

EL DELITO DE ABORTO EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA

El interés moral y pastoral que presenta la represión del delito de aborto, castigado también en la legislación canónica, y las profundas alteraciones que su penalidad ha experimentado en la legislación española movieron a la Redacción a solicitar de su autor el presente comentario. (N. de la R.)

Incluye la ley fundamental penal española entre los delitos contra las personas, el aborto. Se observa aquí, sin embargo, con particular destaque el doble contenido que, al objeto de la tutela penal, encierra en la generalidad de los delitos.

Corresponde a Rocco el acierto de distinguir esta duplicidad de misión en la incriminación de las acciones: un objeto genérico, esto es, el interés del Estado en su propia conservación y defensa y al propio tiempo un objeto específico, que es el interés individual que todo delito lesiona o pone en peligro. Junto al interés público o social hay un interés vinculado al particular ofendido directamente por el delito (1).

Como decíamos, en el delito de aborto aparecen claramente representados el interés individual al protegerse la vida y la salud de la madre, gravemente afectada y, a la vez, y por el mismo título, la existencia del feto. El objeto genérico va implícito en el deseo, en el afán de evitar que se malogren seres futuros que representan fuentes de energía, elementos de vida para la conservación y prosperidad de la sociedad. Pero no es esto sólo; antes al contrario, debe apuntarse en este mismo apartado el interés que el Estado siente en defender valores morales, tutelando las buenas costumbres, ya que se ha dicho con acierto la separación efectiva entre Derecho y Moral no supone que aquél sea indiferente a los preceptos morales permitiendo la defensa de un sistema ético que, derivado de la Religión, es aceptado como fundamento de nuestra cultura (2).

Pero la proporción en que se encuentran afectados el interés público y el privado varía considerablemente, no sólo de unas a otras especies de delitos, sino también frente a las distintas concepciones políticas de los

(1) *L'oggetto del reato* (Torino, 1913), pág. 555.

(2) LEVI, "Archivio Giuridico" (1924), pág. 205.

Estados. El valor y función atribuidos al factor individual en el régimen corporativo se proyecta a través del delito que comentamos en forma de radical oposición a las actividades abortivas, por su especial significado de ataque a la vida, obstáculo que se tiende a su finalidad demográfica, tenazmente perseguida.

Muy otra es la postura del Estado colectivista que, en su teórico respeto a la iniciativa individual, implanta la libertad de abortar, como se ha hecho en la legislación soviética. Pero acaso no resulte inoportuno poner en este momento de relieve el exagerado alcance que se le ha atribuido a la posición adoptada por los gobernantes de la U. R. S. S., como ha puesto algún escritor de manifiesto. Formulada la irresponsabilidad de la madre que se ocasiona voluntariamente el aborto por sí o por la intervención de un tercero, el principio encuentra en la práctica una aplicación bien singular, toda vez que la mujer en la persecución de su propósito tropezaba con no escasas limitaciones. Obstáculos fundados, según se dice, no en consideración al futuro ser, fruto de la concepción, sino atendiendo a la integridad de la salud de la propia madre, toda vez que en el régimen anterior el resultado que se obtenía era que de 100 mujeres abortantes, 40 venían a quedar estériles y otro 50 por 100 morían, según datos ofrecidos, entre otros, por PIONTKOVSKII.

El resultado es que la mujer que consiente en la interrupción de su embarazo, mediante la expulsión del feto, ha de acudir a los establecimientos a tal fin existentes, *avortariums*, dotados de garantías sanitarias, para no incurrir en las sanciones legales, que también alcanzan, por cierto, a médicos y matronas que se prestan a actuar fuera de estas circunstancias.

Por otra parte, pasados los seis primeros meses de embarazo, la interrupción del proceso es castigada como homicidio. Pero aun dentro de los seis meses primeros la mujer está obligada a exponer a determinada comisión técnica los motivos que la impulsan a prescindir de la maternidad, figurando entre los argumentos más comúnmente aducidos el abandono del marido, la miseria, enfermedades y la abundancia de hijos, a la vista de lo cual la comisión decide la oportunidad o no del aborto. Cuando, finalmente, se le vuelve a interrogar por el médico si realmente está la mujer decidida a deshacerse del hijo, las tres cuartas partes de las rusas que habían acudido con este fin contestan levantándose para abandonar el *avortarium* estatal en el mismo estado de gravidez en que penetraron (3).

(3) T. NAPOLITANO, *L'aborto nella legge penale sovietica*, en "Scuola Positiva" (1923), págs. 12 y sig.

En 1936 queda expresamente establecida la prohibición del aborto, salvo caso de enfermedad incurable o hereditaria.

La incriminación general del aborto en los Códigos actualmente encuentra escasas excepciones en los que admiten en sus textos con efectos excusantes los motivos que son objeto de examen por los tratadistas, especialmente el aborto terapéutico, el *honoris causa*, el eugénico, el consecuencia de violación y el debido a causas sociales (4).

De entre ellos es el primero el que ofrece mayor interés, por ser el más aceptado en doctrina y legislaciones. Se conoce comúnmente por aborto terapéutico el provocado cuando la vida o la salud de la embarazada se encuentra seriamente comprometida a consecuencia del embarazo, en el sentir de los médicos. De él nos ocupamos más adelante.

Otra de las causas alegadas para justificar el aborto es el producido cuando la concepción es resultado de un delito, especialmente de violación, por entender que a la mujer le asiste la facultad de prescindir de lo que se le ha impuesto bien a su pesar, siquiera ello sea la maternidad.

La consideración de carácter eugenésico lleva en ocasiones a aconsejar el aborto cuando las condiciones biológicas de los padres hagan temer que el fruto de la concepción venga al mundo gravemente tarado en sus condiciones de existencia.

Por último, se indica como admisible la licencia para abortar cuando la situación miserable de la madre le suponga un obstáculo angustioso para subvenir a las necesidades que plantea la presencia de un nuevo ser (5).

* * *

La legislación española vigente, cuyo examen constituye el fundamental objeto de nuestro trabajo, tan sólo ha dado acogida explícita al aborto *honoris causa*.

Precedentes en la legislación se encuentran no sólo en los Códigos anteriores, sino en nuestro antiguo Derecho histórico, que dan muestras de gran severidad al reprimir estas conductas, y así, tanto el Fuero Juzgo como las Partidas, conminan a las que aborten y a los que hacen abortar con penas que llegan incluso a la ceguera y a la pena capital. Rigor análogo muestran los Fueros municipales al regular esta clase de delincuencia.

(4) El T. Supremo español ha denegado la atenuante de estado de necesidad en mujer que se hizo abortar alegando su precaria situación y dos hijos, siendo casada (9-XI-949).

(5) CUELLO CALÓN, *Cuestiones penales relativas al aborto* (Barcelona, 1931).

El Código penal de 1822 muestra una menor dureza en este orden y, entre otras innovaciones, figura la del aborto motivado por el deseo de salvaguardar el propio honor.

El de 1848 distingue también el aborto causado con violencia en la mujer embarazada, el realizado sin aquélla, pero faltando el consentimiento de la mujer, y el consentido. Aparece por vez primera la figura del aborto "ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo".

No introduce otra novedad el Código de 1870 que incluir entre las conductas sancionadas la del farmacéutico que expendiere un abortivo sin prescripción facultativa.

En términos análogos disciplina la materia el cuerpo legal de 1928, Código que no introduce más novedad destacable que la de añadir al farmacéutico el que sin título facilite o expendá sustancias abortivas.

Una disminución de la penalidad, excepto en las pecuniarias a los facultativos, es la característica del Código aparecido en 1932, reproduciendo la doctrina sustancial de sus antecesores, salvo el precepto dedicado a la figura de aborto seguido de la muerte de la mujer embarazada, precepto que había de suscitar más tarde encendida controversia.

* * *

Particular relieve ofrece en este rápido desfile de antecedentes la ley de 24 de enero de 1941, que imprime una evidente acentuación en la penalidad y constituye el anticipo inmediato de la estructuración que iba a adoptar el ordenamiento vigente. El incremento incesante que en proporciones alarmantes experimentara la plaga social del aborto, iba a suministrar fundamento a la severidad que caracteriza la represión en la nueva ley, pretendiendo encontrar aquí el talismán deseado capaz de atajar el grave peligro.

Sociólogos y juristas, moralistas y médicos iban a encontrar en sus cláusulas la oportuna réplica en el campo legislativo. Las impresionantes cifras de las estadísticas que nos hablaban del peligro que se cierne sobre la sociedad, amenazada en su misma existencia, no podían quedar sin reflejo en la potestad punitiva del Estado.

Especializados en la materia admitían como cierto años atrás que el 80 por 100 de los abortos son criminales. En Alemania mueren siete veces más mujeres a consecuencia de aborto provocado que a causa del parto. En Hamburgo, el número de abortos es más del doble que el de partos.

Y, en conjunto, en Alemania se calcula que excede del millón en 1939 la cifra de abortos. Una cantidad similar se adjudica a Francia, y por lo que hace a París, se asimila el número de nacimientos y el de abortos. En los Estados Unidos la proporción es dos abortos criminales por cada aborto espontáneo (6).

En Rusia publicaba "Izvestia" el año 1936 estas cifras del Comisariado de Salud Pública: En las ciudades, 574.000 nacimientos por 375.000 abortos; en pueblos, 243.000 por 324.000, y Moscú, 57.000 por 154.000 abortos.

Por lo que afecta a España, se cifra en 87 por 100 la proporción de criminales entre los abortos totales. Y en Madrid también se admite la misma paridad entre el número de abortos y el de partos.

Como observación de índole general es preciso advertir la dificultad de completar una información exacta en actividades que discurren naturalmente, de ordinario, en la intimidad de la vida privada, rodeadas del mayor sigilo, escapando así muchas veces a toda posibilidad de control.

La reacción que paralelamente se observa en la legislación punitiva, llamada a tutelar los intereses sociales, se manifiesta en España a través de la trascendental citada "Ley para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista" de 1941, que en lo sustancial de su doctrina ha sido incorporada al texto del Código penal de 1944, vigente en la actualidad.

La expresada ley formula por primera vez un concepto del aborto. La novedad es importante, toda vez que la definición, recogiendo la doctrina que venía aceptando generalmente el Tribunal Supremo en sus decisiones, es fundamentalmente distinta de la que proporciona desde el punto de vista obstétrico e incluso del sentido vulgar. En efecto, mientras que en la acepción médica, por aborto se entiende la expulsión prematura del feto, la jurídica es de más amplio contenido por abarcar la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción y también su destrucción en el vientre de la madre.

Hecha esta delimitación frente al concepto médico-vulgar, queda por dilucidar en la definición extremo tan esencial como si la *destrucción* de que habla el artículo ha de reputarse necesaria en todo caso, esto es, también en el primer supuesto, el de la expulsión, o ella sólo se requiere en el segundo, cuando el hecho se produce en el interior del vientre materno. Ciertamente la redacción del precepto ha suscitado dudas en su interpre-

(6) Datos tomados de *El aborto criminal*, del Dr. BERNÁNDEZ RUIZ (Madrid, 1940).

tación, que no ha conseguido disipar la circular de la Fiscalía del Supremo al analizar el significado y alcance de la expresada ley. La solución, no obstante, no puede ser otra que la de admitir el que sólo la muerte del feto integra la figura legal; nada autoriza a admitir que el legislador iba a exigir la destrucción en el segundo caso y no en el primero. O lo que es lo mismo, que mientras en uno de los supuestos la expulsión del embrión bastaba para colmar el tipo delictivo, en el otro había de añadirse exigencia tan esencial como la destrucción, esto es, la muerte del mismo. Sería carente de sentido jurídico el adoptar tal conclusión, por lo que una sana hermeneútica nos obliga a llegar a la solución opuesta, la de entender ampliado al primer supuesto el alcance de la idea expresada por el término destrucción, o mejor dicho, el feticidio (7).

Ahora bien, es principio que impera en nuestra disciplina el que proclama que la redacción de los tipos llevada a cabo en los preceptos legales corresponde a la fase final de la vida del delito, esto es, la a consumación. Ello equivale en nuestro caso a afirmar que cuando la muerte del feto no ha llegado a producirse, habiendo sido éste el propósito perseguido por el culpable, habrá de estimarse la presencia del delito en grado de frustración, siempre que se hayan practicado "todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente", a tenor de la doctrina formulada en la parte general del Código.

Por lo que afecta al objeto material del delito, el aborto se produce a efectos penales en cualquier momento de la gestación, no teniendo, por consecuencia, valor alguno la distinción admitida en nuestro Derecho histórico, procedente del canónico, entre el feto animado y el que no lo está, castigado el primero con penalidad mucho más severa.

Innovación igualmente de índole técnica es la que introduce la expresada ley en su artículo 5.º, de resultados trascendentes por lo que afecta al Derecho positivo, toda vez que lo que aquí se ofrece con carácter de excepción iba a encontrar acomodo en el futuro Código con alcance general, cumpliéndose el vaticinio de la aludida Circular de Fiscalía, que así lo había previsto. Con ello, se afirma allí, llega "al Derecho patrio la aspiración de las escuelas subjetivas del Derecho penal que, fijándose en la peligrosidad del delincuente, demandaban sanción para los hechos reveladores de una evidente voluntad antijurídica, aunque no se pudiera producir el

(7) En el sentido del texto, sentencia de 21-XII-948.

delito previsto y querido, por ser imposible en absoluto o en relación con el medio de ejecución empleado”.

Queda expresado que la novedad no es otra que la admisión de lo que la técnica jurídico-penal designa como delito imposible y tentativa inidónea, que tan sólo había sido objeto de regulación expresa en el Código de 1928, si bien la Ley de Vagos y Maleantes autorizaba la aplicación de ciertas medidas de seguridad para los autores de estos hechos, toda vez que en el imperio de los Códigos anteriores el Tribunal Supremo, siguiendo la tendencia más generalizada en la doctrina, se pronunciaba por la impunidad, especialmente en los casos de imposibilidad absoluta.

No siempre se acierta a distinguir una y otra modalidad, aun tratándose de entidades de naturaleza bien diversa, como con agudeza señala el P. PEREDA, que ve el delito imposible cuando falte, y no por mero accidente, el sujeto pasivo del delito; lo hay también cuando los actos “recaen sobre su sujeto pasivo que en sí mismo o en sus relaciones con la persona delincuente presenta caracteres propios para destruir legalmente la noción del delito querido”, palabras empleadas por CARRARA.

La inidoneidad, por el contrario, dice relación al medio empleado. Hay sujeto pasivo, pero el medio de que se sirve el criminal no es apto para tal fin (8).

Ya hemos anunciado como característica de la ley que nos ocupa la marcada severidad que informa la penalidad en ella conminada y a su motivación hemos hecho igualmente referencia. Pero el loable propósito de detener el incremento del aborto no iba a alcanzar en su integridad la finalidad perseguida, tropezando la dureza de las sanciones con el escrúpulo que los tribunales sentían al enfrentarlas con los hechos que le eran sometidos. El fenómeno observado en otros países se reproduce aquí con pujanza y en aparente paradoja; el rigor de la represión, por excesivo en la práctica, sólo traía anejo el debilitamiento del castigo y, por ende, el crecimiento de la delincuencia que se creía atajar. En Francia, en efecto, se nos informa que el 62 por 100 de los acusados de aborto eran absueltos y en el 81 por 100 se apreciaban circunstancias de atenuación, estimándose como reacción natural del tribunal del jurado ante una ley cuyo rigor se estimaba excesivo.

Por lo que afecta a España, el transplante de la llamada ley de aborto al Código penal común, texto refundido de 1944, no se lleva a cabo sin una acertada poda en la fronda de su penalidad, liberándola así de un lastre

(8) *Un caso de punición del delito imposible*, en “Revista Gral. de Leg. y Jurisprudencia”, 179 (1942), págs. 268 y sig.

que enervaba su eficacia. Un prudente criterio de política criminal, ponderando con justeza las funciones de la pena, concede esta vez valor superior a la prevención especial sobre la general. Prefiere sacrificar parcialmente el fin de la intimidación contenido en la amenaza a la colectividad, con tal de que se logre una efectiva actuación sobre el delincuente al imponérsele la pena. La *realidad* de un castigo moderado ha parecido más oportuno que el *anuncio* de otro más severo. Todo ello en aras de la eficiencia que la ley persigue en su lucha contra el aborto criminal.

* * *

Con esta consigna pasa a ocupar el capítulo III del título VIII de nuestra ley punitiva fundamental. Pueden distinguirse aquí las siguientes modalidades de aborto:

- A) Aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.
- B) Aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no hubo propósito de causarlo.
- C) Aborto producido por la propia embarazada o consintiendo que otra persona se lo cause.

Las tres formas castigadas con la misma pena: prisión menor (9).

- D) Aborto sin consentimiento de la mujer embarazada.
- E) Aborto realizado empleando violencia, intimidación, amenaza o engaño.

Ambas con pena superior a las del primer grupo: prisión mayor (10).

- F) Aborto cuando a consecuencia de él o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare algunas de las lesiones del número 1.º del artículo 420 (pena de reclusión menor) (11) u otra lesión grave (prisión mayor).

- G) Aborto *honoris causa*: a) producido por la misma embarazada o consintiendo que otra persona se lo cause; b) producido por los padres o cooperando a él.

Arresto mayor en las dos modalidades, a menos que resultare muerte al embarazada o con lesiones graves, en que se impone prisión menor.

- H) Aborto causado por facultativo o con su cooperación y por abortadores habituales sin título.

(9) De seis meses y un día a seis años.
 (10) De seis años y un día a doce años.
 (11) Doce años y un día a veinte años.

Las penas correspondientes a las formas anteriores en el grado máximo y multa.

* * *

A) Entrando en el examen de cada una de estas formas, corresponde primero *el aborto con consentimiento de la mujer abortada*. El asentimiento de la mujer es circunstancia que hace disminuir la gravedad del hecho, manifestándose como en otras ocasiones la eficacia del llamado "consentimiento de la víctima" o del ofendido, sin que se llegue en ningún caso a la exención, como en las legislaciones extranjeras anteriormente aludidas. El consentimiento requiere capacidad para prestarlo. La repetida circular establecía que no puede señalarse una edad previa y que había que atenerse a las condiciones psicológicas de la mujer. Otros motivos pueden invalidar el consentimiento, como el trastorno mental permanente o transitorio, aun obedeciendo a estímulos externos, como la embriaguez.

B) *Aborto ocasionado violentamente a sabiendas del estado de embarazo de la mujer cuando no haya habido propósito de causarlo* (art. 412).

La mera formulación del artículo descubre los elementos esenciales integrantes: Un acto de violencia sobre la mujer, conocimiento del embarazo de ésta, que se produzca el aborto a consecuencia de la violencia y que el sujeto activo no se propusiera causar el aborto. Esta última característica marca una radical diferencia con la figura estudiada anteriormente que, como otras examinadas después, requieren el propósito de ocasionar el aborto, lo que equivale a la exigencia de una conducta dolosa.

Estamos, pues, en presencia de una modalidad culposa o por imprudencia del aborto, forma de la culpabilidad excepcional tal y como se encuentran regulados el aborto y también la imprudencia en nuestro Código. Sabido es que éste ofrece un concepto de la culpa que permite aceptar en principio la posibilidad en todo caso de la conducta culposa, sistema opuesto al seguido ordinariamente en las legislaciones extranjeras, que castigan los delitos de esta naturaleza exclusivamente en los casos expresamente previstos en la ley, permaneciendo impunes en los restantes. Ello no obstante, por lo que hace al Derecho vigente patrio, pese a este principio de índole general, deben considerarse excluidos de esta forma de delinquir por imprudencia aquellas figuras delictivas que por su propia esencia conceptual originen una incompatibilidad entre la culpa y la descripción legal en cada caso, la cual lleva alojados a veces elementos de índole subjetiva

que se oponen a aquélla. Y este es el caso de las figuras de aborto que incluyen el requisito de "propósito" y, aun otras que por definición presuponen la conducta dolosa. Por esto decíamos que el artículo que examinamos es una excepción, dado que el delito está disciplinado en el Código por motivos no sólo técnicos, sino de índole práctica, dando visión primordial a los hechos dolosos. Como consecuencia de lo expuesto, entre las hipótesis culposas de aborto impunes en nuestro Derecho, según R. MUÑOZ, están: 1, aquellas en que la mujer cause imprudentemente o por negligencia su propio aborto; 2, los provocados por otra persona sin empleo de violencia (administrando, v. gr., a la mujer que se sabe embarazada medicinas peligrosas para su estado); y 3, el aborto causado por quien no sabiendo con certeza el estado de embarazo de la mujer, lo sospecha o debía sospecharlo (12).

Añadamos que en el primer grupo cabe incluir algunas de las formas que apunta el P. FIGAR: bailes, largas caminatas, cabalgadas, fajas ceñidas, etc. (13), cuando no se haya traspasado la imprecisa frontera que separa esta zona y la del dolo eventual por ponerse en juego estas conductas, "aunque el aborto se produzca", según la fórmula de FRANK, como en efecto puede ofrecerse en no pocas hipótesis.

La tesis expuesta de R. MUÑOZ no es compartida, entre otros, por CUELLO CALÓN, que entiende puede la mujer ser responsable por imprudencia del propio aborto (14).

C) *Aborto causado por la propia embarazada o consintiere que otra persona se lo cause* (art. 413) (15).

Es conceptuado de la misma gravedad por la ley, a efectos de la penalidad que los dos supuestos anteriores, motivo por el que los hemos agrupado para su análisis. Comprende el artículo dos conductas distintas: Procurarse a sí misma el aborto y dar a otro autorización para que se lo cause. Mientras el primer caso, el autoaborto, basta con la intervención de la mujer para que el delito pueda producirse y es ella el sujeto activo, el otro supuesto precisa la intervención de un tercero, por ser insuficiente a todas luces un mero consentimiento, aunque sea el de la embarazada, para que el aborto tenga lugar. No es aquí ya, por tanto, la mujer el sujeto activo de la infracción, como en el primer supuesto, incurriendo, por con-

(12) *Derecho Penal*, vol. II (Madrid, 1949), pág. 247.

(13) A. GARCÍA FIGAR, O. P., *Curso superior de Moral Católica* (Madrid, 1947), pág. 253.

(14) *Derecho Penal*, vol. II (Madrid, 1948), pág. 445.

(15) La mujer que se hace abortar se convierte a sí misma en sujeto pasivo a la vez del delito (15-X-949).

siguiente, en error el reputado especialista, que afirma ser este precepto (el segundo caso del 413) "una repetición del contenido en el número 2 del 411 y sólo imputable a inexplicable descuido". El 413 sanciona el consentimiento que presta una embarazada para hacerse abortar por "otro", y el 411 (2.º) castiga a ese "otro" que causa el aborto a una mujer que consiente en ello. La ley ha estimado la oportunidad de penar la pasividad, la falta de oposición, el permiso de ésta y también la actividad del efectivo abortador (16).

D) *Aborto sin consentimiento de la mujer* (art. 411, I.º).

Constituye con la siguiente formas agravadas una y otra.

Ya se ha puesto antes de manifiesto la eficacia del asentimiento en la embarazada, pues si bien no existe en nuestro Derecho un precepto que con carácter general, al estilo del Código italiano, otorgue validez al consentimiento del ofendido, la parte especial del nuestro presenta, y aquí tenemos una muestra, ejemplos que ponen de manifiesto la influencia que ejerce al graduar la responsabilidad.

En rigor, aquí el título del sujeto pasivo pertenece con más propiedad al feto, el cual reúne en esta ocasión, además, la condición de objeto material del delito (17).

E) *Empleo de violencia, intimidación, amenaza o engaño* para realizar el aborto en el primer caso o para obtener el consentimiento en el segundo.

El uso de estos medios da lugar a la elevación de la pena hasta su grado máximo. Pero, como hace observa QUINTANO (18), se hace difícil concebir la figura simple del aborto no consentido, esto es, sin la agravante específica que acompaña la acción del abortador, por lo menos el engaño.

Pero si la violencia puesta a contribución constituye por sí un delito, podría darse un concurso delictivo punible con arreglo al artículo 71.

F) Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, *resultare la muerte* de la mujer o se

(16) Sentencias del Supremo aplicables a este precepto declaran que la agravante de precio, aquí frecuente, al no ser esencial, deberá funcionar como agravante también para la abortante que lo paga (26-V-947), id. (15-X-949).

(17) Constituye delito complejo de parricidio y aborto el que mata a su mujer por negarse a tomar un abortivo (Sentencia 24-I-932).

(18) *Comentarios al Código Penal*, vol. II (Madrid, 1946), pág. 244.

le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 1.º del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor (411, párrafo final).

La animada controversia suscitada en torno a la propiedad con que el legislador ha regulado esta figura a través de los últimos textos—Código del 32, ley del 41 y Código actual—aparece resuelta, por lo que al vigente se refiere, a favor de considerarla como una típica manifestación de delito cualificado por el resultado (19), con las consecuencias inherentes a la aceptación de esta forma de responsabilidad penal. En consecuencia, se atribuye al agente el resultado no querido de su conducta dolosa. El que con propósito feticida produce un aborto, habrá de responder de la muerte o lesiones graves causadas a la mujer, aunque estuviere fuera de su voluntad llegar a este resultado.

La ley, para lograr un castigo mayor, acude a una fórmula que se aparta de la doctrina de la culpabilidad. Se impide con ello el libre juego de la atenuante de preterintencionalidad, número cuatro de las enunciadas en la parte general, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia del Supremo (20).

La discusión, estéril de *lege lata*, dada la elocuencia del precepto, ofrece, sin embargo, amplio campo de matices y extensión en lo que afecta a su fundamento. Pero por constituir aquél y no éste nuestro esencial cometido como al que no lo es, la agravación no tiene efectividad dentro de este último en el supuesto de lesiones graves, que no sean del número 1 del artículo 420, por estar señalada la misma pena para uno y otro caso.

La agravación que comentamos, para tener aplicación, preciso es que la muerte o lesiones sean efecto de los medios o prácticas encaminadas a producir el aborto, pues si son causadas para vencer la resistencia opuesta a las maniobras abortivas, el precepto aplicable es el contenido en el párrafo anterior.

Tanto el delito imposible como la tentativa inidónea, modalidades distinguidas por el P. PEREDA, a que aludíamos antes, cuando no den lugar a muerte o lesiones graves, lejos de quedar impunes, podrán estar sometidas a las prescripciones del artículo 52, que las sanciona genéricamente en su segundo apartado.

Por expresa disposición del 414, quedan excluidos de la penalidad de este párrafo los padres de la abortada, a quienes se les asigna pena menor cuando actúen impulsados por el llamado móvil de honor. Con mayor fun-

(19) ROSAL, *Aborto con resultado de muerte*, en "Estudios Penales" (Madrid, 1948), pág. 105.

(20) Entre otras sentencias, las de 30-I-948 y 10-XI-948.

damento, y aunque el texto no lo exprese, la mujer víctima de estas maniobras productoras de lesiones graves, sólo tendrá que responder por el 413 o por el 414, cuando concurra la especial motivación que pasamos a exponer.

G) *Aborto "honoris causa"* (414).

Forma privilegiada con penalidad notablemente disminuída es el denominado aborto *honoris causa* (21). Se acentúa de ésta forma el relevante valor concedido al móvil del delito, toda vez que constituye por sí una circunstancia general de atenuación de la responsabilidad, incorporada al Código en la última reforma de manera expresa, pues ya antes era susceptible de referirla a alguna de las existentes.

El influjo que al motivo de la conducta en el agente otorga el derecho penal, se hace patente a través de éste, entre otros varios artículos, para poner de manifiesto que la diversidad de ordenamientos no supone, antes al contrario, que la legislación punitiva sea ajena a los dictados de la Moral.

Al regular el Código esta modalidad, introduce una modificación que viene a zanjar el espinoso problema existente en la ley especial. Se hace constar, en efecto, en la redacción actual, la exigencia de que para alcanzar a los padres el beneficio de la atenuación en el aborto de la hija, preciso es que cuenten con el asentimiento de ella en la producción o cooperación. Con oportunas razones se examinaba el problema en la Circular de la Fiscalía, ponderando los argumentos que se agrupan a favor de una y otra solución. Sobre el estímulo, común en padres e hija de preservar el honor familiar, ha prevalecido, entre otras, la consideración de que en la delicada situación sólo la voluntad de la madre debe ser lo decisivo para adoptar una determinación. La consecuencia es que faltando el acuerdo de la hija los padres responderán por el título común del número 1 del artículo 411, aunque la causa de honor no hará difícil encontrar acomodo entre alguna de las circunstancias de atenuación antes aludidas.

Por lo demás, la ampliación del beneficio penal a los padres aparece en la ley de 1941 por vez primera en nuestro derecho positivo, innovación que los comentaristas venían reclamando dada la analogía de situaciones con el infanticidio. Pero de ningún modo debe ampliarse a los demás ex-

(21) Para que este precepto entre en juego es necesario que en las afirmaciones de hecho de la sentencia conste claramente expresado el propósito que impulsó a la mujer a provocar su aborto (28-II-949), a lo que puede oponerse la mala conducta de la abortante (28-VI-944).

traños que produzcan o contribuyan a la realización del hecho (22), que deberán ser juzgados conforme al artículo 411 (23).

H) *Aborto causado por facultativo con abuso de su arte* o cooperando a él y por los que sin hallarse en posesión de título sanitario se dedicaren habitualmente a esta actividad (415). La ley, a estos efectos, comprende en el facultativo a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios (24).

Ya quedó antes apuntado que se instituye aquí una agravación de la pena considerando la especial cualidad concurrente en el sujeto activo de la infracción (25).

Pero la ley añade un requisito al agravar la responsabilidad del facultativo que causare o cooperare al aborto, y es la de obrar "con abuso de su arte", cuyo sentido es altamente delicado y trascendental, toda vez que decide la posición del médico frente a problemas tan debatidos como el aborto terapéutico. Si no se procede con abuso de su arte, el facultativo no sólo está a cubierto de la agravación, sino que su conducta será impune, lo que supone autorización para provocar el parto prematuramente o para causar la muerte del feto en el seno materno, cuando lo exijan la vida o la salud gravemente comprometida de la madre (26).

No debe descartarse, sin embargo, la posibilidad de encontrar en nuestro régimen legal, pese a la falta de un precepto expreso en la parte especial, al igual, por ejemplo, del artículo 120 de moderno Código suizo (27), la posibilidad, decimos, de encuadrar estas conductas entre los preceptos de la parte general, no ya sólo de los que atenúan, sino incluso llegan a excluir íntegramente la responsabilidad. La doctrina se muestra ordinariamente favorable a incluir estas conductas entre los supuestos del llamado estado de necesidad, que es la solución correcta, y no, en cambio, entre la legítima defensa, por faltar la agresión ilegítima, que es requisito fundamental. Mientras en el estado necesario, observa ANTON ONECA, ambos intereses pertenecen a inocentes, en la legítima defensa el sacrificado corresponde a un injusto agresor (28).

(22) Entre otras, sentencia 17-IX-930.

(23) Idem id. 28-IV-946.

(24) Es de aplicar el grado máximo a la comadrona que ejecuta materialmente el feticidio en mujer que tuviera a su favor una atenuante personalísima (9-XI-949).

(25) El hecho de acceder a los deseos de la procesada proporcionándole una sonda mediante el abono de 100 pesetas, que aquella utilizó para interrumpir su embarazo, está dentro del 415 y no sólo en la indicación simple del 416 (Sentencia 28-IV-946).

(26) CUELLO CALÓN, *D. Penal*, pág. 447.

(27) Establece la impunidad del aborto terapéutico, siempre que se den: consentimiento escrito de la mujer, aprobación de dos médicos y amenaza de la vida o la salud grave.

(28) *Derecho Penal*, vol. I (Madrid, 1949), pág. 267.

La doctrina de la Iglesia católica en este punto es ya conocida a los lectores de esta REVISTA (28 bis). Pero interesa a nuestro particular cometido de expositor de la doctrina legal positiva hacer presente que para establecer los términos en que descansa la discrepancia no es suficiente la afirmación de que la Iglesia condena lo que la ley penal admite. Sin perjuicio, repetimos, de la ulterior precisión, queremos anticipar que la tesis, en sus debidos límites, no se presenta en forma ni tan absoluta ni tan simple. Porque si bien el canon 2.350 del Código de Derecho Canónico sanciona a los que "procuren el aborto" y la encíclica "Casti Connubii", de Pío X, establece que ya se cause la muerte a la madre, ya a la prole, siempre será contra el precepto de Dios y la voz de la Naturaleza que clama "No matarás"... y se mostrarán indignos del nombre de médicos quienes procuraren la muerte de la una o de la otra so pretexto de medicinar o movidos por una falsa misericordia..." por lo que comenta el P. PUJILUA, intentar el aborto poniendo una acción directamente occisiva del embrión, en ningún caso es lícito, aunque sea para salvar la vida de la madre, porque no puede hacerse un mal para alcanzar un bien, por lo que no es admisible, añade con ejemplo gráfico, hurtar una cantidad para hacer decir una misa (29), los escritores al construir sus doctrinas llegan a conclusiones que importa conocer.

No hay delito, por consiguiente, "si la acción puede producir dos efectos, uno de ellos el aborto, y no se busca directamente éste, sino el otro", dicen al comentar el citado canon MIGUÉLEZ, ALONSO y CABREROS (30). Afirmada la licitud de la aceleración del parto—cumplido el sexto mes—, siempre que haya causa grave, cual puede serlo la necesidad de salvar la vida del feto o la de la madre, distingue L. ALONSO MUÑOYERRO el aborto directo—medios puestos por el médico encaminados a expeler el fruto, aunque la finalidad perseguida sea buena, esto es, la salud—del indirecto, en que para combatir la enfermedad de la madre se ponen a contribución medios que de rechazo o como consecuencia producen el desprendimiento del feto. Obtiene la consecuencia de ser principio admitido por todos los moralistas que "a falta de otros medios inofensivos o menos peligrosos, la ley natural no prohíbe al médico prescribir un remedio que juzga necesario o al cirujano practicar una operación considerada indispensable, encaminados ambos procedimientos, por su naturaleza e inmediatamente, a combatir una enfermedad mortal o muy grave de mujer embarazada, pero

(28 bis) Cfr. AGAPITO DE SOBRADILLO, *Dos Códigos de Deontología médica*, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, 3 (1948), 749-764, en especial 755 y 763.

(29) *Embriología* (Barcelona, 1922), págs. 289 y sig.

(30) *Código de Derecho Canónico* (Madrid, 1945), pág. 766.

con peligro de que al propio tiempo, o como consecuencia, se produzca la muerte del feto o se provoque el aborto". Ilustra la materia con un ejemplo: si la madre es perseguida por una fiera, nadie se atreverá a recriminarla si emprende una fuga precipitada, aunque se prevea el aborto. De la huida se siguen dos efectos: uno bueno, su salvación, y otro malo, el aborto. El primero es intentado; el segundo, permitido, pero no medio de donde se haya obtenido el bueno. Existía, además, una causa proporcionalmente grave: la necesidad de salvar la vida (31).

Concisamente, y abundando en la misma posición, afirma FIGAR: "A la madre enferma se le pueden administrar todos los remedios, medicinas e intervenciones quirúrgicas necesarias a la cura de su enfermedad, *aun previendo* que con ellas se ha de producir el aborto y la muerte del ser concebido. La madre tiene derecho a su salud y a su vida, y el remedio va dirigido a conseguir este efecto bueno" (32).

Salta a la vista después de lo expuesto que en buena parte de los llamados abortos terapéuticos que la ley penal autoriza no podrá mantenerse con fundamento la tesis de su indiscutible oposición a los dictados de la Moral y de la Iglesia. En el examen del caso concreto habrá de descartarse, por lo que acabamos de ver, aquellas intervenciones directamente encaminadas a proporcionar la salud de la madre, aquella serie de medidas o remedios que tiendan a conservar aquella vida en grave peligro, aunque en la persecución de este fin se produzca el resultado del feticidio, y este resultado no querido haya sido, sin embargo, previsto, se haya considerado su peligro y representado su posible acaecimiento.

Es demasiado trascendental la diferente valoración que el derecho penal otorga a las situaciones comprendidas por ALONSO MUÑOYERRO bajo el dictado de aborto directo e indirecto, que acabamos de exponer, para que uno y otro vayan a quedar englobados bajo el mismo denominador. Ello equivaldría a dejar en el olvido la doctrina de la culpabilidad en su amplio contenido y la multiplicidad de matices que la ciencia punitiva acertara a distinguir dentro del ámbito del dolo y de la culpa. Lleva consigo aparejada la dificultad procesal inherente al elemento intencional, esto es, el espinoso problema de la prueba, pero no releva ello de afrontar una solución que sería establecer "*a priori*".

(31) *Moral médica en los Sacramentos de la Iglesia* (Madrid, 1941), pág. 207.

(32) *Ob. cit.*, pág. 254.

Como complemento de los preceptos que anteceden, el Código incluye en su articulado ciertos hechos que facilitan el aborto. A esta clase pertenecen los del farmacéutico que sin la debida prescripción facultativa expendiere un abortivo (art. 415, ap. 3.º). El 416 castiga actividades encaminadas a la práctica o propaganda anticoncepcionista, y el 417, final del capítulo, determina una especial inhabilitación para los culpables de aborto.

Digna es de señalarse, asimismo, la Circular de la Dirección de Sanidad de 12 de febrero de 1902, que establece la obligación para los facultativos de denunciar la provocación de los partos de los embarazos normales y las maniobras operatorias innecesarias y muy especialmente si hubieren causado accidentes a la madre o a la criatura.

El artículo 16 de la repetida ley de 1941 confirma este deber de médicos, practicantes y matronas de poner en conocimiento de la autoridad la producción de los abortos a que asistieran. Tanto este artículo como el 15 y 17, de contenido análogo, permanecen en vigor en opinión de CASTEJÓN, en virtud sin duda de lo dispuesto en el artículo final del Código, por no oponerse ni contradecir a lo establecido en este cuerpo legal, toda vez que, como hace notar SÁNCHEZ TEJERINA (33), las sanciones en ellos contenidas son de carácter puramente gubernativo y no impuestas por las autoridades judiciales.

CONCLUSIONES

1.ª Puede registrarse como fenómeno general la represión del aborto, que ha tenido lugar en las legislaciones punitivas de todos los tiempos y países en su afán de proteger la vida del embrión y la de la madre, las buenas costumbres o las finalidades demográficas.

2.ª Por lo que afecta a España, es característica en este orden la ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propagación anticoncepcionista.

3.ª El contenido sustancial de esta ley ha sido incorporado al Código penal común en su última reforma de 1944, si bien la penalidad ha experimentado una notable atenuación.

4.ª La única modalidad de aborto a que la ley española concede régimen privilegiado en la sanción es el motivado por el propósito de ocultar la deshonra de la embarazada.

(33) Ob. y lug. citados.

5.º No obstante, la intervención del facultativo en el aborto terapéutico, a falta de precepto expreso que lo autorice, como sucede en no pocas legislaciones extranjeras, puede merecer la impunidad a tenor de las circunstancias generales de exención; y

6.º Los principios fundamentales en que descansa nuestra legislación positiva no suponen que necesariamente el aborto terapéutico haya de constituir en todo caso una evidente infracción de los preceptos de la moral católica, antes al contrario, con frecuencia la conducta del médico permitida por la ley penal estará de acuerdo con las enseñanzas del dogma.

ANTONIO PELAEZ DE LAS HERAS

Profesor en la Universidad civil de Salamanca