

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Enero 2016

37

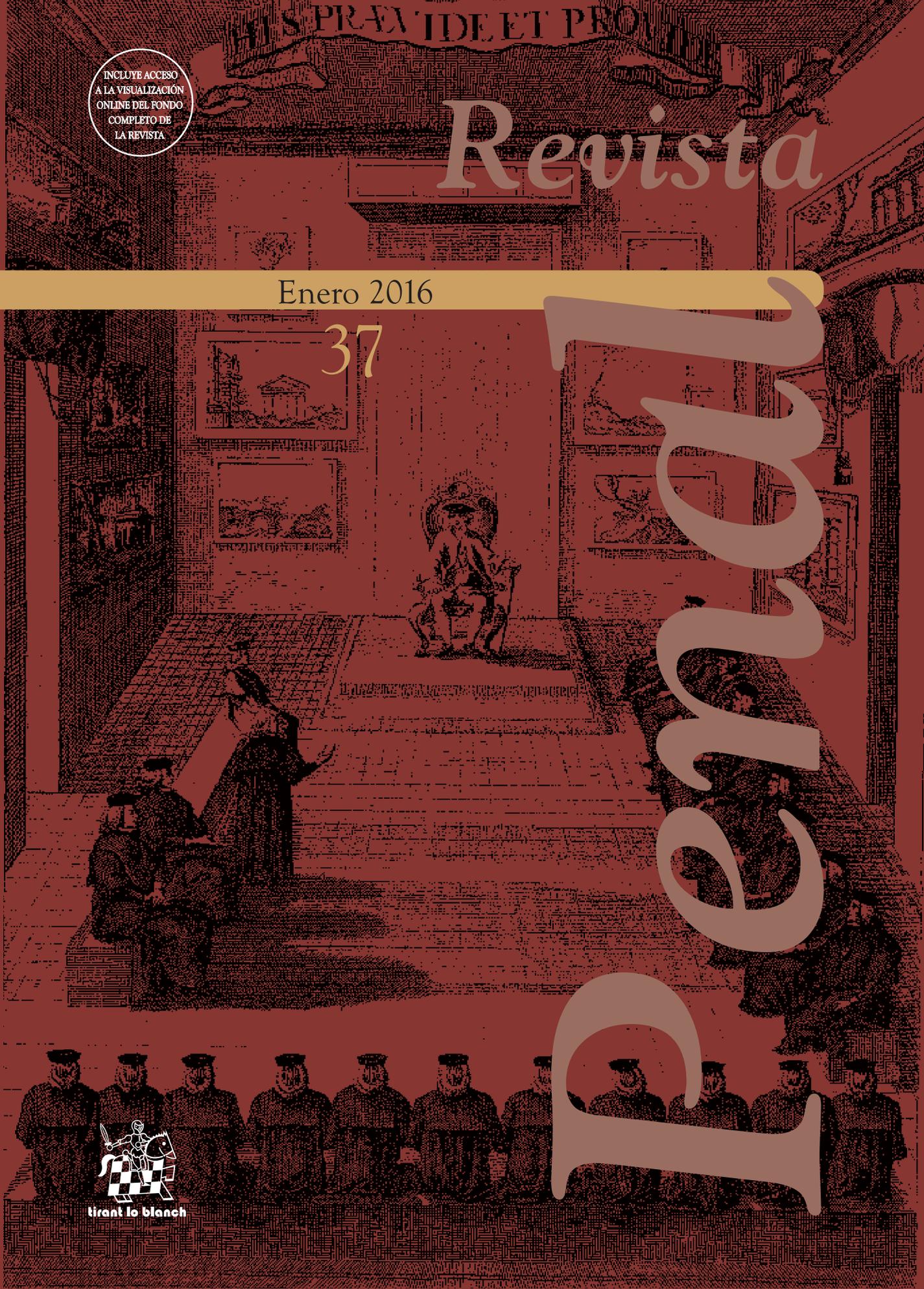
Revista

Revista Penal

Enero 2016



Penal



Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El delito de aborto (Abortion)

Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer*

Universidad de Colonia

El aborto es un “tema eterno” en la historia humana, ya que siempre han existido intervenciones para el término de embarazos no deseados. El debate acerca de como resolver el conflicto, entre el interés de la auto-determinación de las embarazadas y el interés protector del niño aun no nato, ha sido también en Alemania discutido muy intensamente.

I. DESARROLLO HISTÓRICO

1. De la Edad Media hasta el Derecho Penal Particular

En la “Constitutio Criminalis Carolina” (CCC) de 1532 el aborto de un feto aun no formado, era calificado como delito bagatela, por el contrario el aborto de un feto ya formado era considerado como un crimen capital. Esta división se basaba en la doctrina aristotélica que afirma que cada ser humano posee un alma (“Beseelung”), y que fue adoptada por el derecho romano y más tarde por el derecho canonical². Recién en el siglo 19 los códigos penales de los **Estados Particulares** alemanes desistieron de esta doctrina y penalizaron el aborto por toda la duración del embarazo; sin embargo, existían multas que variaban en su gravedad, según el momento del aborto ya constatado.

2. Del RStGB (Código Penal del Reich) hasta el tiempo de posguerra

El RStGB de 1871 comprendía en el §218 I RStGB no sólo el auto-aborto por la embarazada como crimen, sino también en el §218 III RStGB el aborto realizado por terceros, amenazando éstos con el presidio (Zuchthaus) de hasta cinco años, es decir, con una pena de reclusión agravante, en la cual los detenidos eran sometidos a trabajos forzados.

La participación remunerada, proporcionando el uso o aportando una medicina abortiva, estaba castigada por el §219 RStGB hasta con diez años de presidio. Una ruptura del embarazo contra la voluntad o sin conocimiento de la embarazada estaba penada en el §220 I RStGB con presidio no menor a dos años. Un aborto que causara la muerte de la embarazada, estaba castigado por §220 II RStGB con presidio no menor a diez años o pena de presidio perpetuo. En el año 1926 se reformaron estas prescripciones, resumiéndolas en los §218 I-IV RStGB, quedando así solamente una pena de prisión “normal” (es decir, prisión sin trabajos forzados). Ya para la doctrina dominante (h.M.)³ de ese entonces, el principal bien jurídico protector era la vida del niño aun no nato y secundariamente la salud de la embarazada. Por el contrario, para una parte de los autores contemporáneos el bien jurídico era un “interés político de población” y la protección de un “bien legal de la totalidad” (Rechtsgut der Gesamtheit)⁴.

El RStGB no contenía normas o **indicaciones** para un aborto exento de castigo. Sin embargo, en las ciencias jurídico penal estaba reconocida una justificación según doctrinas generales, por ejemplo, para la salvación de la vida de la madre. El Juzgado del Reich (RG) reconoció en 1903 primeramente la indicación medicinal de una interrupción del embarazo, a favor de la vida o la salud de la madre, como un sobre legítimo (übergesetzlich) estado de necesidad disculpante⁵ (entschuldigender Notstand), en 1927 luego como estado de necesidad justificante⁶ (rechtfertigender Notstand). En 1933 el legislador aceptó implícitamente esta interpretación, de manera que el nuevamente incorporado §219 RStGB, penalizaba la difusión, recomendación o puesta en circulación de medicinas aptas para un aborto, mientras excluía casos, en los cuales se realizaba por motivos medicinales una “interrupción del embarazo necesaria”⁷. En 1943, durante la segunda guerra mundial, los nacionalsocialistas reformaron por prescripción, tam-

bién los §§218 ss. RStGB⁸. Según las nuevas reglas, los casos agravantes especiales de auto-aborto, fueron castigados nuevamente con el presidio a trabajos forzados. Además, en los casos del aborto por terceros, tenía que ser obligatoriamente reconocida una pena de muerte, si el autor a raíz de tal aborto “haya dañado la fuerza vital del pueblo alemán de modo continuó”. Esta extensión descabellada se eliminó en 1953⁹.

3. Gran reforma de derecho penal

Durante la gran reforma de derecho penal en el tiempo de posguerra, los proyectos de Ley del gobierno preveían en 1960 y 1962 la punibilidad del aborto bajo el reconocimiento de una **indicación** médica justificada. En el proyecto Alternativo de un StGB parte especial, que fue publicada en 1970 por profesores de derecho penal, votó la mayoría contra esta regla y por una **solución de plazos con un deber de consulta y a recibir asesoramiento**¹⁰. En abril de 1974 la coalición de gobierno de entonces (SPD/FDP) aprobó el proyecto de un § 218a StGB, que permitía el aborto sin mas requisitos, según una neta **solución de plazos (Fristenlösung)**, durante las primeras 12 semanas de embarazo¹¹. Los estados federales de Baviera y Baden-Wurtemberg acudieron en contra de este proyecto de Ley al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG); éste bloqueó por disposición provisional la entrada en vigor del proyecto de Ley y lo declaró en febrero de 1975 en el así nombrado **1. juicio de solución de plazos**¹² (**1. Fristenlösungs-Urteil**) como anticonstitucional y nulo: El proyecto de ley sería incompatible y no concordaría con el Artículo 2 II 1 y Artículo 1 I de la Constitución (GG), si es que el aborto fuera también impune, aún cuando para aquél no existiera ninguna indicación medica; ya que la historia del origen del Artículo 2 II 1 de la Constitución (GG) sugiere que también cada individuo humano aun no nato, sería propietario de la dignidad humana, debe estar este derecho fundamental por la vida, también protegido por el estado.

La coalición de gobierno presentó en octubre de 1975 el proyecto de Ley de una **normativa de indicaciones (Indikationenregelung)**, la cual extenuó al máximo el margen legislativo expuesto por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). Este proyecto de Ley contenía cuatro indicaciones que culminaban en una justificación; una “médico-social”, una “embriopática”, una “criminológica” y la indicación de “estado de necesidad general”. La indicación “embriopática” permitía un aborto dentro de un plazo de 22 semanas desde la gestación, “si es que el niño

sufriría debido a un carácter hereditario o influencias perjudiciales antes del nacimiento, un daño no superable de su estado de salud de tal magnitud, que una continuación del embarazo no podría ser exigida por la embarazada”. Complementariamente regulaban los §§ 218b-219c StGB un procedimiento de consulta y la constatación de la indicación, así como hechos preliminares y posteriores. La reorganización entró en vigor el 21.6.1976. En la práctica se hizo en muy corto plazo uso de la indicación de estado de necesidad general, en más de un 90% de los casos, dado que ella al fin y al cabo era aún válida, si la continuación del embarazo no podía ser exigida o era “intolerable” también por consideraciones financieras¹³. La aplicación del §218a StGB acabó por ende, en un arreglo de plazos, como el Tribunal Constitucional en sí, ya había declarado como anticonstitucional.

4. Reunificación alemana

La reunificación alemana del 03.10.1990 exigía una conciliación para toda Alemania, dado que en la República Democrática Alemana (RDA) existía desde 1972 una neta solución de plazos, en la cual era permitida una interrupción del embarazo durante los primeros tres meses, sin otro requisito. El contrato de unificación¹⁴ obligaba al legislador a sustituir los arreglos en los estados federales antiguos y en los nuevos hasta fin de 1992 por un arreglo uniforme. La cámara baja del parlamento alemán (Bundestag) cumplió tal obligación, aprobando así la “Ley de Ayuda Familiar y Embarazadas” (Schwangeren- und Familienhilfegesetz), SFHG, del 27.7.1992¹⁵. El § 218a StGB debía incluir ahora una **solución de plazos y de indicación**. Durante las primeras 12 semanas, sería legítima la interrupción del embarazo según §218a I StGB, si la embarazada así lo exigiera y no fuera efectuado, antes de tres días después de una consulta por un médico. Además, según §218a II, III StGB habían dos indicaciones, la embriopática y la medicinal, las cuales seguían representando una causa de justificación.

Después de ser consultado, el Tribunal Constitucional Federal bloqueó por disposición provisional también la entrada en vigor de esta reorganización y declaró así en el **2. juicio de solución de plazos** del 28.5.1993¹⁶ el nuevo §218a I StGB como anticonstitucional. El Tribunal resaltó nuevamente, basándose en el primer juicio, que también la vida humana aun no nata esta protegida por el Art. 1 I, Art. 2 II de la Constitución y su derecho a vida no dependería de la aceptación por parte de la madre; el aborto tendría que

estar contemplado “por toda la duración del embarazo de un modo general como injusticia y por consiguiente estar prohibido jurídicamente”¹⁷; la embarazada tiene el “deber jurídico (Rechtspflicht) y una obligación legal fundamental” de no interrumpir el embarazo¹⁸; si bien, al legislador no le estaba impedido cambiar a un concepto, en el cual, la primera fase del embarazo se concentre en una consulta y asesoramiento y permita así la interrupción del embarazo sin indicaciones, sin embargo, los abortos, cuales hayan sido realizados por la libre decisión final de las embarazadas, no podrían ser declaradas como legales¹⁹.

En la doctrina científica, el juicio causó en su mayoría un rechazo debido a tres motivos²⁰: En primer lugar el origen del Art. 2 II 1 de la Constitución (GG), precisamente no evoca ni indica, que el derecho a la vida incluya además la vida que germina o en desarrollo; también en los reglamentos y normas más básicas, la noción “ser humano” estaría siempre relacionada sólo con el hombre ya nacido, pero no con el feto. En segundo lugar la embarazada no tiene ninguna obligación fundamental de tener a su hijo (Austragungspflicht); el derecho fundamental a la vida no le concede al feto ningún derecho para el empleo positivo del cuerpo de la madre; contrariamente a la interpretación del Tribunal Constitucional la “relación única de madre e hijo” en el embarazo no relaciona ni une necesariamente la prohibición de homicidio por omisión con la “obligación positiva de tener al niño (durante el embarazo) y de dar a luz”. En tercer lugar sería inconsistente aceptar que un aborto, siendo efectuado por una última decisión libre de la embarazada fuera “ilegal”, mientras que acciones, a cuya ejecución, fueran siempre “legítimas”, ya que el orden legal le concede a personas privadas la competencia de tomar una decisión final; sería falso exigir la denominación de una acción como “ilegal”, y por lo demás considerarla como legítima; así estaría por ejemplo, el contrato de aborto vigente y serían otorgados en caso de necesidad financiera hasta ayudas sociales para la financiación de la interrupción del embarazo.

Teniendo en cuenta el fallo se presentaron nuevamente en 1994 varios proyectos de Ley para conseguir finalmente una resolución para toda Alemania. El 21.8.1995 la cámara baja del parlamento alemán (Bundstag) aprobó después de muchos debates polémicos la Ley para la modificación de la ya vigente Ley de Embarazadas y ayuda Familiar (SFHÄndG)²¹, que entró en vigor el 01.10.1995. La nueva versión de los §§ 218-219b StGB son válidos hasta el día de hoy.

II. CONFIGURACIÓN VIGENTE DE LOS §§ 218-219B STGB

1. §218 StGB - el aborto

El §218 StGB es la **figura delictiva general**, que penalizan no sólo el aborto premeditado a través de terceros, sino también el auto-aborto. Sin embargo, la protección comienza sólo con el anidamiento del embrión en el útero de la madre, es decir, aproximadamente a partir del día 14 después de la fecundación del óvulo: según el párrafo 1 S. 2 StGB no cuentan acciones, cuyo efecto acontezcan antes del fin del anidamiento, como un aborto. Esta restricción se puede explicar con los típicos problemas de prueba que existen antes del anidamiento, y que según la doctrina dominante es de ser constitucionalmente aceptada²². Impunes son por ejemplo, el empleo de diafragmas y espirales, como también el consumo de la “píldora del día después”, (sustancias activas: Levonorgestrel, Ulipristalacetat), mientras que el consumo de una “píldora de aborto” (sustancia activa: Mifepriston) es punible, sólo si es que ella provoca que el feto sea expelido, después del anidamiento²³. Cómo sea causada la muerte del feto, no juega ningún papel. La doctrina dominante incluye también el caso, en el que después de la muerte cerebral de la embarazada, los esfuerzos para el mantenimiento artificial de las funciones vitales del cuerpo maternal para la salvación del feto, hayan sido suspendidas²⁴.

El **aborto a través de terceros** esta penado por §218 I 1 StGB con una pena de reclusión de hasta tres años o con multa. En **casos especiales graves** con una pena de reclusión de seis meses hasta cinco años según el §218 II 1 StGB. §218 II 2 StGB regulariza dos supuesto - regla (Regelbeispiele), por un lado que el autor actué contra la voluntad de la embarazada (número 1), por otro lado, que él imprudentemente cause el peligro (concreto) de la muerte o un daño de salud grave de la embarazada (número 2). §218 III StGB amenaza el **auto-aborto** sólo con una pena de reclusión de hasta un año o multa, privilegia de este modo a la embarazada. Además, la **tentativa** del auto-aborto es exento de castigo según el §218 IV 2 StGB. **La tentativa** de un aborto a través de terceros es por el contrario punible según el §218 IV 1 StGB. Incluso el uso de medios evidentemente inadecuados para un aborto (por ejemplo, el aborto con té de manzanillas) puede causar según 23 III StGB (tentativa de manera grave incomprensible) una punibilidad. **Hechos extranjeros** pueden ser castigados según §218 II 2 IV 1 StGB por derecho penal alemán, si el autor en el momento del hecho tenga la

nacionalidad alemana (§5 número 9 lit. a StGB). En los casos restantes del §218 StGB el derecho penal alemán solo es aplicable, si el autor al momento del hecho es alemán y tiene además su base de vida dentro del país (§5 número 9 lit. b StGB). Por el contrario, el derecho penal alemán no es aplicable, si alemanes son participantes en un aborto que un extranjero efectúa en el extranjero a una extranjera²⁵.

El **significado práctico** del §218 StGB es muy pequeño, ante la fácil disponibilidad de un aborto exento de castigo. En 2013 sólo se registraron 61 casos²⁶. Condenados en 2013 fueron sólo tres hombres y dos mujeres, la cual una de ellas como adolescente (18-21 años), fue condenada según el derecho penal juvenil²⁷. Los hombres recibieron una pena de reclusión (1 x 6 meses; 1 x 6-9 meses; 1 x 1-2 años), a los cuales se les concedió la remisión condicional de la pena; contra una de las dos mujeres se impuso una multa (de 31 a 90 jornadas de 5 hasta 10 euros), contra la otra una pena juvenil (1-2 años)²⁸.

2. §218a StGB - la impunidad del aborto

§218a StGB regulariza las condiciones bajo las cuales un aborto es exento de castigo. Según el §218a I StGB, que establece **una solución de plazos con un deber de consulta y asesoramiento** (Fristenregelung mit Beratungspflicht), quedan abortos impunes, si se cumplen las siguientes condiciones: La embarazada debe exigir el aborto y demostrarle al médico por un certificado según §219 II 2 StGB sobre la consulta de conflicto (§219 StGB, Konfliktberatung), que ella por lo menos tres días antes de la intervención ha tenido tal consulta (número 1); el aborto tiene que haber sido efectuado por un médico (número 2); y, finalmente, el aborto tiene que haber sido consumado hasta el fin de la semana 12 de embarazo (número 3). Debido a su efecto que excluye la figura delictiva (tatbestandschließende Wirkung), pertenece esta norma sistemáticamente al §218 StGB y contiene en este aspecto atributos típicos de hechos negativos.

§218a II, III StGB norman las causas de justificación, que al existir, no hace obligatoria una consulta de conflicto de la embarazada (§219 StGB). §218a II StGB regula la **indicación médica-social**. Por consiguiente, el aborto no es ilegal, si éste en primer lugar es efectuado por un médico, con el consentimiento de la embarazada, si tal aborto está médicamente indicado, teniendo en cuenta las condiciones de vida actuales y futuras según el conocimiento médico, para prevenir un peligro de vida o un peligro de una seria alteración

del estado de salud corporal o mental de la embarazada, y en segundo lugar, si el peligro no puede ser prevenido de otra manera razonable y admisible. Si estas condiciones se cumplen, es posible un aborto hasta poco antes del nacimiento. Por la formulación “según el conocimiento médico” se le concede al médico un cierto “margen de evaluación y de discrecionalidad medicinal” que judicialmente no es controlable²⁹. Como un peligro de muerte se considera también un peligro de suicidio³⁰. Una alteración grave del estado de salud puede existir, por ejemplo, en una depresión seria considerada como enfermedad³¹. Además se incluyen también casos, que no corresponden a ningún cuadro clínico medicinal, sino que solo después de una apreciación general de las condiciones actuales y futuras de la vida de la embarazada, se puede esperar un empeoramiento significativo de la constitución física o síquica de ella³². La inadmisibilidad (Unzumutbarkeit) puede también ser constatada, si es que en caso contrario, se haga imprescindible un internamiento a largo plazo en un hospital psiquiátrico³³.

Según el legislador, la indicación médico-social debería “asimilar”³⁴ también los casos de la anteriormente llamada **indicación embriopática**. Por consiguiente, la indicación médico-social debe ser también constatada, si el daño a esperar del feto, en tipo y gravedad sea tan considerable, que los cuidados y educación del niño enfermo significaran una sobre exigencia inaceptable de la embarazada, ya sea de manera temporal, económica o corporal³⁵. En la jurisprudencia penal se ha criticado enormemente esta extensión, dado que el legislador no ha resuelto con esto la problemática compleja de la indicación embriopática, sino que la habría sólo trasladado³⁶. Además, después del suprimir del plazo de 22-semanas que la indicación embriopática había previsto, ahora son permitidos **abortos tardíos (Spätabtreibungen)** sin más restricciones; de esta manera se agravaría la contradicción interna que consiste, en que en la última fase del embarazo un feto ya viable puede ser legítimamente abortado, mientras que un niño prematuro goza y disfruta de la protección total de vida según el §§211 ss. StGB³⁷.

El §218a III StGB regula en cambio la **indicación criminológica**, en cuyo existir, un aborto es igualmente posible, sin embargo sólo, si desde la concepción no hayan pasado más de 12 semanas. Igualmente, un aborto efectuado por un doctor y con el consentimiento de la embarazada, no es ilegal, si según el conocimiento médico la embarazada haya sido víctima de un hecho ilegal según los §§176 hasta 179 StGB —es decir, víctima de un hecho sexual penal— y existan “causas ur-

gentes” para la suposición, de que el embarazo se basa en aquel hecho. Al respecto no se exige una prueba segura, sino que según la doctrina dominante, basta una cierta probabilidad³⁸.

Finalmente, el §218 IV StGB debe privilegiar a la embarazada en otros casos. La prescripción corresponde en lo esencial al pasado §218 III 2, 3 StGB, que se estimó como constitucionalmente problemático, criminal político erróneo e insignificamente³⁹. Para casos determinados de la transgresión del plazo de 12 semanas, regula el §218a IV 1 StGB una **solución de plazos ampliada (erweiterte Fristenregelung)**. De esta manera la embarazada no es punible según §218 StGB, si desde la concepción no hayan transcurrido más de 22 semanas y el aborto haya sido efectuado después de una consulta de conflicto (§219 StGB) por un médico. En los casos restantes el Juzgado puede hacer abstracción de la pena según §218a IV 2 StGB, si la embarazada al momento de la intervención se haya encontrado en un **aprieto especial**.

El significado práctico del §218a StGB es muy elevado. En el año 2013 se efectuaron 102.802 abortos, de los cuales 99.079 correspondieron a la solución de plazos, 3703 a la indicación médico-social y 20 a la indicación criminológica⁴⁰. Con ello el aborto queda por lo general impune, a pesar de que §218 StGB, según su orden sistemático y su texto, parezca establecer una prohibición penal segura del aborto en casos normales y el §218a StGB despierte la impresión como si se tratara meramente de casos excepcionales. En la ciencia jurídica penal se toma esta conversión de la relación “regla-excepción”, como ejemplo de una “legislación falsa”⁴¹.

3. §§218b-219 StGB - reglas procesales y consulta de conflicto

§§218 b-219 StGB regulan el procedimiento a recorrer antes de cada aborto impune. §219 StGB no contiene hechos penales, sino que describe en relación con §§5 ss. de la Ley de Conflicto de Embarazo (SchKG)⁴², los pormenores de la consulta de la embarazada, que es la condición según el §218a I IV 1 StGB para un aborto impune. La así llamada **consulta de conflicto** sirve para la protección de la vida aun no nata y tiene como tarea el guiar y alentar a la mujer a la continuación del embarazo y abrir sus perspectivas para una vida con un niño (§219 I 1 StGB). La consulta debe contribuir mediante consejos y ayuda determinada a superar la situación de conflicto existente en relación al embarazo y remediar una situación de emergencia (§219 I 4

StGB). Esta consulta tiene que efectuarse por medio de una asesoría reconocida, que expone un certificado a la mujer al fin de la consulta. El médico que efectúa el aborto no puede llevar a cabo tal consulta de conflicto (§219 II 3 StGB).

Los §§218b, 218c StGB se dirigen contra médicos que efectúan un aborto, sin cumplir las reglas procesales previstas, sin embargo estos párrafos no se dirigen contra la embarazada (cf. §§218 I 3, 218c II StGB). **§218b StGB** comprende el aborto **sin constatación médica y constataciones médicas falsas**. Prevista es una pena de reclusión de hasta un año o multa, quienes efectúen un aborto en los casos del §218a II, III StGB, sin que se les presentara o tuvieran una constatación escrita sobre la existencia de una indicación (§218a I 1 StGB). Quiénes como médicos, diagnostican contra su propia y segura convicción (*wider besseres Wissen*) una constatación falsa acerca las condiciones de una indicación, son castigados con una pena de reclusión de hasta dos años o con multa (§218b I 2 StGB). **§218c StGB** concibe **incumplimientos de deberes médicos**. Con pena de reclusión de hasta un año o con multa será castigado, quien lleva a cabo un aborto, sin haberle dado a la mujer la oportunidad de explicar las causas para su petición de la interrupción del embarazo (número 1), sin haber aconsejado a la embarazada sobre el significado de la intervención (número 2), sin haber constatado la duración del embarazo (número 3), o si es que él mismo, haya efectuado antes, según el §219 StGB, la consulta de conflicto (número 4).

El **significado práctico** de los §§218b, 218c StGB es muy pequeño, dado que nadie fue condenado en el 2013, según estas prescripciones⁴³.

4. §§219a, 219b StGB - publicidad, circulación de medios abortivos

Finalmente, los §§219a, 219c StGB penalizan acciones previas de participación de peligro abstracto⁴⁴. **§219a StGB** castiga tipos determinados de **publicidad comercial** o chocante para el aborto con pena de reclusión de hasta dos años o multa. La misma amenaza penal prevé **§219b StGB** por la puesta en circulación o la promoción de medios abortivos, si es que esto sucede en la intención de promover abortos ilegales.

También estas prescripciones no tienen ningún **significado práctico**, dado que según ellas en el 2013 igualmente nadie fue condenado⁴⁵.

Notes

* Traducción de Aniza Waleska Izeta López, Santiago de Chile/Colonia.

2 *Eduard v. Liszt*, Die kriminelle Fruchtabtreibung, dos volúmenes, 1910/11.

3 *Franz v. Liszt*, Lehrbuch, 2. ed. 1884, p. 312; véase hoy BGHSt 28, 11, 15; *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 218 n° marg 1.

4 *Radbruch*, Abtreibung, en Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, publicado por *Birkmeyer* y otros, Besonderer Teil Bd. V, 1905, p. 159, 160.

5 RGSt 36, 334; véase también (1923) RGSt. 57, 268.

6 RGSt 61, 242.

7 Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften del 26.5.1933, RGBl. 1933 I p. 295.

8 Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft del 9.3.1943, RGBl. 1943 I p. 140, junto con Durchführungsverordnung del 18.3.1943, RGBl. 1943 I p. 169.

9 Art. 1 nr. 1 lit. b de la tercera Ley de modificación del Derecho Penal del 4.8.1953, BGBl. 1953 I p. 735.

10 *Merkel*, en Nomos Kommentar StGB, 4. ed. 2013, Vor §§ 218 ss. n° marg 7 con más antecedentes.

11 5. Gesetz zur Reform des Strafrechts del 18.6.1974, BGBl. 1974 I p. 1297.

12 BVerfGE 39, 1 ss.

13 *Merkel*, en Nomos Kommentar StGB, 4. ed. 2013, Vor §§ 218 ff. n° marg 7 con más antecedentes.

14 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands del 31.8.1990, BGBl. 1990 II p. 885, 889.

15 Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens (...) del 27.7.1992, BGBl. 1992 I p. 1398.

16 BVerfGE 86, 390 ss.; BVerfGE 88, 203 ss.

17 BVerfGE 88, 203 axioma 1 y 4 como p. 251 s., 255.

18 BVerfGE 88, 203 axioma 3.

19 BVerfGE 88, 203 axioma 11 y 15.

20 *Merkel*, en Nomos Kommentar StGB, 4. ed. 2013, Vor §§ 218 ff. n° marg 13 ff. con más antecedentes.

21 BGBl. 1995 I p. 1050.

22 *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 218 n° marg 8 con más antecedentes.

23 *Eser*, en Schönke/Schröder, 29. ed. 2014, § 218 n° marg 21.

24 *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 218 n° marg 4 con más antecedentes.

25 *Heger*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 9 n° marg 3 con más antecedentes.

26 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2013, p. 283.

27 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2013, p. 35.

28 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2013, p. 166 s., 210, 212, 291.

29 BGHSt 38, 144; *Eser*, en Schönke/Schröder, StGB, 29. ed. 2014, § 218a n° marg 36; crítico *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 218a n° marg 10.

30 *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 218a n° marg 12 con más antecedentes.

31 BGH NJW 2002, 2636, 2638.

32 BT-Drs. VI/3434 p. 20.

33 BT-Drs. VI/3434 p. 21.

34 BT-Drs. VI/3434 p. 26.

35 BT-Drs. VI/3434 p. 24.

36 *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 218a n° marg 15 f. con más antecedentes

37 *Gropp*, GA 2000, 1, 8.

38 *Merkel*, en Nomos Kommentar StGB, 4. ed. 2013, § 218a n° marg 152.

39 *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, 28. ed. 2014, § 218a n° marg 22 con más antecedentes.

40 <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/RechtlicheBegrueundung.html>.

41 *Schroeder* ZRP 1992, 409.

42 Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten del 27.7.1992 (BGBl. I p. 1398), cambiado por última vez mediante art. 7 de la Ley del 28.8.2013 (BGBl. I p. 3458).

43 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2013, p. 35.

44 *Merkel*, en Nomos Kommentar StGB, 4. ed. 2013, Vor §§ 218a ff. n° marg 25.

45 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2013, p. 35.

Argentina

Luis Fernando Niño

Universidad de Buenos Aires

El tema de la interrupción intencional de un embarazo en curso, de su relevancia jurídico-penal como regla y de las situaciones que, excepcionalmente, la justificarían transcurrió durante largas décadas sin mayor variación en este país. Vale dejar esto en claro, para desechar por inexactas y tendenciosas las afirmaciones vertidas en el sentido de que cualquier legislación en materia de aborto desconoce el valor de la vida en formación. Lejos de ello, porque se reconoce su valor, es que cuadra situar el conflicto en el renglón analítico de la antijuridicidad y de su virtual contracara, la de la justificación de una conducta prohibida *prima facie* a todo individuo.

No obstante ello, numerosas razones emergentes de la propia lectura del Código Penal vigente desde hace más de noventa años en Argentina conducen al intérprete a predicar categóricamente que el *status* jurídico de la vida humana en gestación es diferente del asignado a la vida humana independiente. La inclusión de los cuatro artículos referidos al aborto en el capítulo I del Título I del Libro Segundo, bajo el epígrafe “Delitos contra la vida”¹ podría inducir a la creencia contraria, partiendo de estimar que el codificador no ha querido introducir disparidades en la consideración de ambos bienes. No obstante, una observación integral de tales preceptos guía ineluctablemente a relevar la mayor jerarquía asignada a la vida humana independiente.

Vale comenzar destacando que no son esos los únicos bienes jurídicos tomados en consideración al redactar dicho articulado. Aunque, a primera vista, destaca en la redacción de los cuatro artículos la vida humana intrauterina, otros tres bienes fueron tomados en debida cuenta por el codificador de 1922, y los tres aparecen en cabeza de la mujer grávida. Son ellos la vida, la integridad psicofísica y la libertad, o bien el autodominio o autodeterminación, de dicha mujer.

Respecto de los dos primeros, cabe apuntar desde ya que la existencia de la indicación necesaria o terapéutica deja en claro que, en caso de conflicto de intereses entre la vida o la salud de la gestante y la vida del embrión o feto, el legislador se ha inclinado por privilegiar a cualquiera de aquellas por sobre el bien representado por esta última.

La vida humana independiente y su integridad resultan más valiosas que la intrauterina, conforme al texto casi centenario al que venimos haciendo mención. A tal punto es así que el mero “peligro” para la salud de la mujer —que no es preciso que sea grave, conforme a la versión recuperada del inciso 1º del párrafo 2º del invocado artículo— habilita para proceder al sacrificio de la vida intrauterina.

Otra muestra de la trascendencia axiológica de la vida de la mujer gestante reside en la notoria agravación de la escala penal para la figura básica del delito de que se trata cuando fuera seguido de la muerte de aquella, consistente en un *plus* equivalente a la mitad del máximo (v. art. 85, incisos 1º y 2º, última parte, respectivamente, del C.P.).

Mencionamos ya a la vida y a la salud. No está de más recordar, en este sentido, que salud es bienestar bio-psico-social, conforme a la ya clásica definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1964). De suerte tal que, aun en el estrecho andarivel conformado por el párrafo de mentas, habría espacio para determinar la exención de punibilidad del aborto causado para evitar un peligro psíquico o social que no pudiera ser evitado por otros medios.

El otro bien jurídico acogido por el legislador al elaborar los tipos legales —prohibitivos y permisivos— que nos interesa analizar aquí es, como anticipamos, la libertad o autodeterminación de la mujer. No sólo se manifiesta en el requisito del consenso de la mujer encinta para proceder a la concreción de un aborto no punible, sino en la clara disparidad de respuestas punitivas para el autor de la modalidad dolosa básica, según haya existido o no aquel consenso, descendiendo —si lo hubo— de los tres a diez años de prisión a la módica escala de uno a cuatro años de tal pena (artículo

85, incisos 1º y 2º, 1ª. parte, respectivamente). De la comparación de tales montos sancionatorios con otras especies delictivas contra las personas se extrae una nueva y rotunda diferencia de tratamiento legal de la vida humana dependiente. Nótese, al respecto, que el aborto practicado sin consentimiento de la mujer posee asignada una escala idéntica a la de las lesiones gravísimas a un individuo nacido (art. 91 C.P.), debiendo tomarse en cuenta —por añadidura— como se indicó, que en esa especie delictiva se conjuga el ataque contra la vida humana dependiente y contra la libertad de la mujer afectada. Precisamente, la escala del artículo 85, inciso 2º, 1ª parte, pone al descubierto la entidad a la que se asimila el aborto doloso consentido, toda vez que cuenta con un mínimo idéntico al de las lesiones dolosas graves del artículo 90 de ese plexo normativo y un máximo significativamente menor al de esa figura, cuatro años de prisión, frente a los seis consignados en el precepto citado en último término.

Otra nota distintiva: se hallan previstas, como modalidades del aborto punible, tanto la dolosa (art. 85 C.P.) como la preterintencional (art. 87 ídem); no así la culposa, aquella causada por imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o bien, inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, si se acude a los parámetros de los artículos 84 y 94 del viejo código, circunstancia que distancia los universos en pugna.

Por último, siempre en el renglón de la tipicidad legal, el dispositivo amplificador de tal característica de la conducta configurado por la tentativa también exhibe una diferencia que disminuye el nivel de protección jurídico-penal asignado a la vida en formación.

Conforme lo dispone el artículo 88 *in fine* del texto legal en cuestión, la tentativa de aborto por parte de la mujer no es punible. Más allá de las razones político-criminales que pudieron guiar al codificador a exonerar de pena a la autora del intento, lo cierto es que se revela una vez más el diferente baremo de la vida dependiente frente a la independiente. Y caben bajo el marco de dicha fórmula la tentativa acabada, la inacabada y la de delito imposible, como han coincidido en afirmar Fontán Balestra, Creus y Buompadre, entre muchos otros.

Es desde esa perspectiva de donde cuadra apreciar el tratamiento brindado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al elenco de justificaciones que completa el articulado alusivo a la interrupción intencional del estado de preñez, en la decisión que pasaré a glosar. No es ocioso reiterar ahora que los diversos contextos permisivos específicos contenidos en la disposición del artículo 86, segundo párrafo del Código Penal se han construido respecto de un hecho, en principio, contra-

rio a derecho. Y que, habida cuenta de que se trata de excepciones a la regla general de la prohibición, el codificador se ha visto obligado a describir cada uno de tales cuadros de situación cuya ocurrencia en la vida real otorgará licitud a ese comportamiento vedado *erga omnes*.

En punto a la causa de justificación necesaria o terapéutica, como quedó anotado precedentemente, no será preciso que el peligro corrido para la vida o la salud de la mujer sea grave, recaudo que el Código Penal sí reserva para el caso de la coacción (art. 34, inciso 2° C. P.); ni que deba existir ponderación de los bienes en juego, como lo ordena el artículo 34, inciso 3°, del ordenamiento penal en vigor, al definir el caso de estado de necesidad justificante. El requisito de la gravedad, adicionado por Soler en su recordado Proyecto y plasmado en las sucesivas reformas por los dos últimos gobiernos *de facto*, perdió vigencia al recuperarse la versión originaria del artículo 86.

Mas es el inciso 2° del zarandeado párrafo segundo del artículo 86 el que suscita en este informe nuestro mayor interés.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 13 de marzo de 2012, en el caso “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, inicia ese abordaje central apelando a sus propias decisiones relacionadas con la primera regla de interpretación de un texto, al señalar, en el considerando 18°, que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos”. En mérito a tales asertos —enseña el Alto Tribunal— se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible todo interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de quien haya resultado víctima de tal ilícito contra la integridad sexual.

Dos son las razones esgrimidas en ese análisis gramatical: en primer lugar, la existencia de la conjunción disyuntiva “o” al relacionar a la violación con el atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, de lo que se deduce que se trata de supuestos diversos. En segundo término, la confección de un marco común, representado por la exigencia de un médico diplomado y de una nota consensual que, en el caso de la mujer encinta capaz, será aportada por ella, y en el de la incapaz por patología psíquica, por su representante legal. Conforme a esa hermenéutica, es, precisamente, la excepcionalidad de esta última situación la que obligó al codificador a la fórmula expresa sintetizada en la

frase “en este caso”, “referencia que sólo puede aludir, correlativamente, al caso del atentado al pudor”, y que fuerza a distinguirlo, “desde la sola semántica, del de violación”, requiriendo —tan sólo para aquél— “el consentimiento del representante legal de la mujer que adolece de tal incapacidad”.

Sentado ello, la Corte continúa su cometido esclarecedor apelando al método sistemático de interpretación. Aludiendo a los abusos sexuales que pueden originar embarazos no deseados, distingue entre las violaciones propias, genéricamente cometidas con fuerza o intimidación, de las impropias, en las que se descarta la validez del consentimiento de la víctima en virtud de su incapacidad o de su inmadurez, al tiempo que pone de realce que el eufemismo “atentado al pudor” debe vincularse, en la economía conceptual del precepto, a una maniobra sobre la sexualidad de la agraviada del que, obviamente, resulte un embarazo, pues de su interrupción se trata.

De tal suerte, el máximo Tribunal rescata incidentalmente una de las tantas objeciones dirigidas a la postura doctrinal que se empeñaba en reducir a dos las causas de justificación, consistente en resaltar el absurdo de equiparar la violación con el atentado al pudor, tradicionalmente asimilado a la figura del tocamiento inverecundo definido desde antaño como abuso deshonesto, figura de harto improbable vinculación con un proceso de gestación.

Finalmente, la Corte recurre al método histórico, evocando una circunstancia oportunamente puntualizada por Sebastián Soler: el codificador argentino se sirvió de la versión francesa del Anteproyecto suizo de 1916, que tradujo como “atentado al pudor” lo que en el original de dicha pieza, escrito en alemán, se identificaba como “*Schändung*”, vale decir, mancilla o profanación, voz referida en el lenguaje común al atropello sexual característico de la violación impropia, diferenciada drásticamente de “*Notzucht*”, etimológicamente traducible como “cría en emergencia” o “en peligro”, y referida, en el mismo lenguaje corriente, a la violación propia.

Tras ello, el señero decisorio del máximo Tribunal dirige su ofensiva hacia el odioso recaudo *contra legem* de la autorización judicial. Como se expone con meridiano rigor expositivo, “(l)a judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente, porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a

la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”.

El fallo desnuda lo infundado de dicha práctica, “fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales”, que exige “allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación”.

Recordábamos al comienzo que, habida cuenta de que se trata de una excepción a la regla general de la prohibición, el legislador que confecciona un precepto permisivo se encuentra obligado a describir el contexto en el cual ese comportamiento, vedado a la generalidad, deviene lícito dadas las circunstancias. Ahora bien, reunidas —precisamente— tales circunstancias, nada queda por tramitar. Se actúa dentro de los márgenes de la legalidad republicana, en el ejercicio de un derecho reconocido por el codificador, y punto. En ese orden de ideas corresponde instalar las tres situaciones que prevé el artículo 86, segundo párrafo del ordenamiento penal de fondo vigente.

Así como nadie está obligado a pedir una venia judicial para actuar en legítima defensa o ante un estado de necesidad justificante o en el ejercicio legítimo de un derecho, ni un médico diplomado, ni una mujer encinta mayor de edad y psíquicamente capaz cuya situación encuadre en alguna de esas tres situaciones, ni el representante legal de una mujer encinta menor de edad o demente o idiota en análogo trance, precisan que la justicia corrobore, como cuestión previa, lo que la ley sustantiva establece con suficiente claridad. En tal sentido, la Corte Suprema acierta al enfatizar, en el considerando 8º de la resolución mencionada que, “a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible...previsto [en el artículo 86, segundo párrafo, inciso 2º] no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial”.

De más está decir que no se agota allí el caudal argumental de la Corte Suprema y que, más allá de las razones mencionadas de cara al texto legal analizado, se alcanzan otras de mayor envergadura normativa, tales como los principios de igualdad de trato y no discriminación, presentes en todos los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y —muy especialmente— la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente los artículos 2º, 3º y 5º al 16º, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar

y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a, en tren de oponerse eficazmente contra la mezz-quina interpretación que pretende reducir a dos los supuestos de justificación, tal como se expone en el considerando 15º. Otro tanto corresponde afirmar de cara al axioma de la dignidad humana, al que se alude en el considerando 16º, presente desde el propio Preámbulo de aquellos instrumentos y en su articulado más elemental, el que resultaría irremisiblemente avasallado por la pretensión de exigir a toda mujer víctima de un delito sexual que lleve a término un embarazo resultante de un ataque contra sus derechos más fundamentales, bajo la amenaza de someterla al poder punitivo del Estado; con lo que se conculcarían, paralelamente, otros principios delimitadores de dicho poder, tales como el de legalidad estricta, el de buena fe y *pro homine* y el de mínima intervención y *ultima ratio*, a los que se refiere el considerando 17º de la resolución comentada.

Notas

1 ARTÍCULO 85. El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. 2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

ARTÍCULO 86. Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

ARTÍCULO 87. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

ARTÍCULO 88. Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

Brasil

Alexis Couto de Brito

Universidade Presbiteriana Mackenzie

El aborto en Brasil siempre ha sido y sigue siendo un delito. Los tres códigos penales (1830, 1890 y 1940)

trataron y tratan el aborto como un delito relativamente grave. Actualmente, existen cinco tipos penales sobre el tema:

1) Delito de aborto inducido por la mujer embarazada o con su consentimiento: CPB, art. 124, causar aborto en sí mismo o consentir a otra persona que le cause; Pena de prisión de uno a tres años.

2) Delito de aborto causado por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada: CPB, art. 125, causar aborto sin el consentimiento de la mujer embarazada; Pena de prisión de tres a diez años.

3) Delito de aborto causado por un tercero con el consentimiento de la mujer embarazada: CPB, art. 126, causar aborto con el consentimiento de la mujer embarazada; Pena de prisión de uno a cuatro años. Si la madre no es mayor de catorce años o sufre de discapacidad mental, o si el consentimiento se haya obtenido mediante fraude, amenaza o violencia grave, la pena es de prisión de tres a diez años.

En cualquier caso, las penas serán aumentadas en un tercio si, como resultado de aborto o el medio utilizado para producirlo, la mujer embarazada sufre lesiones corporales de carácter grave y duplicadas para cualquiera de estas causas, que le ocurra a su muerte.

4) Contravención de publicidad de medio abortiva: Ley de Contravenciones o delitos menores (Decreto Ley 3688/41), art. 20, Publicidad de proceso, sustancia u objeto destinado a causar aborto, que tiene una pena de multa.

5) También existe la tipificación del delito de lesión agravado por el resultado más grave que produce aborto: CPB, art. 129, ofender el cuerpo o la salud de los demás, lo que resulte en aborto (párrafo 2, V), prisión de dos a ocho años.

El sistema jurídico brasileño adopta uno de los sistemas de indicaciones más restrictivos del mundo. El Código Penal Brasileño (CPB) permite el aborto sólo para salvar la vida de la mujer (excluyendo los casos de riesgo para la salud física o mental) y en el caso del embarazo derivado de violación¹.

No hay previsión de aborto en caso de malformación fetal incluso cuando incompatible con la vida. En 2012, después de una batalla legal de ocho años, la Corte Suprema de Justicia, órgano máximo judicial compuesto por 11 ministros, con ocho votos contra dos, confirmó la acusación de infracción de precepto constitucional fundamental (ADPF 54)², a considerar atípica la interrupción de embarazo de feto anencefálico. Hasta esta decisión la mujer embarazada que deseaba realizar el procedimiento dependía de la concesión de un orden judicial que podría o no ser concedida, según la com-

prensión del juez de la causa. La Organización Mundial de la Salud indica a Brasil como el cuarto país del mundo en los nacimientos anencefálicos y desde la primera licencia para el aborto, emitida en 1989, para 2012 se estima que 10.000 han sido concedidas. En una encuesta realizada en 2008 por la Federación Brasileña de Ginecología y Obstetricia (FEBRASGO) publicado en 2009³ 83% de los médicos informaron que habían asistido a las mujeres embarazadas de feto anencefálico y de éstas, el 84,8% expresó su deseo de interrumpir el embarazo. Como en el momento del procedimiento depende de la exigencia de una orden judicial, sólo el 37% lograron la autorización en tiempo de interrumpir el embarazo. Las demás o tenían sus solicitudes negadas o no fueron apreciados en el tiempo, y tuvieron que llevar el embarazo hasta el parto o aborto involuntario. Cabe señalar sin embargo, que la decisión del Supremo Tribunal se refiere sólo a la anencefalia, siendo inaplicable a otros tipos de malformaciones fetales.

Para el sistema de las indicaciones, especialmente en el modelo brasileño, el conflicto de intereses entre el derecho del feto, independientemente de la edad gestacional⁴ y la libertad de la mujer decide siempre en favor del primero. En ningún momento la autonomía de las mujeres que no quieren o están dispuestas a ser una madre si tiene en cuenta. El derecho de las mujeres sólo es válido si se añade un nuevo bien jurídico: el riesgo a la vida, o la violación, o teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo, el diagnóstico de la anencefalia. La prevalencia del feto sobre la mujer es invencible incluso cuando su conservación implica violación de los derechos de la mujer

El resultado práctico de este desequilibrio tiene un impacto directo sobre la cuestión de la privación penal. Desde llevar a cabo un embarazo con el que la mujer no puede permitirse por razones socioeconómicas o psicológicas es una carga insoportablemente pesada, la amenaza de pena termina teniendo efecto disuasorio ínfimo. En una encuesta realizada por la Universidad de Brasilia en 2010, llamada "Encuesta Nacional del Aborto"⁵, se encontró que una de cada siete mujeres brasileñas entre 19 y 40 años ha realizado al menos un aborto. Con edades comprendidas entre 35 y 39 años la proporción es mayor, una de cada cinco han tenido un aborto. La proyección de los números de la investigación para la población brasileña en este grupo de edad asciende a más de cinco millones de mujeres. De éstos, el 81% ya tienen otro hijo, el 64% son religiosas y el 88% están casadas.

Estas mujeres recurren naturalmente al aborto ilegal. Mientras que la clase social no interfirió de ma-

nera decisiva en la decisión de abortar, en cuanto a los efectos secundarios de la prohibición del aborto viene un recorte de clase perversa y visible. No todo aborto ilegal es necesariamente inseguro. Se estima que un aborto clandestino seguro tiene un costo alrededor de \$ 2000 dólares, mientras que el aborto inseguro puede costar \$ 20 dólares. Así, las mujeres más pobres corren más riesgos por buscar a un procedimiento ilegal. Esto demuestra que en Brasil, la penalización absoluta de la interrupción del embarazo en cualquier momento, no sólo no es adecuado para la protección de los intereses jurídicos representados por la vida en formación, ya que, a pesar de ello, las mujeres ricas y pobres continúan realizando el procedimiento, como que este delito expone al riesgo serio y real la vida de las mujeres, especialmente las pobres. Y si las mujeres pobres son las que más mueren o sufren graves consecuencias, son también aquellas en las que se apoya la acusación, cuando existe. Es que los casos que llegan a los tribunales suelen ser aquellos en los que el procedimiento sale mal y la mujer utiliza el sistema de salud pública y un servidor público (el médico o el policía de guardia) reenvía el caso a la policía.

La situación no parece que va a cambiar. El primer proyecto de ley del nuevo código penal ha previsto un cambio significativo hacia el sistema de plazos. La redacción propuesta (Art. 128, IV) no habría delito de aborto si “por la voluntad de la mujer embarazada, hasta la duodécima semana de embarazo, cuando el médico o psicólogo constata que la mujer no tiene ninguna condición psicológica para hacer frente a la maternidad.” Sin embargo, este punto fue retirado de la redacción final convertido en el proyecto de ley del Senado N° 236/12, ya que se consideró inconstitucional porque el artículo 5 de la Constitución Federal garantiza el derecho a la vida. De hecho, ese debate se llevó a cabo por motivos religiosos y morales en virtud de tales ideologías actualmente ocupan la mayoría de los diputados y senadores.

Notas

1 Art. 128 - no se castiga el aborto practicado por un médico: I - si no hay otra forma de salvar la vida de la madre; II - si el embarazo resulta de la violación y el aborto es precedido por el consentimiento de la mujer embarazada o si incapaz, por su representante legal.

2 En 2012 el Consejo Federal de Medicina emitió la resolución 1989/12 para regular el procedimiento de terminación en los casos y en 2104 el Ministerio de Salud emitió una norma técnica “La atención a mujeres con embarazo anencefálico” para el mismo propósito.

3 <http://www.febrasgo.org.br/site/?p=569>.

4 El momento exacto de inicio de la protección jurídica penal de la vida, si con la fecundación o la nidación es un tema controvertido.

5 <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>.

Chile

Felipe Caballero Brun

Abogado

Profesor de Derecho Penal

Universidad Diego Portales

En el ordenamiento jurídico chileno hoy vigente (al 30/10/2015) existe una prohibición absoluta del aborto. Es decir, más allá de las causas de justificación o de inculpabilidad generales, no existen cláusulas legales especiales —ni en el Código Penal ni en la legislación sanitaria o sectorial de salud— que autoricen o permitan la realización de un aborto, ya sea mediante el sistema de indicaciones y/o dentro de un determinado plazo, a una mujer embarazada que voluntariamente consiente en dicha conducta.

El delito de aborto se encuentra establecido y regulado entre los artículos 342 y 345 del Código Penal¹. La Comisión redactora del Código Penal Chileno (1874) siguió, en esta materia, la ubicación que del aborto hacía el Código Penal Belga de 1867 por sobre aquella del Código Penal español de 1848-50 (ambos textos utilizados como fuentes y modelos legislativos por la Comisión).

A su vez los señalados artículos 342 al 345 integran el primer párrafo del título VII del libro II del Código. Y el indicado Título VII se intitula “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”.

Más allá del peculiar *nomen iuris* del Título VII pareciera —al menos en la actualidad— no haber discusión en la doctrina chilena de que el bien jurídico protegido en el delito de aborto está vinculado directamente con la vida humana (vida en formación, en gestación o vida dependiente/incipiente).

El debate doctrinal tiende a moverse sobre la eventual diferencia jerárquica que tendría la protección normativa del feto o embrión en comparación con la protección de la persona. Y ello porque en el nivel jurídico penal resulta clara la mayor penalidad que respecto al aborto siempre tiene el homicidio. Pero también en el plano jurídico Constitucional se daría un diferente tratamiento dogmático a ambos objeto de protección. Así la Constitución Política señala, en su artículo 19 N° 1,

asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; para después afirmar que “La ley protege la vida del que está por nacer”. De dicha diferenciación es posible advertir un claro e inequívoco mandato de la propia Constitución para proteger la vida de la persona mientras que, para proteger la vida del embrión o feto (“el que está por nacer”) sólo existiría un mandato derivado al legislador.

La doctrina en general está conteste en que el único momento que brinda seguridad y certeza jurídica para ubicar el inicio de la protección penal mediante el delito de aborto es el de la anidación.

En la actualidad tampoco parece existir discusión sobre los límites y alcances del contenido de la conducta típica de aborto, entendiéndose que siempre ésta supone la interrupción del embarazo a través de la destrucción o muerte del embrión o feto.

Podríamos afirmar entonces que los problemas que presenta el delito de aborto son claramente de carácter político-criminal, en relación a la pertinencia y necesidad de flexibilizar el régimen de prohibición absoluta vigente.

Sobre ello es importante destacar que si bien este régimen de prohibición absoluta se origina en nuestro vetusto Código Penal, ya en el primer Código Sanitario de 1931 se incluyó (en su artículo 226²) una excepción a la punibilidad del aborto que derechamente permitía la interrupción del embarazo por razones terapéuticas.

Asimismo esta excepción, si bien de reducida operatividad, fue también recogida, casi en los mismos términos en el artículo 119 del Código Sanitario de 1967 (“sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”), cuerpo legal que es el continuador de aquel de 1931 y que se mantiene actualmente vigente.

Pero en el año 1989 (todavía en un Chile bajo la Dictadura del General Pinochet y sin poder legislativo elegido y representativo) dicho permiso para proceder con fines terapéuticos del artículo 119 del Código Sanitario fue sustituido (a través de la ley N° 18826) por una prohibición del tenor siguiente: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

En consecuencia desde 1989 y hasta la fecha de redacción del presente informe seguimos teniendo en Chile un régimen de prohibición absoluta sobre el aborto. Resulta entonces evidente —no sólo por una cuestión relativa al reconocimiento de derechos de la mujer sin también por seguridad jurídica— la necesidad de

introducir cláusulas legales que de alguna manera flexibilicen la prohibición.

Pareciera que eso es lo que el Gobierno de la Pdta. Bachelet ha pretendido —aunque de manera bastante débil y retraída— con el proyecto de ley contenido en el Mensaje 1230-262 del 15 de enero de 2015 que envió al Congreso Nacional y que se encuentra en actual tramitación legislativa.

A pesar de ser ésta una promesa de la campaña presidencial no está del todo claro ni tampoco despejado que el proyecto vaya ser aprobado tal como fue enviado. En resumen lo que busca este proyecto es introducir tres causales en el artículo 119 del Código Sanitario. Dichas causales, mediando la voluntad de la mujer, autorizarían directamente a un médico cirujano a realizar un aborto. Las tímidas causales pretendidas por el proyecto son: a) cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, presente o futuro, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida, b) cuando el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina y c) cuando el embarazo es resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

Notas

1 “Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1°. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2°. Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3°. Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere”.

2 “Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”.

“Art. 344. 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 por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”.

“Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”.

“Art. 226. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer quiere la opinión documentada de tres facultativos”. “Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso por falta de facultativos en la localidad, se documentara lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente”.

China

YU, Jia-Jia

Lecturer at the Law School, Shanghai Jiao Tong University

Ph.D in Law (the University of Tokyo), specializing in criminal law and medical law

There are two situations in which the fetal rights may be infringed: one is termination of pregnancy with the use of medications, surgery or other similar methods, and the other is a fetus suffering from malformation, physical disability, even death after it was born as a consequence of its mother's taking some medicine during pregnancy, or meeting with a traffic accident, or eating contaminated food, etc. The author calls the former an abortion case, and the latter an involuntarily-causing-injury-to-fetus case. In the former, no general rules of punishment for abortion exist in Chinese criminal law. Does this mean that in any case abortion is found innocent? In the latter, when the infringement happens, the fetus has not yet been given the same legal status as that of a person born. Can the actor who involuntarily caused injury to the fetus be indicted for criminal negligence? Focusing on the above two questions, this article will be divided into four parts to discuss the protection of fetal rights in Chinese Criminal Law.

I. CRIMINALIZATION AND DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN HISTORY

Dating back to China's feudal society, abortion was a very common birth control behavior among people, and was a kind of privacy, which was not controlled by the state¹. During the law revision in late Qing Dynasty, the crime of abortion was first defined in *New Criminal Law of Qing Dynasty* launched in 1911. However, Qing Dynasty soon fell, thus leaving no chance for the implementation of the new criminal law. For that day and age criminalization of abortion was completely a result of Qing government's attempt to imitate Japanese criminal law with no social foundation².

Criminal law launched in Minguo era (the era began with the downfall of the Qing dynasty in 1912 and ended with the establishment of the People's Republic of China in 1949) took over the provisions of the crime of abortion prescribed in *New Criminal Law of Qing Dynasty*. Thereby, under the will of the state, abortion was no longer a private issue, but turned into an issue subject to national laws. On the other hand, in most cases abortion could meet women's desired need

with realistic constraints such as economic, ethical, health or safety. For example, a couple have no ability to foster many children. A pregnant woman has to quit career. Giving birth would threaten maternal safety. In addition, in old times Confucian ethics had a great influence on Chinese society, so sexual behaviors under non-marital relationship were strictly denounced. An unmarried pregnant woman or a married woman who was pregnant due to having sexual intercourse with a man other than her husband would be forced to have an abortion for the sake of reputation. In this case abortion existed commonly in a secret or semi-secret form. Only the cases where abortion caused major casualties could be reported to the police and then go to trial. In fact, there were very few criminal cases³.

In the early period after the founding of New China (1949-present), in terms of the construction of a socialist country, we learned from the Soviet model, so did our legal system. We abolished all laws promulgated in Minguo times and turned to learn from the Soviet Union. In the beginning of New China, we copied Soviet-type family planning which aimed to encourage childbirth and thereby prohibit "induced abortion". In 1950, *Measures on Restriction of Abortion by Women Cadres in Government Unit and Military* was issued by Ministry of Health of Central People's Government & Ministry of Health of Central Military Commission, which was the first official document for prohibiting illegal abortion. In 1952, the Ministry of Health issued the *Interim Measures on Restricting Birth Control and Induced Abortion*, explicitly stating that "sterilization operations or induced abortions for non-medical reasons are prohibited", and that "whoever performs sterilization operations or induced abortions with no permission should be charged with criminal abortion".

However, since 1953, China's population policy transferred from childbirth encouragement to birth control. In August 1953, the Ministry of Health issued *Regulations on Contraception and Induced Abortion*, opening the door for legalization of abortion. In 1955, as long as a woman herself was willing to obtain an induced abortion, and had got an administrative approval, her undergoing such an operation can be allowed. In May 1957, according to the new rules of the Ministry of Health, in the case of voluntary abortion the procedure for obtaining an administrative approval was simplified. Thereafter, in the process of drafting criminal law it used to be proposed that forced abortion should be criminalized and one provision for it be prescribed in criminal code⁴. However, the proposal was not passed.

Until then, in spite of birth control policy, in the first thirty years after the founding of new China, the number of population still surged from 500 million to 900 million. The high population base and rapid population growth became negative factors and heavy burdens impeding China's economic development. Against such political and social background, since the late 1970s, Chinese government began to promote the implementation of one-child policy. And in 1982 one-child policy was listed as a fundamental national policy. Furthermore, one-child policy was written as an obligation for a couple in the amended Constitution (Article 49, Paragraph 2) in 1982. Finally as *the Population and Family Planning Law* was effective on September 1, 2002, the implementation of one-child policy has come to meet the requirements of rule by law. Indeed, one-child policy lays restrictions on a couple's reproductive right, but that does not mean that in China it can be allowed to force a woman pregnant with her second baby to get an abortion operation, which will be analyzed in detail in Part III.

Although criminal abortion has not yet been written in Chinese criminal law, that does not mean in any case abortion can be allowed. After 1990s, sex-selective abortion has been criminalized, which will be induced in detail in Part II.

II. SEX-SELECTIVE ABORTION

Sex-selective abortion refers to identifying the fetal sex by ultrasonic technology or other technical means and then terminating the pregnancy based on the preference of fetal sex. The traditional Chinese culture prefers boys to girls, thus in many cases where a couple kill girls so as to get pregnant again to have boys⁵. Sex ratio imbalance of newly-born population increases year by year and according to statistics, this ratio has increased from 105.10 in 1964⁶ to 122.75 in 2004⁷ (i.e. 100 newly-born baby girls vs. 122 newly-born baby boys), a serious deviation from the normal range of 105 ± 2⁸. Fetal sex identification for non-medical reasons and sex-selective abortion has become a serious threat to the healthy development of national population⁹.

In this context, *Maternal and Infant Health Care Law* effective on June 1, 1995 explicitly prohibits fetal sex identification by technical means for non-medical reasons (Article 32, Paragraph 2). *Population and Family planning Law* which effective on September 1, 2002 stipulates that "fetal sex identification for non-medical reasons" or "sex-selective abortion", if serious enough, should constitute a crime (Article 36). This is

the first time that sex-selective abortion has been criminalized in new China's legal system. Continually on January 1, 2003, National Population & Family Planning Commission, Ministry of Health and State Drug Administration jointly issued the *Regulation on Prohibiting Fetal Sex Identification for Non-medical Reasons and Sex-selective Abortion*, prohibiting any institution or individual from performing "fetal sex identification for non-medical reasons" or "sex-selective abortion" without approval from health administrative department or family planning administrative department (Article 3). According to the same regulation, the personnel in health care institutions or family planning technical service institutions who performs illegal "fetal sex identification" or "sex-selective abortion" should be charged with a crime (Article 17). Many provinces also formulated local regulations to further elaborate such provisions¹⁰.

First, considering the historical background of criminalization of sex-selective abortion, we can say that limiting women's right to decide abortion by punishing sex-selective abortion for non-medical reasons is not primarily on purpose to protect the fetus's rights, but on purpose to balance sex ratio of newly-born infants and maintain the healthy development of the population through criminal law.

Second, in China, sex-selective abortion at 14 weeks¹¹ (16 weeks in Anhui province¹²) or later for non-medical reasons is prohibited. This rule is based on the fact that during that period, fetal sex can be identified by B ultrasound.

Third, there're no general terms on criminal abortion in Chinese criminal law, therefore whoever, without obtaining the qualification for practicing medicine, identifies fetal sex for non-medical reasons can be indicted for¹³ "the crime of unlicensed medical practices prescribed in Criminal Code, Article 336, Paragraph 1¹⁴, and whoever, without obtaining the qualification for practicing medicine, performs surgical sex-selective abortion at the request of the mother be indicted for "the crime of illegal contraception operations" prescribed in the same Article, Paragraph 2¹⁵. The following are two issues worthy of attention.

The first is that the above-mentioned two crimes are listed among the criminal offenses prescribed in Criminal Code, Chapter VI "Crimes of Obstructing the Administration of Public Order, Section 5 "Crimes of Impairing Public Health". Under this Section gather criminal offenses of violation of orders or regulations in the field of public health. And "fetal sex identification for non-medical reasons" or "sex-selective termi-

nation of pregnancy” also violates these rules or regulations, the most important one of which is *Population and Family Planning Law* and *Maternal and Infant Health Care Law*. In this sense it turns out to be more obvious that criminalizing sex-selective abortion is on purpose to correct serious imbalance of sex ratio, to reinforce population healthy approaches, and to ultimately maintain social harmony¹⁶, rather than (or not mainly) to protect fetuses’ or women’s rights.

The second is that only one without obtaining qualification for medical practice can be punished in accordance with Article 336. What if one qualified for medical practice performs “fetal sex identification for non-medical reasons” or “sex-selective abortion”? In one case, a licensed assistant doctor, who secretly used B ultrasound equipment to identify fetal sex for a pregnant woman, resulting in the woman’s suffering from choke caused by massive hemorrhage during surgical abortion, was suspected of abusing his power and detained (Criminal Code, Article 397)¹⁷. In another case, a doctor, working at a hospital’s B ultrasound room, took advantage of his position of managing and using B ultrasound equipment to do illegal fetal sex identification for 37 pregnant women, and took bribe in return. Of those pregnant women, 4 women bearing female babies chose abortion. The doctor was found guilty of taking bribes, and was sentenced to two years in prison (Criminal Code, Article 385)¹⁸. But either the crime of abusing power or the crime of taking bribes can only be committed by “State functionaries” or “other persons who perform public service in accordance with the law” in compliance with Criminal Code, Article 93. The so-called official service here essentially refers to management activities with government power and administrative authority in nature. Although most hospitals in China are public hospitals, ordinary doctors do not exercise government power, thus they can perpetrate neither crime above-mentioned. Therefore, in the above two cases convictions for licensed practitioners’ identifying fetal sex can not be justified¹⁹. What role can criminal law furthermore play in regulating “fetal sex identification for non-medical reasons” and “sex-selective abortion” performed by doctors or medical personnel for gaining money? This question has come to the attention of law-makers²⁰.

Only sex-selective abortion for non-medical reasons can constitute a crime. In other words, sex-selective abortion for medical reasons is allowed. What do the medical reasons mean? According to *Maternal and Infant Health Care Law*, Article 18, the doctor can be allowed to give medical advice on terminating the

pregnancy on one of the following conditions: (1) the fetus is suffering from severe genetic diseases; or(2) the fetus has serious defects; or(3) due to serious illness, the pregnant woman’s life safety is endangered or her health will be seriously damaged if she continues to carry the baby. All the three conditions are contained in provincial regulations. And in some provincial regulations one more clause is added, which says that (4) “termination of pregnancy is allowed for the divorced or a widow”²¹. Many provincial regulations also contain a catch-all clause, which says “other circumstances raised by family planning administration departments of the local government”²². The catch-all clause empowers the judge to interpret medical reasons in a broader meaning beyond those listed in regulations. However, in judicial practice the judge seems to be reluctant to do so. For example, in the first case regarding the couple’s rights to ask for fetal sex identification, all family members of the plaintiff were suffering from congenital abnormality of sexual organ, which means that a newly-born child in his family has a 90% chance of inheriting such abnormality if it is a boy. After undergoing B ultrasound examination in the defendant hospital, the plaintiff’s wife asked the doctor to tell the sex of the fetus but was denied. Later, a baby boy was born with congenital abnormality of sex organ. The plaintiff sued the hospital but lost the suit. Shanyin District Court in Shanxi province made the judgment against the plaintiff according to just the provisions prescribed in the *Regulation on Prohibiting Fetal Sex Identification for Non-medical Reasons and Sex-selective Abortion*²³.

At the end of Part II, as supplementary explanation, the author thinks it necessary to mention another series of cases in which medical negligence is at issue. Specifically speaking, in China’s judicial practice, one can be found guilty of negligent crime, if he/she, who undertakes abortion in violation of administrative regulations upon the consent or at the request of the pregnant woman, fails to fulfill the duty of care when performing abortion so as to cause significant consequences. There may be two situations. (1) If the defendant is qualified for medical practice, he/she can be indicted for the crime of medical malpractice in accordance with Criminal Code, Article 335. For example, a medical worker at a health center, who acknowledged that the health center was not equipped well for surgical termination of pregnancy, without making necessary preoperative examination, performed surgical abortion for a pregnant woman in her fifth month of pregnancy and caused her massive hemorrhage resulting in death. In this

case the medical worker was found guilty of the crime of medical malpractice and sentenced to one year in prison²⁴. (2) If the defendant has no license, he/she can only be indicted for the crime of negligently injuring others in accordance with Criminal Code, Article 235. For example, the defendant, without obtaining either *Maternal and Infant Technical Appraisal Certificate* or qualification for performing abortion operation, undertook abortion operation for the victim at her request. During the operation, the defendant destructed the fetus in transverse lie by using medical apparatus, which caused excessive bleeding in the victim's womb, and as a result, he had to remove the womb, which further led to serious injuries to the victim. The defendant was found guilty of the crime of negligently injuring others and sentenced to 2 years and 10 months in prison²⁵.

III. Forced Abortion

In the process of implementing one-child policy, the government allocates certain birth quotas based on the comprehensive consideration of the situation of local population and the needs of women of childbearing age. If a woman of childbearing age wants to have a baby, she should first obtain a birth quota from the local government departments in her registered residence. If a couple have their second baby without previously obtaining such a birth quota, they may be ordered to pay fine (a type of administrative sanction) for the illegal birth.

In recent years a series of cases concerning forced abortion attracted much attention from mass media. The most well-known is Feng Jianmei's case occurred on June 2, 2012 in Zhenping county, Ankang city, Shaanxi province. Feng was in her seven-month pregnancy with her second child. Without informing her family, local authorities took her under arrest and held her down while injecting her with an abortifacient²⁶. Feng's husband hired a lawyer to pursue criminal charges, but ultimately the family decided to settle out of court. After the case was reported, the argument on punishing forced abortion has been highlighted all over the country.

First of all, forced abortion cannot be justified on the ground that it serves a good purpose of carrying out one-child policy. As a matter of fact, local governments have no legal bases for implementing one-child policy through forced abortion. According to *the Population and Family Planning Law*, Article 41, whoever violates the obligation to bear one child shall pay the social upbringing fees; those who fail to pay such fees shall pay overdue fine. According to Administrative laws and regulations issued by the State Council, the

township level institutions who offer technical service to implement one-child policy are only entitled to perform abortion to terminate an early pregnancy with the pregnant woman's consent after obtaining the approval²⁷. If one couple, who is registered in the category of floating population, gives birth with the violation of one-child policy, the couple shall be given criticism and education by the government or other authorities in the place where they are dwelling²⁸. From the above, it is obvious that in China there is no any law or regulation which can offer legal bases for the officials of local governments to carry out forced abortion. Besides, our government spokesmen or officials of central government made official statements repeatedly that forced abortion, or forcing pregnant women to have abortions by violent means shall be strictly prohibited in China²⁹.

In most cases forced abortion usually involves illegal actions such as unlawfully taking pregnant women under arrest, detaining or humiliating them. Those actions may constitute the crime of false imprisonment (Criminal Code, Article 238) or the crime of humiliating women (Criminal Code, Article 237). If forced abortion causes bodily injuries (slight injury or more serious injury), the victim can pursue a criminal charge of intentionally injuring others (Criminal Code, Article 234).

Forced abortion refers to making the fetus die in the womb and then letting the fetus ejected from the womb by using irritant drugs. In most of the forced abortion cases, the fetus is ejected from the womb as a skeleton. However, there may also be some cases in which the fetus still have a chance to live for long after having been ejected from the womb (especially with the help of artificial life-maintaining machines). In those cases, can one killing a fetus after it has been ejected from the womb be found guilty of murder? In order to answer this question, firstly it is necessary to define the beginning of human personhood. In China, traditionally the commonly-held opinion is that a fetus is first recognized as a person protected by criminal law at the time point when the fetus took the first breath by its own lung instead of "breathing" with the help of its mother's placenta (in short, placental respiration). This is called "Independently-Breathing theory"³⁰. As a comparison, for example, in Japan the opinion held by criminal courts³¹ and most scholars³² is that a fetus can be recognized as a person when its body has been partially pushed out of the birth canal. This is called "Partially-Exposed theory". Under the Japanese criminal law system, "Independently-Breathing theory" can not be accepted mainly for two reasons. The first is that considering the process of giving birth during which

part of the fetus's body is firstly pushed out and then it takes the first breath by its own lung, in the case where one cuts off the neck of the fetus after its head has just come out and before it can take the first breath, according to "Independently-Breathing theory", he/she can not be indicted for murder, and because at this time point it can be no longer seen as part of its mother's body, he/she can not be indicted for intentionally injuring its mother, either. But according to "Partially-Exposed theory", it is easy to judge that the doctor's action shall constitute a crime of murdering a person. The second is that considering even though being unable to breathe independently, a premature baby can still live for long with the help of artificial life-maintaining machines, in the case where one kills such a premature baby, according to the "Independently-Breathing theory", he/she can not be indicted for murder, which, however, is clearly unreasonable. Nevertheless, in spite of these drawbacks, "Independently-Breathing theory" has been commonly held in China for a long time. We should understand the reason for choosing "Independently-Breathing theory" in the context of China's population policy³³. In the last more than 30 years China has long been in the stage of controlling population, and voluntary abortions are never rare. In many of those cases a fetus has been ejected from its mother's womb but is still alive. In such situations, according to "Independently-Breathing theory", one who deprives a living baby of its chance to continue living can be exempted from the criminal punishment as long as it can not be proved beyond any reasonable doubt that the newly-born baby can breathe independently, which, as a matter of fact, is usually very hard to prove. Thus in terms of avoidance of excessive application of criminal punishment, it is reasonable to put off the beginning of human personhood by accepting "Independently-Breathing theory". The same theory is of course also applied to illegal forced abortion. Therefore, when answering the question raised in the beginning of this paragraph, we have to say that in such situation no one can be indicted for murder. Probably this judgment may be faced with the criticism that the fetus's rights to some extent are indeed ignored. But on the other hand, considering China's unique population policy, it is also hard to absolutely deny the meaning of "Independently-Breathing theory"³⁴.

At the end of Part III, as a supplement, there is one point deserving attention. Since no provision of criminal abortion is prescribed in Chinese Criminal Code, forced abortion in itself can not constitute any crime. But when causing bodily injuries (slight or more severe

injury)³⁵ to the mother, forced abortion can be convicted of the crime of intentionally injuring others (Criminal Code, Article 234).

IV. Involuntarily Causing Injury to a Fetus

There are two situations in which involuntarily causing injury to fetus may be at issue. In one situation, as a consequence of inflicting bodily injury on the mother, natural abortion, miscarriage or stillbirth takes place. In the other situation, medication, accident or other similar reason causes no injury (or slight injury which is too slight to deserve punishment) to mother but causes injury to fetus so as to the child after birth suffers from abnormal development, serious diseases or even death.

When dealing with the first situation, the judge in China puts emphasis on the injury inflicted on the mother rather than on the fetus. For example, in case one, the defendant dragged the pregnant victim to the ground, and kicked her abdomen with the foot, which led to trauma to her. The next day a dead fetus was delivered. The defendant was found guilty of the crime of intentionally injuring others (Criminal Code, Article 234)³⁶. In case two, as the defendant was moving an electric vehicle, the handle of the vehicle bumped into the abdomen of the victim who was pregnant for over 20 weeks. As a result, the fetus died in womb and the victim underwent induced labor. The defendant was found guilty of negligently injuring others (Criminal Code, Article 235)³⁷. In case three, the defendant who drove a motor vehicle violated regulations governing traffic and transportation and thereby crashed into a pregnant woman who was walking on the pedestrian crossing, resulting in her death through bodily injuries. The defendant, who took full responsibility for the accident, was found guilty of negligently causing a traffic accident (Criminal Code, Article 133). The fact that the victim was pregnant was considered only as an aggravating circumstance at the sentencing stage³⁸. All in all, in these cases, natural abortion, miscarriage or stillbirth was contained in the injuries inflicted on the pregnant woman. According to *the Standard of Human's Severe Injury Evaluation* jointly released by the Supreme People's Court, Supreme People's Procuratorate, Ministry of Public Security and Ministry of Justice, "when an injury inflicted on a pregnant woman leads to premature delivery, stillbirth, placental abruption, abortion complication of blood loss shock or serious infection", the injury should be evaluated as severe injury (Article 78); according to *the Standard of Human's Slight Injury Evaluation*, "when an injury inflicted on a pregnant woman leads to difficult labor or miscarriage", the injury should be evaluated as slight injury (Article 42).

Over the second situation there is a more heated dispute. In recent years, there have been a few civil cases of such kind emerging in China, which are triggering discussions on laws and morality. For example, in one case where the pregnant woman met a car accident, which resulted in infant brain damages and thereby after birth the baby was suffering from brain paralysis, the plaintiff claimed 1.2 million RMB damages from the negligent driver³⁹. In another similar case where the doctor made a mistake during a birth operation, which resulted in infant brain damages, and thereby after birth the baby was suffering from brain paralysis, the plaintiff claimed 2.95 million RMB damages from the hospital⁴⁰. There is one more case in which the plaintiff claimed compensation for premature delivery of a cerebral palsy child as a result of a bodily battery inflicted on its mother during her pregnancy⁴¹. The feature of such kind of cases is that at the time of infringement, the baby was not yet born, in other words, a person protected in criminal law does not actually exist (As to this point, in China the civil law and criminal law share the same viewpoint). In civil cases, courts put emphases on judgment of damage results while in criminal cases, in order to justify criminal punishment, a question must be answered, i.e. whether involuntarily injuring a fetus can be interpreted as injuring a person protected in criminal law. When discussing this question, Chinese scholars mostly refer to Kumamoto-minamata disease case in Japan and analyses in the literature on its criminal trial. The wastewater from a chemical factory in the Kumamoto district of Japan flowed into Minamata Bay. Fish in the bay contained concentrated mercury toxins. The people who ate the fish would suffer from Minamata disease. In the criminal case a woman pregnant for 8 months ate fish and thereby the toxins were assimilated into her body. As a consequence, her child was born alive but later died because of the effect of the mercury toxins. The former president and the supervisor of the factory faced criminal proceedings in 1979 for negligently causing death and serious bodily injury (Japanese Criminal Code, Article 211) and were found guilty. Centered on the reason for justifying the criminal punishment, there are heated disputes in the literature. Before entering detailed analyses on those disputes, the author thinks it necessary to call the readers' attention to different types of involuntary injury. Type one is called stable injury, which means the injury to fetus not turning worse after birth. Type two is called worsening injury, which means the injury turning worse after birth. In Kumamoto-minamata disease case, the injury at issue was worsening injury. Generally speaking, in Japan there are the following three viewpoints.

From viewpoint one, called "result theory", the time when a harm result exists is given count. This point of view can be divided into two. (1) The first view is that since the baby is suffering from health problems after having been born, it can be said that the infringement at issue did cause a harm result in a person. This is the view that the district court took for this case⁴². The criticism to this view is that in order to constitute a crime the right protected in criminal law should be "infringed", which means causing a harm result. On the contrary, in the case concerning involuntary injury on a fetus the harm residing in the fetus was just "born", where no harm was "caused"⁴³. (2) The second view argues that it can be said that the harm result in a person comes into existence with the person having been born. Only in two situations, where a new harm result is caused or where an existing harm result develops from a slight degree to a heavy degree, it can be said that a harm result comes into existence. Therefore, from the second view, only in the case where worsening injury is at issue, the criminal punishment has possibility to be allowed. However, some scholars deny this possibility for the reason that from the second view the following unreasonable conclusion may be reached: a serious offense, which causes the death of fetus, shall not be punished because negligent abortion is not a crime while a minor offense, which causes only an injury to fetus, shall be found guilty of negligently injuring others, where the punishment is obviously disproportionate. In order to solve the problem of disproportionate punishment, it might be argued that in terms of the severity of the result, the pain (and death consequently) suffered by a person after birth is not less than the "death" of a fetus. However, if justifying the punishment on the ground of the pain suffered by a person after birth, since in the case where stable injury is at issue exists the same pain suffered by a person, we have no longer reason to say, just as mentioned above, that only in the case where worsening injury is at issue, the criminal punishment has possibility to be allowed⁴⁴.

From viewpoint two, called "effect theory", the time when the infringement begins taking effect on a person is given count. This point of view can also be divided into two. (1) The first view is that the infringement takes effect through the mother's body. This is the view that the high court took for this case. The court holds that the infringement by the defendant's discharging wastewater continues to take effect with the mother's body as a medium (the mother's body is connected with the fetus's body by the umbilical cord) even after part of the fetus comes out of the mother's body (As

mentioned above, in Japanese criminal law the time when part of fetus comes out of the mother's body is taken as the beginning of human personhood⁴⁵. From this view, in the case where stable injury is at issue, the criminal punishment is not allowed. In the case where worsening injury is at issue, to justify the criminal punishment, the prosecutor has to prove that the organic mercury causes health deterioration of the fetus during the period from the time when part of fetus comes out to the time when the umbilical cord is cut out. But in fact this can hardly be proved⁴⁶. (2)The second view is that the fetus itself is a medium. Specifically speaking, if as the effect of the organic mercury on the fetus its health continuously deteriorates after birth, the criminal punishment can be allowed. The deterioration here means a new injury inflicted on the person born. Furthermore, some scholars distinguish between the two situations: Is the harm result residing in the fetus being worsened continuously after birth? Or is the status of the fetus worsened after birth because of new infringement? In the former situation, for example, the organic mercury causes injury to the brain of the fetus, and the brain injury keeps deteriorating after birth. In the latter situation, for example, the organic mercury remains in the body of the fetus and causes new harm to the person born. Those scholars argue that only in the latter situation it can be said that the discharging wastewater produces a harmful effect on a person, thus the criminal punishment can be allowed⁴⁷. Theoretically it might be possible to assume such two situations and to limit the punishment to the latter, but the biggest question is that such distinction is too delicate to prove⁴⁸. Even if it was possibly proved, there would be another unsolved question. For example, the pregnant mother takes sleeping pills and the sleeping pills remain in the body of the fetus, which consequently causes abnormal growth to the person born. In this case, from the second view, the mother shall be charged with her criminal negligence. This judgment can not be considered reasonable.

From viewpoint three, the fetus is seen as part of its mother's body, where the harm caused to the fetus is interpreted as the harm caused directly to its mother's body. This is the viewpoint taken by the Supreme Court of Japan in this case. The Supreme Court holds that a person (the mother) existed when the infringement happened, and a person (the newly born baby) existed too when a harm result happened, therefore, the criminal punishment can be allowed⁴⁹. The criticism to this opinion is as below. If the fetus is seen as part of the mother's body, the self-induced abortion should be interpreted as an act of intentionally causing

her own injury, which is not a crime. But the provision on self-induced abortion is prescribed in Japanese Criminal Code, Article 212, which suggests that in Japan the mother and the fetus are respectively protected in criminal law, in other words, the fetus has an individual legal and moral status in criminal law. This criticism is persuasive. In addition, even the theory of mistake(in German it is called *Irrtumslehre*) cannot provide a reasonable basis for this viewpoint. The theory of mistake can provide a basis for the punishment imposed on the defendant in e.g. the following case. The defendant, who planned to kill X, mistook Y for X and killed Y. As long as the defendant acknowledged that his action would deprive a person of his/her life, the conviction for murder will not be changed by the fact that the killed person is X or Y. In order to apply the theory of mistake, at least a person X and a person Y, who are protected in law, have to already exist in the world at the time when the defendant attempts to commit the murder. But in the case where one involuntarily causes injury to a fetus, the fetus has not yet developed to a person protected in law⁵⁰.

To sum up, in Kumamoto-minamata disease case the district court entered a judgment of conviction which was confirmed by the high court and then the Supreme Court, and many scholars agree with the judgment and try to justify the judgment from different views. On the other side, the criticisms are also quite reasonable. After having studied the discussions in Japan, Chinese scholars came up with some new attempts.

The first attempt is to separate the two stages: the stage of preparing for a crime and the stage of initiating the crime(in German it is called "*anfangen die Ausfuehrung*"). There does exist a type of case in which even though the object, which the actor aims to infringe, does not exist at the former stage, the actor still should be responsible for the result caused at the latter stage. For example, the actor poisoned chocolate, wrapped it and mailed it to the victim (the stage of preparing for murder). After receiving the package the victim ate a bar of chocolate and died (the stage of initiating murder). In this type of case, when the victim received the package, the victim was faced with an urgent life-threatening risk, thus at this time we can say the actor began initiating the murder. There is no doubt that the actor shall be indicted for murder. It is argued that it is the same with the case of involuntarily causing injury to a fetus. In the first stage when the fetus has not yet become a person to have the personal rights protected in criminal law, though the infringement was carried out, there is no existen-

tial threat to a person's rights (similar to poisoning chocolate). In the second stage with a person having been born, infringing a person's rights not only turns out possible but also comes to be an existential threat (similar to the victim's receiving the package). As a whole, as long as the actor in the first stage created a risk of infringing the rights of a person who would be born and the risk was realized by the person's birth, he/she shall be responsible for the person's bodily harm⁵¹. From this view, the only thing that can be explained is that the action forbidden and the victim protected in criminal law does not necessarily exist at the same time or at the same place. But different from the case of mailing poisoned chocolate, in the case of involuntarily causing injury to a fetus when the infringement happens, the victim does not exist in the world. Therefore, this view has no big difference from the viewpoint one and two in Japanese literature, and thereby must be faced with the same criticisms.

The second attempt is to interpret the right infringed in the case of involuntarily causing injury to a fetus as a couple's reproductive right. It is argued that the reproductive right means not only the right to bear a baby or to avoid conception but also the right to bear a healthy fetus. "Forbidding or forcing reproduction is no doubt the infringement to a couple's reproductive right. Likewise, causing injuries to the fetus so that a healthy person can not be born or grown up is also the infringement to the reproductive rights". The disability of a person after birth is the soundest evidence of the infringement of the reproductive right⁵². The criticism to this view is that if we agree that the reproductive right is infringed, we have to acknowledge that the fetus, instead of an individual subject protected in criminal law, is no more than a carrier of a couple's reproductive right⁵³. What's more, the reproductive right is not protected through any provision prescribed in criminal law⁵⁴. Therefore, even if the judge admitted the reproductive right was infringed, the couple could only claim for compensation with no possibility to pursue a criminal charge.

The third attempt is to interpret the harm to a fetus as the harm to its mother's bodily function of producing a healthy person. The bodily function is just the interest protected through the crime of injuring others. To this view, the most important criticism is that the fetus shouldn't be demoted from an independent subject protected in criminal law to part of the mother's body. This criticism is persuasive in foreign countries like Japan where self-induced abortion is a crime, which suggests, as mentioned above, that the fetus is given a

legal and moral status. But in China, since self-induced abortion does not constitute a crime, there is no need to interpret the status of a fetus in the same way. In this context, it is not impossible to see the fetus as part of its mother's body or to interpret the harm to a fetus as the harm to its mother's bodily function of producing a healthy person⁵⁵. From this view, both in the case of stable injury and in the case of worsening injury, the criminal punishment can be allowed. Besides, this view has another merit. When a pregnant woman does harm to her own body or eats sleeping pills so as to infringe the fetus and later to produce an unhealthy person, she shall not be indicted for negligently injuring herself. Just as mentioned above, in order to hold this view, the premise is to admit that the fetus is not protected as an independent subject in criminal law. With China's existing law and interpretive theories as the background, we can say that admitting this premise, even though not perfect, yet has important meaning for protecting the interests of a pregnant woman and her child theoretically and practically.

V. CONCLUSION

Up to now, in China in terms of the legal status of a fetus, it has not yet been considered as an independent subject protected in criminal law. For a long time, the decisions about whether and to what extent to forbid abortion mainly depend on the social interests such as population control by the government and maintenance of favorable development of population, rather than the interests of a fetus or its mother. This conclusion can be drawn not only from the absence of a general provision concerning the ban of abortion prescribed in criminal law, but also from the criminalization of fetal sex identification for non-medical reasons and sex-selective abortion as an exception.

Just because the legal status of the fetus has not been established in criminal law, it is natural to consider the fetus as part of its mother's body. When a bodily attack causes injuries (even death) to a pregnant woman with her child's unnatural birth or stillbirth, etc., the attack may be found guilty of intentionally injuring the mother. In the case of involuntarily causing injury to a fetus, when no injury or minor injury was caused to the mother while an unhealthy baby was born, from the view of the harm to the mother's bodily function of producing a healthy baby, it is possible to pursue a criminal charge with criminal negligence. But if the injury involuntarily caused to the fetus results from its mother's own negligent action, there is no crime.

Notes

- 1 YU, Jia-Jia.
- 2 LI, Bo-zhong, *Abortion, Birth Controlling, Sterilization—Sterilization Methods, Their Implementing and Spreading in Jiangsu and Zhejiang Area in Song, Yuan, Ming and Qing Dynasties*, China Scholarship, the Commercial Press, 2004, pp. 71-99; TIAN Yan-xia, JIAN, Pei-min, *An Ancient History of Abortion in China*, Medicine & Philosophy(Humanistic & social Medicine Edition), 2007(3), pp. 64-5. But when one inflicted bodily injuries on a pregnant woman and caused miscarriage, the woman may pursue for a criminal charge. See PENG, Bing-jin, *On the Protection of Civil Rights of Pregnant Women in Ancient Chinese Law*, Journal of Shanxi Normal University(Social Science Edition), 2014(6), pp. 122-3.
- 3 TANG, Peng-hua, *Abortion in the 21th Century China: a Crime or Not?*, Jiangnan Tribune, 2011(9), pp. 128-9.
- 4 See LONG, Wei, *The Crime of Abortion and its Punishment in the Era of Republic of China*, Modern Chinese History Studies, 2012(1), p. 93; Supra note 2, p. 129.
- 5 Supra note 2, p. 129.
- 6 LI, Yan, *Artificial Abortion: Right or Obligation--Comparative Research on Abortion Law between America and China from the Angle of Feminism*, Legal Forum, 2009(1), p. 119. Generally speaking, there are three main reasons for sex-selective abortion. First, parents have a preference for boys. Second, since the social security system in China is not good enough, parents expect to have a son to support them in old age. Third, a son can be expected to carry on the family line.
- 7 ZHANG, Yi, *China's Unbalanced Sex Ratio at Birth, its Origin and Solution*, Sociological Research, 1997(6), p. 56.
- 8 Almanac of China's Population in the Year of 2004.
- 9 Supra note 6, p. 55.
- 10 CHEN, Shi-wei, *Analysis of the Crime Categorization for the Action of Sex Appraisal for Fetuses for Non-Medical Reasons*, Journal of China Youth College For Political Sciences, 2005(5), p. 11.
- 11 Up to now the local governments in the following provinces have carried out regulations on the ban of fetal sex identification for non-medical reasons and sex-selective abortion: Shandong Province(December 1st, 2005); Shanxi Province(November 1st, 2006); Fujian Province(September 24th, 2003); Hunan Province(March 1st, 2005); Henan Province(January 1st, 2007); Gansu Province (January 1st, 2009); Anhui Province(November 1st, 2000); Hebei Province(March 1st, 2008).
- 12 Article 9; Article8; Article 8; Article 11; Article 8; Article 7(The order numbers refer to supra note 10).
- 13 Article 9(The order numbers refer to supra note 10).
- 14 A disputed question is whether or not making an appraisal for a fetus's sex can be regarded as medical practice. See ZHANG, Bing-zhi & ZOU, Jian-wei, *Analyses of the Amendment of the Crime of Unlicensed Medical Practice in the Perspective of Illegal Sex Appraisal for Fetuses and Illegal Sex-selective Abortion*, People's Procuratorial Semimonthly, 2005(3[1]), p. 12.
- 15 No. 214 criminal judgment made in 2001 by Yuhua District Court, Changsha, Hunan Province.
- 16 No.00635 criminal judgment made in 2014 by Yaohai District Court, Hefei, Anhui Province; No.2002 criminal judgment made in 2002 by Yongchun District Court, Fujian Province.
- 17 LI, Yun-cai, *Analysis about the Penal Regulations for Sex-Selective Abortion*, Law Science Magazine, 2009(8), p. 128.
- 18 The case was introduced in supra note 13, p. 16.
- 19 The case was introduced in the article "The Doctor Who Took Bribes as a Reward for Sex Appraisal for Fetuses was Punished", Prosecution Daily, front page, January 25th, 2005.
- 20 Supra note 13, p. 16.
- 21 In the sixth amendment of criminal law(Second Reading Draft), one provision on the ban of fetal sex identification for non-medical reasons and sex-selective abortion was added behind Article 336(the crime of unlicensed medical practice and the crime of illegal surgical abortion). However, since the opposite opinions were strong, the provision was deleted from the sixth amendment of criminal law(third Reading Draft). More details can be found in the report issued by the Legislative Affairs Office of the State Council in 2006 on the conclusion drawn based on the discussion on "the sixth Amendment of Criminal law (Draft)", http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2006-07/20/content_5350749.htm, last access on October 14th, 2015. In 2014 deputies to the national people's congress again put forward a proposal to criminalize illegal fetal sex identification and illegal sex-selective abortion by amending criminal law. More details can be found in the report issued by the Legislative Affairs Office of the State Council in 2014 on the conclusion based on the discussion on the proposals put forward by deputies, at pkulaw.cn [Legal Glossary:CLI.1.245733].
- 22 Article 8; Article 11; Article 8; Article 7; Article 10 (The order numbers refer to supra note 10).
- 23 Article 9; Article 8; Article 9; Article 7(The order numbers refer to supra note 10).
- 24 *The Hard Issue surrounding the Rule of Law with regard to Fetal Sex Identification*, <http://news.sina.com.cn/s/2006-07-24/22419554153s.shtml>, last access on October 14th, 2015.
- 25 No. 0040 criminal judgment made in 2014 by Jiangyan District Court, Taizhou, Jiangsu Province.
- 26 No. 85 criminal adjudication made in 2012 by Nanning high court.
- 27 *Three Lawyers Proposed to the Supreme People's Procuratorate that Forced Abortion should be Found Guilty*, <http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/shjw/20120617104146.htm>, last access on October 14, 2015.
- 28 Regulations of the People's Republic of China on Administration of Technique and Service for One-child Policy, Article 9.
- 29 Regulations of the People's Republic of China on Enforcement of One-child Policy in the Non-registered Population, Article 23.
- 30 Eg., LIU, Jian-chao, Foreign Ministry spokesman at the regular press conference on pointed out that forced abortion was banned based on the policies concerned, <http://www.fmprc.gov.cn/ce/cgstp/chn/fyrjh/t175869.htm>, last access on October 14, 2015; ZHAO, Baige, pre-vice director of National Municipal Commission of Population and Family Planning emphasized that the administration of one-child policy was not enforced but premised on self-determination, The Xinhua News Agency, July 15th, 2004.
- 31 GAO, Ming-xuan & MA, Kechang, *Criminal Law*, 5th edition, Peking University Press & Higher Education Press, 2011, p. 461.
- 32 The criminal judgment made on December 13th, 1919 by the Supreme Court of Japan, at Supreme Court of Judicature criminal cases Reports(abbreviation: Keiroku), 25th Series, p. 1367.
- 33 NISHIDA, Noriyuki, *Criminal Law: Specific Part*, 5th edition, Koubundou Publishers Inc., 2010, p. 8.

33 CHEN, Jin-lin, *The Beginning of Human Personhood in Criminal Law. A Comprehensive Analysis from Multiple Angles*, Political Science and Law, 2015(3), p. 84.

34 ZHOU, Xiang, *A Fetus's Right to Life & its Protection in Criminal Law*, Law Science, 2012(8), pp. 54-55.

35 In accordance with Chinese Criminal Code, Article 384, in order to constitute the crime of intentionally injuring others, the result should reach the degree of slight injury.

36 No. 363 criminal adjudication made in 2010 by Xhengzhou High Court, Henan Province.

37 No. 27 criminal judgment made in 2008 by Xiacheng District Court, Hangzhou, Zhejiang Province.

38 No. 956 criminal judgment made in 2012 by Yuecheng District Court, Shaoxing, Zhejiang Province.

39 *A Case in Which as a Result of a Traffic Accident the Baby was Born Prematurely, Suffering from Cerebral Palsy and thus Sued for 1,200,000RMB in Damages*, http://v.ifeng.com/news/society/201109/cf08590c-d23c-4357-9007-bbc0087b20d6.shtml?_from_ralated, last access on October 14th, 2015.

40 HU, Ming, *A Case in Which as a Result of Severe Asphyxia of Newborn Caused by Medical Accidents the Baby was Suffering from Cerebral Palsy and Her Father Sued against the Hospital for 2,950,000RMB in Damages*, Nan Fang Daily, November 16th, 2011.

41 See WANG, Yu-tian, *Interpretation of the Nature of an Action Resulting in Infant Damages in the Perspective of Criminal Law*, Journal of Huazhong University of Science and Technology Edition of Social Sciences, 2004(3), p. 30.

42 The criminal judgment made on March 22nd, 1979 by Kumamoto District Court, at Criminal cases monthly edition (abbreviation: Keigetsu), Vol. 11, No.3, p. 168.

43 YAMAGUCHI, Atsushi, *Learning the Specific Part of Criminal Law by Leading Case Studies*, Seibundoh Publishing Co., Ltd., 2012, p. 4.

44 SAEKI, Hitoshi, *The Criminal Offenses against Life*(2), Houkago Kyoushitsu, 2010(356), p. 110.

45 The criminal judgment made on September 6th, 1982 by Fukuoga High Court, at High Court Criminal Case Reports (abbreviation in Japanese: Koukeisyu), Vol. 35, No.2, p. 85.

46 YAMAGUCHI, Atsushi & IDA, Makoto & SAEKI, Hitoshi, *Criminal Law: The New Frontier of Theories II*, Iwanami Shoten, Publishers, 2006, p. 22.

47 *Supra* note 44, p. 111.

48 *Supra* note 46, p. 38.

49 The criminal judgment made on February 29th, 1988 by the Japanese Supreme Court, at Supreme Court Criminal Case Reports (abbreviation in Japanese: Keisyu), Vol.42, No.2, p. 314.

50 *Supra* note 32, p. 26; YAMAGUCHI, Atsushi, *Criminal Law: Specific Part*, 2nd edition, Yuhikaku Publishing Co., Ltd., 2010, p. 26.

51 ZHANG, Ming-kai, *On the Crime of Intentionally Injuring Others*, Chinese Legal Science, 2001(3), pp. 119-120.

52 HU, Yu-peng, *Injuring Fetuses as an Offense against the Reproductive Right - Arguing with Professor ZHANG, Ming-kai*, Law Science, 2002(3), p. 28.

53 LIU, Ming-xiang, *Study on the Nature of an Action Resulting in Infant Damages*, Studies in Law and Business, 2006(5), p. 32.

54 CHEN, Hong-bin, *An Action Resulting in Infant Damages in the Perspective of Criminal Law*, Northern Legal Science, 2012(4), p. 72.

55 *Id.*, p. 70,72,74.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Ex magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Profesor universitario.

Nuestra Código Penal —Ley 599 del 2000— regula el delito de aborto de la siguiente manera:

A. Como uno de los “Delitos contra la vida y la integridad personal”, compilados en el Título I del Libro Segundo del Código Penal —Parte especial—.

En *primer lugar*, sanciona con prisión de 16 a 54 meses a la mujer que causa su aborto o permite que otro se lo cause, así como a quien realiza la misma conducta, con el consentimiento de la dama (artículo 122 del Código Penal: aborto).

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional de manera condicionada, mediante Sentencia de Constitucionalidad (C) No. 355 del 10 de mayo del 2006, siempre que se entienda que *no* se comete el delito en estas hipótesis:

1) Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, siempre que se demuestre con certificación médica.

2) Si se hace inviable la vida del feto debido a malformación grave, plenamente demostrada desde el punto de vista médico.

3) Cuando el embarazo es resultado de la comisión de estos delitos: acceso o acto sexual abusivo; inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas; y de incesto, siempre que el comportamiento punible haya sido debidamente denunciado.

En *segundo lugar*, establece pena de prisión de 64 a 180 meses, para quien cause el aborto, sin consentimiento de la mujer (artículo 123: aborto sin consentimiento).

En la decisión acabada de citar, la Corte Constitucional declaró inexecutable unas palabras de la norma original. El artículo inicial decía:

“Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de 4 a 10 años”.

La frase “o en mujer menor de catorce años” salió del ordenamiento por la providencia señalada de la Corte Constitucional.

Finalmente, el artículo 124 del Código Penal preveía dos hipótesis:

Una, reducir la pena en las $\frac{3}{4}$ partes cuando el embarazo fuera consecuencia de una conducta constitutiva

de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Dos, prescindir de la sanción, cuando en la eventualidad anterior, señalada como *una*, se cometa el aborto en “extraordinarias condiciones anormales de motivación”, siempre que el funcionario judicial estime que la pena no es *necesaria*.

El artículo indicado, el que se constituía con estos dos supuestos, por razones obvias también fue declarado inexecutable, por la sentencia recordada anteriormente pues sus premisas pasaron a engrosar la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del mismo Código Penal.

En lo pertinente, la Corte Constitucional, en su seria, larga, profunda y detallada sentencia, “resolvió”:

“... **Tercero**. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuarto. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión ‘...o en mujer menor de catorce años ...’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000”.

En Colombia es casi normal el debate cotidiano sobre el tema, sobre todo cada vez que comienza una legislatura del Congreso de la República, y en varias oportunidades se han presentado proyectos de ley, generalmente orientados a la “despenalización del aborto”. De inmediato, los debates en pro y en contra ocupan todos los medios.

Aparte lo anterior, recientemente el Fiscal General de la Nación anunció la presentación de un proyecto de ley. El Funcionario, de manera verbal, dio a conocer su idea públicamente y a través de todos los medios. Según se pueden interpretar sus palabras, con el amplio proyecto se daría vía libre al aborto dentro de las doce primeras semanas de gestación, sin condición ni restricción alguna.

El proyecto pensado por el Fiscal, hasta donde se le ha escuchado, se caracterizaría por ir más allá de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia plasmada atrás, por buscar la defensa de las damas si se tiene en cuenta que se producen más de 200000 abortos

ilegales y que la tasa de mortalidad materna resultado de las prácticas abortivas sin las técnicas y ciencias necesarias es bastante alto.

Por supuesto, será necesario esperar la presentación del proyecto para proceder a su estudio con detenimiento y poder expresar alguna opinión sobre el mismo.

B. Como “Delito contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”.

El Título II del Libro Segundo ya relacionado del Código Penal se dedica a las infracciones que ofenden el D.I.H. y el artículo 139 E, adicionado por el artículo 10º de la Ley 1719 del 2014, conformante de su Capítulo Único, define el “Aborto forzado en persona protegida”, con estas palabras:

“El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, a través de la violencia interrumpa u obligue a interrumpir el embarazo de persona protegida sin su consentimiento, incurrirá en prisión de 160 a 324 meses de prisión y en multa de 666.66 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En virtud del artículo 140 de Código, tal conducta se agrava si concurren estas circunstancias¹:

1) Cometer el hecho con el concurso de otra u otras personas.

2) Tener el responsable particular autoridad sobre la víctima, o características que la impulsen a depositar confianza en él.

3) Desplegar la conducta sobre persona menor de 14 años.

4) Realizar el comportamiento sobre pariente, cónyuge o compañera permanente, persona integrada permanentemente a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o partícipe del hecho (artículo 30 de la ley 1257 del 2008).

5) Practicar el comportamiento sobre persona en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio.

6) Cometer el hecho con la intención de generar control social, temor, u obediencia en la comunidad.

Con independencia de la observación puramente jurídica que hemos sintetizado, la situación del “problema” aborto parece bastante grave en Colombia. Un ejemplo informativo sirve de ilustración.

“El Espectador.com” del día 7 de septiembre del 2011² comunica acerca de una investigación adelantada por el *Instituto Guttmacher* de Nueva York sobre el aborto, estudio que fundamentalmente permite concluir lo siguiente:

1) En Colombia, por año, se registran en promedio 400.000 abortos inducidos y más o menos 911.897 embarazos no deseados.

2) Tales cifras superan el promedio en Latinoamérica y el Caribe, de acuerdo con la estimación hecha por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.). En tales territorios el promedio es de 31 por cada 1.000 mujeres, mientras entre nosotros la media es de 39 abortos por cada 1.000 mujeres. Colombia supera en abortos a México y Guatemala, aun cuando es superada por el Perú.

3) Anualmente ocurren 412.000 abortos inducidos, lo que equivale a decir que cada año una de cada 26 colombianas en edad reproductiva, es decir, entre 15 y 44 años, tiene un aborto.

4) La cantidad de embarazos no planeados significan 89 por cada 1.000 mujeres.

5) Aproximadamente el 44% de los embarazos no planeados termina en abortos inducidos.

6) Ese número de embarazos en Colombia es un 25% más alto que el promedio en toda Latinoamérica y el Caribe.

7) En 1989 el 52% de los embarazos registrados en Colombia no fueron planeados. Al año 2008, la cifra aumentó a un 67%. El aborto inducido, mientras tanto, se mantiene, si se tiene en cuenta que para 1988 ocurría el aborto en 36 por cada 1.000 mujeres, cantidad que ascendió a 39 abortos por cada 1.000 damas en el año 2009, es decir, el incremento fue del 8%.

8) Finalmente, a pesar del contenido abierto, amplio y extensivo de la decisión de la Corte Constitucional varias veces mencionada en este escrito, la gran mayoría de abortos en Colombia se producen en la oscuridad, en secreto: en el año 2008, el 99.92% de los abortos practicados lo fueron en la clandestinidad e ilegalmente.

Todo indica que las soluciones legales y judiciales no solucionan el problema, menos si se acude al derecho penal. Como se dice todos los días por quienes laboramos esta área del derecho, habrá que pensar de otra forma.

Notas

1 Se alude a las causales "posibles" en materia de aborto, pues el artículo 211, al que remite el artículo 140 citado, congrega las causales de agravación para los "delitos sexuales".

2 "El Espectador" es uno de los Diarios impresos más importantes de Colombia. La información se ha tomado de su versión On line.

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

Defensor Público

1. Aspectos jurídicos

La legislación penal costarricense con respecto al aborto se encuentra contenida en el Código Penal y estipula lo siguiente:

Aborto con o sin consentimiento

Artículo 118.

El que causare la muerte de un feto será reprimido:

1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto¹ había alcanzado seis meses de vida intrauterina;

**Nota del Sistema Nacional de legislación vigente: En la redacción de este inciso es evidente la falta del adverbio de negación "no" para darle sentido a su objetivo. De la forma como aparece en el texto original carece de lógica, pues la pena es menor por un hecho más grave. Obsérvese que el inciso posterior sí contiene el adverbio indicado).*

2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.

Aborto procurado

Artículo 119.

Será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

Aborto honoris causa

Artículo 120.

Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión.

Aborto impune

Artículo 121.

No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.

Aborto culposo

Artículo 122.

Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.

Consultado para efectos de este reporte y en fecha 27 de octubre de 2015 el Archivo de la Asamblea Le-

gislativa costarricense se nos informó que no existe en ninguna fase del trámite legislativo ningún proyecto tendiente a lograr la despenalización del aborto.

Se nos hizo saber de la existencia en la última década de dos iniciativas que sin tocar el tema han sido reseñados como relacionados con tópicos que de un modo u otro se abordan cuando de hablar del aborto se trata como son la salud reproductiva, el derecho a disponer del propio cuerpo, etc. Una de esas iniciativas lo fue el denominado proyecto “Ley para despenalizar la esterilización voluntaria” (Expediente N° 14.719) que proponía una reforma al artículo 129 del Código Penal para que adelante dijera “No son punibles las lesiones que se produzcan al lesionado con su consentimiento” el cual fue desestimado.

El otro proyecto existente al respecto se denomina “Adición de un nuevo Capítulo III referente a los Derechos en Salud Sexual y Salud Reproductiva al Título I del Libro I de la Ley General de Salud” (Expediente No.16887) que se encuentra en trámite legislativo y que ha sido estimado por ciertos sectores como una propuesta que implica la legalización del aborto. Esto por cuanto su artículo 49 dispone:

“Artículo 49. Todas las mujeres en edad fértil tienen derecho al uso de la anticoncepción de emergencia, con el fin de evitar embarazos no deseados o peligrosos para su salud, así como a contar con información y acceso a la anticoncepción de emergencia, de manera ágil, oportuna y eficaz. El Ministerio de Salud deberá autorizar su uso y las instituciones encargadas de la salud deberán ofrecerlos.”

En este sentido la discusión gira en torno a los medicamentos identificados como anticonceptivos de emergencia a los cuales algunos grupos de presión asignan propiedades médicas contraceptivas y no anticonceptivas. El criterio jurídico al respecto emitido por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa dijo lo siguiente:

“De acuerdo con los argumentos expuestos, el Departamento de Servicios técnicos considera que los efectos del tratamiento médico que emplea las PAE, específicamente el que se sigue del uso de las hormonas de levonorgestrel, **no interfiere de manera negativa en el sano desarrollo del óvulo fecundado antes de que éste se implante en la capa que recubre el útero de la mujer**, por lo que el uso y la aplicación de dicho tratamiento no resulta inconstitucional porque no lesiona el derecho a la vida que inicia con la concepción” (La negrita es del original)

2. Aspectos criminológicos

¿Cuál es el contexto sociológico en que se desenvuelven las consideraciones jurídicas sobre el aborto en Costa Rica? Creemos que los rasgos más destacados

del escenario político jurídico nacional que influyen en la discusión sobre el tema serían los siguientes:

- Costa Rica no es un estado laico, es por el contrario un estado confesional según el artículo 75 de la Constitución Política que declama que la religión Católica Apostólica Romana es la religión del Estado garantizándose la libertad de cultos;
- Tenemos más de 15 años de vivir una Campaña de Ley y Orden atizada por las empresas de trasego masivo de la información y diversos grupos de presión muchos de ellos de defensa de intereses emergentes (feministas, ecologistas, preferencias e identidades sexuales diversas y contraculturales, de las mascotas y animales silvestres entre otros)
- Uno de los grupos de presión de mayor vigor y con mayor capacidad de palabra lo constituyen aquellos que representan los intereses de mujeres y menores de edad;
- En los últimos dos procesos electorales (2010 y 2014) se ha producido un ascenso de la participación política electoral de grupos religiosos no católicos caracterizados por su conservadurismo, al punto que al día de hoy los mismos cuentan en el congreso con la cantidad de 4 diputados de un total de 57 que conforman el mencionado Poder de la República.

En cuanto al primero de los rasgos señalados anteriormente habría que decir si bien es cierto caso en todo el grueso de la población costarricense profesa la fe católica y ya por ese solo hecho la posición oficial de la jerarquía de dicha congregación de fe —de sobra conocida como contraria a conceder la existencia de un derecho al aborto— tendría una fuerte influencia en cualquier discusión en el escenario de lo público sobre la penalización del aborto, el hecho de que oficialmente se conceda reconocimiento a la institución religiosa en cuestión como la fe del Estado le otorga una especial preeminencia en tratándose de los espacios públicos de opinión y de conformación de políticas públicas.

Es así como en actos de gran trascendencia nacional desde el punto de vista de la cultura popular y política suelen encontrarse asociadas la figura de las autoridades civiles y las eclesiásticas como en los traspasos de poder ejecutivo, la ceremonia anual de elección del directorio legislativo, la celebración de la figura religiosa considerada como patrona nacional, etc. con lo cual la opinión de la iglesia en mención en cualquier aspecto se ve potenciada.

No es de extrañar entonces que la Iglesia Católica encuentra oficial o extraoficialmente oportunidad para opinar —con tono pontificador como suele hacerlo— sobre temas relacionados con la salud y la sexualidad

como las guías sobre salud reproductiva que se usan en el sistema de enseñanza costarricense, como sobre la posibilidad de la fecundación in vitro o como obviamente sobre el tópico que ahora nos ocupa.

Agréguese a lo anterior, para terminar de configurar el contexto desde el que el tema del aborto en nuestro país se aborda, que no es la nuestra una iglesia católica de avanzada como la que durante la época de la lucha armada en El Salvador dio a luz a una figura como la de San Monseñor Romero o como las iglesias suramericanas que parieron la llamada Teología de la Liberación.

En lo que toca a la segunda de las aristas que señalamos líneas arriba como necesarias de tener en cuenta para reflexionar sobre los aspectos criminológicos relacionados con el tema de la penalización del aborto en Costa Rica, habría poco que agregar a lo que hemos venido diciendo de manera reiterada en las colaboraciones que hemos hecho desde hace muchos años para esta sección de la Revista Penal.

Una cruzada pública orquestada por las empresas de trasiego masivo de la información que a la mañana y al mediodía también se encargan de vender el mensaje de la necesidad de mano dura y de una estrategia bélica para enfrentar el problema de la delincuencia, del que se destaca sobre todo el delito contra la propiedad como el robo de vehículos, los asaltos, los perpetrados en casas de habitación y negocios, etc. Hoy por hoy un referente real de aumento en la tasa de homicidios relacionados aparentemente con una pugna de bandas rivales dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes sirve especialmente de caldo de cultivo para el desarrollo de esta campaña de ley y orden.

Prácticamente todos los grupos de presión que representan intereses emergentes como los que señalábamos ya en el segmento en que esbozábamos las características que ahora tratamos de desarrollar, se han afiliado a esta misma campaña pidiendo el uso del derecho penal para enviar el mensaje de la preeminencia que debe darse a la defensa del respeto a la diversidad sexual, al orden ecológico, al sano desarrollo de la infancia, etc. Exigiéndose entonces la penalización de conductas que van desde el proferir “piropos” en la calle a una mujer hasta el acoso escolar o colegial (bullying) pasando por la destrucción de la flora y fauna.

Especial relevancia han asumido dentro de esta alianza grupos emergentes de presión-empresas de trasiego de la información las organizaciones de corte feminista, algo a los que nos referimos de seguido.

Obviamente en punto a lo que es el tema del aborto el discurso del feminismo de más derecho penal se quiebra, y no decimos se quiebra como señalando que

entra en contradicción sino en el sentido de que se llega a un campo en el que más bien en términos generales se pelea por la despenalización.

El derecho a abortar en tesis de principio ha sido una reivindicación política del feminismo a nivel mundial bajo el entendido de que grosso modo se trata de una defensa de la soberanía que la mujer debe tener sobre su propio cuerpo, entendiéndose la penalización del aborto como una injerencia más del patriarcado en la autonomía de la libertad.

Si bien como decíamos en el primer apartado de este reporte no existe en Costa Rica en este momento una iniciativa legal que procure la legalización del aborto, en el escenario político la discusión no ha dejado de tener cierta presencia aunque intermitente; es así como en redes sociales, en artículos de opinión, en actividades de visibilización pública del movimiento feminista (Marcha de las Putas por ejemplo o actividades varias de repudio contra el acoso callejero, pintas o graffitis, etc.), etc. se escuchan voces que reivindican la consigna de que el aborto debe dejar de ser delito.

En este nivel de lo público los principales argumentos que se esgrimen en favor de la despenalización en medio de una sociedad como ya vimos altamente conservadora en este tema tienen que ver con el riesgo para la salud de la mujer ante un hecho cierto como es la existencia de abortos clandestinos, la existencia de un número visible de embarazos en mujeres adolescentes que esconden una realidad de abuso sexual e implican una cierta condena a la marginación económica y social así como la arista de los embarazos indeseados producidos por violaciones.

Para terminar hemos de hacer referencia al último de los rasgos que en lectura sociológica debían ser mencionados para configurar el contexto criminológico en que se encuentra el tema del aborto en Costa Rica, y este es el ascenso político que en la escena electoral han tenido agrupaciones políticas de corte religioso no católico que han logrado presencia en la Asamblea Legislativa que es la institución (Poder de la República) donde se discutiría una reforma legal que despenalice el aborto.

Señalamos ya que se trata de agrupaciones altamente conservadoras que nos permitiríamos calificar prácticamente de fundamentalistas y las cuales han desarrollado una cruzada en contra de toda clase de iniciativas legales que rompan el modelo conservador desde el que se abordan los temas de la salud reproductiva, la identidad y preferencia de género, los patrones familiares, etc. Es así como en otros temas que propiamente no tienen que ver con el aborto pero que forman parte de los temas asociados a la sexualidad como la fecundación in

vitro o el matrimonio entre personas del mismo sexo, estas agrupaciones han llevado adelante toda una campaña pública y toda una beligerancia a nivel legislativo por impedir cualquier innovación en esos campos.

Se hace necesario resaltar para ejemplificar esto de lo que hablamos, como desde las bancadas de estos partidos se ha desarrollado todo un torpedeo de mociones y acciones jurisdiccionales para impedir la aprobación de una ley que apruebe y regule la Fecundación In Vitro, pese a que existe una condena en contra del país por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos justamente por no practicarse dicha posibilidad médica ante una declaratoria años atrás de inconstitucionalidad de la misma por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia precisamente por considerar que se atentaba contra la vida humana en punto a lo que era el manejo de óvulos fecundados que de antemano no iban a ser implantados o de que un modo u otro iban a ser desechados a lo largo del proceso.

España

Elena Núñez Castaño

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla*

I. INTRODUCCIÓN: REFORMAS LEGISLATIVAS

El delito de aborto, o lo que paralelamente pudiera considerarse, la regulación jurídica de la *interrupción voluntaria del embarazo*, ha sufrido múltiples cambios y avatares en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en relación con el Código penal (TR) de 1973 vigente durante la Dictadura de Franco, y hasta la elaboración del Código penal de 1995 (si bien con numerosas y profundas reformas), se establecía una prohibición total del cualquier tipo de interrupción voluntaria del embarazo, que sería castigada como delito de aborto.

Efectivamente, esta regulación amparaba en exclusiva la vida del feto, independientemente de cualesquiera otros bienes jurídicos con los que pudiera colisionar su protección a ultranza. Así, los derechos de la mujer embarazada (libertad, vida, salud, etc.) quedaban relegados a un segundo plano, considerándola un simple receptáculo de un ser superior al que deben rendirse todos los demás intereses en juego. Sin embargo, junto con este planteamiento radical de protección exclusiva de la vida del feto, se plantearon otras posturas divergentes encaminadas a la toma en consideración de otros posibles intereses involucrados, como son los propios

de la mujer embarazada. La primera de ellas, una postura radicalmente opuesta, considera que el feto es una simple prolongación del vientre de la mujer, carente por completo de protección al margen de la que merece la mujer misma, de manera que el único interés válido, preponderante y digno de ser protegido es siempre el de la mujer embarazada. Desde este planteamiento se aboga por una despenalización total del aborto realizado con consentimiento de la embarazada, sobre la base de reconocerle un derecho absoluto a disponer de su propio cuerpo.

Ante estos dos planteamientos, surge tanto entre nuestra doctrina como en Derecho Comparado, una tercera postura intermedia, que aboga por la armonización de ambos derechos (el de la vida del feto, y el o los derechos de la mujer embarazada); así se parte de la necesidad de una protección jurídico penal de la vida humana dependiente (esto es, del feto) que conlleva la necesidad de castigo de determinadas conductas de destrucción voluntaria de la misma, pero que necesariamente tiene que conjugarse con la protección de los derechos de la mujer que pudieran verse afectados por el embarazo; de esta manera, se deberían articular una serie de supuestos en los que en una valoración conjunta de ambos intereses involucrados, deberían ponderarse distintas situaciones en las que el atentado contra la vida del feto pudiera resultar exento de punibilidad. En relación con este planteamiento, las principales vías de solución del conflicto entre ambos intereses (vida feto vs. derechos mujer) en Derecho comparado serían dos: la solución de las indicaciones¹ y la solución de los plazos².

Ante esta situación, en España en 1982 el PSOE, que en aquel momento acababa de alcanzar el gobierno después de casi 40 años, presenta un Proyecto de Ley en el cual, sin inclinarse claramente por ninguno de los anteriores sistemas, opta por conjugarlos; es decir, establece un sistema de interrupción voluntaria del embarazo en el que se tomarían en cuenta tanto la solución de las indicaciones (terapéutica, eugenésica y ética) y el sistema de plazos³. Proyecto de ley de fue aprobado en las Cortes generales en 1983. Sin embargo, en 1983, el Grupo Popular, presenta una cuestión de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley, que implicó la suspensión de su entrada en vigor hasta la resolución del Tribunal Constitucional. Resolución que tuvo lugar mediante la Sentencia de 11 de abril de 1985 (STC 53/1985), en la que, a pesar de declarar inconstitucionales algunos aspectos formales del proyecto, determinó la constitucionalidad de los supuestos contenidos en el mismo, e incluso, la posibilidades de ampliarlos⁴.

Tras esta Sentencia, se modifica el Código penal, por la LO 9/1985, de 5 de julio, mediante la que se introducía el art. 417 bis, en el que se recogían los supuestos y condiciones en los que se permitía la interrupción voluntaria del embarazo, artículo que permaneció vigente tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, hasta la aprobación de la LO 2/2010, de 3 marzo. Toda esta regulación penal, se complementó con una rigurosa legislación administrativa que regulaba las condiciones sanitarias, centros médicos y requisitos para la práctica de la interrupción del embarazo.

En este punto, y con algunas modificaciones respecto de lo que había sido su regulación inicial (como la inclusión de la referencia a la salud, y más concretamente, a la salud psíquica de la madre), llegamos hasta 2010. De nuevo con el PSOE en el Gobierno, se plantean por una parte, las deficiencias técnicas de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo de 1985, y por otro, las graves situaciones de inseguridad jurídica por la indeterminación de alguno de los conceptos en ella utilizados (por ejemplo, el de salud psíquica de la madre). Se produce, por tanto, una nueva modificación de la regulación en materia de interrupción del embarazo, mediante la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que entró en vigor el 5 de julio de ese mismo año, y fue desarrollada por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010, y el Real decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo⁵. La principal novedad que incorpora esta nueva normativa, es el cambio en el binomio indicaciones/plazos existente hasta el momento. Así, mientras al amparo de la normativa de 1985, se establecían una serie de indicaciones que realizadas dentro de un determinado plazo servían para justificar la interrupción del embarazo; según la normativa de 2010, lo que se establece es un *sistema de plazos*, dentro del cual, se puede interrumpir libremente el embarazo (las *catorce primeras semanas*), y se prevén una serie de *indicaciones* que permiten el aborto una vez superado ese tiempo. Así, el legislador entiende que con este sistema se trata de inyectar seguridad jurídica en torno a los límites de la permisibilidad de la práctica y garantizar tanto la autonomía de la mujer como la protección de la vida prenatal, en consonancia con el carácter limitado de ambos derechos.

Sobre esta base se establece un régimen de responsabilidad penal en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, que veremos a continuación.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La STC 53/1985, de 11 de abril, determinó que los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento jurídico como titulares del derecho fundamental a la vida recogido en el art. 15 de la Constitución, pero sí les reconoció una serie de derechos directamente fundamentados en el derecho a la vida, y que les aseguraba su protección constitucional. Así, se trata de dotar a la “vida del feto” o vida humana dependiente de un ámbito de aplicación que sea merecedor de protección jurídica, y más concretamente, jurídico penal.

Se establece, por tanto, la necesidad de delimitar temporalmente es período conocido como *vida humana dependiente*. Y ello se hace sobre la base de determinar dos momentos concretos:

a. el comienzo de la vida humana en formación, que se ha aceptado de manera unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que lo constituye la *anidación* del óvulo fecundado en el útero materno, esto es, 14 días después de la fecundación.

b. el fin de la vida humana dependiente, que determina el paso de la realidad del feto como ser humano dependiente, a su consideración como persona portadora del bien jurídico vida humana independiente y que determina su total protección penal. En aplicación del art. 30 CC, se entiende por tal, la expulsión total del claustro materno (independientemente de si existe o no corte del cordón umbilical o respiración pulmonar autónoma)

Partiendo, por tanto de la consideración de la vida humana dependiente como bien jurídico protegido en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, tal regulación actual permite la exclusión del ámbito de lo penalmente relevante de determinados supuestos y situaciones, bien por respetarse unos determinados plazos, o bien por concurrir determinadas circunstancias. Es preciso, por tanto, hacer referencia a la regulación expresa, tras la LO 2/2010, del régimen de responsabilidad penal de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo en el Código penal español.

III. REGULACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Previsiones generales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo

La LO 2/2010, establece un sistema de plazos en relación a la interrupción voluntaria del embarazo, dentro de los cuales, la realización del aborto estaría legal-

mente permitida, siempre y cuando concudiesen una serie de condiciones, requisitos generales y requisitos específicos.

A. CONDICIONES PREVIAS DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El art. 12 de la LO 2/2010 garantiza el acceso a la interrupción del embarazo en las condiciones fijadas en la ley, que se interpretarán del modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer, en particular su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

B. REQUISITOS GENERALES

El art. 13 de la mencionada Ley, regula una serie de requisitos generales comunes para todos los casos:

- Intervención de médico especialista o bajo su dirección
- Que se realice en un centro sanitario público o privado acreditado para la práctica de la interrupción del embarazo.
- Que exista consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso de su representante legal, de conformidad con lo establecido en la ley 42/2002, de autonomía del paciente.
- En el caso de menores de 16 y 17 años, tienen plena capacidad de consentimiento, pero los representantes legales deben ser informados de su decisión⁶.
- Información a la embarazada sobre los métodos de interrupción del embarazo, las condiciones legales, ayudas públicas, consecuencias médicas y psicológicas, etc.

C. REQUISITOS ESPECÍFICOS: EL PRESUPUESTO DE LA REGULACIÓN PENAL EN EL SISTEMA DE PLAZOS

La LO 2/2010, junto al sistema de plazos, que sirve como base a la regulación penal en la materia, establece una serie de requisitos específicos respecto de cada uno de los supuestos. Así, partiendo de la base de que la interrupción voluntaria del embarazo antes de las primeras 14 semanas de gestación es atípica penalmente, podemos diferenciar los siguientes casos:

C.1. Antes de las primeras catorce semanas de gestación: puede interrumpirse voluntariamente el embarazo, sin alegar circunstancia ni causa alguna siempre

que se cumplan determinados requisitos (art. 14 LO 2/2010):

- que se haya informado a la embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas a la maternidad, conforme establece el art. 17 de la misma Ley.
- que haya transcurrido al menos un plazo de tres días desde la información a la práctica del aborto.

C.2. Desde la semana catorce a la veintidós (art. 15): se regulan los supuestos de aborto por *causas médicas*, de manera que se podrá interrumpir el embarazo excepcionalmente, dentro de las veintidós primeras semanas, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes (que se consideran dentro del denominado *umbral de la viabilidad fetal*):

- grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, con un dictamen anterior emitido por un médico distinto al que practique la intervención.
- graves anomalías del feto que consten en un dictamen médico anterior emitido por dos especialistas distintos del que practique la intervención.

C.3. A partir de las veintidós semanas de gestación: sólo de forma excepcional podrá procederse a la interrupción voluntaria del embarazo, para lo que deberá concurrir alguna de las siguientes situaciones:

- que se detecten anomalías del feto incompatibles con la vida, siempre que así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un especialista distinto del que practique o dirija la intervención.
- que se detecte en el feto una enfermedad grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un Comité Clínico.

2. Régimen de responsabilidad penal del delito de aborto

Fuera de los supuestos incluidos en los apartados anteriores, que establecen los casos de permisibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, los arts. 144 a 146 del Código penal regulan la responsabilidad penal en relación con el delito de aborto. Así podemos diferenciar, aspectos típicos comunes a todas las modalidades, y aspectos diferenciales respecto de cada una de ellas.

A. ASPECTOS TÍPICOS COMUNES

A.1. Tipo objetivo: En relación con la *acción típica*, va encaminada a producir la muerte del feto, pudiendo emplearse para ello cualquier tipo de medio, ya sea fi-

sico, mecánico o químico. El resultado de esa acción típica debe ser la *destrucción del feto*, y, consecuentemente, la interrupción del embarazo. *Sujeto activo* de la mayor parte de las modalidades puede serlo tanto la propia mujer como un tercero.

A.2. Tipo subjetivo: Es punible tanto la comisión dolosa como la imprudente, salvo en el supuesto de aborto producido por la propia mujer, en el cual sólo es punible la modalidad dolosa.

B. MODALIDADES TÍPICAS

Podemos diferenciar dos grandes grupos de casos en las modalidades típicas de aborto reguladas en el Código penal: el aborto ocasionado por un tercero (con o sin consentimiento de la embarazada), y el aborto ocasionado por la propia embarazada. La diferencia radica, por tanto, en el sujeto activo que realiza en concreto comportamiento de interrupción del embarazo.

B.1. Aborto realizado por un tercero: A su vez, dentro de esta modalidad típica pueden distinguirse dos supuestos:

B.1.1. ABORTO DOLOSO: Se trata de aquellos casos en los que el sujeto activo tiene como finalidad principal la realización de una acción encaminada a la producción de la interrupción del embarazo y la consecuente destrucción del feto. Se pueden diferenciar tres subtipos penales:

a. *Aborto doloso realizado sin consentimiento de la embarazada* (art. 144 Cp): En esta concreta modalidad típica se castiga el atentado contra dos bienes jurídicos diferenciados (y de ahí su mayor penalidad): por una parte, la vida humana dependiente en relación con el feto, y por otra, la libertad y voluntad de la madre.

Especiales problemas pueden plantearse en relación con esta figura, respecto del consentimiento. Así, se entiende que hay *ausencia de consentimiento*, tanto cuando se realiza SIN la voluntad de la mujer, como cuando la voluntad está viciada porque se haya conseguido mediante engaño, coacción, violencia o intimidación. En relación con el consentimiento de los menores de edad, tal y como establece actualmente la normativa al respecto, es válido el prestado por mayores del 16 años, fuera de este límite de edad, se considera en todo caso, inválido.

Se castiga con pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

b. *Aborto doloso con consentimiento de la embarazada* (art. 145.1 Cp): Concorre un consentimiento válido de la mujer, pero el supuesto de interrupción del embarazo se encuentra fuera de los casos permitidos por la ley (esto es, el sistema de plazos e indicaciones establecidos en la LO 272010). El tercero que realiza la acción encaminada a producir el aborto es castigado como autor del delito con la pena de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. La rebaja en la pena respecto de la modalidad anterior, viene configurada por la concurrencia del consentimiento de la embarazada que implica que sólo se atentaría contra el bien jurídico vida humana dependiente.

c. *Aborto realizado sin cumplir los requisitos de la ley* (art. 145 bis CP): Se castigan aquellos supuestos en los que se realiza el aborto dentro de los plazos y circunstancias previstas por la Ley, pero sin cumplir los requisitos adicionales y generales de la misma, por ejemplo, falta de información, que no haya transcurrido el plazo necesario, que no concurren los dictámenes previos, que no se haya realizado en un establecimiento acreditado, etc. Se castigará con pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años. La embarazada no será castigada en este supuesto.

B.1.2. ABORTO IMPRUDENTE (art. 146 CP): Se castigan aquellos supuestos en los que un tercero, mediante imprudencia grave, ocasiona el aborto de una mujer. Imprudencia grave que deberá ser objeto de valoración en cada caso concreto por los Tribunales de Justicia. La pena a imponer es de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. La intervención de la mujer embarazada en la interrupción del embarazo concurriendo imprudencia, es impune.

B.2. Aborto realizado por la embarazada: Según el art. 145.2 Cp, se castiga a la mujer que cause dolosamente su propio aborto, así como a aquella que consiente que otra persona dolosamente se lo cause. Se aplicará la pena de multa de seis a veinticuatro meses, asegurando con ello que ningún supuesto de aborto determine pena de prisión para la embarazada que interrumpe su embarazo.

En el caso de que la interrupción del embarazo se produzca por un comportamiento imprudente de la propia mujer esta conducta resultara impune.

Notas

1 La solución de las indicaciones permite la interrupción voluntaria del embarazo sólo en determinados supuestos establecidos expresamente por el legislador que funcionan a modo de causas de justificación.

2 La solución de los plazos permite de manera libre la interrupción del embarazo dentro de un determinado plazo de tiempo, que oscila entre 12 y 16 semanas según los distintos ordenamientos jurídicos.

3 Así, se hacía referencia a la posibilidad de permitir la interrupción del embarazo en tres situaciones específicas, siempre y cuando, la misma se produjera dentro de un determinado plazo: a. *indicación ética*, cuando el embarazo fuera resultado de un delito de violación, siempre que la interrupción se realizara dentro de las primeras 12 semanas; b. *indicación eugenésica*, en aquellos casos en los que se constatará la existencia de graves malformaciones del feto, y se realizara dentro de las 22 primeras semanas del embarazo; c. *indicación terapéutica*: no tenía plazo, y se trataba de los supuestos en los que existiera grave riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la madre. Precisamente la introducción de la referencia a la salud psíquica, que fue la principal causa de aborto alegada los años anteriores a la reforma de 2010, fue lo que motivó, además de las demandas sociales, la modificación de la legislación de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

4 Así, en la STC 53/1985 se afirmaba que si bien la vida humana dependiente es un bien jurídico que el Estado debe proteger, sin embargo, esta protección no tiene que dispensarse exclusivamente a través del Derecho penal, y que en ningún caso puede considerarse como protección absoluta, sin excepciones. Del mismo modo, entiende que los derechos a la vida, salud, libertad y dignidad de la mujer son también derechos fundamentales que igualmente deben ser protegidos.

5 Sin embargo, de igual modo a como ocurrió en 1983, el PP presentó nuevamente recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2010, aunque ello en esta ocasión no determinó la suspensión de su entrada en vigor, que aún no ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional. No obstante, en este momento se encuentra en trámite una Proposición de Ley a propuesta del PP, de modificación de la LO 2/2010, en la que se requiere la autorización paterna para el caso de aborto de menor de edad.

6 Téngase en cuenta que se está tramitando una Proposición de Ley en el sentido de incorporar la necesidad del consentimiento de los representantes legales en estos casos.

es la expulsión o extracción de su madre de un embrión o feto de menos de 500 gramos de peso, que se alcanza a las 22 semanas”.

El aborto consiste en la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable y posee menos 500 gramos de peso en un plazo máximo de 22 semanas. Jurídicamente Muñoz Conde, 2013 define el aborto como *“la muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la embarazada, bien provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina”*. (p. 75)

El bien jurídico protegido en el aborto consiste en la vida humana. Entendida de acuerdo con la Constitución Política Hondureña como *“Artículo 65. El derecho a la vida es inviolable”*. Razón por la que se origina la protección del derecho a la vida, este derecho es consagrado como un derecho fundamental de las personas. A partir del tema del aborto se han brindado una serie de clasificaciones o razones por las que se puede dar un aborto, en la revista médica el autor Besio, 1998 indica:

- Aborto libre: Es el aborto realizado bajo el derecho que tendría la mujer para interrumpir su embarazo. Las motivaciones más frecuentes para invocarlo son las económicas o sociales. Bajo este concepto, se acepta como suficiente la voluntad de la mujer y bastaría el hecho de ser un embarazo no deseado.
- Aborto eugenésico: Es aquel que tiene como fin la eliminación de un feto cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad severa.
- Aborto por razones médicas o terapéuticas: Es la interrupción voluntaria de un embarazo —cuando la vida del feto se considera pérdida (producto muerto) o representa un gravísimo peligro para la madre— para salvaguardar la vida de la paciente.
- Aborto ético o criminológico, el cual se lleva a cabo cuando el embarazo ha sido consecuencia de una violación.
- Aborto por motivaciones mixtas: Referido a la llamada reducción fetal selectiva, que pretende eliminar algunos embriones en el caso de embarazos múltiples, con el fin que otros tengan mejor probabilidad de sobrevivir.

Honduras

Angie Andrea Arce Acuña

Presidenta del Instituto de Victimología de Costa Rica.

I. INTRODUCCIÓN

El aborto de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud consiste en “Interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno”. Otra definición es brindada por Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia: “El aborto

II. LEGISLACIÓN EN HONDURAS

El aborto tiene relación directa con los derechos y obligaciones de las personas, precisamente con el derecho a la vida. Si en algo se está de acuerdo, es que el bien jurídico más importante para resguardar y cuidar es la vida, y no solamente desde el punto de vista ju-

rídico, sino desde cualquier perspectiva. La vida es lo esencial en el universo, el problema es que cuándo tenemos que tratar con casos que obligan a poner en disposición la vida humana, es necesario plantearse hasta donde somos dueños de ella y hasta donde podemos disponer de la vida propia, y en este caso de un tercero. Si bien es cierto el tema respecto al aborto radica cuando empieza la vida, y cuando comenzar su tutela, no existe aun un criterio uniforme a nivel doctrinario ni social; pero lo cierto es que al menos en Honduras se apuesta por la tutela desde la concepción misma.

Existen distintas corrientes que plantean como debe ser el trato al ser humano como persona y desde cuando proteger la vida. La posición de que no se puede disponer de la vida humana es propia del iusnaturalismo, que plantea el deber de respetar primordialmente la vida humana. En cambio, la corriente utilitarista de los derechos, considera que la eutanasia es buena frente a la existencia marcada por el dolor y sin posibilidades de felicidad, así se disminuye una carga para la sociedad y se termina también con una carga familiar.

El resguardo de valores, principios y preceptos para vivir armoniosamente y respetándose unos a otros, se denominan bienes jurídicos. Los más importantes bienes jurídicos son: la vida, la libertad, la salud y el patrimonio. La vida, como bien jurídico individual, ocupa desde hace mucho tiempo el primer lugar en la escala de valores, tal y como se encuentra plasmado en las constituciones políticas de todos los países civilizados y en los tratados internacionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre. Del derecho a la vida se deriva el derecho a la salud, a la intimidad, a la dignidad, a la libertad, a la autonomía y a la calidad de vida, entre otros. Depende de la interpretación que se le den a estos derechos, se le asignará un valor e interpretación distinta al bien vida. Evidentemente que sin vida, el resto de los derechos no tienen sentido alguno.

En este sentido, Ferrajoli señala “Los derechos patrimoniales son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están, pues sujetos a vicisitudes, o sea destinados a ser constituidos, modificados, extinguidos por actos jurídicos. A la inversa, los derechos fundamentales —entre ellos la vida— tienen su título inmediatamente en la ley, donde todos son *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango constitucional”¹.

De la interpretación de la libertad y la autonomía, así como de la calidad de vida, es que se plantean las discusiones sobre la eutanasia, se señala que el individuo es libre, que existe una esfera privada donde el Estado no puede intervenir, y que la vida no es simplemente el

acto de respirar sino más allá, que se requiere una vida plena y digna. Al amparo de todos estos conceptos, es que se autorizan figuras como el suicidio, donde el “titular” del derecho puede utilizar su autonomía y libertad para acortar o extinguir su propia vida, que pareciera propia de la personalidad. Hay quienes sostienen que el destruir la propia vida es una manifestación de la autonomía, que no existe deber alguno de vivir y que en cualquier momento puede desistirse de conservar la vida, dando como ejemplo de ello, que el suicidio no es punible², situación ésta que tratan de hacer extensiva a la eutanasia. Sin embargo, como señalé anteriormente, considero que estos criterios son propiamente utilitaristas, y le dan valor y le ponen precio a la vida, amparándose en el propio derecho, lo que estimo incorrecto.

La legislación hondureña posee una protección especial de la vida en todas las fases del embarazo y parto. Prueba de ello se ubica en el Código Penal Hondureño en su artículo 126 que indica:

“Artículo 126. El aborto es la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto. Quien intencionalmente cause un aborto será castigado: 1. Con tres (3) a seis (6) años de reclusión si la mujer lo hubiese consentido; 2. Con seis (6) a ocho (8) años de reclusión si el agente obra sin el consentimiento de la madre y sin emplear violencia o intimidación; 3. Con ocho (8) a diez (10) años de reclusión si el agente emplea violencia, intimidación o engaño”.

A su vez también se aplica una multa a las personas que practiquen el aborto:

“Artículo 127. Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior y la de multa de quince mil (L.15,000.00) a treinta mil (L.30,000.00) Lempiras al médico que, abusando de su profesión, causa o coopera en el aborto. Las mismas sanciones se aplicarán a los practicantes de medicina, paramédicos, enfermeros, parteros o comadronas que cometan o participen en la comisión de aborto.

Artículo 128. La mujer que produzca su aborto o consienta que otra persona se lo cause, será sancionada con reclusión de tres (3) a seis (6) años”.

A nivel de derecho comparado en América Latina ubicamos países como Argentina que de acuerdo al artículo 85 se reprimirá con pena de prisión la persona que causare aborto sin consentimiento de la mujer de 3 a 10 años, si la mujer muere la pena se agravaría a 15 años. Y si obra con consentimiento de la madre la pena sería de 1 a 4 años, misma pena de prisión se aplicaría a la mujer que se cause su propio aborto.

En el caso de México a partir del artículo 330 del Código Penal indica pena de prisión de 1 a 3 años al que hiciere abortar a una mujer con consentimiento de la misma. La pena aumentaría hasta 6 años en caso de que no se tenga el consentimiento de la mujer, y si

obrar con violencia física o moral serían hasta 8 años de prisión, y de igual forma podrían acarrear en caso de ser un médico, cirujano, comadrona o partera una inhabilitación del ejercicio de la profesión de 2 a 5 años, sin embargo si es permitido el aborto terapéutico. De igual forma en caso de que la mujer de forma voluntaria acuda a practicarse un aborto la pena sería de 1 a 5 años de prisión.

En el Código Penal de Costa Rica se señala el que causare muerte a un feto sería reprimido de acuerdo al artículo 118 con pena de prisión de 3 a 10 años si obra sin consentimiento de la madre, o prisión de 1 a 3 años si obra con consentimiento de la misma. También se protege el caso de que la mujer se provoque de forma voluntaria el aborto, la pena sería de 6 meses a 2 años y en el caso de Costa Rica del aborto terapéutico si es permitido. Por último en El Salvador se reprime el aborto en los numerales de 133 al 141 y no se permite en ninguna forma ya que se tiene una protección especial a la vida.

III. CONCLUSIONES

Provocarse o provocar un aborto aunque sea en un estado de supuesto dolor, o alegando la libertad sobre el cuerpo es despreciar la propia vida, atentar contra los ideales de justicia y contra la humanidad. La vida humana no puede ser tratada con más o menos valor, no puede ser menospreciada y el permitir quitarle la vida a otra persona en situaciones especiales, es ponerle un precio a la vida. Quitar la vida debe y tiene que ser una situación excepcional, y así se ha regulado en el derecho penal a través de las causas de justificación y el estado de necesidad. En el caso específico del aborto, las excepciones deben ser vistas con sumo cuidado, porque abren un portillo para que lo que se regule pierda poco a poco la supremacía, como en caso de peligro de la madre.

Como bien lo señala el profesor Jakobs, hablando sobre el suicidio y el homicidio por piedad, la diferencia entre uno y otro es que en el homicidio por piedad hay una división de tareas a la hora de ejecutar el acto, mientras que en el suicidio se hace de propia mano³. De todas maneras, el hecho de quitarse la vida por muy símbolo de libertad y autonomía que parezca no es muy normal, y así lo han establecido las ciencias de la psiquiatría y la psicología, por lo que el desprecio a la vida por alguien que tiene problemas, no puede ser ejemplo de libertad para nadie, sino más bien la perversión de la misma. En el caso del homicidio por piedad, el problema es determinar en que casos específicos el

enfermo desea morir o si es más bien una influencia de un tercero o producto de la desesperación de su propio dolor y sufrimiento. En lugar de estar haciendo fórmulas para procurar la muerte a los enfermos terminales e incurables, se debería de llenar al enfermo de esperanza y de amor en sus últimos momentos. Sin embargo, parece que la compasión y el amor, son valores que en la sociedad actual se sacrifican, porque cada quién piensa en su propio bienestar, en no perder su tiempo y en no gastar los recursos que ocasiona el mantener a alguien en ese estado. La eutanasia no es más que la pérdida de la conciencia y el respeto a la persona y a la vida. La calidad de vida no debe ser justificación para acabar con esta.

Un artículo de Vida Humana Internacional, establece que cuando se da el paso gigantesco de ponerle un precio a la vida, juzgando que ésta tiene solamente un valor relativo, el resultado es fatal, porque los precios pueden ser rebajados. Los nazis rebajaron su valor; Holanda y Bélgica también; el aborto ha demostrado lo mismo. Dicha página web cita como ejemplo a William L. Shirer, que entrevistó a un juez nazi procesado y condenado a muerte en Nuremberg. El juez lloraba diciendo, “¿Cómo pudo suceder algo así?”. El Sr. Shirer respondió, “Señor juez, sucedió la primera vez que usted autorizó matar una vida inocente”⁴.

Notas

1 FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ed. Trotta. 4ta. Ed. Madrid. 2000, p. 916.

2 JACOBS (Gunther). “Suicidio, eutanasia y derecho penal”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 37-39.

3 JACOBS (Gunther), op. cit., p. 43.

4 www. vida humana internacional, el médico que mata el paciente.

Italia

Ludovico Bin*

1. El aborto en el Código de 1930

Aunque en el anterior Código Zanardelli (1889) encontrásemos tipificado este delito en la categoría general de *delitos contra la persona*², hasta 1978 el aborto se consideraba por el legislador italiano como un delito contra la integridad y la salud de la stirpe³: el Código Rocco, de hecho, en la formulación original (1930), preveía un título específico (Título X del Libro II) para este tipo de delitos, e incluía cuatro supuestos principales relacionados con el mismo⁴. En el art. 545 CP.

estaba prevista la pena de prisión de siete a doce años para cualquier persona que ocasionase un aborto sin el consentimiento de la mujer. El artículo. 546 CP. contemplaba, por otra parte, el caso de aborto consentido, al que se asignaba la pena de prisión de dos a cinco años, que resultaba aplicable tanto a la mujer como a quien practicaba el aborto. Se incluía, no obstante, una referencia por reenvío al artículo anterior, excluyéndose a las mujeres menores de catorce años, a aquellas que estuviesen privadas de entendimiento o de voluntad, o a aquellas en las que el consentimiento se hubiera obtenido por medio de violencia, amenaza, sugestión o engaño: en definitiva, cuando estaba presente algún vicio del consentimiento. El artículo. 547 castigaba con prisión de uno a cuatro años a la embarazada que se produjese a sí misma el aborto; y, por último, el art. 548 sancionaba la inducción al aborto mediante la administración de sustancias, con pena de prisión de seis meses a dos años.

En los sucesivos preceptos se contemplaban supuestos relacionados con el aborto *stricto sensu*: en el art. 549 se encontraban las circunstancias agravantes para los hechos contemplados en los artículos 545 y 546 en el caso de producirse la muerte o lesiones a la mujer, mientras que el art. 555 recogía una agravante para el médico que practicase el aborto, a quien, además, se sancionaba con la suspensión perpetua de su profesión en caso de reincidencia. El artículo 551 contemplaba una causa atenuante en “supuestos de honor”. El hecho de generar impotencia para la procreación se sancionaba en el art. 552 con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta mil a doscientas mil liras, supuesto aplicable también a la mujer que consintiese en dicha práctica, mientras que el art. 553 prohibía la incitación pública a las “prácticas contra la procreación”, con penas de prisión de hasta un año o multa de hasta cuatrocientas liras.

Según Manzini⁵, la *estirpe* objeto de tutela debía entenderse exclusivamente como la italiana, pese a considerarse punible también el hecho cometido por extranjero⁶. El objeto de protección, para este distinguido autor, no resultaba identificable en la incolumidad personal y mucho menos en un pretendido derecho a la vida del feto, sino en un interés del propio Estado en el “poder de procreación de nuestra población”⁷, en línea con una política criminal fiel a los “preceptos de la religión y de la moral social y familiar”⁸. La única excepción a este riguroso sistema normativo, que prohibía el aborto en todas sus formas, era la interrupción del embarazo en supuestos de estado de necesidad, es decir, cuando con su práctica se pretendía evitar el peligro

de un grave daño a la persona que no se podía eludir en modo alguno (*aborto sanitario*). La excepción, por tanto, constituía una exoneración restringida, y compartía la estructura siguiente: el peligro, “siempre involuntario”⁹, debía ser no sólo grave y completamente insalvable (requiriéndose siempre una evaluación y posterior autorización médica¹⁰), sino también actual o presente, con su consiguiente inaplicabilidad a aquellos casos en que la patología fuese preexistente a la gestación, supuestos de violación¹¹, o de *aborto eugenésico*¹².

2. El debate antes de la reforma

Después de la caída del régimen, se produce en la doctrina un debate sobre la necesidad de mantener vigentes o no las razones inspiradoras de la anterior disciplina, ligada a una ideología en franca decadencia. Entre los partidarios de la primera tesis, respaldados principalmente por los más fieles partidarios del enfoque técnico-jurídico, se alegaba, entre otras cosas, que el posible abandono de esas premisas hubiera implicado la extensión de los efectos del castigo a los extranjeros, con una violación del principio de taxatividad¹³, siendo igualmente eficaz reconducir tales intereses no al Estado sino a un principio *moral, religioso, y social de valor absoluto y común a toda la población civil*¹⁴; entre los segundos, hubo quienes sugirieron reconducir la regulación a los delitos contra la persona, reconociéndose así el derecho a la vida de los nasciturus¹⁵, y los que, basándose en el principio de *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*, abogaron por la completa abolición de la disciplina, encomendando a la embarazada la decisión sobre la disponibilidad del feto. Los estudios más específicos publicados desde el comienzo de la etapa Republicana y hasta la primera mitad de los años 70, sin embargo, no se centraron en resolver el problema del objeto de protección en estas conductas, sin dejar de apoyar fundamentos éticos y religiosos¹⁶, en lugar de apoyarse en el progreso científico distinguiendo entre prácticas abortivas legales e ilegales utilizando como criterio único el del aborto por estado de necesidad¹⁷. Es especialmente al margen de la doctrina donde surgen movimientos de protesta que clamaron fervientemente en contra de un marco normativo que consideraban inapropiado, moralizante y anticuado: se predicaba así la minimización de los derechos del feto frente a la libertad de autodeterminación de la mujer, denunciándose el problema de los abortos clandestinos, debido al estricto sistema existente, que ocasionaba un grave peligro para la salud de las mujeres embarazadas. En 1965, la Corte Constitucional, llamada a pro-

nunciarse sobre la legitimidad del delito de incitación pública a las prácticas contra la procreación (art. 553), acudiendo a la moral (buenas costumbres) como límite a la libertad de manifestación del pensamiento *ex art.* 21, como *ratio* de la incriminación¹⁸, rechazó toda duda de constitucionalidad, considerando que tales conductas podían sobrepasar potencialmente aquél límite¹⁹. Seis años más tarde, suscitada de nuevo la cuestión, sin embargo, la Corte tuvo que reconocer que el contexto social cambiante en el que el debate sobre el aborto se había vuelto extremadamente presente y generalizado, ya no permitía legitimar la supervivencia de una norma que se fundamentaba en la tutela de una moral (o buenas costumbres) ya obsoleta²⁰. Ante tal clima de desencuentro y disputa, al que se sumaba la advertencia de la Corte Constitucional, el legislador inició el análisis de un proyecto de reforma, que finalmente no logró llegar a buen puerto debido a la imposibilidad de conciliar a las distintas fuerzas políticas.

El paso fundamental en la evolución de esta disciplina se debe a una decisión adoptada en 1975²¹, en el que la Corte Constitucional señaló que el bien jurídico protegido en el delito de aborto, a la luz de la Constitución, ya no se refería a la población del Estado, sino al propio derecho a la vida del nasciturus (basándose en los artículos 2 y 31,2 de la Constitución.). De este modo, tal derecho adquiere relevancia constitucional legitimando de manera novedosa el tipo penal de aborto, que todavía tenía que entenderse limitado por el art. 32 de la Constitución: cada vez que el derecho, no sólo a la vida, sino también a la salud de la mujer, se encontrase en peligro, éste debía prevalecer sobre el derecho a la vida de un ser que, aunque ciertamente ahora se desligaba del antiguo concepto de *viscera corporis*, todavía era una “persona que aún no se había formado”; y ya que ni el Título X, ni la regla general del estado de necesidad (art. 54 CP. italiano) fueron capaces de garantizar una protección adecuada para la mujer embarazada, la Consulta declaró ilegal el art. 546 en aquella parte en la que no se prevenía “que el embarazo pueda ser interrumpido cuando el mismo implique un mayor daño o peligro grave para la salud de la madre, certificado por un médico de acuerdo con las razones expuestas, sin que el hecho resulte evitable por otros medios”. Con este modo de proceder, la Corte pretendió justificar el aborto si éste se dirigía a salvaguardar no sólo la incolumidad real y propia, sino también el bienestar físico y el equilibrio psíquico de la embarazada²², sin necesidad de constatar todos los elementos constitutivos del estado de necesidad: ya no se requiere el requisito de

la actualidad del peligro, ni de la igualdad de bienes en conflicto²³.

Tras esta decisión, la perspectiva de una reforma parecía inminente e inevitable²⁴, sobre todo a causa de las firmas recogidas durante este mismo año en favor de la celebración de un referéndum revocatorio dirigido a eliminar del Ordenamiento todos los delitos en materia de aborto (a excepción del aborto sin consentimiento y de la circunstancia agravante prevista en el art. 579,2). En un clima de fuerte conflicto social, las fuerzas políticas se vieron obligadas a adoptar una posición definitiva sobre un tema ciertamente delicado; sin embargo, para evitar la abolición total de las distintas formas de aborto, a pocos días del referéndum se aprobó la Ley de 22 de mayo de 1978, n.º 194, que derogó en su totalidad el Título X, regulando la materia *ex novo*.

3. La ley de 22 de mayo de 1978, n.º 194

Las novedades introducidas por la Ley n.º 194 fueron diversas²⁵: ya el art. 1 abre el texto con una declaración de intenciones de parte del legislador que proporciona un claro distanciamiento de la disciplina anteriormente vigente. En este *artículo - preámbulo*²⁶ se exponen los principios fundamentales que informan la materia: el derecho a una procreación “consciente y responsable”, el reconocimiento del valor social de la maternidad, y la tutela de la vida humana “desde su inicio”; el equilibrio entre los dos primeros y este último, en evidente contraste, se fija en artículos sucesivos. De este modo desaparece del derecho positivo toda referencia a los intereses demográficos del Estado, con evidentes repercusiones en la formulación de los nuevos tipos penales. El aborto consciente o voluntario se encuentra, de hecho, permitido²⁷, en virtud del derecho a la autodeterminación (art. 2 de la Constitución Italiana)²⁸, siempre que concurren ciertos presupuestos, subdivididos en dos disciplinas diferentes según un criterio cronológico²⁹. Dentro de los primeros 90 días (art. 4) se encuentra permitido el aborto en cumplimiento de unas condiciones cuyo espectro se amplía mucho más allá de los límites permitidos con la anterior regulación: se incluyen también los casos de serio peligro debido a las condiciones económicas, sociales o familiares, a las circunstancias de las que traiga causa el embarazo (violación), o en supuestos de anomalías o malformaciones fetales³⁰. Después de los primeros 90 días (art. 6), sin embargo, las condiciones para la práctica del aborto se restringen, en virtud de una protección progresiva del nasciturus vinculada al estado o evolución del mismo: sólo se admite la práctica abortiva cuando el embarazo

o el parto comporten un grave peligro para la vida de la madre, o cuando se verifiquen procesos patológicos, entre los que se incluyen los relativos a anomalías o malformaciones graves, que constituyan un grave peligro para la salud física o psíquica de la madre; este último caso, sin embargo, justifica el aborto sólo hasta que el feto tenga *capacidad de vida independiente* (art. 7,3) que por lo general tiene lugar en torno al quinto mes de gestación. Este “esquema de equilibrio” otorga, por tanto, un mayor valor al derecho a la vida del nasciturus dependiendo del estado o etapa en la que éste se encuentre, minimizándose esta idea en la fase inicial del embarazo a favor del derecho de autodeterminación de la madre, y aumentando gradualmente³¹ hasta tornarse por completo cuando se aproxima el momento del nacimiento, instante en el que los derechos del nasciturus poseen el máximo reconocimiento, si bien prevalece el derecho a la salud de la mujer frente a la vida del feto en casos límite: cuando el feto es ya *capaz de vida independiente* el derecho a la vida de éste sólo puede decaer a favor de la vida de la madre. Los artículos 5, 7 (apartados 1 y 2) y 8, establecen ulteriores condiciones que operan sobre el tipo de estructuras, lugares o instalaciones autorizados para realizar el aborto, imponiendo ciertas obligaciones (formales) de asistencia por parte de los consultores (p.ej.: psicólogos) y las estructuras socio - sanitarias, requisitos referidos a la primera fase temporal del embarazo, que constituyen indicaciones centradas, en su mayoría, en una finalidad consultiva y disuasoria³², de modo que la decisión de la mujer embarazada resulte informada y consciente; y, por otro lado, obligaciones (sustantivas) de valoración, por parte de los profesionales médicos, sobre los procesos patológicos señalados en el art. 6, criterios referidos al segundo período del embarazo. El art. 9, desde la óptica del *pluralismo democrático*, reconoce el derecho a la objeción de conciencia, previéndose después, exclusivamente para la fase ejecutiva del aborto, una agravante para el supuesto en que el objetor lleve a cabo alguno de los delitos contemplados en los artículos 18 y 19 (art. 20)³³. Este sistema se protege con la tipificación de ciertos injustos que castigan supuestos de aborto voluntario con infracción de las normas establecidas para su práctica: el art. 19 sanciona la inobservancia de las obligaciones dispuestas en los artículos 5 y 8, con pena de prisión de hasta tres años para el ejecutor, y con multa de hasta cien mil liras para la mujer, mientras que la interrupción del embarazo cuando ya han transcurrido los 90 primeros días, fuera de los casos de grave peligro para la salud de la madre (letras a y b del art. 6), o con infracción de las condiciones y requisitos exigidos en el

art. 7, se sanciona con la pena de prisión de uno a cuatro años para el autor del aborto, y con un máximo de seis meses para la mujer³⁴. También se prevén circunstancias agravantes en el caso de que la embarazada sea menor de edad o incapaz, en el caso de incumplimiento de los artículos 12 y 13 (que establecen específicas modalidades para el aborto en tales supuestos), o en caso de que del hecho se derive la muerte o lesiones. Finalmente, se prevén algunos delitos que completan la regulación: en lo que se refiere al aborto sin consentimiento, el art. 18 plasma sustancialmente la normativa anterior derogada, sancionándolo, sin embargo, con penas más leves (prisión de cuatro a ocho años), mientras que el art. 17 introduce una responsabilidad por imprudencia, hasta entonces inexistente, acompañada de una pena de prisión de tres meses a dos años.

4. El debate actual: aborto y Constitución.

Tras la aprobación de la Ley 194 el debate no se ha zanjado: inmediatamente después de la reforma, de una parte había quien sostenía, con apoyo en el carácter absoluto del derecho a la vida, la necesidad de derogar la nueva regulación, mientras que de otra se defendían posiciones más liberales que, aún reconociendo un avance, veían en la nueva regulación una revolución inacabada. Los primeros negaban la posibilidad de ponderar el bien *salud* con el bien *vida*, y evidenciaban cómo la nueva legislación había sobrepasado las líneas marcadas por la sentencia de la Corte de 1975³⁵, que permitía prescindir del derecho (constitucional) a la vida del nasciturus sólo en casos graves certificados por un médico, requisito que ya había dejado de ser necesario³⁶; es por ello por lo que se propuso la celebración de un referéndum revocatorio y por lo que se plantearon numerosas cuestiones de inconstitucionalidad, siendo la primera de estas propuestas rechazada por los votantes³⁷, y la segunda declarada improcedente tras las consultas³⁸. Por el segundo grupo, la crítica más severa, además de la mala técnica legislativa³⁹, se centraba en poner de manifiesto que la Ley 194 sólo había tomado nota de las premisas más básicas, reportando bajo el techo de la Constitución el complejo normativo, sin invertir, todavía, la anterior regulación: no se reconoce ningún derecho al aborto fundamentado en el derecho a la autodeterminación de la persona, manteniéndose la posibilidad de abortar como un derecho imbricado, todavía, a la salud de la madre, un fenómeno moralmente deplorable y tendencialmente prohibido, permitiendo sólo a modo de último recurso, como excepción al derecho a la vida del concebido, y con una modalidad de ejecución de fuerte impronta disuasoria⁴⁰.

El eje central en el que se mueve la discusión sobre la ponderación de los bienes que lleva a cabo la Ley 194 está constituido por el requisito de que exista un *serio peligro para la salud física o psíquica* de la embarazada, presupuesto contemplado en el art. 4 como condición esencial para el aborto voluntario dentro del primer trimestre: la formulación de la norma se encuentra construida a medio camino entre la voluntad de reconocer la primacía de la voluntad de la mujer (ex art. 2 Constitución Italiana) y el miedo a extralimitarse de los límites trazados por la sentencia 27/1975, la cual, como se expuso, todavía vinculaba el derecho a la vida del feto al art. 32 de la Constitución, es decir, al derecho a la salud de la madre. Si bien el peligro para la salud física resulta demostrable en términos de mayor certeza científica, por el contrario los relativos a la salud psíquica, que dependen de la percepción subjetiva de la mujer de los elementos sucesivamente indicados en el art. 4⁴¹ (vid. supra), presentan contornos mucho más difusos y subjetivos, hasta el punto de representar una imposibilidad para la práctica del aborto⁴². El legislador podía haber actuado corrigiendo, en el sentido de *objetivizar*; tal presupuesto, exigiendo el requisito de un peligro *serio*, que sería una consecuencia objetiva y más fácilmente verificable que la que se refiere a la percepción subjetiva de la mujer; de cualquier forma, el legislador se habría contradicho a sí mismo, en tanto la valoración sobre la existencia de un peligro, por parte del médico, no es un requisito obligatorio según la literalidad del art. 5, a diferencia de lo que se establece en el art. 7 para el caso de patologías que permiten justificar la práctica de un aborto más allá del primer trimestre de embarazo. Esta interpretación, sin embargo, entraría en marcado contraste con las disposiciones establecidas por la Corte Constitucional en la ya citada sentencia de 1975, por lo que numerosos autores sostienen como único modo de evitar la ilegitimidad de la norma considerar que el certificado médico al que se refiere el art. 5 es un requisito obligatorio que éste puede emitir solo cuando se encuentre ante el *concreto* peligro exigido en el art. 4⁴³, tal y como ha reconocido la Corte en dos resoluciones sucesivas⁴⁴.

El estado actual de la disciplina, dada su ambigua formulación, no permite extraer conclusiones claras, y ni siquiera permite conocer cuáles son los principios en juego, ni mucho menos conocer el resultado del juicio de ponderación (no) operado por el legislador: en la práctica, la jurisprudencia tiende a conceder una mayor relevancia a la voluntad de la mujer, como “único elemento que legitima la respuesta” ante estos casos⁴⁵.

Notas

* Traducción de Miguel Bustos Rubio (profesor de Derecho Penal, Universidad de Salamanca).

2 El aborto sin consentimiento se castigaba en el Código Sardo (1859) como delito contra la familia, y en el Código Toscano (1853) como delito contra la persona.

3 En la *Relazione al Re* que acompañaba al proyecto de Código Rocco quedaba claro que la nueva clasificación servía para poner de manifiesto que el objeto de tutela no debía restringirse en exclusiva a la incolumidad personal, sino que nos encontrábamos ante un interés demográfico del propio Estado (cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale Italiano*, vol. 7, Utet, 1936, p. 491; v. *infra*).

4 Ulteriores referencias históricas y jurídicas en: SARDI, *L'aborto ieri e oggi*, Paideia, 1975; COLOMBO, GUERRERA, *Aspetti attuali dell'aborto in particolare l'aborto preterintenzionale*, en *Rivista penale*, 2004, fasc. 4, p. 361 ss; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona. Delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe*, en FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Vallardi, 1934, p. 309 ss.

5 MANZINI, *Trattato*, cit., pp. 491 ss.

6 En contra: MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, vol. II, 1934, p. 369 s., y CONTIERI, voz *Integrità e sanità della stirpe (delitti contro la)*, en *N. Dig. It.*, vol. VI, Utet, 1938, p. 1191, para quienes el término sería fruto de una elección desafortunada por parte del legislador, dada la aplicabilidad del Código Penal a todas las personas presentes en suelo del Estado; VANNINI, *Quid iuris?*, vol. V, Milano, 1950, pp. 12-13, según el cual, hasta que el aborto no volviese a considerarse como un delito contra la persona, de manera coherente estos sujetos no podrán ser castigados.

7 MANZINI, *Trattato*, cit., p. 495.

8 *Ibidem*, p. 496.

9 ZUCALÀ, voz *Aborto*, en *Enc. Dir.*, vol. I, Giuffrè, 1958, p. 135; MANZINI, *Trattato*, cit., p. 499.

10 MANZINI, *Trattato*, cit., pp. 500-501; ZUCALÀ, voz *Aborto*, cit., p. 135.

11 Contrario se muestra Manzini, según el cual “las consecuencias dañosas de la violación, es decir, el embarazo, constituyen la permanencia de la causa originaria del peligro actual de un daño grave a la persona”: MANZINI, *Trattato*, cit., p. 501.

12 ZUCALÀ, voz *Aborto*, cit., pp. 136-137.

13 ZUCALÀ, voz *Aborto*, cit., p. 130.

14 PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, Utet, 1957, p. 514.

15 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, Giuffrè, 1954, p. 81 ss.

16 Cfr. PANDINI, *L'aborto in Italia*, Centro Editoriale Jus et Lex, 1967.

17 Cfr. TOCCI, *Il procurato aborto*, Giuffrè, 1954;

18 Lo que debería haber dado lugar a una interpretación restrictiva del tipo penal, que todavía, en la práctica, no se tuvo en cuenta, como admitió después la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 10 de marzo 1971, n.º 49.

19 Corte Constitucional, 4 de febrero de 1965, n.º 9.

20 Corte Constitucional, 10 de marzo de 1971, n.º 49.

21 Corte Constitucional, 18 de febrero de 1975, n.º 27.

22 Esto es a lo que se refiere el extracto de la sentencia cuando habla de “daño o peligro [...] certificado médicamente de acuerdo a las razones dadas”.

23 De modo crítico, con algunas referencias bibliográficas: COLOMBO, GUERRERA, *Aspetti attuali dell'aborto in particolare l'aborto preterintenzionale*, en *Rivista penale*, 2004, fasc. 4, p. 363 ss.

24 Cfr. AA. VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*, en *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, Jovene, 1975, *passim*.

25 Un análisis más detallado en: ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, Cedam, 1992; CASINI, CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Cedam, 1978; CASSANI, *La disciplina della interruzione volontaria della gravidanza (L. 22-5-1978, n. 194)*, en CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (directo da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. VII, Utet, 2011, p. 553 ss.

26 TRAVERSO, *Commento dell'art. 1*, en GALLI e altri AA., *L'interruzione volontaria della gravidanza*, Giuffrè, 1978, p. 7.

27 Se discute, no obstante, si se trata de una verdadera despenalización; por todos: COLOMBO, GUERRERA, *Aspetti attuali dell'aborto*, p. 365.

28 NUVOLONE, voz *Gravidanza (interruzione della)*, en *Noviss. Dig. It. App.*, vol. DIS-IMPO, Utet, 1982, cit., p. 1131; TRAVERSO, *Commento dell'art. 1*, cit., p. 36 ss.

29 Cfr. al respecto: CASSANI, *La disciplina della interruzione*, cit., p. 561 ss.; ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 122 ss.

30 Aquél *aborto eugenésico* que Manzini consideraba una *immoralísima doctrina*, jurídica y moralmente errada, y socialmente peligrosísima: MANZINI, *Trattato*, cit., p. 503 e nota 1.

31 NUVOLONE, voz *Gravidanza*, cit., p. 1123.

32 La naturaleza de tales obligaciones es muy discutida: v. *infra*.

33 En la práctica, esta norma tiene una importancia fundamental: los casos de objeción de conciencia son tan elevados que pueden frustrar en la práctica los efectos de la Ley 194, lo que ha generado, incluso, una advertencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) contra Italia; cfr. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, en *Osservatorio costituzionale*, 2014, fasc. 2.

34 Según NUVOLONE, voz *Gravidanza*, cit., p. 1127, el sacrificio del feto en el caso contemplado en el art. 7,3 daría lugar al delito de homicidio.

35 Cfr. NUVOLONE, voz *Gravidanza*, cit., p. 1120, habla de *inversión radical*; CASSANI, *La disciplina della interruzione*, cit., p. 565 ss.

36 Cfr. CASINI, *Diritto alla vita: la vicenda costituzionale*, Edizioni Dehoniane, 1982; NUVOLONE, voz *Gravidanza*, cit., p. 1122. Otras referencias sobre las críticas a la sentencia y a la reforma, en: CASSANI, *La disciplina della interruzione*, cit., p. 555.

37 Referéndum celebrado el 17 de mayo de 1981.

38 CASINI, *Diritto alla vita*, cit., p. 17, cuenta un total de 19 consultas formuladas entre 1978 y 1979. La Corte Constitucional ha dado respuesta a todas las consultas en la sentencia de 7 de mayo de 1981, n° 108 y 109.

39 GALLI e altri AA., *L'interruzione volontaria*, cit., *passim*; CASINI, CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., *passim*; ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., *passim*; NUVOLONE, voce *Gravidanza*, cit., p. 1126, para quien la indeter-

minación en la formulación de los tipos penales pudiera entrar en conflicto con el principio de legalidad.

40 Cfr. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 45 ss.

41 Asf: TRAVERSO, *Commento dell'art. 4*, en GALLI e altri AA., *L'interruzione volontaria*, cit., p. 133.

42 NUVOLONE, voz *Gravidanza*, cit., p. 1122.

43 Por todos: ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 144 ss.; en contra: TRAVERSO, *Commento dell'art. 5*, en GALLI e altri AA., *L'interruzione volontaria*, cit., p. 154 ss.; NUVOLONE, voz *Gravidanza*, cit., p. 1121. Amplias referencias bibliográficas en: CASSANI, *La disciplina della interruzione*, cit., p. 572 note 43, 44 e 45.

44 Corte Constitucional, 25 de mayo de 1987, n° 196, y 14 de abril de 1988, n° 463.

45 CASSANI, *La disciplina della interruzione*, cit., p. 573.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad de Guanajuato

El del aborto es un tema polémico por donde se le vea y en México no es la excepción. Es uno de los problemas jurídico-penales de mayor persistencia y debate. El punto central de la discusión radica en si debe o no despenalizarse. Si bien en la mayoría de los códigos penales se establecen como excusas absolutorias: que el embarazo haya sido resultado de una violación, poner en peligro la vida de la madre o por malformaciones del feto. Desde luego, esta discusión considera los derechos de la mujer, especialmente su derecho a la libre decisión sobre su propio cuerpo.

Un parteaguas en el tratamiento jurídico penal del aborto se dio en el año 2007, por virtud de la reforma legislativa promovida por diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pertenecientes al Partido de la Revolución Democrática (PRD), de tendencia izquierdista. Por decreto se introdujeron modificaciones a los artículos 144 a 147 del Código penal del Distrito Federal (CPDF), mismas que fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 de abril de 2007. Lo destacable de esta reforma legislativa es que, a diferencia de lo que sucede en los demás códigos penales del país, radica en la posibilidad de proceder al aborto legal durante las primeras doce semanas del embarazo.

En su redacción, el artículo 144 del CPDF expresamente define al Aborto como: la **interrupción del embarazo** después de la décima segunda semana de gestación, definición que se aparta del resto de legislaciones penales federal y locales que en su gran mayoría lo definen como la **muerte del producto de la concep-**

ción en cualquier momento de la preñez (por ejemplo: Código penal federal, art. 329).

Es a finales de la década de los años noventa que se insertan en varios códigos penales locales causales de legalización. Una de las causales por las cuales no es punible la interrupción del embarazo es el caso de violación, que esta en todos ordenamientos penales; para que proceda es requisito la presentación de la denuncia ante el Ministerio Público. Otras causales son: la conducta culposa o imprudente de la mujer, el riesgo o grave peligro de muerte para la mujer, las malformaciones genéticas o congénitas del producto y la inseminación artificial o prácticas de reproducción asistida no consentidas. Un caso de especial interés puede ser el de cómo se regula en el Estado de Yucatán, donde es permitido por causas graves y justificadas siempre que la mujer embarazada tenga ya cuando menos tres hijos (Código penal de Yucatán, artículo 393).

El Aborto se encuentra penalizado en gran parte del país, aunque se contemplan circunstancias específicas bajo las cuales esta conducta o es punible, y como ya se dijo, todos los códigos lo autorizan en casos de violación. Las sanciones suelen ser de prisión, pero también se incluyen la multa, reparación del daño y, de manera concreta, las de suspensión o inhabilitación para el ejercicio de la profesión, bien que se trate de practicantes profesionales de la medicina, enfermería, farmacéuticos o parteros, que se vean involucrados en este tipo penal.

Cabe aclarar que en tratándose de la pena privativa de libertad (prisión) esta puede ser sustituida a la mujer y en su lugar someterse a tratamientos médicos integrales. El Distrito Federal no sanciona el aborto si éste se realiza antes de las doce semanas. El Estado de Campeche indica que si el aborto se efectúa con el consentimiento de la mujer embarazada antes de las doce semanas, la sanción que recibiría sería la de realizar jornadas de trabajo a favor de la comunidad. En la legislación de Tamaulipas se prevé una sanción de 4 a 8 años de prisión.

Si el aborto se provoca sin consentimiento de la mujer, las sanciones se incrementan notoriamente. Guanajuato: de 4 a 8 años; Nayarit: 3 a 6 años; Querétaro: 4 a 7 años; Tamaulipas: 6 a 9 años, por poner solo estos ejemplos. El aborto cometido mediando la violencia física o moral recibe sanciones igualmente elevadas: Baja California: 4 a 10 años; Colima: 8 a 10 años; Distrito Federal: 8 a 10 años. Las penas de suspensión e inhabilitación varían de uno a otro Estado, pero fluctúan entre 2 a 6 años.

El aborto es un problema que, como ya se sabe, aparte de ser considerado un delito es, realmente, un problema de salud pública. Al año 2011, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información (INEGI), sobre mortalidad fetal (aborto espontáneo, provocado y terapéutico) reportó que la cifra ascendió a un total de 5 mil 626 abortos entre los tres tipos, aunque otros estudios revelan un número diferente a la alza.

La complejidad inherente a esta conducta determina, como es lógico, la pluralidad de opiniones y decisiones legislativas, incluso desde el originario punto de partida (más polémico si se quiere), el de establecer desde que momento debe hablarse de la existencia de vida humana. Ya en las legislaciones secundarias, el problema jurídico radica en la forma en que se define el mismo, en unos casos es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, en otros es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho Penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

El Estado nicaragüense desde su primer Código penal de 1837 hasta el vigente del 2008, ha prohibido el aborto con pocas variaciones en las modalidades comisivas y diferentes formas de agravación. El Código penal vigente del 2008 (CP), en el libro segundo de los delitos y penas, título I sobre los delitos contra la vida, la integridad física y seguridad personal, capítulo II, establece el delito de aborto, manipulaciones genéticas y lesiones al no nacido.

1. El aborto

El CP castiga dos modalidades de aborto, primero, el provocado con el consentimiento de la mujer y, segundo, el provocado por la propia mujer o consienta que otra persona se lo practique. En el primer supuesto la pena es de uno a tres años de prisión y en el segundo, la pena es de uno a dos años de prisión. En el caso de quien lo practicara fuera un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario (art. 143)

En la disposición 144, el CP regula el aborto sin consentimiento de la mujer, sancionándolo con pena de prisión de tres a seis años. En el caso de quien lo prac-

ticara fuera un profesional de la salud, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de cuatro a siete años para ejercer la medicina u oficio sanitario.

Esta norma establece que si el aborto sin consentimiento fuera practicado con violencia, intimidación o engaño, la pena será de seis a ocho años de prisión. Si se trata de un profesional de la salud, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de cinco a diez años para ejercer la medicina u oficio sanitario.

El CP además del tipo de aborto doloso, configura el imprudente. Así, castiga a quien por “imprudencia temeraria ocasione aborto a una mujer”, la sanción será de seis meses a un año de prisión. Sin embargo, si el aborto imprudente se produce con ocasión del ejercicio de la profesión de la salud, se impondrá al facultativo además de la pena principal la pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años. El legislador, por razones de política criminal, determinó la impunidad de la mujer cuando se ocasione el aborto de forma imprudente, “la embarazada no será penada al tenor de este precepto” (art. 145).

2. Lesiones del no nacido

En el marco del capítulo del aborto también se consignan las lesiones del no nacido tanto dolosa como imprudente.

De las lesiones dolosas en el que está por nacer, el tipo penal describe que se sanciona a la persona que por cualquier medio o procedimiento, causare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica”, con pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años (art. 148)

Si las lesiones descritas arriba se realizan por “imprudencia temeraria”, en el que está por nacer, se sancionará con pena de uno a dos años de prisión e inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer cualquier profesión médica o sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados, por tiempo de uno a cinco años. La embarazada, como en el aborto imprudente, no será penada al tenor de este precepto (art. 149)

3. El aborto terapéutico

El aborto por razones médicas (mal denominado aborto terapéutico) estuvo vigente durante 169 años, desde el CP de 1837 hasta el CP de 1974. El CP de 1837, también conocido como el CP de Livingston, configuraba el aborto terapéutico, de la manera siguiente: “No constituye este delito un aborto procurado de intento por consejo público de médico, y con el objeto de salvar la vida de la madre” (art. 484). Para el CP de 1879 “no incurrirá en pena alguna el médico o cirujano, comadrón o partera que procure el aborto, cuando no haya otro modo de salvar la vida de la mujer embarazada”; el de 1891 modificó la parte final incorporando: “...cuando haya ocurrido a él como el medio indicado por la ciencia para salvar la vida de la mujer embarazada”.

Por su parte, el CP de 1974 expresaba que “el aborto terapéutico será determinado científicamente, con la intervención de tres facultativos por lo menos, y el consentimiento del cónyuge o pariente más cercano a la mujer, para los fines legales”. La Asamblea Nacional derogó esta figura a través de la Ley 603, de 26 de octubre de 2006, “Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal vigente”, sancionada por el Presidente de la República el día 14 de noviembre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial, N° 224 del día 17 de noviembre de 2006. Esta ley en su primera disposición expresa: “Se deroga el Arto. 165 del Código Penal vigente”.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Panamá

1. Introducción

El delito de aborto siempre es un tema de actualidad, pues de su adecuada regulación depende que tengamos una sociedad más o menos moderna y progresista o una de ideas arcaicas y represivas.

Por ello, una regulación represiva evidencia intolerancia y muchas veces un dogmatismo religioso incomprensible en los momentos que nos toca vivir, pues el siglo veintiuno no puede reproducir los criterios ya superados durante el siglo veinte en este tema.

En materia de aborto, el Código Penal panameño, de 2007, reproduce con total fidelidad la regulación que de ese tema tenía el Código anterior, de 1982.

Durante la discusión del texto del Proyecto, que luego fue el Código de 2007, propuse sustituir el sistema de las indicaciones por la solución del plazo, pero a tal criterio se opusieron las “feministas” organizadas en diversas agrupaciones y organizaciones de mujeres, que no quisieron mejorar el texto vigente desde el Código de 1982, para no entrar en polémica con la jerarquía de la Iglesia Católica panameña.

En ese momento, ellas pensaron que una profundizar del tema para superar el sistema de indicaciones por la solución del plazo, no era una cuestión vital ni urgente, por lo que propusieron mantener toda la normativa vigente desde 1982, con lo que se perdió la mejor oportunidad para actualizar el aborto en nuestro medio, pues no solo no mejoramos la cuestión político-criminal y tampoco corregimos los errores ya denunciados por los profesores de Derecho Penal en diversos trabajos sobre el particular.

2. Régimen legal del aborto

El Código Penal vigente, como el anterior de 1982, consagra la tradicional figura de auto aborto y aborto consentido por la mujer, que se castiga con pena de prisión de 1 a 3 años.

Las otras figuras, incriminan el aborto que se provoca con el consentimiento de la mujer, que conlleva pena de prisión de 3 a 6 años y el aborto que se practica sin el consentimiento de la mujer o se practica contra su voluntad. En estos casos, la pena de prisión oscila entre 4 y 8 años de prisión.

La última figura mencionada, permite agravantes de pena si a consecuencia del aborto o de los medios utilizados para provocarlo se produce la muerte de la mujer, en cuyo caso la pena de prisión será de 5 a 10 años. Además, esta figura de aborto provocado, sin el consentimiento de la mujer o contra su voluntad, admite otra agravación de pena si el sujeto activo es el compañero o conviviente de la mujer, con lo que se trató de superior el concepto de “marido”, tan estrecho e inconveniente en sociedades en las que existen uniones consensuales muy frecuentes sin matrimonio.

3. Política criminal del aborto

Desde la vigencia del Código Penal de 1982, existe en el ordenamiento penal una regulación que consagra un sistema de eximentes para el aborto, que se sustenta en el sistema de las indicaciones, por lo que el Código penal ahora vigente, adoptado en 2007 y vigente desde el 21 de mayo de 2008, mantiene igual sin cambios al respecto la normativa vigente en el texto de 1982.

Los Códigos de 1982, hoy derogado, y el de 2007, hoy vigente, consagran las eximentes de aborto terapéutico, aborto eugenésico y aborto ético-social.

En todas las indicaciones, el consentimiento de la mujer, como es natural, es imprescindible. Es lamentable que nada se indique del tema, sin embargo, cuando la mujer es menor de edad.

Nada regula el Código, respecto de la edad mínima de la mujer para dar su consentimiento o que el mismo deba ser otorgado por quien ostenta la patria potestad de la menor. También se omite toda consideración al respecto, si la menor está a cargo del Estado.

Este tema es importante y requiere de urgente atención, pues en nuestro país existen miles de menores de edad entre 10 y 17 años, que embarazadas, están en el sistema escolar, lo que implica en ciertos casos niñas que dejan de jugar con muñecas de plástico para atender a un hijo sin tener suficiente capacidad física para soportar un embarazo y sin preparación emocional para criar un hijo.

Cuando se trata del aborto ético-social, el único fundamento del mismo es la violación carnal de la mujer. Para la autorización de este aborto, sin embargo, se exige el delito sea de conocimiento de la autoridad competente, sin mayores especificaciones, de si es para su investigación o para su juzgamiento, debe practicarse dentro de los dos primeros meses del embarazo.

A propósito e los abortos eugenésico y terapéutico, ambos deben ser autorizados por una Comisión Multidisciplinaria designada por el Ministerio de Salud, que debe dictaminar las graves causas de salud que sustentan la indicación respectiva. Se permite la objeción de conciencia para integrar la Comisión antes señalada.

En cualquier caso, el aborto debe practicarse en una institución de salud del Estado.

El derecho de la mujer al aborto, en la práctica en nuestro medio, se ve muy afectado pues los médicos al servicio del Estado con frecuencia aducen una objeción de conciencia, pero luego en sus Clínicas Privadas cobran sus honorarios profesionales sin aducir ningún cargo de conciencia.

4. Consideraciones finales

La incidencia del aborto en Panamá no registra datos estadísticos confiables, por lo que siempre se ha hablado de una “cifra negra” o “cifra oculta” a este respecto.

Perú

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

1. Aspectos Generales

Históricamente el tratamiento penal del delito de aborto en el Perú ha sido orientado hacia un modelo conservador de prohibición general con un sólo supuesto de aborto legal basado en indicaciones médicas¹. En las características de ese proceso evolutivo y de la orientación político criminal elegida, la influencia del entorno social y político ha sido siempre determinante. Por un lado el fuerte influjo ideológico de la Iglesia Católica en la formación y desarrollo de la población peruana. Y, de otro lado, la actitud dubitativa, cuando no pasiva, de la clase política y de los gobernantes nacionales para impulsar reformas legales en dicho dominio. Sin embargo, en ese contexto también ha ido afirmando desde una opción flexibilizadora del régimen penal del aborto promovida, fundamentalmente por las organizaciones feministas y por sectores representativos de la doctrina más caracterizada sobre la materia².

Es, justamente, a partir de los aportes e iniciativas de estos sectores que en los últimos años se han formulado proyectos de reforma del Código Penal de 1991, los cuales proponen la inclusión de “nuevas” opciones de aborto legal en casos de concurrencia de indicaciones criminológicas (embarazos producidos por agresiones sexuales) o eugenésicas (presencia de taras o malformaciones en el concebido)³ Cabe señalar que en la actualidad uno de estos instrumentos prelegislativos se encuentran pendiente de debate en el Congreso de la República⁴. Por lo demás, las estadísticas sobre la práctica del aborto en el Perú mantienen registros y tendencias poco coincidentes o contrastables. Así, por ejemplo, se alude a que se realizarían anualmente en el Perú entre 352,000 a 410,000 abortos⁵.

Ahora bien, en el plano de las intervenciones médicas para la práctica del aborto legal, hace un año que está en vigencia la “Guía Técnica Nacional para la Estandarización del Procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo Menor de 22 semanas con Consentimiento Informado en el Marco de los dispuesto en el Artículo 119° del Código Penal”⁶

Este documento generó, desde su aprobación, una ruidosa polémica que le aportó importantes cuestionamientos y opciones de reformulación. Es de destacar que la elaboración del Protocolo fue una exigencia

reiterada que formuló al Estado Peruano la Comisión Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁷.

2. El Marco Legal

El sistema de delitos de aborto se encuentra regulado en el Capítulo II, del Título I, del Libro Segundo - Parte Especial, entre los artículos 114° a 119° del Código Penal de 1991⁸. Conservando, en lo esencial, la misma tipología delictiva que preexistía en el Código Penal de 1924, se detectan tres modalidades tipificadas de aborto punible⁹. En primer lugar se regula el aborto practicado por la mujer gestante. Luego, tres supuestos de aborto practicado por terceros. y, en tercer lugar, un caso de aborto especial, muy propio de la legislación histórica peruana el que se denomina “aborto preterintencional”. La morfología de los tipos penales es la siguiente:

- Autoaborto (artículo 114°)
- Aborto consentido (artículo 115°)
- Aborto no consentido (artículo 116°)
- Aborto practicado por Profesional Sanitario (artículo 117°)
- Aborto preterintencional (artículo 118°)
- Aborto legal o terapéutico (artículo 119°)
- Abortos atenuados (artículo 120°)

Es pertinente precisar que en el artículo 119°, se mantienen criminalizados, aunque con una penalidad leve privativa de libertad, no mayor de tres meses. Los clásicos casos de aborto legal y por indicación ética o criminológica y por indicación eugenésica¹⁰.

En lo que atañe a sus características típicas el delito de aborto sólo contempla conductas dolosas. La tentativa es unible en todos los casos, incluida la que alcance a la mujer gestante. Es importante precisar que el delito de aborto puede materializarse desde la animación de óvulo fecundado (cigoto) en el endometrio femenino, hasta el momento de inicio del parto (contracciones uterinas o dolores del parto). Y en lo que concierne a la penalidad conminada, predominan penas privativas de libertad (entre dos a cinco años). No obstante, en los casos del aborto practicado por la restante y del aborto preterintencional concurre como pena alternativa la prestación de servicios a la comunidad, de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas semanales. Asimismo, tratándose de delitos de aborto realizado por un profesional sanitario (médico, obstetra, farmacéutico, etc.) se incluye una pena conjunta de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, entre seis meses a diez años.

La ley contempla, además, agravantes preterintencionales: “Si sobreviene la muerte de la mujer y el

agente puso prever este resultado”. La pena privativa de libertad en estos supuestos puede elevarse entre no menos de cinco ni más de diez años.

Dada la escasa frecuencia de la presencia en sede judicial de procesos por delitos de aborto, los desarrollos jurisprudenciales al respecto han sido muy discretos y poco trascendentes concentrándose mayormente en señalar a la concepción como el inicio de la tutela penal¹¹.

3. A modo de conclusión

Todo parece indicar que la regulación penal del aborto en el Perú conservará sus actuales características en torno a su tipificación y sanción penal. Al menos el Proyecto de Nuevo Código Penal 2014-201 no plantea modificación alguna¹². A lo sumo, pues, es posible que en el mediano plazo se alcance a incorporar una nueva modalidad de aborto legal para los casos de embarazos consecuencia de actos de violación sexual. Por consiguiente, pues, la práctica del aborto clandestino continuará desarrollándose como opción extrema, pero frecuente, de control de la natalidad y de la interrupción de embarazos no deseados entre la población vulnerable del país. El acceso limitado a medios anticonceptivos modernos como la pildora del día siguiente o anticonceptivo oral de emergencia, seguirá señalando, pues, una forma más de discriminación de la mujer o de lo que algunos han denominado “la criminalización de género”.

Anexo Legislativo (Código Penal Peruano de 1991)

Autoaborto

Artículo 114. La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta días a ciento cuatro jornadas.

Aborto consentido

Artículo 115. El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

Aborto sin consentimiento

Artículo 116. El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Agravación de la pena por la calidad del sujeto

Artículo 117. El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar

el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.

Aborto preterintencional

Artículo 118. El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta días a ciento cuatro jornadas.

Aborto terapéutico

Artículo 119. No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Aborto sentimental y eugenésico

Artículo 120. El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

Notas

1 Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Política Criminal Peruana. Cultural Cuzco Editores. Lima 1985, p. 75 y ss.

2 Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Política Criminal Peruana. Ob. Cit. p. 53 y ss.

3 Cfr. Carlos Torres Caro. El Nuevo Código Penal Peruano. Fondo Editorial del Congreso del Perú. 2011 p. 161-162.

4 Cfr. Proyecto de Ley 3839-2014-IC, Proyecto de Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas.

5 Cfr. Delicia Fernando. El aborto clandestino en el Perú. Centro Flora Tristán. Lima. 2004.; Liliána Del Carpio. Perfil de la mujer que aborta y cifra negra. Doctorado USMP. Inédito. Lima. 2009.

6 Aprobado por Resolución Ministerial N° 486-2014/MIN-SA, del 27 de junio de 2014

7 Sobre sus alcances véase Felipe Villavicencio. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. I. GRIJLEY. Lima, 2014, p. 374 y ss.

8 Sobre el análisis dogmático del estos delitos véase Ramiro Salinas Siccha. Derecho Penal. Parte Especial. 6 Edición. Justicia. Lima 2015, p. 191 y ss.

9 Sobre el delito de aborto en el Código Penal de 1924 véase Víctor Prado Saldarriaga, ob. cit.

10 Sobre la interpretación de estas disposiciones véase: Felipe Villavicencio, ob. cit., p. 380 y ss.

11 Cfr. Fidel Rojas Vargas - Alberto Infantes Vargas. Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada. Ideas. Lima, p. 68 y ss.

12 Cfr. Artículos 185° a 191° - Proyecto de Nuevo Código Penal 2014-2015.

Polonia

Prof. Dra. Barbrara Kunicka-Michalska

Escuela Superior Europea de Derecho y Administración, Varsovia

I. En Polonia las normas jurídicas sobre el aborto se han cambiado. El aborto fue regulado en el Código Penal de 1932, después en el Código Penal de 1969 y actualmente está regulado en el Código Penal de 1997. También las leyes especiales trataban sobre el aborto: la Ley de 1956 (con cambios posteriores) sobre las condiciones de permiso de aborto, después la Ley de 1993 sobre la planificación de la familia, la protección del feto humano y las condiciones de admisión del aborto, con algunas enmiendas presentadas por la Ley de 1996. La Ley de 1996 sobre la modificación de la Ley de 1993 ha introducido entre otras modificaciones la posibilidad de aborto a causa de difíciles condiciones de la vida de la mujer embarazada o la situación personal difícil. Este artículo de la Ley ha perdido su vigencia, porque el Tribunal Constitucional ha opinado sobre éste como contrario a la Constitución. Vale la pena indicar que las condiciones difíciles de la vida de la mujer embarazada fueron tomadas en cuenta como el motivo del aborto en la Ley de 1956, a la cual ha remitido el Código Penal de 1969. La Ley de 1993 ha casado la Ley de 1956 y ha cambiado las normas del Código Penal de 1969¹.

II. Actualmente está en vigencia el Código Penal de 1997 (Dziennik Ustaw No. 88, pos. 553, con cambios posteriores). En este Código el aborto está regulado en los artículos 152 - 154, situados en el Capítulo XIX titulado "Delitos contra la vida y la salud".

Según el artículo 152:

§1. El que con el consentimiento de la mujer aborta su embarazo, fuera de los casos permitidos por la ley, está castigado con la pena de privación de libertad hasta 3 años.

§2. La misma pena se impondrá al que ayuda a la mujer embarazada en el aborto del embarazo fuera de los casos permitidos por la ley o persuade a ella de eso.

§3. El que comete el hecho definido en los párrafos 1 o 2, cuando el niño concebido ha alcanzado la capacidad de vivir independiente fuera del organismo de la mujer embarazada, será castigado con la pena de privación de libertad de 6 meses hasta 8 años.

Si se trata de los casos del aborto permitidos por la ley, es el art. 4a de la Ley de 1993 sobre la planificación de la familia, la protección del feto humano y las condiciones de admisión del aborto, con cambios de 1996. Según esta Ley el aborto puede ser realizado solamente por un médico y sólo en tres situaciones: 1) cuando el embarazo constituye un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada. En este caso el aborto está permitido en cada fase del embarazo. Este caso es llamado "la

indicación médica"; 2) cuando los exámenes prenatales u otras premisas médicas indican la gran probabilidad del defecto grave e irreversible del feto o la enfermedad incurable que amenaza su vida. En este caso el aborto es posible hasta el momento, cuando el niño concebido alcanza la capacidad de vivir independiente fuera del organismo de la mujer embarazada. Este caso es llamado "la premisa eugénica"; 3) cuando existe la sospecha motivada que el embarazo ha surgido como resultado del hecho prohibido, por ejemplo la violación. En este caso el aborto es posible cuando desde el principio del embarazo no han transcurrido más de 12 semanas.

El artículo 153 del Código Penal, tiene el siguiente contenido:

§1. El que, aplicando la violencia a una mujer embarazada o de otra manera sin su consentimiento aborta el embarazo, o con violencia, una amenaza ilegal o con un truco lleva a la mujer embarazada hasta el aborto del embarazo, será castigado con la pena de privación de libertad de 6 meses hasta 8 años.

§2. El que comete el hecho definido en el párrafo 1., cuando el niño concebido ha alcanzado la capacidad de vivir independiente fuera del organismo de la mujer embarazada, será castigado con la pena de privación de libertad de 1 año hasta 10 años.

En el artículo 154 del CP polaco están formulados los casos con la pena mayor, cuando la consecuencia del hecho es la muerte de la mujer embarazada. Entonces, en el §1 del artículo 154 está previsto el caso, cuando la muerte de la mujer embarazada es la consecuencia del hecho previsto en el art. 152 §1 o §2, y en el §2 del art. 154 está previsto el caso cuando la muerte de la mujer embarazada es la consecuencia del hecho previsto en el art. 152 §3 o en el art. 153. En el primer caso el autor está castigado con la pena de privación de libertad de 1 año hasta 10 años, y en el segundo caso —con la pena de privación de libertad de 2 hasta 12 años.

En el año 1999 se ha agregado al Código Penal el artículo 157a que, a decir la verdad, no trata sobre el aborto pero concierne al niño concebido. Según el §1 de este artículo, el que causa el daño al cuerpo del niño concebido o el desarrreglo de la salud que amenaza su vida, será castigado con la pena de multa o la pena de limitación de libertad o de privación de libertad hasta 2 años. Según el §2 del art. 157a, no comete el delito un médico cuando el daño para el cuerpo o el desarrreglo de la salud del niño concebido son la consecuencia de las acciones curativas, necesarias para casar el peligro que amenaza la salud o la vida de la mujer embarazada o del niño concebido. Según el §3 no está castigada la madre del niño concebido que comete el hecho definido en el §1².

III. El médico puede negar el hacer el aborto, basándose en la cláusula de conciencia en las condiciones previstas por la Ley de 1996 sobre las profesiones de médico y de médico dental (texto refundido, publicado en Dziennik Ustaw de 2011, pos.1634, con cambios posteriores). El Tribunal Constitucional, apreciando la importancia de la libertad de conciencia de cada ser humano, ha considerado contradictorias con la Constitución algunas de las limitaciones de la cláusula de conciencia. Se trata sobre todo de la norma de la ley que ha comprometido al médico que niega

el realizar el aborto, basándose en la cláusula de conciencia, a señalarle al paciente otro médico o centro de salud que practican el aborto. Ahora, el médico no va a tener que indicarlos. Lo van a hacer por ejemplo las instituciones médicas, como el Fondo Nacional de la Salud.

IV. En la sociedad polaca hay tanto partidarios como, mucho más numerosos, adversarios del aborto. Unos y otros han preparado proyectos de la ley para cambiar las normas vigentes (los proyectos fueron rechazados por la Dieta). Los grupos de personas que son adversarias del aborto, son más activos. Han preparado más proyectos de la ley, organizan manifestaciones en defensa a la vida de los niños todavía no nacidos. Funcionan algunas fundaciones, como por ejemplo la Fundación “Pro-derecho a la vida” o asociaciones como, sobre todo, “Defensores de la vida”. La Federación Polaca de los Movimientos de la Defensa de la Vida y la Sociedad Polaca de Defensores de la Vida Humana, en el mes de octubre de 2015 han organizado el Congreso de Defensores de la Vida en Cracovia. El tema del Congreso fue: “Santo Juan Pablo II - el Patrono de los Defensores de la Vida”.

Vale la pena indicar que la Federación Polaca de los Movimientos de la Defensa de la Vida, creada en 1992 por la iniciativa de la Senadora de entonces, Profesora Alicja Grześkowiak, asocia a 87 organizaciones que actúan en pro de la defensa del derecho a la vida desde la concepción y los derechos de la familia. Los polacos organizan las marchas para la vida y también participan en las marchas para la vida o los congresos, organizados en las ciudades de otros países, como por ejemplo en las marchas en Berlín y en Zurich, y en VII Congreso Mundial de la Oración en la Defensa de la Vida en Fátima.

Notas

1 Ver, entre otros: L. Bogunia, *Przerywanie ciąży. Problemy prawno-karne i kryminologiczne* (El aborto. Los problemas jurídico-penales y criminológicos) Wrocław 1980; A. Grześkowiak: *Zagadnienia prawno-karnej ochrony dziecka poczętego w pracach Sejmu i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1990 - 1991* (Las cuestiones de la protección jurídico-penal del niño concebido en los trabajos de la Dieta y del Senado de la República de Polonia en los años 1990 - 1991), Szczecin 1994; V. Konarska-Wrżosek: *Prawno-karna ochrona początków życia ludzkiego*, w: W. Lang (red.): *Prawne problemy ludzkiej prokreacji* (La protección jurídico-penal de los inicios de la vida humana, en: W. Lang (red.): *Los problemas jurídicos de la procreación humana*), Toruń 2000; B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska: *Prawna regulacja przerwania ciąży w świetle przepisów i poglądów nauki* (Regulación legal del aborto a la luz de las normas y las opiniones de la

ciencia), *Studia Prawnicze* (Estudios Jurídicos) 1985, N° 1 - 2; J. Majewski: *Karalność aborcji w Polsce w świetle ostatnich zmian legislacyjnych* (La punibilidad del aborto en Polonia a la luz de últimos cambios legislativos), *Państwo i Prawo* (Estado y Derecho) 1997, N° 4; J. Majewski, W. Wróbel: *Prawno-karna ochrona dziecka poczętego* (La protección jurídico-penal del niño concebido), *Państwo i Prawo* (Estado y Derecho) 1993, N° 5; E. Zielińska: *Oceny prawno-karne przerywania ciąży. Studium porównawcze* (Evaluaciones jurídico-penales del aborto. Estudio comparativo), Warszawa (Varsovia) 1986; E. Zielińska: *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie* (El aborto. Las condiciones de la legalidad en Polonia y en el mundo), Warszawa (Varsovia) 1990; M. Zubik: *Problem aborcji na świecie w dokumentach i orzecznictwie* (El problema del aborto en el mundo en los documentos y en la judicatura), Warszawa (Varsovia) 1997.

2 Ver, entre otros: L. Gardocki: *Prawo karne* (Derecho penal) Warszawa (Varsovia) 2015, p. 244 - 249; A. Grześkowiak: *Aspekty prawne debat nad embrionem*, w: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadoszowi Bojarskiemu* (Aspectos jurídicos de los debates sobre el embrión, en: *Problemas teóricos y prácticos del derecho penal contemporáneo. El libro conmemorativo, dedicado a prof. Tadeusz Bojarski*, Lublin 2011; A. Kokot w: *Kodeks Karny. Komentarz*, 2 wydanie (Código Penal. Comentario, 2-da edición), pod red. R.A. Stefańskiego (bajo la redacción de R. A. Stefański), Warszawa (Varsovia) 2015, p. 875 - 886 y 914 - 917; J. Kulesza: *Prawno-karna ochrona życia człowieka w fazie prenatalnej w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego* (La protección jurídico-penal de la vida del ser humano en la fase prenatal en el proyecto de la Comisión de Codificación de Derecho Penal), *Państwo i Prawo* (Estado y Derecho) 2015, N° 7; K. Wiak: *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym* (La protección del niño concebido en el derecho penal polaco) Lublin 2001; K. Wiak w: *Kodeks Karny. Komentarz*, 3 wyd. (en: *Código Penal. Comentario*, 3-ra edición) pod red.: A. Grześkowiak, K. Wiak (bajo la redacción A. Grześkowiak, K. Wiak) Warszawa (Varsovia) 2015, pag. 866 - 872 y 879 - 880; A. Zoll: *Nadal jednak kompromis. Uwagi o ochronie życia w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego nowelizacji Kodeksu Karnego* (Aún, sin embargo, el compromiso. Comentarios acerca de la protección de la vida en el proyecto de la Comisión de Codificación del Derecho Penal de la novelización del Código Penal) w: *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga jubileuszowa Prof. Lecha Gardockiego* (en: *Entre la ciencia y la práctica de derecho penal. El libro conmemorativo del Prof. Lech Gardocki*) Warszawa (Varsovia) 2014, p. 405 - 412.

Rusia

Svetlana Paramonova

Marie Curie Fellow

Criminal Law Department, UNESCO Chair in Bioethics Zagreb University, Croatia

1. Key principle

According to art. 56 pa. 1 of the Federal Law “On the Basis of Health Protection in the Russian Federation”¹

(hereinafter Federal Law “On Health Protection”) every woman solves the question of motherhood individually. Abortions are carried out at the request of a woman based on her informed voluntary consent. However, a number of strict requirements must be met in order to guarantee that the surgery is as safe as possible. Thus, in some cases illegal abortion entails criminal liability.

2. Legal regulation

The requirements for a lawful abortion are provided for by the Federal Law “On Health Protection” (art. 56), in the Resolution of the Government of the Russian Federation “On Social Grounds for Abortion,”² in the Order of the Ministry of Health of the Russian Federation “On Approval of the List of Medical Indications for the Induced Termination of Pregnancy,”³ in the Regulation “On the Permission of Performance of Late-term Abortions for Social Reasons and on the Procedure for the Performance of Abortion”⁴. The *Criminal Code* of the Russian Federation (CC RF)⁵ contains provisions that criminalize behavior infringing on legally protected interests related to reproductive health.

3. Legal grounds for performing abortion

The above-mentioned documents define the following legal grounds for performing an abortion and consider gestational-age criteria as well as social and medical indications:

1. The first lawful ground for the performance of an abortion requires that the length of pregnancy does not exceed **12 weeks** and that the surgery is carried out under the voluntary informed consent of women (art. 56 pa. 1, 2 Federal Law “On Health Protection”).
2. Pregnancy can be legally terminated at a later stage — up to **22 weeks** — if **social indications** are present. The list of such indications is provided by the Government of the Russian Federation⁶. Until 2003, there were 13 such social reasons. In 2012, their number was reduced to four: a court decision on the deprivation or restriction of the parental rights of a woman, pregnancy resulting from rape, a prison sentence being served by the woman, disability of the first or second degree of the husband of a pregnant woman, or the husband’s death during pregnancy. Currently, the only social indication for abortion is a pregnancy resulting from rape⁷.

The issue of permission for the legal termination of pregnancy in this case is resolved in the institu-

tions that have received a license for medical activity. A special commission decides on the issue of permission. This commission consists of the head of the institution, an obstetrician-gynecologist, a lawyer, and a social worker. The commission considers a written request from the woman, a medical report from the obstetrician-gynecologist on the term of pregnancy, and documents proving the existence of social indications for abortion⁸.

3. According to art. 56 pa. 4, 6 Federal Law “On Health Protection,” pregnancy can be terminated at any stage for **medical reasons**, for instance, if a pregnant woman has certain forms of diabetes, cancer, or tuberculosis. A complete list of medical indications for the induced termination of pregnancy was approved by an Order of the Ministry of Health of the Russian Federation⁹. The list includes not only the name of the disease but also its form, stage, grade, and phase as well as procedural questions for deciding on the termination of pregnancy in some cases. In accordance with the Regulation “On the Procedure for the Performance of Abortion,” a woman is obliged to undergo a medical examination by the obstetrician-gynecologist in order to determine the term of pregnancy and to exclude medical contraindications to surgery¹⁰.

4. Unlawful performance of abortion

Therefore, abortion shall be considered illegal (with the imposition of civil, disciplinary, administrative, or criminal liability, depending on the violation), at least in cases where there is involved:

- 1) a violation of the procedure for obtaining permission for the performance of an abortion;
- 2) a violation of the surgical procedure (in improper conditions, by an improper individual, etc.);
- 3) a violation of requirements for gestational age;
- 4) a violation of the medical indications for the operation;
- 5) absence of the informed consent of the pregnant woman;
- 6) a violation of other rules provided for by laws and relevant regulations enacted by the executive.

5. Unlawful performance of abortion that entails criminal responsibility

Not all illegal abortions are considered to be criminal. In accordance with the Federal Law “On Health Protection,” illegal termination of pregnancy entails criminal responsibility only in certain cases, art. 56 pa.

8. In this case, art. 56, pa. 8 of the Federal Law “On Health Protection” refers to art. 123 CC RF.

Chapter 16 of the *Criminal Code* contains an article on “Crimes Against Human Life and Health” that directly criminalizes the induced termination of pregnancy: art. 123 CC RF (illegal performance of induced termination of pregnancy).

6. Article 123 CC RF Illegal Performance of Induced Termination of Pregnancy¹¹

1. Performance of induced termination of pregnancy by a person who lacks higher medical education of an appropriate specialization shall be punishable by a fine in the amount up to 80 thousand rubles, or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period up to six months, or by compulsory works for a term up to 480 hours, or by corrective labor for a term up to two years.

2. Abolished

3. The same deed, if it has entailed —by negligence— the death of the victim or the infliction of grave injury to her health, shall be punishable by compulsory works for a term up to five years, with or without disqualification to hold specified offices or to engage in specified activities for a term of up to three years, or by deprivation of freedom for a term of up to five years with or without disqualification to hold specified offices or to engage in specified activities for a term of up to three years.

In compliance with the **principle of legality**¹² (pa. 2 art. 15, pa. 2 art. 54 of the Constitution; pa. 1 art. 1, pa. 1 art. 3, pa. 1 art. 14 of the Criminal Code), all criminal offenses, elements of criminal liability, the type of punishment, the sentencing range, and other legal consequences concerning the substantive criminal law shall be determined exclusively by the *Criminal Code* and not by any other federal or regional laws or legal provisions (e.g., administrative provisions)¹³.

With regard to the criminalization of abortion, art. 123 CC RF determines which behavior is considered criminally punishable. What is problematic about this particular legal provision, however, is its very narrow definition of illegality concerning the performance of abortion. This article is formulated to define the criminally punishable performance of abortion as the responsibility of an inappropriate **subject**, “a person who lacks higher medical education of an appropriate specialization,” which gives rise to much controversy in legal theory as well as in practice¹⁴.

This narrow definition of illegality regarding abortion forces the judicial application of *lex generalis*, e.g. art. 109 CC RF (infliction of death by negligence), instead of *lex specialis*, art. 123 CC RF, in many cases arising from the unlawful performance of abortion. The application of *lex generalis* in some cases entails much softer criminal punishment.

Art. 123 CC RF shall be interpreted such that the perpetrator of this crime may be any person who, firstly, does not have an advanced medical degree and, secondly, does not have a license to practice as an obstetrician-gynecologist. This includes doctors in other specializations, nurses, other medical workers, and persons who are not related to professional medicine in any way. The weak point of this concept of criminalization is that the potential danger regarding the performance of abortion is defined only through requirements that a qualified individual has to perform the surgery for the termination of pregnancy.

However, many other acts related to the performance of abortion can lead to infringements of criminal law-protected legal interests, even if committed by an appropriate subject. Abortion in the later stages of pregnancy (after 12 weeks) is a frequent cause of serious health complications that can lead to the development of life-threatening conditions in the victim. For instance, prompt and qualified medical intensive care may be absent in some hospitals.

In judicial practice, there are quite a few examples of such actions leading to a lethal outcome, even when the surgery was performed by specialists with appropriate professional training but in violation of other requirements for the surgical termination of pregnancy¹⁵.

In one case, obstetrician-gynecologist A performed a surgical abortion in a private clinic on patient B, when the pregnancy was over 16 weeks. After the operation, B started to bleed. First, obstetrician-gynecologist A tried unsuccessfully to stop the bleeding himself. Only after B had bled for six hours A did give directions to call an ambulance. Realizing that the performance of abortion at a gestational age over 12 weeks without any medical or social justification was illegal, A tried to convince the husband of the victim to tell paramedics that his wife had been pregnant for a maximum of 10 to 11 weeks. B was taken to the hospital. However, she already had irreversible organ damage and failure of kidney function, which was caused by acute massive blood loss. Doctors failed to save patient B’s life¹⁶.

In this case, the performance of abortion on a woman who had been pregnant for over 16 weeks was carried out by an appropriate subject in the sense of

art. 123 CC RF: by obstetrician-gynecologist A, who had the required qualifications. However, the surgery was carried out in violation of applicable laws for the protection of health, and in particular in violation of the requirements for gestational age. It entailed the infringement of criminal law-protected legal interests such as health and life.

Thus, despite of the fact that it was proven that the death of the victim was directly caused by the performance of the illegal abortion carried out by A, art. 123 CC RF —*lex specialis*— could not be applied by the court due to the imperfections of the current legal provision in terms of the perpetrator. The illegal performance of abortion qualified in this case under art. 109 CC RF (infliction of death by negligence) — *lex generalis* to art. 123 CC RF. As a result, a much softer criminal punishment was imposed. While art. 109 CC RF stipulates the deprivation of freedom for a term of up to three years as the criminal punishment for causing death by negligence, the sanction of art. 123 CC RF goes up to five years of deprivation of freedom if the death of the patient was inflicted negligently through abortion.

7. Conclusion

A close look at the special criminal law provision that criminalizes abortion (art. 123 CC RF) raises doubts as to whether it fulfills its goal of providing an appropriate protection against grave infringements in the area of reproductive health.

There is no doubt that the application of *lex generalis* in many cases is inevitable. For instance, an intentional criminal act, such as the performance of an abortion without the informed consent of a pregnant woman, would qualify as the intentional infliction of bodily harm, art. 111 CC RF.

However, *lex specialis* concerning abortion has to provide more comprehensive protection in the area of reproductive health by including additional serious infringements that go beyond licensing requirements for the perpetrator.

Notes

1 *Federal Law* "On Health Protection of Citizens of the Russian Federation," 21.11.2011, N 323-Ф3: <http://www.consultant.ru>. Further FZ "On Health Protection".

2 *Resolution of the Government of the Russian Federation* "On Social Grounds for Abortion," 06.02.2012, N 98.

3 *Order of the Health Ministry of the Russian Federation* "On Approval of the List of Medical Indications for the Induced Termination of Pregnancy," 03.12.2007, N 736.

4 *Regulation* "On the Permission of Performance of the Late-terms Abortions for Social Reasons and on the Procedure for the Performance of Abortion," ordered by the Health Ministry of the Russian Federation, 14.10.2003, N 484.

5 *Criminal Code of the Russian Federation*, 17.06.1996, N 63-Ф3: <http://www.consultant.ru>. Further CC RF.

6 *Resolution of the Government of the Russian Federation* "On Social Grounds for Abortion," 06.02.2012, N 98.

7 *Resolution of the Government of the Russian Federation* "On Social Grounds for Abortion," 06.02.2012, N 98.

8 *Regulation* "On the Permission of Performance of Late-term Abortions for Social Reasons and on the Procedure for the Performance of Abortion," 14.10.2003, N 484.

9 *Order of the Health Ministry of the Russian Federation* "On Approval of the List of Medical Indications for the Induced Termination of Pregnancy," 03.12.2007, N 736.

10 *Regulation* "On the Permission of Performance of Late-term Abortions for Social Reasons and on the Procedure for the Performance of Abortion," 14.10.2003, N 484.

11 The latest amendments to the CC RF of 2015 have been considered.

12 *Paramonova, Svetlana*, Principle of legality in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed(s).): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law*. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 103 - 117.

13 The Supreme Court of the Russian Federation on the Principle of Legality: *Bulletins* N 11, 2003; N 10, 2006: http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1945; *Paramonova Svetlana*, *Criminal Offenses in Russian Tax Law*. *Revista Penal* 27, 2011, pp. 255-256.

14 *Gorbatova, Marina*, Criminal Liability for Illegal Performance of Abortion. *Bulletin of the South Ural State University Series "Law"* 2013, vol. 13, no. 4, pp. 44-48; *Grishaev, S.*, Commentary of the Federal Law "On Health Protection of Citizens of the Russian Federation," 2011: <http://www.base.consultant.ru>.

15 <https://bsr.sudrf.ru/bigsp/portal.html> (Search system of court cases, "Pravosudie"); The appeal judgment in the case N 22-8587/2010//Moscow City Court. URL: <http://www.mos-gorsud.ru/inf/infk/uk/?pn=0&id=5316300>.

16 The appeal judgment in the case N 22-8587: <https://bsr.sudrf.ru/bigsp/portal.html> (Search system of court cases "Pravosudie").

Ucrania

Volodymyr Hulkevych

Doctor en Derecho

Subfiscal de la provincia de Ivano-Frankivsk

En el apartado 2 del "Delitos contra la vida y salud de una persona" de la Parte Especial del Código Penal de Ucrania existe un artículo 134 que prevé la responsabilidad penal por la ejecución ilegal del aborto.

La mayoría de los científicos nacionales reconocen el bien jurídico de este delito solamente la salud y la vida de una mujer, considerando el principio de la vida hu-

mana el momento de aparición de cualquier parte del cuerpo infantil en el vientre de la madre durante el parto (u operación cesárea) siempre que existe una posibilidad objetiva de hacer daño al cuerpo del niño. Además, algunos científicos proponen establecer una protección penal a la vida de la persona antes de su nacimiento pero desde el momento de una formación completa del feto viable.

El tipo objetivo del delito, prevista en el apartado 1 del artículo 134 del Código Penal, es una ejecución ilegal del aborto. El régimen de ejecución del aborto se establece con una fila de actos normativos del gobierno.

Conforme al artículo 50 de la Ley básica de Ucrania “De la protección a la salud”, Ley de Ucrania N2801-XII del 19 de noviembre de 1992 (Boletín del Consejo Supremo de Ucrania, 1993, № 4, art. 20), el artículo 281 del Código Civil de Ucrania (Boletín del Consejo Supremo de Ucrania, 2003, № 40-44, art. 356), el aborto es una operación de interrupción artificial del embarazo que se realiza con la voluntad de la mujer en los centros de salud si el embarazo no supera 12 semanas. Además, en virtud del Decreto del Gabinete de Ministros de Ucrania del 15 de febrero de 2006 N144 “De realización del artículo 281 del Código Civil de Ucrania” la interrupción del embarazo con un término desde 12 a 22 semanas se realiza en los centros acreditados de salud sobre los fundamentos indicados en el anexo, según el resumen de la comisión formada del Ministerio de Sanidad de la República Autónoma de Crimea, Departamento de sanidad de la administración pública regional y municipal de Sevastópol y por la Dirección General de Sanidad de la administración pública municipal de Kyiv. El dictamen médico se hace con base en la solicitud de la embarazada y siempre que se diagnostican las enfermedades correspondientes y en caso que ésta sea menor que 15 años o más que 45, o el embarazo es un resultado de violación o durante la gestación la mujer se hizo inválida.

Conforme al régimen de prestación de ayuda médica integral a la embarazada durante su gestación indeseable, aprobado por el Orden del Ministerio de Sanidad de Ucrania 423/2013 del 24 de mayo, la operación (procedimiento) de la interrupción artificial del embarazo en término hasta 12 semanas se realiza por los médicos-parteros-ginecólogos de los centros acreditados de sanidad del II y III niveles con una preparación y experiencia correspondientes.

La operación (procedimiento) de la interrupción artificial del embarazo indeseado en término hasta 12 semanas se realiza por los médicos-parteros-ginecólogos utilizando los métodos seguros en los centros acreditados de salud del III nivel que pasaron una preparación

correspondiente y tienen una antigüedad en la profesión, conforme al acta clínico.

Entonces, se considera el aborto ilegal una interrupción artificial de la gestación con voluntad y convenio de la víctima pero en contradicción a los supuestos legales necesarias mencionadas para la realización de una interrupción artificial de la gestación.

Visto lo mencionado arriba la ejecución ilegal del aborto se determina cuando:

- hay contraindicaciones médicas para la interrupción del embarazo cualquiera que sea su término.
- no se realiza en los centros acreditados especiales de salud,
- se utilizan los medios y métodos inadmisibles o ilegales,
- se infringe el orden de recibimiento del acuerdo a la operación de la embarazada o de su tutor oficial;

El indicio clave de la realización ilegal del aborto, según lo previsto por el párrafo 1 del apartado 134 del Código Penal, es sujeto, es decir, una persona mayor que 16 años de edad sin licenciatura especial en la medicina.

El sujeto del delito puede ser una persona que tiene la enseñanza médica pero no es un médico-parteroginecólogo del centro acreditado de salud del II y III niveles, incapaz de ejecutar una interrupción artificial del embarazo.

La mujer que se hizo un aborto no está sujeto a la responsabilidad penal.

El tipo subjetivo del delito se caracteriza sólo con la forma premeditada de la culpa en consideración del dolo directo.

En caso de realizar el aborto por el médico cometiendo una imprudencia se puede calificar sus acciones cometiendo a la víctima las lesiones corporales de algún nivel, como una lesión grave o menos grave causado con imprudencia (artículo 128 del Código Penal).

Dado que la realización ilegal del aborto es un delito de gravedad media, por su perpetración se prevé un castigo en el pago de una multa de 50 a 100 mínimos no impuestos de beneficios de los ciudadanos u obras públicas de 100 a 240 horas o un trabajo penal sin reclusión hasta 2 años, o privación de libertad hasta 2 años.

Según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 134 del Código Penal, el delito de media gravedad es una ejecución ilegal del aborto que provocó un trastorno prolongado de la salud, la infertilidad o la muerte de la embarazada.

Un trastorno prolongado de la salud es un trastorno que dura más que 21 día, una incapacidad resistente para el trabajo de más de 10 por cientos o una enfermedad mental de la víctima.

La esterilidad es una incapacidad del organismo de la mujer a la concepción como resultado de un aborto ejecutado ilegalmente. Con la muerte de la víctima se considera una muerte biológica cuando al cesar su trabajo el corazón provocó los procesos irreversibles de desintegración de las células del sistema nervioso central como resultado de la interrupción ilegal del embarazo. Evidentemente las consecuencias citadas deben de ser el resultado directo del aborto ilegal.

En caso de un trastorno prolongado de la salud, la infertilidad o la muerte de la víctima en el resultado del aborto legal ejecutado por un médico de calificación correspondiente, se debe calificarlo con razones existentes, conforme a lo establecido en el artículo 140 del Código Penal, como una ejecución mala de sus obligaciones profesionales por un médico.

En contradicción del cuerpo principal del delito, el sujeto del delito puede ser cualquier persona física responsable que cumplió la edad de dieciséis años independientemente de la presencia o ausencia de la educación médica especial.

El tipo subjetivo de un delito, en virtud del apartado 2 del artículo 134 del Código Penal, también se caracteriza por una intención directa de la acción comprometida y negligencia en cuanto a sus consecuencias negativas.

Aborto ilegal cometido por circunstancias agravantes se castiga con pena de prisión de hasta cinco años o pena de prisión por el mismo plazo, con inhabilitación para ocupar determinados cargos o realizar ciertas actividades hasta tres años o sin un período establecido. Estudio del Único Registro Estatal de las Sentencias encontró sólo una sentencia impuesta por el tribunal en los últimos 10 años con la cual un ginecólogo fue condenado por el aborto ilegal que había causado un trastorno prolongado de salud de la víctima, en virtud del apartado 2 del artículo 134 Código Penal.

Algunos científicos proponen modificar el art. 134 del Código Penal y establecer una responsabilidad penal intensiva por la comisión de abortos ilegales repetidos y con un fin interesado.

Uruguay

Pablo Galain Palermo

Renata Scaglione*

I. ANTECEDENTES: EL ABORTO COMO DELITO

1. El primer **Código Penal (1889)** dedicaba su sección quinta al aborto por medio del castigo de dos modalidades de aborto. El artículo 341 castigaba formas

voluntarias de interrupción del embarazo, en tanto “la mujer que causare su aborto por cualquier medio empleado por ella misma o por un tercero con su consentimiento, será castigada con prisión de quince a dieciocho meses”. Por su parte, en el artículo 343 se castigaba formas no consentidas, agravadas por el resultado muerte: “el que hiciere usos de medios directos para causar el aborto sin el consentimiento de la mujer o empleando violencia, será castigado con penitenciaría de cuatro a seis años, y si el aborto se realizara, la pena será aumentada de un grado. Si la consecuencia de los medios empleados, o del hecho mismo del aborto resultare la muerte de la mujer, el culpable será castigado con penitenciaría de ocho a diez años”.

2. Posteriormente, el **Código Penal de 1934** (Ley 9155) previó únicamente el delito de aborto sin consentimiento de la mujer con una pena de entre dos a ocho años de penitenciaría.

3. Esta derogación de las otras modalidades obedeció a una postura política criminal distinta, pues en la época de la sanción del código aún vigente, la discusión se concentraba en la naturaleza del feto, entendiéndose que se trataba de una “viscera materna” y de que la maternidad era un derecho de la mujer fruto de una decisión consciente, razón por la que no habría que prohibir el aborto en la medida de que no se estaría violando ningún bien jurídico penalmente relevante con esta práctica. De algún modo seguía la lógica de no considerar la autolesión como bien jurídico penalmente relevante. Al mismo tiempo, sobrevolaba la idea de que el concebido no era aún una persona, por lo que no se consideraba que hubiese vida humana que proteger. Fue por esta razón que se derogaron mediante el Código Penal las disposiciones vinculadas a este instituto. Dicha derogación abrió nuevamente el debate que reintrodujo por medio de la ley 9.763 el régimen punitivo para las prácticas abortivas.

4. El régimen de la ley 9.763 entró en vigencia en el año 1938, regulando el aborto desde esa fecha hasta el año 2012. En esta ley se establece que la penalidad para una mujer que se realizaba un aborto, fuera de tres a nueve meses de prisión, y de entre 6 a 24 meses de prisión la pena para un médico u otra persona que llevara a cabo el procedimiento. El juez tenía la potestad de mitigar la condena de la mujer en caso de que acontecieran determinadas circunstancias, a saber: problemas económicos de la mujer, riesgo para la salud de la mujer, violación o la salvaguarda del honor familiar. Esta ley modifica el capítulo IV, título XII del Libro II del Código Penal, en cuanto al delito de aborto y establece la pena, las circunstancias atenuan-

tes y eximentes, así como la obligación del médico que hubiese intervenido en un aborto según las excepciones legales tenía la obligación de dar cuenta del hecho al Ministerio de Salud Pública en un determinado lapso. Como requisito de procedibilidad el juez debía solicitar los informes respectivos al Ministerio de Salud Pública.

5. Se tipifican así cuatro delitos vinculados a las prácticas de aborto y sus respectivas agravantes y atenuantes. Los delitos mencionados son: a. aborto con consentimiento de la mujer en el que se prevén de tres a nueve meses de prisión; b. aborto efectuado con colaboración de un tercero y consentimiento de la mujer, y se establece una pena para el colaborador de entre seis y veinticuatro meses de prisión; c. aborto sin consentimiento de la mujer, penando con dos a ocho años de penitenciaría al que causare este aborto; y d. lesión o muerte de la mujer como consecuencia del aborto con consentimiento de la mujer, se pena con dos a cinco años de penitenciaría para el caso de la lesión grave o gravísima y con tres a seis años para el de la muerte; si la lesión o muerte sobreviniere como resultado de un aborto sin consentimiento de la mujer, la pena es de tres a nueve años de penitenciaría para el caso de la lesión grave o gravísima y de cuatro a doce para el caso del resultado muerte.

6. Esta visión del delito de aborto adoptada por la ley 9.736 resulta de considerar que el bien jurídico protegido es la vida humana, sin perjuicio de que en los casos en que el aborto se realice contra la voluntad de la mujer hay otros bienes jurídicos en juego, tales como la libertad de la mujer y su integridad física.

II. EL INSTITUTO DE ABORTO EN EL URUGUAY DEL SIGLO XXI

7. En el año 2012 se sanciona la Ley 18.987 de 30 de octubre de 2012 denominada de *Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cuyo artículo segundo despenaliza el aborto voluntario de la mujer y deroga de forma expresa los artículos 325 y 325 bis del Código Penal, que refieren a los delitos de aborto con consentimiento de la mujer y el aborto efectuado con colaboración de un tercero y consentimiento de la mujer, siempre que el aborto se practique dentro de las doce semanas de gestación.

8. Se establecen como principios de la nueva normativa el garantizar el derecho a la procreación consciente y responsable, reconocer el valor social de la maternidad, tutelar la vida humana y promover el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda

la población, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I de la Ley 18.426, de 1º de diciembre de 2008.

9. Como resultado de esta nueva normativa, en el Uruguay el aborto aparece como una práctica legal y especialmente regulada, siempre que sea como resultado de la voluntad de la mujer y que se cumpla con los requisitos que establece la norma.

10. No toda modalidad de aborto ha sido despenalizada, porque continúa vigente el delito del aborto sin el consentimiento de la mujer.

11. Desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos, tras una ardua discusión parlamentaria, el legislador ha priorizado la libertad de elección de las mujeres frente a la (potencial) vida humana, siempre que el aborto se realice sobre un feto de menos de 12 semanas de gestación.

12. De acuerdo a lo que se establece en la exposición de motivos de la norma sancionada, la misma tiene como objetivo generar las condiciones necesarias para garantizar el respeto, la defensa, la promoción de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, en tanto derechos humanos, como una de las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida de la población y el desarrollo sustentable. Es así, que la nueva regulación se esgrime bajo el entendido de que los derechos sexuales y los derechos reproductivos, en tanto derechos humanos, se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

13. La Conferencia de Población y Desarrollo coordinada por la ONU en 1994, realizada en la ciudad del Cairo, amplió el enfoque y generó un cambio de paradigma reconociendo que la planificación de las familias, el desarrollo económico, ambiental, el progreso social y los derechos humanos son medios interdependientes para alcanzar un mundo de esperanza, oportunidades, paz y progreso. En dicha conferencia se definieron claramente como derechos humanos: el derecho a la salud comprendiendo los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la educación, a la igualdad, al desarrollo, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona. Y, el reconocimiento de que las mujeres y las niñas también tienen los mismos derechos.

14. Es a partir de estos nuevos conceptos y de estos nuevos paradigmas que el Estado Uruguayo desde el año 2012 despenaliza el aborto y asume la responsabilidad de tutelar estos intereses y derechos.

15. Ahora bien, el camino hacia este nuevo sistema no ha sido totalmente pacífico. A lo largo del debate nacional, hubo quienes manifestaron posturas contrarias al mismo sosteniendo que implicaba una dramática transformación del sistema jurídico uruguayo, de los valores en los cuales este reposa y de los propios fundamentos éticos, morales y filosóficos que sostienen el consenso a partir del cual se organiza la vida de la sociedad Uruguaya². Se entendía que se estaba violando el derecho a la vida, y se sostuvo que el proyecto hacía gala, si no del menosprecio por la vida humana, por lo menos de asignarle a la vida de unos mayor valor que a la de otros (proyecto de ley, entonces, netamente discriminatorio, anticonstitucional y contradictorio con un sistema de valores y reglas de conducta del cual resulta la prohibición de discriminar). El problema principal que se planteó fue el de sostener que ningún desarrollo es necesario para dar cuenta del valor que representa la vida humana; solo basta recordar que es el primer elemento, la esencia, la sustancia primaria de toda la vida social y de todo el sistema jurídico, circunstancia que por sí sola explica la prioritaria ubicación que, en el orden de los Derechos Fundamentales del Hombre, le asigna nuestra carta constitucional, como explica, además, que el constituyente haya prohibido la aplicación de la pena de muerte. A criterio de los defensores de esta posición, la cuestión ética, moral, filosófica, religiosa, biológica y jurídica radicaba no en determinar el valor de la Vida Humana, sino: 1º) cuál es el momento en que la vida humana se hace presente y, 2º) cuál es el estatuto jurídico del ser que existe a partir de la gestación, concepción o fecundación.

16. Se ha sostenido que la adopción de estas disposiciones pone en jaque y ataca de lleno el derecho a la vida tal como es concebido³, colocando a nuestro país en violación de numerosas disposiciones nacionales e internacionales. La discusión se presenta, entonces, en la determinación del momento del inicio de la vida, lo que para quienes defienden esta posición contraria a la normativa vigente, es el momento de la concepción.

17. Podría llegar a entenderse por parte de algunos que el nuevo sistema y su explicación de motivos basada en los derechos humanos contradice el espíritu de la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 4.1 (derecho a la vida) sostiene que la vida comienza desde la concepción. En el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (28.11.2012), la Corte Inter-

americana de Derechos Humanos decidió que el Art. 4.1 Convención se refiere al embrión una vez anidado y que el derecho a la vida lo tiene una vez se hubiera producido el nacimiento⁴. De modo que el parto marca el comienzo de la personalidad y constata el hecho de la vida.

18. Según el registro del Sistema Nacional de Información del Ministerio de Salud Pública, en el año 2014 se produjeron 8500 interrupciones voluntarias de embarazo, 20% más que el año 2013 cuando se comenzó a aplicar la normativa existente. Estamos hablando de una relación 12/1000 de mujeres entre 15 y 45 años, porcentajes que a nivel comparado aún están por debajo de los que se producen en los países nórdicos⁵.

III. BIBLIOGRAFÍA

- “*El derecho a la vida: su problemática en el Uruguay de hoy*”, Adriana Montero, *Revista de Derecho Penal, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, año XIV, n° 27, pp. 137-160.*
- “*La ley sobre interrupción Voluntaria del embarazo*”, Gustavo Bordes, *La Justicia Uruguaya, 2013.*
- “*Género, equidad y políticas públicas*”, Alicia Castro, *Capítulo: “Violencia de género: derechos sexuales y reproductivos: la penalización del aborto y la argumentación en la discusión parlamentaria”*, 2008, pp. 101 a 113.
- “*Código Penal (y leyes penales complementarias de la república oriental del Uruguay)*”, Tomo II “*de los delitos en particular*”, comentado, sistematizado y anotado por Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro, *Universidad de Montevideo, 2009, pp. 770 y ss.*
- “*El aborto cuarenta años después*”, Pedro J. Montano, *Veto al aborto, Universidad de Montevideo, 2013, pp. 33-40.*
- “*Derecho Médico Uruguayo*”, Pedro J. Montano, *Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 2005.*

Notas

¹ Observatorio Latinoamericano en Política Criminal y Reformas Penales, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

² Se han esgrimido además otros argumentos como que “la ley tiene una función influyente que marca el camino por el cual la sociedad debe transitar (...)” “en este campo es de especial importancia la función de prevención general positiva que caracteriza al Derecho Penal. Y ello no tanto en consideración de la fuerza de conducción de los comportamientos que merecerían la aplicación de una pena, sino más bien por la autoridad socio-psicológica del mensaje emanado de los preceptos de las normas

incriminadoras, la eficacia formativa y no meramente intimidativa del mensaje penal es esencial para una política criminal racional y moderna, que no busca una mera coherencia conceptual e intrasistémica de las hipótesis de delito, sino que actúa en base a precisos cálculos de probabilidad y prognosis acerca de la eficacia de las estrategias preventivas adoptadas". Montano, Pedro, "El aborto cuarenta años después", en Veto al aborto, Universidad de Montevideo, 2013, pp. 33-40.

3 "El aborto, es un fenómeno negativo para la sociedad y debe ser evitado en lo posible. Es negativo no sólo porque supone la destrucción de vida humana, sino porque supone una violencia también para la mujer, con inevitables consecuencias demográficas". Ídem.

4 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Según la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en sentencia 20 de febrero de 2013, las sentencias de la Corte Interamericana solo son vinculantes para Uruguay cuando este sea parte del litigio en el que la sentencia ha sido pronunciada. Sobre el tema, http://eprints.ucm.es/21925/1/ARTICULO-Rev_Uruguay-SCJ-UCM.pdf; críticamente, <http://www.kas.de/wf/doc/9176-1442-4-30.pdf>

5 Fuente: <http://www.msp.gub.uy/noticia/interrupci%C3%B3n-voluntaria-de-embarazo>, 25 de noviembre de 2015, 19.18 horas.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho, Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado de Procesal Penal

I. INTRODUCCIÓN

Este tema es uno de los más controversiales y polémicos en el derecho penal, principalmente por sus implicaciones éticas, médicas, sociales, morales, legales, religiosas y filosóficas. La discusión abarca muchos aspectos, desde el derecho de la mujer a decidir su reproducción, hasta el derecho a la vida que tiene el feto o embrión (*nasciturus*), pasando por los planteamientos, de que se debe tomar en cuenta también, las causas del embarazo, especialmente si fue producto de una violación, así como la situación económica, social, cultural y psicológica de la gestante, y hasta las enfermedades y defectos congénitos y/o genéticos, que pudiera presentar el feto.

En Venezuela, el aborto provocado se encuentra tipificado como delito, en los artículos del 430 al 434 del Código Penal, y, legalmente, sólo se encuentra permitido el llamado aborto terapéutico, previsto en el segundo aparte del artículo 433 de dicho Código, el cual establece que: "No incurrirá en pena alguna el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta". El aborto tera-

péutico, como señala Rogers Longa, "Es el que se provoca para salvar la vida de la mujer embarazada que se halla en peligro por el estado de gestación. Es un caso de estado de necesidad, de un conflicto de bienes de valor desigual, se comete este aborto interrumpiendo artificialmente el embarazo para destruir el feto con el fin de salvar la vida de la mujer grávida y siempre que no exista otro medio de evitar la muerte o impedir un grave daño a la salud de la madre"¹. Estando expresamente prohibidos y sancionados penalmente, todos los demás tipos de aborto: provocado, procurado, consentido, sufrido, agravado y, el mal denominado, por causa de "honor"², un resabio de absurdos criterios medievales, ya hace mucho tiempo superados, que permitía la rebaja o disminución de la pena, por considerarla una atenuante de la responsabilidad penal, disposición que actualmente se considera inconstitucional.

Existen diversas modalidades de aborto y en este trabajo haré especial referencia, al planteamiento de despenalización, atendiendo a la decisión o voluntad de la madre, de la gestante, lo que se ha denominado el aborto consentido o libre. El consentimiento materno es considerado por muchos como el factor más importante para legalizar el aborto, alegando principalmente los derechos de la mujer a la libertad sexual, a la reproducción, a su autonomía, a la intimidad, a la viabilidad de tener hijos, así como a su situación socio-económica y psicológica. Considerando incluso algunas organizaciones de protección de los derechos humanos³, que el problema de la despenalización del aborto, se relaciona con el derecho que tienen las mujeres a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes; es decir, con la prohibición general de la tortura, recomendando por tanto su despenalización. De tal forma que este aborto, es la interrupción intencional del embarazo por decisión libre y soberana de la mujer, de la gestante.

La mayoría de los países penalizan en sus legislaciones el aborto y sólo lo permiten en relación con el llamado aborto terapéutico, y, en algunos casos, por ser el embarazo producto de una violación. Sin embargo, actualmente, alrededor del 22% de los países más desarrollados y poblados del mundo, ya lo han despenalizado⁴, constituyendo el 62% de la población mundial, y hay una creciente tendencia a ampliar su autorización y permitirlo, sobre todo en ciertos casos, en circunstancias específicas, como, por ejemplo, en los casos de violación o sexo coercitivo, bien sea mediante intervención quirúrgica, o a través de medicamentos. La situación es que, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país, según el sistema o modelo que se siga (anglosajón, continental europeo, islámico, afri-

cano, asiático o latinoamericano), en unos el aborto es punible y en otros no lo es, no existiendo por lo tanto uniformidad. Alegando tanto los promotores del aborto como sus detractores, defender los derechos humanos, unos de la gestante y los otros del *nasciturus* (el que va a nacer) o *non natus* (el no nacido).

En el año 2004, como consecuencia de la presentación por parte del entonces Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, de un Anteproyecto de Código Penal, en donde planteaba la conveniencia de establecer y legalizar el llamado “aborto libre”, este asunto fue intensamente analizado por algunos especialistas en la materia penal, quienes, unos a favor, otros en contra, manifestaron interesantes criterios, que me voy a permitir traer a colación en este breve artículo⁵.

II. ARGUMENTOS DE QUIENES PLANTEAN LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO LIBRE

El Dr. Angulo Fontiveros esgrime a favor del aborto libre o inducido, en primer término, “*el derecho de toda mujer a decidir, controlar o regular su propia reproducción. Derecho que nadie negará si se considera que en la noble empresa de procrear un ser humano, la mujer arriesga su salud y hasta la vida, y aún en la pareja, es la única que se expone a tales riesgos*”⁶, en segundo lugar, expone que “*ello contribuye a la lucha contra el aborto clandestino y, desde luego, su disminución*”⁷, indicando que “*El aborto clandestino es un verdadero flagelo social, con su estela de mortalidad, rastros patológicos y hasta sobrecarga institucional*”⁸. Asegura, que “*No habría violación del art. 43 constitucional, ya que éste se refiere a las personas y el embrión no lo es. Esta es una opinión jurídica prácticamente mundial o como diríase ahora ‘globalizada’*”⁹. Alega el Dr. Angulo, que “*No se quiere en modo alguno desconocer la vida del embrión o nasciturus: la vida es el principal derecho y la del nasciturus goza de protección constitucional porque hay la obligación de no interrumpir u obstaculizar la gestación y la de proteger jurídicamente tal vida e incluso con sanciones penales. Pero debe haber excepciones y las hay en efecto: cuando se presenta un conflicto entre la vida del nasciturus y otros bienes o derechos constitucionales, deben prevalecer éstos*”¹⁰.

Entre las excepciones, el Dr. Angulo da los siguientes ejemplos¹¹: 1) Que “*la vida de la gestante [debe prevalecer] sobre la vida del embrión, ya que sería injusto impedirle defender su vida*”, porque tiene mayor enti-

dad jurídica la vida del ya nacido que la del no nacido; 2) Que “*Es injusto imponer a la gestante el sacrificio de su salud*”; 3) Que también “*Es injusto obligar a la mujer a soportar un embarazo por una violación*”, ya que sería obligarla a tener un hijo de un criminal, que vulneró su dignidad, hijo por el cual sentiría invencible repugnancia; 4) Que es igualmente injusto “*compeler a la gestante si hay contraindicaciones eugénicas*”; y 5) Que “*es injusto constreñir a la gestante si el embarazo implica sufrir un conflicto grave*”, como sería una terrible angustia y deterioro de la salud psíquica de la madre, por problemas socio económicos, lo cual, a su juicio, tampoco sería conveniente para la futura criatura por nacer.

De acuerdo con el Dr. Angulo Fontiveros, el tema del aborto se distorsiona cuando se plantea como un asunto de vida o de muerte, y que en todos esos cinco (5) supuestos antes mencionados, “*deben primar los derechos constitucionales de la mujer (incluso al libre desenvolvimiento de la personalidad) y subsistiría la protección penal del nasciturus de no haber tales indicaciones o estado de necesidad*”, ya que “*si la mujer tiene un hijo en esas circunstancias y contra su voluntad, se reducirán drásticamente las probabilidades de que la vida de esa mujer sea feliz. Entonces ya no habría un falso dilema (entre la vida y la muerte) sino un correcto planteamiento dilemático entre una vida y otra vida*”¹². Por todo ello, el Dr. Angulo plantea, que se reconozca el derecho absoluto de la mujer al aborto, dentro del plazo o lapso de los primeros tres (3) meses de gestación, tal como, según él alega, es la tendencia mundial, seguramente basado en la no viabilidad del feto en sus primeros 120 días.

Considerando el proponente que, “*En efecto, la vida humana comienza desde el momento de la concepción. Pero esto no es el problema, sino lo que debe hacerse —o si alguien cree que no debe hacerse nada y el por qué— en el caso de que esa vida intrauterina ponga en peligro, por ejemplo, la vida o bienestar de la gestante o la familia*”¹³, indicando que la explosión demográfica es un problema muy grave, que puede causar la destrucción de todo género de vida en el planeta, por lo cual debe haber un control sobre el crecimiento de la población, y que en Venezuela “*la tasa de natalidad es alta y no hay proporción adecuada entre población y recursos demográficos*”¹⁴, para atender las necesidades de alimentación, vivienda, educación, etc. de la población. Que el problema no se va a solucionar con métodos anticonceptivos y mucho menos con la abstención sexual.

III. ARGUMENTOS DE QUIENES SE OPONEN A LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO LIBRE

El Dr. Alberto Arteaga Sánchez, considera que la vida es un bien indisponible, y que en materias como el aborto, “*en las que se mueven posiciones irreconciliables entrelazadas por creencias religiosas, posiciones éticas y conflictos jurídicos, no se puede pretender imponer, a rajatabla, como lo hace el Anteproyecto, la concepción pretendidamente liberal del aborto libre*”²¹⁵, por encontrarse “*en juego la vida, bien supremo declarado inviolable por la Constitución (artículo 43) resulta cuesta arriba la defensa del aborto y su legalización*”²¹⁶. Indicando también que “*La vida existe desde el momento de la concepción y, como tal, debe ser protegida por el derecho penal, debiendo sancionarse a quien atenta contra ella, sin que se justifique la eliminación de un ser inocente que a nadie ha agredido y cuya muerte no puede considerarse lícita por pretendidas razones eugénicas, sociales, económicas o por agresiones sufridas por la madre*”²¹⁷, ya que, “*En todo caso, los problemas que subyacen o acompañan a tales razones, no pueden ser enfrentados recurriendo al sacrificio de vidas inocentes, ni a los atropellos padecidos cabe añadir nuevos atropellos. Así, como no hay justificación alguna para defender y aplicar la pena de muerte, aunque nos encontremos ante crímenes atroces, a fortiori, ante seres inocentes, no cabe desconocer su derecho a vivir*”²¹⁸.

Para Fernando Fernández, proponer “*que el aborto sea libre e indiscriminado es un ataque al principio vitalista y a la norma que afirma la preeminencia de los derechos humanos*”²¹⁹, señalando que “*la vida es el derecho primordial, sin el cual los demás derechos, que son sus pares, resultan de imposible ejercicio. Por eso, cada vez que se establezca un conflicto de derechos, es necesario privilegiar el de la vida, que es primo entre iguales. En consecuencia, el único derecho que puede ser argumentado para justificar el sacrificio de una vida, de forma excepcionalísima, es el equivalente, es decir, el de la vida de otra persona. Dentro de ello, sólo cuando pelagra la vida de la madre por gravísimos quebrantos evidentes de su salud, podría justificarse la interrupción de un embarazo*”²²⁰. Sobre el alegato de los abortistas, de que el embrión y el feto no son personas, por lo que no tienen la misma protección legal de quienes han nacido, Fernández manifiesta que ese mismo argumento fue utilizado por los nazis contra los judíos, para tratar de justificar el holocausto, y que, por otro lado, en el Diccionario de la RAE, se define que tanto el feto, como el embrión y la persona, son individuos de la especie humana y sujetos de derecho²¹.

Por lo cual, según este autor, la propuesta del anteproyecto de Código Penal, de permitir libremente el aborto “*es evidentemente inconstitucional y violatoria de la Convención Americana de los Derechos Humanos y otros instrumentos. Adicionalmente contradice la tradición jurídica vitalista que ha existido en Venezuela desde el siglo XIX en beneficio de la vida y de prohibición de la pena de muerte, la que, por cierto, se ha venido imponiendo en el mundo entero*”²²². Por lo cual, estima este autor, que admitir el aborto libre, “*sería un retroceso jurídico, histórico y conceptual incompatible con las normas constitucionales y los avances que se vienen dando en el mundo en favor de la vida y en contra de lo que le amenaza*”²²³.

Para Jesús Ramón Quintero, “*Se impone una revisión seria y concienzuda de esta temática, en la que están implicadas cuestiones éticas y filosóficas de primer orden, y que son de difícil armonización*”²²⁴. En opinión de Jesús Ollarves Irazábal, “*dejar de penalizar este delito, es igual que legalizar el homicidio*”²²⁵, agregando, “*Resulta fuera de toda realidad y contexto jurídico, pretender legalizar el homicidio, bajo argumentos sin fundamento alguno, ya que no hay algo más valioso que la vida*”²²⁶, afirmando que “*El problema del derecho a la vida está resuelto en nuestra legislación, ya que el constituyente lo ha estimado como un derecho inviolable*”²²⁷, ya que así lo establece el artículo 43 de la Constitución, y, de igual forma, Venezuela ha suscrito y ratificado tratados internacionales de derechos humanos, que también consagran que “*el derecho a la vida es inviolable*”²²⁸, por lo cual, advierte, que “*legalizar el aborto en Venezuela, además de ser inconstitucional, induciría a nuestro país en una situación de responsabilidad internacional, por incumplimiento de los tratados internacionales que rigen la materia, y que son ley de la República, por haber sido ratificados en su oportunidad*”²²⁹.

IV. EL PROCESO DE FECUNDACIÓN

Para poder comprender adecuadamente y con propiedad este muy polémico tema, considero que se hace necesario, el hacer un breve recuento de en qué consiste el proceso de fecundación y la formación del embrión o feto, para lo cual tenemos que referirnos a términos médicos y biológicos, conocidos y generalmente aceptados científicamente, dejando al margen en este momento las otras consideraciones³⁰.

Durante el coito en la vagina de una mujer, se depositan entre 100 y 350 millones de espermatozoides. Sin embargo, sólo uno de ellos conseguirá fecundar el

óvulo. Aproximadamente a los dos minutos de la eyaculación en el interior de la vagina, los espermatozoides alcanzan la porción final de las trompas. Los espermatozoides nadan por el **útero** hasta que se encuentran con un ovocito³¹ en una de las dos trompas de Falopio. Solo un espermatozoide penetrará a través de la membrana del óvulo e introducirá su cabeza en el citoplasma de este, formando **el cigoto, que es una célula con dos núcleos, uno procedente del padre y otro de la madre.** Al unirse los núcleos, el resultado es un cigoto, que ahora tiene 46 cromosomas. Seguidamente, el cigoto comienza a dividirse y a desplazarse hacia el útero. Durante el trayecto, sufre divisiones celulares y forma un grupo de células con forma de zarzamora. Cuando éste llega al útero, ya se ha transformado en una masa celular hueca llamada blastocito. El óvulo fecundado es una nueva célula que vuelve a tener 46 cromosomas, ya que tendrá los 23 cromosomas del óvulo más los 23 del espermatozoide y se denomina huevo o **cigoto** que comenzará un viaje “de retorno” hasta implantarse en el útero.

De tal manera que el óvulo es fecundado en la trompa (1 día) y luego avanza hacia el útero (entre 2 y 5 días). Al cabo de cinco días llega a la cavidad uterina y el embrión anida en la misma (entre 6 y 7 días). **La implantación ocurre aproximadamente siete días después de la fecundación, el blastocito llega al útero, se fija al endometrio y se introduce en él.** Este proceso se denomina implantación y hace que el embrión se conecte a los vasos sanguíneos del útero para formar la placenta.

El desarrollo embrionario: El primer trimestre de gestación: Tras la implantación del blastocito en el útero, se suceden las primeras fases del desarrollo embrionario. En la octava semana, el embrión, de 3 cm. de longitud, empieza a adquirir algunos rasgos humanos y se llama feto. Se halla en el interior de un saco, el amnios, e inmerso en el líquido amniótico que lo protege y lo hidrata. La placenta que se conecta con el feto a través del cordón umbilical, controla el intercambio de sustancias entre el feto y la madre. Al final de este trimestre se habrán formado la mayoría de los órganos, incluidos los genitales. **El segundo trimestre de gestación:** El esqueleto se osifica parcialmente. El feto muestra algunos reflejos, como arrugar la frente, tragar o chuparse el dedo, y la madre comienza a percibirlo. Al final de este trimestre, el feto mide cerca de 30 cm y pesa 1 kg. En la madre, también se producen cambios visibles, que se manifiestan en el crecimiento del vientre y en el aumento del tamaño de las mamas. **El tercer trimestre de gestación:** El feto sigue aumentando de

tamaño y peso. Los aparatos circulatorio y respiratorio terminan de madurar y quedan preparados para **el nacimiento.** El feto cambia de postura y se sitúa boca abajo. Al final del embarazo, el feto puede medir entre 45 y 50 cm y pesar entre 2,5 - 3 kg. Concluida la gestación se iniciará el parto, que permitirá el nacimiento del bebé.

En términos biológicos, se tiene como sinónimos de fecundación, a fertilización, a concepción, a engendrar y a impregnación, entre otros, así como a embarazada y preñada. En este sentido, se ha presentado otro motivo de discusión, sobre todo por el uso de la píldora anticonceptiva de emergencia o del día después, en relación a si se debe contar el tiempo permitido para tomarla, a partir del momento de la fecundación o a partir de la implantación del óvulo en el útero.

V. LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS

Los anticonceptivos hormonales pueden ser pre-coitales y postcoitales, el anticonceptivo de emergencia o píldora del día siguiente, previene o evita los embarazos no deseados, desde las primeras horas luego de producirse el coito, hasta los tres días siguientes (72 horas), después de haber tenido la pareja relaciones sexuales sin protección, bien sea por olvido de tomar la píldora, por descuido, porque haya sucedido un accidente (como la rotura del preservativo o condón) o porque la mujer haya sido víctima de una violación. Ella no sabe en esos primeros momentos, si va a ocurrir o si ya ocurrió la fecundación del óvulo, y quiere prevenir que eso ocurra. Este anticonceptivo de emergencia funciona previniendo la posibilidad de la implantación del cigoto fertilizado en el útero, ya que este medicamento no es efectivo después que ocurre la implantación del óvulo en el útero.

Algunos de los adversarios de la legalización del aborto, consideran que el efecto de esta píldora del día después, equivale a un aborto inducido, ya que alegan que el embarazo existe desde el momento de la fertilización, concepción o fecundación del cigoto, y no desde la posterior implantación del óvulo en el útero.

VI. EL ASPECTO RELIGIOSO

Aunque quienes se oponen a la legalización del aborto, lo hacen desde diversas perspectivas, el aspecto religioso se encuentra muy relacionado con la moral y la ética, y ha sido siempre muy tomado en cuenta, en la mayoría de los países que penalizan el aborto. Ya en el mundo antiguo, especialmente en Grecia, se planteó que debía hacerse una distinción entre un feto ya

formado y uno no formado, siendo tratado el primero como una persona. Según Aristóteles, había que distinguir entre almas y sub-almas humanas, ya que, en su opinión, el alma humana entraba en los varones a los 40 días después de la concepción, y en las hembras, a los 90 días. En cambio para Platón, el alma humana no entra en el cuerpo hasta el nacimiento. Por su parte, tanto Pitágoras como Hipócrates, simplemente se oponían al aborto³². De tal manera que durante siglos, ha habido muchas discusiones teológicas, sobre el momento de la infusión del alma espiritual al cuerpo humano, sin que se haya llegado a un definitivo acuerdo, por lo difícil de su determinación.

Sin embargo, en el siglo XII, el más reconocido teólogo de esa época, el profesor italiano Pedro Lombardo³³, obispo de Paris, publicó su famosa obra “*Quatuor Libri Sententiarum*” (Los Cuatro Libros de Sentencias), donde seleccionó y compiló, los pasajes más relevantes de los textos bíblicos, de los llamados “*padres de la iglesia*”³⁴ y de otros pensadores medievales, sobre teología cristiana. En la edad media, el Libro de las Sentencias fue el libro más comentado después de la Biblia, y durante casi cuatro siglos fue el libro de texto de teología en las universidades europeas. En dicha obra, Lombardo hizo algunos comentarios acerca de la referencia que aparece en la Biblia, específicamente en el Libro del Éxodo (21.22), en donde se distinguen dos tipos de aborto, uno que suprime a un ser humano ya formado y con alma humana, en cuyo caso es homicidio, y otro en el que se elimina un ser “deforme” y sin alma propiamente humana, hecho por el cual sólo se debía pagar una simple multa. Lombardo influyó mucho en los grandes pensadores de su época y en los que lo precedieron, especialmente en Santo Tomás de Aquino³⁵.

Santo Tomás de Aquino, fue un ferviente admirador y seguidor de Aristóteles y de Lombardo, aceptando y comentando sus obras, adhiriéndose a sus tesis, sobre el momento en que el alma entra al cuerpo³⁶, y considerando que los planteamientos de Aristóteles son compatibles con la fe católica³⁷. Entre su inmensa obra escrita, encontramos la “*Summa Theologiae*” o Suma Teológica, compendio de la doctrina católica en la cual trata 495 cuestiones religiosas. Indicando que al principio el embrión tiene un alma sólo sensitiva que es sustituida por otra más perfecta, que es sensitiva e intelectual³⁸, que en la generación del hombre lo primero es lo vivo, luego lo animal y por último el hombre³⁹, y que el alma no existe en el semen antes de la organización del cuerpo⁴⁰. Sólo en el siglo XVI, las “*Sentencias*” de Pe-

dro Lombardo, fueron sustituidas por la “*Summa Theologiae*”, como principal libro de texto de los teólogos.

Desde el siglo XIX hasta la fecha, para la iglesia católica, el ser humano existe desde la concepción, momento en el cual el alma inmortal es insuflada al cuerpo (feto o embrión), y, por ese motivo, siempre se ha opuesto al aborto⁴¹, considerando al aborto procurado o inducido, al mismo nivel que al infanticidio, catalogándolo como una barbarie, como un hecho abominable, como uno de los denominados “*crímenes nefandos*”⁴². Pero lo cierto es que, como ya antes mencioné, con los planteamientos de Lombardo y Santo Tomás, dentro del seno de la iglesia han existido dos corrientes de opinión, con respecto al momento en que el alma entra al cuerpo. Una que afirma que ocurre inmediatamente, durante la concepción, alegando que la existencia del alma es anterior a su unión con el cuerpo, y otra corriente que alega que no es inmediata, sino mediata o retardada, ya que ocurre un cierto tiempo después de la fecundación, cuando Dios crea la nueva alma y la insufla en el embrión. Dentro de la animación inmediata también se ha sostenido una variante, indicando que la nueva alma es una derivación del alma de los padres, pero esta es la tesis que menos partidarios ha tenido. En todos los casos nadie discute que ocurre a través de un hecho o acto de Dios.

De tal manera que desde la edad media hasta el siglo XVIII, la tesis imperante fue la de Santo Tomás de Aquino, de la animación mediata, siguiendo así el pensamiento aristotélico y las enseñanzas de Lombardo, es decir, de los 40 y 90 días después de la concepción, respectivamente. Pero a partir del siglo XIX, los teólogos católicos se alinean con las ideas de otros pensadores, como Immanuel Kant y Gottfried Leibniz, imponiéndose así la tesis de que el alma existe y es insuflada al cuerpo, desde el momento de la concepción. Es por ello que la iglesia católica está en contra de cualquier tipo de interrupción del embarazo y equipara el aborto con dar muerte a un niño ya nacido (infanticidio), castigando con la excomunión inmediata a quienes participen en la perpetración del mismo.

En los últimos tiempos, sin embargo, se ha observado una cierta apertura de un sector de la iglesia católica en relación con este asunto, ejemplo de ello es que la iglesia alemana ha manifestado su acuerdo con el uso de la píldora del día después, especialmente en los casos de violación. La iglesia española, aunque más conservadora, por intermedio del Secretario General de la Conferencia Episcopal Española (CEE), también ha manifestado que “*Como una violación no es un acto conyugal, sino de injusticia y violencia, en ese caso es*

*legítima la defensa frente a esa agresión y es legítimo impedir la fecundación, pero no abortar, porque nunca es legítimo quitar la vida a un ser humano*⁷⁴³.

Por otra parte, en el judaísmo tampoco se permite el aborto, a menos que la continuidad del embarazo ponga en peligro la vida de la madre, pues la vida de ella tiene prioridad, y, en algunos casos, como cuando el feto es inviable o padezca de graves defectos, también se permite, pero no consideran al feto como persona autónoma. En el islamismo, el feto adquiere la condición legal de persona, cuando recibe de Dios su alma personal al momento de la infusión, lo cual ocurre a los 120 días o cuatro meses después de la concepción.

VII. PUNTO DE VISTA BIOÉTICO Y CIENTÍFICO⁴⁴

Desde el punto de vista bioético y científico, también existen diversidad de opiniones:

1) Hay quienes sostienen posiciones antiabortistas, ya que comparten el criterio de que la vida humana existe desde la concepción, que el embrión es una vida humana, independientemente del grado de desarrollo y la viabilidad del feto fuera del útero, que la fecundación es el momento en que se constituye la identidad genética singular (la biología celular), que explica que los seres pluricelulares se constituyen a partir de una única célula inicial, el cigoto, en cuyo núcleo se encuentra la información genética (huella genética), que se conserva en todas las células y que es la que determina la diferenciación celular, que el ADN del feto es diferente al de la madre, por lo que se considera un ser distinto, que debe ser protegido.

2) Hay quienes sostienen posiciones pro-abortistas, que rechazan que el embrión sea un individuo o persona desde la fecundación, existiendo dentro de este grupo distintas posturas, respecto al momento en que puede considerarse que comienza a existir un ser humano. Algunos científicos opinan que el embrión de 12 semanas no es un individuo biológico, ni mucho menos una persona: carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero. El desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales, y no se han establecido las conexiones nerviosas que caracterizan al ser humano. El embrión, por tanto, no experimenta dolor ni ninguna otra percepción sensorial.

Y 3) Hay quienes consideran que la posición con respecto al aborto, sea proabortista o antiabortista, pertenece al ámbito de las creencias personales, ideológicas y religiosas, y que el momento en que un ser puede ser considerado humano, no puede establecerse mediante criterios científicos, ya que el conocimiento científico

puede clarificar características funcionales determinadas, pero no puede afirmar o negar si esas características confieren al embrión la condición de ser humano, tal y como se aplica a los individuos desarrollados de la especie humana.

Se ha debatido también en la bioética, el concepto de pre-embrión, con la intención de diferenciar los primeros 14 días de desarrollo del *nasciturus* del resto del lapso de la gestación, es decir, se refiere a la primera etapa de desarrollo prenatal. Se pretende con este concepto de pre-embrión, justificar los llamados micro abortos, por ello no ha sido del todo aceptado, ya que se considera que el término pre-embrión no es científico. Por otro lado, los análisis de ADN han demostrado, que el ADN del supuesto pre-embrión, el del embrión, y el del mismo individuo, una vez adulto, son el mismo.

VIII. CONCLUSIONES

Es muy cierto que el aborto clandestino es un grave problema de salud pública, al ser inseguro por no practicarse en condiciones sanitarias que puedan garantizar una intervención óptima, ya que se recurre a personal no especializado y se pone en riesgo la vida de la mujer, siendo las hemorragias y otras complicaciones del aborto incompleto, algunas de las causas de la mortalidad materna. La tasa de mortalidad por aborto inducido es de 0,2 a 1,2 por cada 100.000 abortos, en países donde el aborto está permitido. En países donde el aborto está penalizado, ocurren 330 muertes por cada 100.000 abortos.

Como se ha podido observar, este tema del aborto se puede analizar desde muy diferentes y opuestos puntos de vista. Existiendo posiciones extremas de uno y otro lado. Unos defendiendo el derecho absoluto y sin restricciones de la mujer embarazada, a interrumpir el desarrollo del feto o embrión, en cualquier momento que se le ocurra, porque, supuestamente, los derechos de la gestante priman sobre los del futuro bebé. Otros consideran que la mujer no tiene derecho, en ningún caso, a interrumpir la gestación, por ser el feto una vida humana que merece respeto y protección. Y existe una tercera posición, que plantea la posibilidad de que se interrumpa el embarazo, en la primera fase de la gestación (normalmente hasta los tres meses), haciendo una distinción entre embrión y feto, reconociendo derechos al feto, pero no al embrión o cigoto. Además de considerar otras posibilidades que pudieran justificar, según ese tercer criterio, el aborto, como sería la malformación del feto, la violación o que peligre la vida de la madre.

Quienes están a favor de graduación en la despenalización, intentan conciliar los intereses entre el derecho de la madre a decidir sobre su maternidad y el derecho a la vida del embrión o feto, basándose en argumentos médicos y científicos sobre el desarrollo humano, para justificar la interrupción del proceso del embarazo, según el número de semanas transcurridas desde la concepción.

Considero que no está en discusión, que el embrión es un ser vivo de la especie humana, producto de la concepción, que se encuentra en las primeras etapas de desarrollo, desde la fecundación hasta fines del tercer mes de embarazo. El *nasciturus* es el que va a nacer pero todavía no ha nacido, es un ser humano desde su concepción, desde que es concebido hasta su nacimiento. De tal manera, que es evidente que la vida humana comienza con la gestación y termina con la muerte.

La constitución protege el derecho a la vida, tanto del no nacido como del nacido, ambos son personas, uno, el *nasciturus*, no ha nacido todavía, el otro, que ya nació, adquirió al nacer, además, la condición de ciudadano, alcanzando así la plenitud de la vida humana. Por lo tanto, se puede afirmar, sin duda alguna, que aunque el feto, embrión o *nasciturus*, es una persona no nacida, es un ser vivo, una persona viva que se encuentra dentro del vientre materno, ya que el hecho de que todavía no haya nacido, no significa en modo alguno que no sea persona.

Además del aborto terapéutico, que ya está permitido en Venezuela, únicamente estoy de acuerdo con descriminalizar el aborto en caso de violación, llamado en algunas legislaciones aborto ético. No estoy de acuerdo con el aborto libre bajo ninguna circunstancia, muy especialmente aquella que lo pretende justificar, alegando una supuesta “*angustiosa necesidad social*”. Considero que las obligaciones constitucionales que tiene el Estado con los ciudadanos, de proveerlos de alimentación, vivienda, vestido, sistema de salud, trabajo, educación, etc., no pueden ser eludidas o sustituidas por el mismo Estado, con normas que pretenden eliminar las consecuencias o el resultado del problema, y no el problema en sí.

Venezuela, con 30 millones de personas y un territorio de un millón de kilómetros cuadrados, el doble que España, no es precisamente un país con exceso de población, no se encuentra en el caso de otros países que están sobre poblados. En todos los países desarrollados, los problemas económicos y sociales, se han solucionado mediante exitosos programas de desarrollo, no mediante la criminalización o descriminalización de conductas. Por otro lado, no es lo más relevante el nú-

mero de países que han despenalizado el aborto aunque la mayoría todavía lo prohíbe, sino las diferencias culturales, sociales y políticas que tenemos con algunos de ellos, que hace que pensemos distinto.

China y la India, permiten el aborto, pero son los dos países más poblados del mundo, con 1.375 habitantes la primera, y 1.275 la segunda, para un total, entre las dos, de 2.650 personas aproximadamente, alrededor de un tercio de la población mundial. Con ese argumento de la sobre población, se trató de justificar la política que hasta hace pocos días todavía regía en China, de un sólo hijo por familia, por supuesto, varón, norma que tantas desgracias trajo, con la muerte de millones de bebés del sexo femenino, tanto en la India como en China, en lo que se ha llamado un *genocidio*. Sólo en la India, de 1985 a 2005, 10 millones de posibles futuras madres, fueron abortadas de manera selectiva. Esa política de un solo niño, acaba de ser derogada por el gobierno Chino, que ha autorizado a las parejas a que tengan dos. En cambio, en relación con los países con los que tenemos mayor afinidad, por nuestro origen común, esto es, con los demás países latinoamericanos, sólo Cuba ha legalizado el aborto libre, y ello se explica por el sistema de gobierno de tinte comunista que tiene.

El planteamiento de legalizar el otro aborto selectivo, aplicando prácticas eugénicas o la eugenesia, para evitar el nacimiento de niños con enfermedades congénitas o genéticas, con defectos o imperfecciones, ha sido muy criticado y considerado inmoral. La eugenesia es una filosofía social que defiende la mejora de los rasgos hereditarios humanos, mediante diversas formas de intervención manipulada y métodos selectivos de humanos. Se pretende que las personas que nazcan, sean todas sanas, fuertes, inteligentes y de determinada etnia, normalmente raza aria o nórdica, caucásica, para lo cual, se quiere evitar la procreación de aquellos que no poseen esas cualidades, llegando a considerar su aplicación como una ventaja en el ahorro de recursos económicos para los países, para “*mejorar*” la raza y lograr el ser humano “*perfecto*”, una raza superior. Para lograrlo, se utilizan desde métodos de esterilización forzada, hasta el genocidio. Los métodos eugenistas modernos se centran en el diagnóstico prenatal y la exploración fetal, la orientación genética, la fecundación in vitro y la ingeniería genética. El caso más tristemente célebre de eugenesia de la historia, fue el holocausto que sufrieron sobre todo los judíos y los gitanos, durante la segunda guerra mundial, donde fueron asesinadas más de seis millones de personas, por considerar que eran una raza inferior, que no merecía vivir. Obviamente, este planteamiento es inaceptable.

Considero que los motivos para permitir el aborto tienen que ser excepcionales, cuando no haya otra solución posible, por ello, de no estar realmente en grave peligro la salud o la vida de la madre, u otra razón de gran entidad, como el haber sido víctima de una violación, no debería ser autorizado. Con la existencia de diversos métodos anticonceptivos, la información en las redes sociales, la educación sexual, no se justifican la mayoría de los embarazos no deseados. La irresponsabilidad en las relaciones sexuales tampoco puede ser premiada, ni se puede permitir que de la forma más alegre y frívola se disponga libremente, sin ningún tipo de control, de vidas humanas.

En todo caso, este, como ya antes indiqué, es un tema sumamente conflictivo, controversial y polémico, donde muy difícilmente, para no decir imposible, se va a llegar a algún acuerdo, entre los partidarios de legalizarlo y los que no están de acuerdo, por lo que probablemente el asunto tendrá que ser resuelto, mediante la celebración de un referéndum o consulta popular, para que, democráticamente, la mayoría resuelva.

Notas

- 1 LONGA, JORGE ROGERS. "Código Penal Venezolano". Distribuciones Jurídicas Santana, primera edición. San Cristóbal (Táchira-Venezuela). 2000, p. 961
- 2 Artículo 434 del Código Penal de 2005
- 3 Como la Organización Mundial de la Salud, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Amnistía Internacional.
- 4 Tal es el caso de Canadá, China, Estados Unidos, India, Rusia y casi todos los países europeos. Aunque algunos establecen restricciones y exigen ciertos requisitos, como plazos para hacerlo, notificación al cónyuge, informes médicos, etc.
- 5 La mayoría lo hizo en la obra "Anteproyecto Código Penal. Comentarios", publicada por el Tribunal Supremo de Justicia. Colección Serie Normativa No. 5. Editorial Texto. Caracas. 2004. 885 páginas.
- 6 Anteproyecto de Código Penal - Comentarios, ob. cit., p. 73
- 7 Ídem, pp. 73 y 74
- 8 Ídem, p. 74
- 9 Ídem, p. 75
- 10 Ídem, pp. 75 y 76
- 11 Ídem, p. 76
- 12 Ídem, p. 77
- 13 Ídem, p. 78
- 14 Ídem, p. 79
- 15 Anteproyecto de Código Penal, ob. cit., p. 124

- 16 Ídem
- 17 Ídem
- 18 Ídem, pp. 124-125
- 19 Ídem, p. 278
- 20 Ídem, p. 279
- 21 Ídem, p. 280
- 22 Ídem, p. 282
- 23 Ídem
- 24 Ídem, p. 627
- 25 Ídem, p. 492
- 26 Ídem
- 27 Ídem, p. 493
- 28 Ídem
- 29 Ídem, p. 494

30 Información tomada de varias fuentes: Centro de Medicina Embrionaria, Barcelona (España). Revista Encuentros en la Biología, Desarrollo Folicular, Universidad de Málaga, Facultad de Ciencias, Departamento Biología Molecular. Organización Mundial de la Salud (Naciones Unidas).

31 El ovocito es una célula germinal femenina que está en proceso de convertirse en un óvulo maduro, para ello, será necesario que realice un complejo proceso de división celular llamado meiosis, con la finalidad de reducir su dotación cromosómica a la mitad. La mujer nace con una dotación ya establecida de ovocitos que progresivamente van desapareciendo por un fenómeno que se llama atresia, de forma que al llegar a la pubertad quedan aproximadamente unos 300.000 ovocitos en los ovarios. En cada ciclo menstrual se desarrollará un ovocito hasta la ovulación y unos 1.000 se perderán. De esta forma, a los 35 años quedan aproximadamente el 10% de los ovocitos. Cuantos menos ovocitos quedan peor es su calidad.

- 32 Ver el juramento Hipocrático
- 33 C. 1100 hasta 1160
- 34 San Agustín, San Ambrosio, San Jerónimo, San Juan Damasceno, etc.
- 35 1225-1274.
- 36 40 días en los varones y 90 en las hembras, aunque también manifestó que el desarrollo de la ciencia lo determinaría con mayor precisión
- 37 Especialmente en su obra "Comentarios a las Sentencias de Pedro Lombardo"
- 38 *Summa Theologiae* I, q.76
- 39 *Summa Theologiae* II, q.64
- 40 *Summa contra Gentiles* II, ch.89
- 41 Encíclica *Humanae Vitae* del Papa Pablo VI
- 42 Así se lo define en el Concilio Vaticano II. Los crímenes *nefandos* son aquellos especialmente repugnantes, abominables, indignos, horrorosos, aborrecibles, que van contra la moral y la ética
- 43 Monseñor Juan Antonio Martínez Camino
- 44 Información obtenida de diferentes fuentes: Introducción a la Bioética (Universidad de Granada, España), ¿Que es la Bioética? (Bioeticawiki), "Bioética: Puente al Futuro" y "La Bioética y sus Principios".