

ABORTO (Concepto e Historia)

*Por Alvaro Gutiérrez de Rempel **

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 hace 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" ⁽¹⁾ o "parto sin nacimiento" ⁽²⁾ acentúa la idea de la 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 explicativo que en otras lenguas, la alemana por ejemplo donde los términos "aborten" y "aborte" se expresan con las voces "abtreiben" y "abtreibung" las que denotan meramente la acción de "extraer" u "extracción", por lo que en el Código de Alemania, al igual que en los de Checoslovaquia y México resulta ineludible la mención expresa del acto de matar, con el fin de evitar la confusión del aborto 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 Neriu Rojas ⁽³⁾ como "la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente del resultado mortal de la maniobra para el feto que se expela", 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*) ⁽⁴⁾ 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".

(1) Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (Madrid, 1943, pág. 479).

(2) Constanse Bernaldo de Quirós, *Derecho Penal (Parte Especial)* (México, 1957, pag. 83).

(3) Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de Amar y Derecho a Morir* (Buenos Aires, 1946, pag. 329, item 40 y nota 529).

(4) Eugenio Cuervo Cuello, *Castigos penales relativos al aborto* (Barcelona, 1933, pag. 67).

* Profesor titular de Derecho Penal II, Cátedra del Dr. Eduardo Aguero Obando.

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 ⁽⁵⁾ 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 Benavilde de Quirós ⁽⁶⁾ 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 culpablemente en el organismo femenino la suspensión de la gestación con consecuencias eliminatorias".

Cuello Calón ⁽⁷⁾ 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 ⁽⁸⁾ 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. Sin embargo reconoce que su postura es muy discutida y que no es seguida en general ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. ⁽⁹⁾

Carrara ⁽¹⁰⁾ 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 vivió 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" ⁽¹¹⁾

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" ⁽¹²⁾. Esta es la postura sostenida

(5) Luis Jiménez de Asúa, ob. cit. pag. 319.

(6) Constanza Benavilde de Quirós, ob. cit. pág. 83.

(7) Eugenio Cuello Calón, ob. cit. pág. 88.

(8) Franz Von Liszt, *Traité de Droit Penal Allemand* (Paris 1913, tomo II, pág. 53).

(9) Franz Von Liszt, ob. cit., *Opus* (I) pag. 533.

(10) Profesor Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal (Buenos Aires, 1945, pag. 323).

(11) Benavilde de Quirós, ob. cit. pag. 83.

(12) Benavilde de Quirós, ob. cit. pag. 88.

entre otros por Eduardo Ritter Von Liszt quien niega que el feto sea persona, por lo que su vida es un 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 Clerón, Von Ihering, Keller, Mehl, 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 ⁽¹³⁾ a Ambrosoli quien sostiene que debe colocarse el aborto entre los delitos contra "el orden de la familia".

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 la madre, pero lo que no puede cuestionarse es que se trata de una vida, fémurata 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 feto en el vientre materno"; el código de Méjico, por su parte, contiene una definición del aborto.

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 castigó las matricidas 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 tuviera, la pena para el agresor era de muerte. También se sancionaba a la mujer que se hiciera abortar intencionalmente con pena de empalamiento ⁽¹⁴⁾

Las leyes sumeras 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 ⁽¹⁵⁾

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 Exodo 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

(13) Francesco Carrara, *ob. cit.* nota 1, pág. 123.

(14) Anas Desmoulin, *L'avortement et le contrôle des naissances*, Louvain, 1934, pág. 14.

(15) Quintana Hijaedo, *ob. cit.* nota 16, par. 479.

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 posible de una multa. Un pasaje del tratado de Oholoth permite pensar que el aborto terapéutico se hallaba admitido siempre y cuando se hallara aún el feto totalmente dentro del seno materno, ya que si estuviera fuera una porción mayor que aquella que se encuentra 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 otros.

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 Aní a fin que mate y steje de la mujer embarazada los espíritus malignos y de este modo impida que nazca el fruto de la concepción ⁽¹¹⁶⁾

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 Zerú Avesta, sanciona por igual a la mujer oncista, al intrigador 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.

En Grecia donde tan severamente se sancionó toda lesión a la vida humana, no se conocieron disposiciones que claramente incriminara el aborto. Por el contrario el aborto era un hecho frecuente y si que 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 ésta se producía el séptimo día después de la concepción.

Tanto Aristóteles como Placón 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 éste debía realizarse antes que el embrión hubiese recibido "el sentimiento y la vida" (la animación), para asegurar a continuación que "el crimen o la inocencia de ese hecho (el aborto) depende absolutamente de esta condición" ⁽¹¹⁷⁾

Placón 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 ir remediable" ⁽¹¹⁸⁾

(116) Anne Duménil, *ib. cit.*, pág. 15.

(117) Anne Duménil, *ib. cit.*, pág. 18.

(118) Anne Duménil, *ib. cit.*, pág. 19.

Hipócrates por su parte era contrario al aborto y en su famoso juramento dice que no se impedirá 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 visceras maternas introduce matices difinidos al atribuirle derechos al "nacituras", siempre que estos le resultaran favorables. Por ejemplo se prohibió el estupro de la mujer embarazada antes de extraer el feto, como así también se ordenó la suspensión de las ejecuciones capitales de la mujer en ese estado⁽¹¹⁹⁾, 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 sólo una ofensa contra la mujer, en tanto que en 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⁽¹²⁰⁾. 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 pudiera 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 Sptimio Severo y Antonino quienes lo castigaban con la pena de destierro y sobre la base que esta patria potestad toman 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 negarle al padre el tradicional señorío sobre la vida de los hijos nacidos o por nacer desaparece su licitud respecto del consentimiento.

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 estadio en que se le dotaba de un alma, es decir que se consideraba que para que el alma habite un cuerpo era preciso que este hubiere alcanzado un cierto perfeccionamiento y organización material.

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

(119) A. Quintana Ripollés, *ob. cit.*, pág. 481.

(120) Francesco Carrara, *ob. cit.*, pág. 313.

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.

Se establece una curiosa distinción para determinar cuanto tiempo después de la concepción es preciso para que el sermín 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.⁽¹²¹⁾

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 obedecer 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 fuese 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 ⁽¹²²⁾ 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 fuese 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

(121) E. Cuello Calón, *ob. cit.*, pág. 18.

(122) Franz Von Lütz, *ob. cit.*, pág. 33.

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 confusio-nismo 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 acerbas contra la puntibilidad 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 general-mente al magistrado francés Spinal y al médico Klotz-Forest quienes fueron seguidos en Alemania por Eduardo Von Lenz 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 entreguerra, cuando la licitud del aborto consentido fue consagrada en los códigos penales de Rusia (1922 y 1926) y de Uruguay (1934).

Actualmente y después de una larga evolución que va desde la consideración del feto como viscera 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.