

Del concepto penal del aborto

JUAN DEL ROSAL

Vicerrector de la Universidad de Valladolid.
Abogado de los I. C. de Madrid, Valladolid y otros

SUMARIO: 1.º Supuesto de hecho.—2.º Sentencia del Tribunal "a quo".
3.º Impugnación de la Sentencia por el Ministerio Público.—4.º Sucinta exposición de la decisión de la Sala segunda del Tribunal Supremo: a) Concepto penal del aborto. b) Legislación española. c) Doctrina Jurisprudencial. d) Breve comentario de la sentencia actual.

1.º *Supuesto de hecho* (S. 5 abril 1955).

Los «hechos probados», dicen así:

«Que la procesada A. M. S. G., valiéndose de un espéculo, usando una pesa de goma y agua de jabón, y con el consentimiento de las procesadas M. L. G. A., C. G. S., C. F. L., L. A. I., N. P. M., S. P. T., E. G. P., M. C. V. G. y M. C. P. C. que se hallaban en estado de embarazo, realizó en las mismas, en esta ciudad de Santander, la destrucción del feto; que el aborto le fué practicado a M. C. P. el día 23 de junio de 1952, y a todas las demás en fechas no perfectamente determinadas, pero comprendidas entre el mes de junio de 1951 y el mes de marzo de 1952, siendo el objeto perseguido por las embarazadas casadas, que lo eran todas menos M. C. V. en estado de viuda y M. C. P. que era soltera, con la práctica del aborto, el eludir, por su modesta situación económica, la carga que supondría el aumento de familia y por la M. C., el evitar la vergüenza que le hubiese producido el que una hija legítima que tenía, se enterase de su estado; que para conseguir que A. M. S. les produjese el aborto, todas las referidas procesadas, a excepción de N. P., se comprometieron a entregar, y entregaron a aquella, diversas cantidades de dinero, que oscilaron entre 50 y 250 pesetas, y que las prácticas abortivas realizadas a C. F. L., L. A. I., M. C. V. G., M. C. B. C. y E. G. P., fueron hechas por A. M. S. en el domicilio de su tía carnal, la procesada B. M. G. C., quien con perfecto conocimiento de las prácticas abortivas a que ésta se venía dedicando, puso a su disposición el piso en que habitaba; 2.º, que en los últimos meses del año 1949, la procesada E. A. B., acompañada y de acuerdo con su novio, el procesado A. S. G., se presentó en la consulta que en esta capital tiene el procesado M. T. A., médico tocólogo, a quien propusieron para evitar que trascendiera el estado de embarazo en que se encontraba la E., que practicase el aborto en las misma, consiguiendo M. T.

que desistieran de tal propósito, ofreciéndoles como solución para conseguir su objeto, el adelantar el parto una vez que la criatura fuera viable, y, en consecuencia, uno de los primeros días del mes de febrero del año 1950, en casa de B. M. G. C., donde se hallaba E. A., y asistido por la procesada A. P. C., comadrona en ejercicio, cuyo concurso había solicitado, y por procedimientos médicos, adelantó el parto de la E., que dió a luz una criatura de más de siete meses y menos de nueve, la que trataron con todo cuidado, con objeto de conservarla la vida, y que fué ingresada en el «Jardín de la Infancia» de esta capital, el día 8 de febrero de 1950, donde vivió, aproximadamente, durante tres meses, falleciendo al cabo de ellos de resultas de una neumonía hilio-fugal confluyente bilateral con colapso cardiaco consecutivo, enfermedad que no se ha justificado fuera consecuencia del adelantamiento del nacimiento de la criatura; que el señor T., percibió solamente cincuenta pesetas por cada consulta hecha por la E. en fecha anterior al parto, y A. P., ciento cincuenta pesetas por su intervención en el mismo, cuyas cantidades procedían del A. S., y que en el mes de agosto de 1951, el procesado T. A. recibió en consulta la visita de la procesada M. L. R. R., quien le propuso practicara el aborto en la misma, para evitar se enterasen de su estado de embarazo la familia, consiguiendo el señor T. que desistiese de tal propósito, ofreciéndole como solución para conseguir su objeto, el adelantarla el parto, una vez que la criatura fuera viable, y, en consecuencia, el día 6 de febrero de 1952, en casa de B. M. G. C., donde fué por indicación del señor T. por no tener medios económicos para ingresar en un sanatorio, éste, asistido por la comadrona A. P. C., cuyo concurso había solicitado, y por procedimientos médicos, adelantó el parto a la M. L. R., que dió a luz una criatura de más de siete meses y menos de nueve, la que trataron con todo cuidado, con objeto de conservarla la vida, y que fué ingresada en el «Jardín de la Infancia» de esta capital, donde continúa viviendo en la actualidad; que ni por el señor T. ni por A. P. le fué cobrada cantidad alguna a M. L. R., y que no ha sido debidamente justificado que A. C. A. haya intervenido en forma alguna en el aborto practicado a M. C. B. C.»

2.º Sentencia del Tribunal «a quo».

Que los hechos anteriormente narrados fueron sentenciados por el Tribunal «a quo» del modo siguiente:

1.º Como constitutivos de *nueve delitos de aborto*, definidos y sancionados en el número 2 del artículo 411 en relación con el párrafo 2.º de los artículos 415 y 417, todos ellos del Código Penal.

2.º De *ocho delitos de aborto* definidos y penados en el artículo 413 del mismo texto vigente.

3.º De *un delito de aborto*, previsto y sancionado en el artículo 414, párrafo 1.º, y *dos delitos de proposición de aborto*, definidos en el párrafo 2.º del artículo 4.º en referencia con el artículo 413 y sancionado en éste en relación con el artículo 52, todos del Código Penal y en conexión con el artículo 417 del mismo ordenamiento penal.

4.º Estima autora de los *nueve* primeros a la procesada A. M. S., y en *cinco* de los mismos, los realizados en las personas de C. F. L., L. A. I., M. C. V. G., M. del C. B. C. y E. G. P., y era cómplice la acusada B. M. G. C.

5.º Que de cada *uno de los ocho* del artículo 413 eran responsables, en concepto de autoras, cada una de las procesadas M. L. G. A., C. G. S., C. F. L., L. A. I., N. P. M., S. R. T., M. del C. B. C. y E. G. P.

6.º Del delito de aborto del artículo 414 lo era la acusada M. C. V. G. y de uno de los delitos de proposición de aborto lo son también como autores los acusados E. A. B. y A. S. G., y del otro, M. L. R. R.

7.º Que en la realización de *ocho de los delitos* de aborto, de que era autora A. M. S., es decir, en todos menos en el perpetrado en la persona de N. P., concurría la circunstancia modificativa agravante segunda del artículo 10 en cuanto a aquélla.

8.º Y en cuanto al extremo que aquí nos interesa, mantiene la sentencia la argumentación siguiente: «Que no consta que existiese el ánimo de causar la muerte del feto en los procesados M. T. A., A. P. C. y B. M. G. C., procedía la absolución».

3.º Impugnación de la sentencia por el Ministerio público.

Que en tiempo y forma se preparó y posteriormente se formalizó el oportuno Recurso de Casación por el Ministerio Fiscal, alegando como *único* motivo de infracción por no aplicación de los artículos 411. núm. 2; 413, 415 y 417, respectivamente, referente al delito de aborto y la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal segunda del artículo 10, y por interpretación errónea o aplicación indebida del párrafo 2.º del artículo 4.º en relación con el artículo 413 (1), todos del C. P. vigente, al absolver a los procesados M. T. A., A. P. C. y B. M. G. C. de los dos delitos de aborto de que cada uno de ellos venía acusado, en lugar de condenar al primero como autor, con la agravante segunda del artículo 10, en

(1) Art. 411. El que de propósito causare un aborto será castigado: 1.º Con la pena de prisión mayor si obrare sin consentimiento de la mujer. 2.º Con la de prisión menor si la mujer lo consintiera.

Art. 413. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause será castigada con la pena de prisión menor.

Art. 415. El facultativo que, con abuso de su arte, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá en el grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

La misma agravación y multa de 5.000 a 15.000 pesetas se impondrá a los que, sin hallarse en posesión de título sanitario, se dedicaren habitualmente a esta actividad.

El farmacéutico que, sin la debida prescripción facultativa, expendiere un abortivo incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

La sanción del facultativo comprende a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios, y la del farmacéutico, a sus dependientes.

Art. 417. Los culpables de aborto, se hallen o no en posesión de títulos facultativo o sanitario, serán condenados, además de a las penas señaladas en los artículos anteriores, a la inhabilitación especial, que comprende, aparte de los efectos propios de ella, el de prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos o privados.

uno de ellos, de dos delitos de aborto, comprendidos en el artículo 411, número 2.º, en relación con los artículos 415 y 417, y a las otras dos como cómplices de dichos dos delitos de aborto, con la misma agravante en uno de ellos, comprendidos en los artículos 411, núm. 2.º; 415 y 417, respecto a la citada procesada A. P., y solamente en el artículo 411, núm. 2.º, respecto a la procesada, B. M. G. y al condenar a los procesados A. S. G., E. A. B. y M. L. R., como autores cada uno de ellos de un delito de proposición de aborto, en lugar de condenar al citado A. S., como autor de inducción con la agravante segunda del artículo 10 de un delito de aborto, comprendido en el artículo 411, núm. 2.º y a las citadas procesadas E. A. y M. L. R., como autoras, con la agravante segunda del artículo 10 para la E. de un delito de aborto, comprendido en el artículo 413 del Código Penal.

4.º *Sucinta exposición de la decisión de la Sala Segunda del T. S.*

La Sala Segunda del T. S., en sentencia de 5 de abril del año en curso, mantiene la confirmación de la decisión del Tribunal inferior por cuanto estima *«que comprendido en el concepto del delito de aborto, la interrupción del proceso gestatorio para producir la muerte del feto de cuya expulsión se trate, como fundamental requisito de hecho de la infracción punible que establece el artículo 411 del Código Penal, no merece la calificación de delictiva la conducta que como médico observó el recurrente M. T. A. cuando produjo los partos prematuros de E. A. B. y M.ª L. R. R., puesto que no se ocasionó la muerte de ninguno de los fetos que ambas alumbraron, ni éste era el propósito que impulsaba al procesado, quien solamente se limitó a anticipar el parto de ambas mujeres, con las máximas garantías posibles a la sazón, tanto para la vida de las madres como para la de los hijos, como en efecto ocurrió, aun cuando la existencia de unas y otros corriese el riesgo inherente a unas intervenciones que se realizan quebrantando las leyes de la fisiología humana y sin motivación obstétrica que las explicaran».*

Como puede observarse por la lectura del transcrito «considerando», por virtud del cual se falla «no ha lugar» al recurso, nos hallamos ante una sentencia de particular interés, no tanto por lo que concreta la idea del concepto cuando por las sugerencias que revela en orden al entendimiento total del aborto, y, sobre todo, por la realización que verifica del tan controvertido artículo 411 del texto vigente.

Una vez más, el Supremo, con la concisión que caracteriza a su lenguaje, por esencia, además, dispositivo, su fallo, puntualiza una serie de extremos por demás de interés. De otro lado, guiado por un sano criterio de defensa, radicado en los valores espirituales representados por estas provincias penales, desenvuelve su concepto penal del aborto, sin que el espíritu de defensa malogre su idea del aborto, aunque pudiera pensarse a veces que tamaña protección diera al traste con una limpia postura de frente al delito en cuestión.

Sólo en forma de simple esbozo, veamos algunas, entre otras, de las

cuestiones que plantea el razonamiento empleado en el precitado «considerando». Pero para ello, bueno será esquematizarlas sintéticamente.

a) *Concepto penal del aborto.*

Sabido es (2) la incoincidencia entre la valoración médico y jurídico-penal del aborto, proveniente, claro está, de una distinta concepción del mismo. En términos generales más reducido el primero que el segundo, si bien tampoco domina en la ciencia penal unanimidad de criterio, ya que «para unos es la expulsión prematura del producto de la concepción, para otros la muerte prematura (antes del parto) del feto, con o sin expulsión del vientre materno. Esta última es la noción más certera en el campo penal, pues la muerte prematura del feto es el hecho esencial del aborto» (3).

Así, y de acuerdo, como veremos con nuestra legislación, está en lo cierto el profesor Cuello Calón, cuando define el aborto del modo siguiente: «la muerte del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la gestación; con o sin expulsión del vientre de la madre» (4).

b) *Legislación española.*

La ley de 24 de enero de 1941 (5) relativa al aborto, recogiendo en cierto modo el precedente del texto penal de 1928, definió el aborto como «la expulsión prematura y violentamente provocada del feto o en su destrucción en el vientre materno», reforzando a través de una serie de figuras los bienes protegidos como hasta entonces no se había realizado en la legislación española, consonante con la doctrina inspirada por la nueva realidad históricopolítica española.

En su día, la Circular de la Fiscalía del T. S., con fecha 5 de abril de 1941, exponía que «con precisión técnica define el artículo primero el delito de aborto. La innovación, recogiendo la experiencia de los Tribunales, pone término a las confusiones y oscuridades anteriores, principalmente producidas por el desacuerdo entre los conceptos médico y legal del aborto».

(2) Para una amplia información sobre los numerosos problemas, véase la obra de reciente publicación del profesor E. CUELLO CALÓN: *Tres temas penales* ("El aborto criminal", "El problema penal de la eutanasia", y "El aspecto penal de la fecundación artificial"). Ediciones Bosch, Barcelona, 1955.

(3) Véase E. CUELLO CALÓN: *Obra cit.*, supra, pág. 45.

Para una exposición detallada de los problemas del aborto y en particular por lo que hace al concepto, véase ANTONIO VISCO: *L'aborto criminoso nel diritto penale nella medicina legale nella politica demografica*. Ed. Bocca, Milano, 1941; especialmente páginas 91-125. Para un conocimiento de las distintas clases de aborto, véase L. SCHEMIDT: *Diccionario de Moral profesional médica*. Ed. Argos, Barcelona (S. f.); págs. 13-37.

(4) Véase E. CUELLO CALÓN: *Obra cit.*, supra, pág. 46.

(5) Véase JUAN DEL ROSAL: *Acerca del pensamiento penal español*. Ed. Aldecoa, Madrid-Burgos, 1942; págs. 80-103.

La reforma del año 1944 remodeló los entes de la mencionada Ley, atenuando en buena medida las sanciones e incorporándolos al cuerpo legal en los artículos comprendidos entre el 411 al 417 inclusive, persistiendo la controvertida figura delictiva del párrafo último del artículo 411, sobre cuya naturaleza y otras características tuvimos ocasión de pronunciar-nos (6), guardando silencio el capítulo III de los delitos contra las personas en cuanto al concepto, con lo que dicho se está que continúa en pie la idea, anteriormente recogida, del aborto en el sentido amplio ofrecida por la Ley del año 1941 y sobre cuya noción ha girado toda la doctrina jurisprudencial a este respecto.

c) *Doctrina Jurisprudencial.*

De entre otros fallos cabe citar el de 18 de diciembre de 1952, en el cual el Supremo concreta el concepto jurídicopenal del aborto al decirnos: «Que el sentido jurídico del delito de aborto, materia de los artículos 411 y siguientes del Código Penal, consiste en la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, bien cuando se le priva de su vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, bien cuando se llega al mismo fin con el empleo de medios que provoquen la expulsión prematura hasta conseguir muera al exterior por falta de condiciones fisiológicas de viabilidad, con lo que se echa a la vista los requisitos siguientes: a) muerte de un feto dentro del claustro materno o fuera por falta de condiciones fisiológicas; b) también se equipara a la muerte del feto la expulsión del «producto de la concepción humana»; c) realizado por medio de un comportamiento malicioso parificado, como se sabe, al dolo.

Con más detalle, la Sentencia de 23 de junio de 1952, en la que se expone que: «el aborto en sentido jurídicopenal es la interrupción del proceso gestatorio y consiguiente expulsión prematura del fruto de la concepción provocadas dolosamente y lo mismo se comete este delito cuando el feto es viable que cuando aún no lo es ni puede serlo por falta de desarrollo orgánico, debido al poco tiempo de vida intrauterina, o sólo se consigne la expulsión del coágulo embrionario por estar la mujer gestante dentro de los tres primeros meses de su embarazo, puesto que lo que la Ley reprime con mano dura es que voluntaria y maliciosamente se destruya la esperanza de vida que la mujer alberga en su seno y se impida el nacimiento de un ser que desde que es concebido tiene derecho a protección para que esa esperanza se convierta, cuando llegue el momento, en realidad, y como de propósito se ha causado el aborto que se persigue, el delito se cometió, sin que sea óbice para hacer esta terminante afirmación el que, en este caso, el feto correspondía a una edad intrauterina de cuatro meses y medio aproximadamente, no siendo por ello viable a causa

(6) Véanse JUAN DEL ROSAL: "Aborto con resultado de muerte", en la obra *Estudios penales*. Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1948, págs. 105-127; ídem "Dolo eventual y por inducción en el aborto", en la obra *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho. Madrid, 1952, págs. 129-149.

de la falta del preciso desarrollo orgánico, pues de otra suerte se limitaría de tal modo la aplicación de esta figura delictiva y quedarían fuera de sus contornos todas las maniobras abortivas que se practicaran con mujeres encinta que no hubieran alcanzado el séptimo mes de gestación y expulsaren, por medios antinaturales, fetos que aún no reunieran condiciones de viabilidad y esto significaría echar por tierra el supremo ideal del legislador».

d) *Breve comentario de la sentencia actual.*

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, siquiera sea tan sucintamente, ¿qué da a entender la decisión actual?, o, por mejor decir, ¿qué novedades nos trae? Por de pronto no estará de más señalar que recalca, todavía, en un supuesto de difícil deslinde el ámbito de extensión del *concepto*, ya que establecido en los primeros párrafos el «contenido» del concepto («la interrupción del proceso gestatorio para producir la muerte del feto de cuya expulsión se trate») en su límite máximo, pudiera decirse, desciende luego el razonamiento a indicarnos aquel comportamiento atípico por ausencia de los requisitos conceptuales, cual entraña la conducta del facultativo que se limita a producir los partos prematuros o «parto acelerado», con que se califica en la terminología usual.

De modo, que fijada la proporción conceptual en los términos de causación de la muerte dentro o fuera por expulsación prematura, queda ahora por preguntar: ¿qué sucede con aquellos actos que no producen la muerte ni dentro ni tampoco por expulsión anticipada? La respuesta amplia, en cierto modo, la noción del aborto, pues a tenor de la doctrina jurisprudencial también se comprende inscrito en el ente de aborto la expulsión de aquello que no revista la figura de feto ni tan siquiera sea viable; todavía más, la simple y parca interrupción del proceso gestatorio, fuere en el mes que sea.

La esfera, pues, de la noción del aborto alarga su vertiente hasta el extremo de saltar los concretos límites de la pura destrucción del feto, en sus dos modalidades, ya que goza de idéntica significación penal la expulsión del feto, sea o no viable, y hasta la interrupción del embarazo, sin que cuente, repetimos, el período en que se halle.

El concepto gana su amplitud a costa de valorar la interrupción como equivalente a la destrucción del feto, sea no viable. Lo cual no debe extrañar máxime cuando se piensa en que el párrafo último del artículo 411 castiga supuestos de tentativa imposible y, en fin de cuentas, regula una responsabilidad cualificada por el resultado. «Hay, pues aborto en sentido legal cuando se causa—expone el profesor Cuello Calón—la muerte del fruto de la concepción, tanto si se verifica mediante su expulsión prematura o se le destruye en el vientre materno. Es indiferente que sea o no viable. En caso de expulsión es indiferente que muera antes o después de ella. Si la expulsión de un feto viable se efectuare sin propósito de causarle la muerte (parto acelerado) no existe delito de aborto, pero si el feto

viable y nacido vivo fuere muerto después el hecho podrá existir un delito de parricidio, de asesinato o infanticidio, pero no de aborto (7).

Y, sin embargo, el fallo presente excluye la noción delictiva en atención a que «no se ocasionó la muerte de ninguno de los fetos que ambas alumbraron», parece, pues, que cobra, de un lado, sentido la eficiencia causal de la conducta, en la expresión «no ocasionó», como improductora, por consiguiente, de la muerte. ¿Es que la muerte del feto constituye supuesto requisito del aborto? De ninguna manera, desde el momento en que rige el párrafo último del artículo 411 y el segundo del artículo 52, ambos del texto penal. Lo que ocurre, cabría pensar, es que un delito de los que diría H. von Weber (8), de tipo causal sólo se entiende desde el punto de su causación productora de un resultado material. Téngase presente que el párrafo primero del artículo 411 emplea, nada menos, que los vocablos siguientes: «de propósito», estañado a la actitud de culpabilidad, y «causare», con el que se rubrica la eficacia de la causalidad determinadora del autor, al modo postulado por Binding (9).

La configuración exculpadora del facultativo tendrá, pues, que venir rodada desde el valor penaístico de ambos «términos», ni tampoco se lo «propone» tamaño resultado, ergo no existe una conducta típicamente antijurídica. Y así parece deducirse, de las expresiones siguientes: «ni éste era el propósito que impulsaba al procesado, quien solamente se limitó a anticipar el parto de ambas mujeres». La tesis es por demás sugestiva, sobre todo si se tiene presente la amplísima base en que se desenvuelve la idea legal del aborto. Aquí cuenta la actitud subjetiva del médico, los móviles que le impulsaron, en una palabra, lo que hoy se diría la voluntad dirigida a una determinada finalidad, la cual era bien distinta de la de producir un aborto. Pero ¿no hubo interrupción del embarazo?, ¿no se «aceleró» el parto cuando pudo fisiológicamente llegar a término más avanzado? Para obviar este escollo, surgido de la anchurosa extensión del concepto, el «considerando» se ve obligado a traer a colación argumentos, con los que se esmalta el concepto del aborto de otros ingredientes, en los que juega un papel no despreciable el «peligro» que representa una intervención en el proceso gestatorio. Y dice así: «con las máximas garantías posibles a la sazón tanto para la vida de las madres como para la de los hijos, como en efecto ocurrió, aun cuando la existencia de unas y otros corriere el riesgo inherente a unas intervenciones que se realizan quebrantando las leyes de la fisiología humana y sin motivación obstétrica que las explicara».

La seguridad, de una parte, que arroja una manipulación técnica aleja al peligro que entraña el riesgo, evidentemente reconocido para la vida de los unos y de las otras, y aún cuando se contraviniera la fisiología del parto, ello no constituye conducta típicamente antijurídica, a pesar de no

(7) Véase E. CUELLO CALÓN: *Obra cit.*, pág. 101.

(8) Véase H. VON WEBER: *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Dümmlers, Verlag, Bonn, 1948, pág. 56, con anterioridad su importante *Zum anban des Strafrechtssystems* Jena, 1935, pág. 11.

(9) Véase K. BINDING: *Handbuch des Strafrechts*. Bd. I, Leipzig, 1885, pág. 486; ídem *Compendio di Diritto Penale* (parte generale). Roma, págs. 259 y sigs.

venir dictada por prescripción obstétrica alguna, cuando se alcanza un resultado feliz, cual supone la incolumidad de las vidas de las madres y la extracción con vida de los fetos.

Si se reflexiona en la especial, especialísima regulación del aborto en el tan citado párrafo último del artículo 411, se convendrá en que, en cierto modo, resulta poco conciliable la tesis aquí dispuesta con la de que el «propósito de no causar el aborto» excluye esta figura, pues ¿ocurre por ventura esto en el mentado párrafo? Porque allí, en el párrafo primero del artículo 411 funciona una postura subjetiva, objetividad en el precepto, cual la «*de propósito* causar un aborto» que después en el párrafo último del mismo precepto queda borrada, pues en esta predomina una simple creencia—en parte—carente de consistencia objetiva, pero aparejadora de una sanción punitiva. Y aparte de la contradicción, encerrada en una punición—*quia peccatum est*—, por lo que efectivamente no pudo producirse, ya que la sanción se conecta a una escueta actitud subjetiva errónea, ¿cómo se explica que el propósito *cuenta* hasta el punto de radiar la noción del aborto? Pues de lo que se trata en el caso actual es de una actuación atípica, carente, por tanto, de configuración dentro del art. 411, «no merece—dice el «considerando»—la calificación delictiva». No existe, conceptualmente el delito.

La exclusión penal del comportamiento del médico se efectúa, por consiguiente, desde el doble plano objetivo-subjetivo—causalidad y culpabilidad—constitutivo del concepto delictivo. Se han trasladado al primer estadio de la contemplación jurídicopenal, esto es, a la acción humana, los ingredientes conformadores de la culpabilidad, mejor todavía, los alcementos integrantes del «juicio de culpabilidad», puesto que se subraya, pongo por caso, el propósito y finalidad perseguida y el impulso que le hizo actuar, a pesar de la carencia de exigencia obstétrica. Es decir, que esparcen en el momento de la determinación conceptual del aborto, al menos en el supuesto actual, su influencia las partes integrantes motivadoras de la culpabilidad (10), aun cuando se trata de una exploración en torno a si existe o no aborto. Parece que adquiere aquí valor aquella expresión tan conocida y pronunciada por M. E. Mayer: «las circunstancias externas (que impulsan al acto) atenúan, el carácter agrava» (11), si bien en el caso presente, calazadas al *animus*, eliminan la categoría penal por inexistencia de la idea de aborto.

Así, pues, recordemos, una vez más, que «el aborto es punible en todo momento de la gestación, desde la formación del embrión hasta el parto. La Jurisprudencia anterior al vigente Código consideraba como requisito indispensable para la existencia de este delito que la mujer se encontrara en estado de embarazo, esta doctrina carece hoy de valor, ya que es posible su perpetración aun en caso de manipulaciones abortivas sobre mujer no encinta. Tampoco excluye el delito que las maniobras abortivas se ejecuten

(10) Véase E. MEZGER: "Tratado de Derecho Penal". Tomo II, Ed. Rev. D. Privado, Madrid, 1949, pág. 47.

(11) Véase E. M. MAYER: *Die Schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*. Leipzig, 1901, pág. 190, pero principalmente págs. 40 y sigs.; ídem *Der Allg. Teil des deuts. Strafrechts (Lehrbuch)*. Heidelberg, 1915, pág. 104.

sobre un feto muerto si se cree con vida o se practiquen sobre un feto no viable» (12).

Luego a la vista del supuesto actual podrían plantearse las preguntas siguientes: ¿No se ha recortado la amplitud del concepto al colocar en el ámbito de la conducta no ya sólo la eficacia causal de ésta, sino también el impulso motivante de la misma? ¿No se desplaza de la culpabilidad—*propósito*, en una palabra; *la voluntad*, que dirían los clásicos—el «contenido» de la actuación para comprender la acción de la persona y destañirla de matiz penal? ¿Cómo conciliar la fuerza expresiva, que en este caso se observa por lo que hace al «causare» y al «propósito» con lo dispuesto en el párrafo último del artículo 411? ¿Por qué aquí, en el caso en cuestión, surte eficacia en cuanto al «puro comportamiento» la postura subjetiva del individuo—«el contenido de la voluntad»: *propósito*—en tanto que carece de relevancia a la hora de la valoración de la conducta del párrafo último del artículo 411? ¿Qué valor reviste el «peligro», hasta seriamente «corrido», aunque con ciertas garantías, cuando éste se halle ausente en el párrafo último del artículo 411? ¿Ha existido interrupción del embarazo siquiera la fórmula del «parto acelerado» resuelva felizmente la situación? ¿Qué hubiera sucedido en caso contrario, esto es, si no hubiese habido resultado halagüeño y el feto viable muriese en la expulsión o a los pocos instantes? ¿Cómo se calificaría la conducta del médico, carente de *animus*, si bien productor del resultado letal a pesar de la existencia de las mismas garantías? De una cosa estamos convencidos, por más vueltas que se le dé al problema del concepto: de que siempre—quírase o no—proyectan luminosa luz a la hora de la práctica la expresión «de propósito causare un aborto», pues se ensamblan dos vocablos transidos de significación penal, y, sobre todo, cargados de una resonancia práctica, ya que *el causare* es índice que señala el campo de la autoría, quizá una de las novedades más eficaces. Y por si fuera poco el de *propósito* concreta la forma de la culpabilidad a la imputación voluntaria, sinónima de maliciosa, y aunque ambos vocablos padecen eclipse a la hora de la aplica-

(12) Véase E. CUELLO CALÓN: *Obra cit.*, supra, pág. 101.

La Iglesia resume su doctrina del modo siguiente: *Aborto provocado*. «Los que procuran el aborto, incluso la madre, incurrn, si el aborto se verifica, en excomunión *latae sententiae* reservada al ordinario.»

1.º Se llama aborto la expulsión del feto antes del séptimo mes del embarazo. Como antes de esta época el feto ni está maduro ni preparado para la vida extrauterina, su expulsión le ocasiona directamente la muerte, le mata. Después del séptimo mes, siendo viable ya el feto, su expulsión constituye simplemente parto acelerado.

El aborto supone la concepción, verificada ya, aunque ésta sea de poco tiempo. Sin embargo, la expulsión del semen viril dentro de las veinticuatro horas de verificada la cópula, no se tiene por aborto porque se supone que no ha habido todavía concepción, y a pesar de que esa expulsión, verificada, quizá, con lavajes u otros medios, responda al intento de verificar el aborto.

Pero el aborto supone, además, que el feto no esté muerto. Por donde no se reputa como aborto la craneotomía embrionaria y otras operaciones, todas gravemente ilícitas, cuyo objetivo es la muerte del ser concebido.

La acción material del aborto consiste en privar al feto del oficio de la placenta por la cual se adhiere a la madre y recibe la nutrición y la acción por la que es repurgada la sangre. Véase J. SABATER MARCI: *Derechos y Deberes de los Seglares en la vida social de la Iglesia*. Ed. Herder. Barcelona, 1954, pág. 916.

ción del párrafo último del artículo 411, sin embargo se halla su presencia apenas se trata de enjuiciar supuestos en los cuales la tipificación por aborto daría lugar a resultados abultados con la idea de la justicia, y más todavía con la equidad, que como un jirón de la conciencia humana surge para corregir y limar las asperezas de la técnica jurídica, y en el caso presente el fallo es indiscutible, como justa decisión.