y es lógico que no rijan cuando uno de los cónyuges, olvidando que la procreación es fin primordial del matrimonio, atenta contra la vida del hijo por nacer. [SC B. Aires, septiembre 13-960] LL, 101-496.
- 30) El aborto no es la simple expulsión del feto del seno materno, sino la interrupción provocada del embarazo, seguida de la muerte del feto. [ST Misiones, sala en lo penal, julio 31-961] LL, 106-438 JA, 961-VI-146.
- 31) En el caso de aborto consentido, la mujer no es víctima de la maniobra abortiva; lo es el feto, cuya vida es el único bien protegido. [CCC, abril 3-962] LL, 108-740 JA, 962-VI-101.
- 32) Si tanto las lesiones mediatas a la violencia empleada por el reo al acometer a su mujer como la grave anemia que a ésta sobrevino imposibilitándola para trabajar por más de un mes, no han importado más mal a la víctima que el aborto mismo, ambos hechos delictivos quedan absorbidos y subsumidos por el delito de aborto dentro de la expresión genérica de "violencias" empleadas por el art. 87 del Cód. Penal. [SC B. Aires, abril 23-963] JA, 963-V-496.
- 33) No existiendo prueba legal, plena y categórica de la maniobra abortiva, no cabe responsabilizar por el delito de aborto. [CCC, sala III, set. 10-965] LL, 121-516.
- 34) No puede instrirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no-, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices. [CCC, EN PLENO, agosto 26-966] LL, 123-842 -JA, 966-V-69.
- 35) Hay homicidio culposo y no aborto en el obrar imprudente de una partera quien, sin prescripción médica, suministra anestesia a una paciente embarazada que revisa, la que muere por shock anestésico. [CCC, sal I, julio 2-968] LL, 1322-42 JA, 968-VI-281.

- 36) No es aplicable el plenario del 26 de agosto de 1966, y por ende no corresponde declarar nulo lo actuado en un proceso por aborto, si la denuncia del tal delito fue efectuada por las autoridades del hospital, sin aclararse si fue algún empleado de jerarquía o administrador, ya que no se trata del profesional en el arte de curar que hace referencia el plenario citado. [CCC, sala de cámara, marzo 5-967] JA, 967-IV-266, dicho plenario está publicado en JA, 1966-V-69.
- 37) El que sin instigar con dinero y comentarios la decisión de la víctima de abortar es partícipe secundario de aborto seguido de muerte. [CCC, sala de cámara, marzo 5-967] JA, 967-VI-27.
- 38) Para la configuración del delito de aborto resulta indiferente que se lo provoque por medicamentos o maniobras quirúrgicas, pues lo esencial es que el curso normal del período de gestación haya sido interrumpido de cualquier manera. [CCC, sala IV, marzo 21-969] LL, 134-537.
- 39) El bien protegido por la ley punitiva es la vida del feto; producida la muerte, sea en el seno materno o al ser expulsado, el delito de aborto ha quedado consumado. [ST Chubut, abril 28-969] LL, 136-186 JA, 3-934.
- 40) Es autor de aborto preterintencional [art. 87, Cód. Penal] en concurso ideal con lesiones graves, quien conviviendo con la víctima y a sabiendas de, que estaba embarazada, por lo que lógicamente pudo prever el resultado de su conducta, la golpeó brutalmente, lesionándola y dando lugar a que abortase. [ST Resistencia, sala crim. y correc., oct.18-956] DP y C, 969-1-68.
- 41) El título de médico se otorga para preservar la salud y la vida, y no para aniquilarla en sus propias fuentes, con desprecio también de la madre, traficando así con la muerte; estas consideraciones obligan a aumentar la sanción para adecuarla con la gravedad de las consecuencias que tuvo el delito perpetrado, dentro del marco de la escala aplicable y demás pautas del art. 41 del Cód. Penal. [CCC, sala V, abril 8-969] DPC y C, 969-2-259.
- 42) La concepción penal del aborto no exige la expulsión violenta del feto, siendo suficiente la interrupción violenta del embarazo con muerte del feto, sea dentro o fuera del seno materno, a diferencia del concepto médico que no se satisface si no hay expulsión del ser en gestación y época del embarazo. [CCC, sala I, agosto 6-968] JA, 969-1-183.
- 43) En el delito de aborto se responde penalmente de la muerte porque los medios abortivos pueden causarla. [Apel. San Nicolás febrero 12-974] LL, 154-433 JA, 974-22-536 ED, 56-574.
- 44) Comete el delito de aborto [art. 86 Cód. Penal] con consentimiento de la mujer -menor-, seguido por la muerte de ésta, la obstétrica que es la responsable y autora del hecho. [CCC, sala I, noviembre 19-974] LL, 1975-A, 367.
- 45) Es presupuesto esencial de todas las figuras penales de aborto, la existencia de un embarazo y por lo tanto si existen dudas de tal estado y lo único que pudo probarse fehacientemente fue la existencia de maniobras médicas que, en el peor de los casos, constituirán aborto terapéutico, encontrándose agotada la investigación, puede concluirse en que el hecho investigado no ha constituido delito. [CCC, sala V, agosto 7-975] JA, 1976-I-86.
- 46) El aborto no punible del art. 86, Párr. 212 del Cód. Penal, no debe ser autorizado por el juez que investiga la violación denunciada, como lo deja en evidencia el mismo precepto al exigir, en caso de incapacidad de la víctima, el consentimiento de su representante legal. [CCC, sala V, junio 30-978] BCNC y C, 978-VIII-85, sum. 2037.
- 47) Las sendas confesiones de la partera y presunta parturienta no son suficientes por sí mismas para acreditar el delito de aborto, si no están corroboradas por prueba pericial, única idónea para comprobar el cuerpo del delito. [CCC, sala II, septiembre 29-978] LL, 1979-A, 517 con nota de Ricardo C. Núñez.
- 48) No es posible pretender para reprimir el aborto que en todos los casos se encuentre el feto mismo. [CCC, sala II, febrero 20-979] JA, 979-II-501.

## 7 - CONCLUSIONES

La consideración más benigna de la muerte de un ser humano cometida por una causal de honor, aparece en las legislaciones positivas cuando se reconoce como excusa el hecho de no comportarse heroicamente cuando ello es necesario para no delinquir.

El amor extramatrimonial ha traído siempre como consecuencia, cierta forma de menosprecio social, que según los lugares y las épocas ha llegado a muy crueles sanciones.

El fin de ocultar la deshonra reconocido como atenuante del homicidio restringe el alcance de la causa de honor que no es utilizada en el sentido amplio de defensa de la dignidad y del crédito. El honor que atenúa el homicidio no es el entendido como la personalidad del individuo, o la suma de sus cualidades morales, o la valoración de una persona en sus relaciones ético-sociales. La honra protegida es exclusivamente la que se refiere al ámbito de lo sexual.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, se entenderá por honor, en primer término, la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos. No es éste el concepto de honor que se utiliza para atenuar los delitos contra la vida sino otra de las acepciones que aparecen en dicho diccionario y que se refieren a la honestidad y recato de las mujeres y buena opinión que se granjearán con esas virtudes, definición similar a la utilizada para la honra entendida como pudor, honestidad y recato para las mujeres.

Esta causa para delinquir de índole psicológica que atenúa el homicidio, adquiere tal carácter atenuante cuando se admite que el temor al propio deshonor, a la vergüenza pública es tan fuerte que lleva a la mujer acometer un acto tan aberrante cual es la muerte de su propio hijo.

Hasta el Código Gregoriano admite que es necesario reconocer en favor de la infanticida la excusa deducida del temor del propio deshonor.

La deshonra que atenúa es la referida a la situación sexual de la mujer y se refiere a la publicidad de relaciones sexuales ilícitas, lo que puede acontecer tanto en el caso de mujeres solteras como en el de separadas, casadas o viudas.

El honor que se intenta salvar a través de la comisión del ilícito es el honor social, el crédito del que esa mujer goza y su finalidad es evitar las sanciones y el menosprecio social derivado del deshonor.

Es claro que se refiere al honor sexual desde el punto de vista de la sociedad; ya que desde el aspecto subjetivo el sujeto sabe que no se trata de mujer honrada y cualquiera sea el acto que realice, no podrá hacerlo alegando defensa o protección de ese honor. Esta atenuación es la respuesta a la intolerancia social ante este tipo de situaciones y la ley debe recogerla reconociendo el poder con el que ella puede influir sobre una persona hasta el extremo de hacerla delinquir, sí ello es necesario, a fin de no verse sometida al escarnio social.

La mujer cree que a través de la muerte de su hijo ilegítimo podrá ocultar su falta ante los terceros. Para ello es preciso que la mujer crea en primer lugar que se trata de una falta y en segundo lugar que mediante el aniquilamiento del hijo podrá ocultarla. Esto requiere asimismo que hayan existido ocultamientos previos tales como el ocultamiento de las relaciones sexuales, del embarazo y del parto.

Nos plantea entonces nuestra legislación, en forma de atenuante, la posibilidad para una mujer de matar a su hijo por causa de honor durante el nacimiento o bien una vez producido el mismo si lo hace influida por el estado puerperal, lo que implica la aplicación de una pena menor a aquella que le correspondería de no concurrir esta causal, alternativa que es negada en el supuesto que la madre lo hiciera durante el embarazo por este mismo motivo.

Sin embargo el escarnio social es el mismo en el caso de un nacimiento ilegítimo como en el de un embarazo en esas condiciones.

Puede resultar igual de traumático para la mujer que la sociedad conozca sus relaciones sexuales ilegales sea que el hijo esté tan solo concebido o bien esté naciendo o sea recién nacido.

Justamente debería considerarse menos grave el que la mujer aniquilase a su hijo por causa de honor antes del nacimiento a que lo hiciera después del mismo por esa causal, ya que la misma legislación considera menos grave el aborto que el homicidio.

En las citas al capítulo del aborto del Proyecto Tejedor se lee "la mujer embarazada no es todavía madre. No está retenida por el amor de una criatura que no conoce y es más excusable cuando se deja arrastrar por el solo temor del deshonor. "Su acción es menos atroz porque tiene menos repugnancia que vencer"

Sin embargo nuestra legislación no sólo no recoge esta atenuación sino que llega al absurdo de castigar con más pena a la mujer que aborta por causa de honor que a aquella otra que mata a su hijo ya nacido por este motivo, pues según el artículo 88 la mujer que causare su propio aborto [cualquiera sea la causa que la lleve a realizarlo] tendrá una pena máxima de prisión de cuatro años, en tanto la infanticida tendrá como máximo prisión de dos años o reclusión hasta tres años.

A nadie escapa que es mucho más repugnante a la moral, más contrario a la naturaleza humana, el hecho que una madre mate a su hijo ya nacido que a su hijo por nacer, aún cuando en ambos supuestos lo hiciera movida por una causa de honor, y sin embargo, pese a reconocer que el aborto es menos grave que el homicidio, nuestra ley no reconoce para el aborto la atenuante por causa de honor que es tan tradicional para el homicidio.

Sin embargo el concepto y la valoración que se hace del honor debe ser uno y siempre el mismo para una legislación.

La vía no debe ser analizar cada delito en particular y plantearse si con relación a él el honor tiene fuerza atenuante, sino que por el contrario, el camino debe ser inverso. Se debe partir del análisis del honor como posible causa de atenuación y llegados a una respuesta positiva, todo delito cometido motivado por esta causal psicológica debe ser atenuado. Si por el contrario se entendiera que el honor no es causa de justificación suficiente para atenuar un hecho ilícito, no puede aparecer como atenuante de ninguna figura prevista en el Código.

Hasta es posible incorporar en la parte general del Código Penal un artículo que establezca una atenuación genérica para cualquier delito contra la vida motivado por esta causal.

Se ha dicho que antiguamente nuestra legislación consideraba atenuado el aborto por causa de honor, y no lo hace en la actualidad porque la presión social, el escarnio con relación al hijo ilegítimo era mayor que en nuestra época. Si esto fuera cierto desaparece también el fundamento para la atenuación del infanticidio, el que debería estar legislado como un parricidio.

Se ha sostenido también que el mínimo legal de pena para el autoaborto es tan bajo [prisión de un año] que no justifica la inclusión de atenuación alguna, pues sería suficiente para el Juez aplicar la pena mínima para el caso en que la mujer hubiese provocado su propio aborto impulsada por el móvil de honor. Este razonamiento no es correcto ya que no es a través de las penas como debe ser analizado un cuerpo legal sino a través de los principios que lo rigen. Por ello y en función de la necesaria coherencia de los cuerpos legales es preciso que la ley encare de forma unificada todas las situaciones iguales y de a todas el mismo tratamiento.

Por lo tanto si para el derecho argentino la honra sexual de la mujer es causa suficiente para atenuar la muerte de su hijo cometido por la madre durante el nacimiento o influida por el estado puerperal se debe incorporar al Código Penal la atenuación para el autoaborto cometido para ocultar la deshonra sexual de la madre. De no hacerlo se estaría afectando la lógica coherencia que debe primar en todo cuerpo legal.