

## VIII JORNADAS CHILENAS DE CIENCIAS PENALES

### PONENCIA PRINCIPAL PANEL IV

#### EL ABORTO: DELITO ARCAICO, PUNIBILIDAD REGRESIVA Y EXPLOTACIÓN SOCIAL

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA\*

*SUMARIO: I. Cultura, delincuencia y delito. II. Filiación cultural del proceso abolicionista en la época contemporánea. III. Motivos declarados, inconfesables y latentes de la punibilidad regresiva. IV. Resumen y perspectivas del caso chileno.*

*PALABRAS CLAVE: Aborto, eliminación de la punibilidad, criminología, historia del derecho.*

#### I. CULTURA, DELINCUENCIA Y DELITO

El positivismo criminológico del ochocientos, llevado de su preocupación por el estudio del delincuente antes que del delito, alumbró, sin embargo, algunas ideas sobre las especies de criminalidad y las líneas de su desarrollo histórico<sup>1</sup>. En esto, téngase presente que con la palabra criminalidad se alude a la delincuencia como hecho, por tanto, no a la definición jurídica de las infracciones, mientras que las conclusiones extraídas del itinerario temporal de estos fenómenos emergen de un intento de conciliar la creencia decimonónica en el progreso de la humanidad con la rígida categoría del delito natural.

Escipión Sighele y Guillermo Ferrero fueron pioneros en distinguir la criminalidad atávica y evolutiva, basándose para ello en los medios de ejecución, un criterio de primordial significación criminológica<sup>2</sup>. Llamaron atávica a la criminalidad violenta o material, y evolutiva, a la de carácter fraudulento o intelectual. Enrique Ferri prohibió esta terminología, pero la ilustró según un punto de vista psicosocial. En su versión modificada, delincuencia atávica sería la común, que

---

\* Profesor Titular (catedrático) de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral en la Universidad de Valparaíso (Chile).

<sup>1</sup> Amén de las consabidas tipologías de delincuentes, con las medidas convenientes a cada clase, un asunto de mucho mayor calado en la doctrina del positivismo, mas irrelevante en este contexto.

<sup>2</sup> Y, en cambio, de escasa importancia para la ordenación dogmática de los delitos. Cfr. BIANCHI, Augusto Guido, FERRERO, Guglielmo y SIGHELE, Scipio, *Il mondo criminale italiano*. Con una Prefazione del Prof. Cesare Lombroso, (Milano, 1893), pp. 317-332.

puede manifestarse en la forma primitiva de energía muscular o en la fraudulenta, aportada por el progreso de las costumbres. A su vez, evolutiva es la criminalidad de signo político-social, aquella que, bajo cualquiera de esas dos formas, tiende a apresurar las fases futuras de la vida del Estado o de la organización de la sociedad. Entrambas clases pueden compartir métodos, por lo que son concebibles una delincuencia evolutiva de base atávica y otra atávica de base evolutiva<sup>3</sup>; pero lo que separa esencialmente a unas de otras, “de un modo independiente de la morfología diferente de violencia o de fraude, son los móviles por los cuales el autor del hecho es determinado, móviles de interés egoísta y antisocial, o móviles de interés altruista y social”. Por cierto, Ferri agregó la certera observación de que el interés de defensa contra la delincuencia evolutiva “se reduce a la minoría de las clases dominantes”<sup>4</sup>. Esta clase de criminalidad, que comprende la política, anarquista y social, luego enriquecida merced a la extensión de los móviles –políticos, religiosos o morales– que pueden animar al agente, hallaría su *pendant* subjetivo en el rótulo que asignará a los autores del hecho evolutivo la Ciencia penal del siglo XX, a saber, delincuentes por convicción<sup>5</sup>.

Con la clasificación precedente está emparentada la aventura positivista en la Criminología histórica. Sus estudiosos obtuvieron la enseñanza, inspirada en la teoría evolucionista, muy en boga a la sazón, de que el delito experimenta transformaciones, la principal de las cuales habría consistido en un giro desde la violencia al fraude. Este cambio fue presentado por Alfredo Niceforo, figura cardinal de la investigación en palabra, cual rasgo distintivo de la sociedad moderna<sup>6</sup>, cuyos criminales optan por medios astutos en la realización de sus andanzas, más indicados en la civilización actual que los de fuerza propios de las rudas civilizaciones del pasado. El apego de los positivistas al ideal de progreso de la humanidad es perceptible en la suposición de una marcha rectilínea de ascenso en las sociedades y su tipo peculiar de delincuencia<sup>7</sup>. Por su parte, la adhesión

<sup>3</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. III, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958), cfr. p. 180.

<sup>4</sup> FERRI, Enrico, Sociología criminal, t. II, prólogo por GONZÁLEZ DEL ALBA Primitivo, SOTO Y HERNÁNDEZ, Antonio (trad.). (Madrid, 1907), p. 59.

<sup>5</sup> Nombre debido a Gustav Radbruch. Su concepto de delincuente por convicción permitió ampliar la estrecha esfera del delito estrictamente político, heredado del siglo precedente. Cfr. RADBRUCH, Gustav, El delincuente por convicción, GUZMÁN DALBORA, José Luis (trad.), en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología de Granada* 7, (2005); además, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 23, (2005), pp. 405-417. La progresión del concepto hacia el de autor por convicción ha de quedar igualmente apartada de nuestras reflexiones.

<sup>6</sup> NICEFORO, Alfredo, La transformación del delito en la sociedad moderna, Prólogo de SALILLAS, Rafael, BERNALDO DE QUIRÓS, C. (trad.), (Madrid, 1902), cfr. pp. 5-6.

<sup>7</sup> Véanse, además, FERRI, Enrico, Sociología criminal, t. II, prólogo por GONZÁLEZ DEL ALBA Primitivo, SOTO Y HERNÁNDEZ, Antonio (trad.), (Madrid, 1907), pp. 213-214; y TAR-

de esta escuela al delito natural, concepto que relativiza el aserto de que toda fase histórica tiene la criminalidad que le corresponde, queda de manifiesto en la posterior rectificación de Niceforo, cuando reparó en que las adaptaciones del delito no se mueven siempre en la misma dirección, pudiendo reaparecer en un tipo dado de sociedad, a causa de cambios o regresiones producidos en su seno, variedades de delincuencia que se creyó superadas<sup>8</sup>.

Retengamos de las elucubraciones histórico-criminológicas del positivismo, que no han perdido todo valor actual, la constatación de que existe una dependencia de la criminalidad respecto de las condiciones del ambiente cultural. En efecto, la delincuencia avanza, muda, desaparece o vuelve en su manifestación fáctica al compás de los condicionamientos políticos, económicos y sociales del momento. Esto puede predicarse de períodos completos del devenir de un pueblo –viene espontánea a las mientes la frase del positivismo sociológico francés, de que las sociedades tienen los delincuentes que se merecen<sup>9</sup>–, como de episodios más ceñidos o excepcionales, por ejemplo, las crisis financieras o la guerra<sup>10</sup>. Siendo así, tanto mayor ha de ser la vinculación cultural del crimen en cuanto concepto jurídico. El delito en general, y las figuras delictuosas en particular, materia de análisis de la Dogmática penalista, representan siempre una creación positiva de la comunidad que se rodea de ese sistema de garantías sociales denominado Derecho, al interior del cual los actos de mayor trascendencia colectiva, por ofender de modo intolerable los intereses o bienes más caros al grupo de que se trate, reciben la sanción pública que el respectivo ordenamiento considera de máxima gravedad, o sea, la pena. Como semejantes bienes, o lo que las capas dominantes tienen por tales, están sometidos a los vaivenes de la aptitud humana para reconocer valores y a la decisión de salvaguardar objetos valiosos, capacidad que sólo puede desplegar sus alas en la existencia histórica de las sociedades, resulta que también las ofensas de superior envergadura, los delitos, hunden su raíz en la objetivación de la cultura. Salvo en la imaginación del positivismo, en esto completamente trasnochado, no hay un delito natural ni nada que se le asemeje.

---

DE, Gabriel, *Las transformaciones del Derecho*, POSADA ATALAYA, Adolfo (trad.), (Buenos Aires, 1947), especialmente pp. 23-32.

<sup>8</sup> NICEFORO, Alfredo, *Criminología*, BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio (trad.), (Puebla, 1954-1956, t. V, 1955), cfr. pp. 159-160 y 163.

<sup>9</sup> Pensamiento que pertenece al jefe de la Escuela de Lyon, Lacassagne, complementada por su discípulo Locard, quien afirmó que las sociedades, además, tienen la policía que se merecen. Cfr. el resumen de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 4ª ed., (Valencia, 2008), pp. 411-415.

<sup>10</sup> Véase, por todos, el clásico estudio de RUIZ-FUNES, Mariano, *Criminología de la guerra. La guerra como crimen y causa del delito*, (Buenos Aires, 1960), *pássim*.

Pues bien, si se repasa los catálogos delictuosos de los ordenamientos occidentales, se verá cómo la historia del Derecho penal exhibe unas líneas generales, reveladoras de sendas clases de delitos. Va de suyo que la tipología que esbozamos a continuación no guarda correspondencia con las agrupaciones que la Dogmática acostumbra anteponer al examen de la infracción penal. Mientras éstas<sup>11</sup> se cifran en datos extraídos de la estructura de la última, la nuestra presta atención al panorama de la Parte especial, procurando relevar las mudanzas que afectan a sus miembros singulares según las cambiantes aspiraciones valorativas de cada comunidad, el grado de refinamiento de su cultura y la forma en que ésta vence o fracasa en la empresa de perfilar el Derecho ante los restantes sistemas de garantías sociales<sup>12</sup>. Así, pasado y presente de la disciplina criminalista permiten disponer los delitos en cuatro grandes conjuntos. Primero, los *delitos evolutivos*, sector formado por ofensas de procedencia más o menos antigua y punibilidad relativamente constante, pero, como todas, sometidas a la mordida de la historia, que les imprime ajustes derivados de las exigencias peculiares –de corte social, económico, científico, técnico, político, etc.– del período que entre en consideración, como las defraudaciones, falsedades y el cohecho. Successivamente, los *delitos involutivos*, parcela de menor alcance que la anterior e integrada por delitos que pierden gradual o abruptamente su cualificación, sea al haber desaparecido o menguado como ocurrencia fáctica, sea porque se estimó sensato descriminalizarlos por parecer injustificada, innecesaria o perjudicial la pena, *v. gr.*, el duelo, la bigamia y el adulterio. Luego, los *delitos inéditos*. Como indica el nombre, son los que salen a la superficie sin antecedentes en la legislación, aunque estimulados por los hechos correlativos y la sobrevenida de las valoraciones resultantes, de nueva horma. De este grupo formaron parte, en la primera mitad del siglo XIX, los delitos contra la libertad de cultos, y en nuestros días se suman algunos otros, por ejemplo, los que amagan el entorno.

Finalmente, los *delitos arcaicos*. Éstos son residuos de otras costumbres y otros sistemas sociales, de épocas pretéritas que no tienen relación o conservan poquísimos puntos de contacto con las orientaciones estimativas y la organización social imperantes. Su desconexión histórica pudiera reservarles el apelativo de anacrónicos, porque no pertenecen a la época actual, es más, le son incongruentes incluso como símbolos de la mentalidad que los engendró. Por idéntica razón, su punibilidad ha de ser regresiva, nota que señala un retroceso a formas de convivencia ya sobrepasadas. En síntesis, delito arcaico y pena regresiva constituyen

---

<sup>11</sup> Como las que forman las categorías de delitos comisivos u omisivos, de lesión o peligro, instantáneos o permanentes, monosubjetivos o plurisubjetivos, perfectos o imperfectos, etc.

<sup>12</sup> Esto es, la religión, la moral y las reglas convencionales. Cfr. MAYER, Max Ernst, *Filosofía del Derecho*, LEGAZ LACAMBRA, Luis (trad.), (Barcelona, 1937), pp. 95-120.

muestras del espectro mayor de las *supervivencias penales*<sup>13</sup>. No ha de extrañar, pues, que comparezcan en este segmento vástagos de las antiguas prohibiciones tabú, como el incesto y el parricidio, o de mandatos jurídicos que, en verdad, eran la herramienta coactiva con que se buscó robustecer secularmente dogmas teológicos e imposiciones eclesiásticas. Aparte de la sodomía y unas pocas infracciones más, este es, precisamente, el caso del aborto.

Buena parte de la polémica contemporánea en torno al mantenimiento o la supresión del castigo del aborto, así como el tono destemplado, las actitudes dogmáticas, los arrestos de fanatismo y los juicios apocalípticos que la caracterizan<sup>14</sup>, debe ser atribuida al arcaísmo de un supuesto de hecho todavía enclavado entre los delitos de un mundo de cultura muy diverso, incluso antitético al que le concedió vida legal. Por lo pronto, así se explica la contradicción de simbolismo y realismo, entre la regulación conscientemente apartada de la realidad, que mantiene en pie un aparato punitivo de probadas ineficacia y nocividad, y otra atenta a las circunstancias y, por tanto, abierta a disponer reglas diferenciadas que eviten los perjuicios de todo orden, individuales y sociales, de una punición sin miramientos<sup>15</sup>. No sólo eso. En el fondo, la propia oposición es absurda, como quiera que el valor simbólico de las disposiciones penales, por un lado, y la realidad social subyacente con sus exigencias, por otro, pueden y hasta deben marchar unidos, con tal que las primeras reflejen los valores asumidos por una comunidad mediante la reprobación de los actos que los niegan, reprobación que, al mismo tiempo, reafirma los ideales de vida de aquélla. Lo inconcebible de la contradicción en el aborto viene del anacronismo del problema en la edad contemporánea: que sea lícito conminar penas a la mujer que solicita y al tercero que lleva a cabo el aniquilamiento del

---

<sup>13</sup> Feliz expresión acuñada por Bernardino Alimena para caracterizar la subsistencia en la Justicia penal del presente de prácticas nativas del origen mágico-religioso e irracional de esta rama del Derecho. En todas ellas, muy usuales en la jerga forense (la “celebración” del juicio, el “juramento” de los testigos, la “consagración” de sus declaraciones en un acta, la “elevación” del proceso al tribunal “superior”, etc.), y presentes también en la ejecución de ciertas penas, como la de muerte, con el sacerdote que acompaña al pecador en su ruta al cadalso, se advierten huellas inconscientes de la justicia sacerdotal. Cfr. RUIZ-FUNES, Mariano, *Actualidad de la venganza*. (Tres ensayos de Criminología), (Buenos Aires, 1944), p. 54.

<sup>14</sup> Vivacidad que, no obstante, tampoco es la misma por doquier. Si bien el aborto ilegal y la interrupción lícita del embarazo representan un fenómeno fuertemente discutido en todo el mundo occidental, el debate alcanza cotas excesivas, de franco descontrol, en los países donde tienen mayor influjo o poder determinadas instituciones eclesiásticas. Véanse ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Befunde-Einsichten-Vorschläge*, en coordinada por los mismos, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, t. III, (Baden-Baden, 1988-1999), pp. (3-33)3 y 6.

<sup>15</sup> ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Befunde-Einsichten-Vorschläge*, coordinada por los mismos, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, t. III, (Baden-Baden, 1988-1999), pp. (3-33), cfr. p. 6.

producto de la concepción, sea por expulsión del *nasciturus* o por su destrucción en el seno de la grávida<sup>16</sup>. El recurrente alegato de ser la pena impotente para proteger la existencia del no nacido y evitar el aborto clandestino, aunque sí capaz de estimular desgracias, discriminaciones, abusos, el aislamiento social y hasta delitos cometidos en desmedro de la embarazada o su entorno familiar, argumento cuya exactitud está fuera de discusión<sup>17</sup>, adquiere su verdadero significado con la penalidad regresiva. La frecuencia fáctica de cierta fechoría no es un motivo determinante para despenalizarla, de lo que son demostración la subsistencia del hurto y la necesidad de sancionar los crímenes de cuello blanco, de considerables cifras negra y dorada, respectivamente<sup>18</sup>. Y es que la penalidad de delitos evolutivos o inéditos, como son los que acabamos de mencionar, es progresiva. En cambio, cuando múltiples factores impelen a millares de personas a intervenir en hechos declarados formalmente como delito, pero que no son objeto de persecución porque nadie, exceptuada la mala estrella que suele acompañar a los desfavorecidos, tiene interés en denunciarlos, y cuya significación es percibida por doquier como un asunto de incumbencia personal<sup>19</sup>, allí hay un índice de que el Derecho penal ha fracasado en su tarea medular, en el simbolismo de la pena retributiva. Si no se puede desvalorar enérgicamente actos que tampoco parecen conculcar bienes de proyección general, la pena queda suspendida en el firmamento de los conceptos jurídicos, huera de asidero en la realidad. Ni siquiera es un símbolo<sup>20</sup>. Es sólo un

<sup>16</sup> Dado que en el aborto todo es discutido, incluso su concepto, tomamos la definición del texto de la muy ajustada de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia, 7ª edición, (Buenos Aires, 1984), cfr. p. 264.

<sup>17</sup> Ni siquiera los detractores del abolicionismo se atreven a impugnarlo, salvo con la suposición, que se ha revelado gratuita, de que la autorización del aborto consentido degeneraría en verdaderas hecatombes de embriones, la conjetura de que muchas mujeres, intimidadas por la pena, se abstienen de abortar, y que la amenaza penal, en todo caso, se corresponde “con la arraigada creencia del deber moral de la mujer de conservar la vida al ser que concibió como resultado de un acto sexual voluntario”. CUELLO CALÓN, Eugenio, Tres temas penales. El aborto criminal. El problema de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial, (Barcelona, 1955), p. 34.

Acerca de los delitos a que se expone la embarazada en el sistema de absoluta prohibición del aborto (homicidios, mutilaciones, lesiones, estafa, extorsión, etc.), cfr. KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999), pp. (103-131) 104.

<sup>18</sup> Hasta aquí llega la refutación del argumento de la desigualdad social en la persecución del aborto, que luego nos ocupará, formulada por CEREZO MIR, José, La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español, en BARBERO S., M. (editor), La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales, (Madrid, 1982), pp. (20-36) 35-36.

<sup>19</sup> Parafraseando un pasaje de *El honor perdido de Katharina Blum*, del novelista Heinrich Böll, el ciudadano privado siente que no tiene por qué dejar aquí a la consideración del ministerio público los detalles que importen y las diligencias del caso.

<sup>20</sup> Como, en cambio, suelen afirmar los adversarios de la punición indiscriminada con sus lamentables consecuencias y desatención de los intereses de la mujer. Así, entre otros, MUÑOZ

relato maravilloso, la ficción consistente en representar algo distinto de lo que las formas enuncian, una alegoría<sup>21</sup>. Admitiendo que el divorcio entre lo que se piensa y representa es deliberado, tal vez sería mejor llamarle un embaucamiento.

La magnitud alegórica o trapacera de la penalidad regresiva ha sido y permanecerá inerme ante la pujanza de la miríada de elementos cuyo desenlace es la interrupción voluntaria del embarazo. Es más, a pedir de boca se aviene con el delito arcaico que la ineptitud preventiva y el ayuno simbólico de su punición ocurran sin importar, casi diríamos que burlándose de ellos, los intereses que se busca o afirma proteger con la criminalización. Sobre los que se invoca en el aborto habrá oportunidad de desarrollar algunas observaciones más adelante, siempre relacionándolas con la penalidad regresiva. Ahora es oportuno contrastarla con los primeros intentos de abolición de nuestro delito.

## II. FILIACIÓN CULTURAL DEL PROCESO ABOLICIONISTA EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

El movimiento en pro de la eliminación de la penalidad del aborto consentido por la grávida, iniciado en las postrimerías del siglo XIX, no describe una línea constante. Ni su desarrollo ha sido de permanente ascenso, ni sus razones fueron siempre las mismas. En esta trayectoria pendular semeja al régimen opuesto, de la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, que tampoco fue una tendencia uniforme en la historia jurídica<sup>22</sup>. El elemento arcaico se patentiza en entrambos procesos, pero especialmente en las fases y los problemas que jalonan el afán descriminalizador. Decimos especialmente, porque la penalidad regresiva es consubstancial a la reluctancia a toda modificación. De ahí que lo asombroso del fenómeno sea hallarlo reproducido en quienes quiebran lanzas por derogarla.

Bien mirado, la primera etapa es la que más se aproximó a una racionalización cabal del asunto. La impunidad del aborto consentido, fundada en la licitud de la decisión de la mujer sobre el particular, provino de una concepción política

---

CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte especial. 11ª edición, (Valencia, 1996), cfr. p. 77; HURTADO POZO, José, Manual de Derecho penal. Parte especial, t. II, (Lima, 1994), cfr. p. 28, y HASSEMER, Winfried, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en *Revista Derecho penal central, del Instituto Ecuatoriano de Derecho penal e Investigaciones criminológicas I*, (2011) pp. (17-44) 21.

<sup>21</sup> El símbolo es irreflexivo, pero intenta unir la idea con la imagen; en la alegoría, en cambio, hay una idea claramente concebida y una imagen que se percibe como diferente de la idea. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Estética*, t. I, GINER DE LOS RÍOS, Hermenegildo (trad.), (Buenos Aires, 2008), cfr. p. 201.

<sup>22</sup> Idénticos, ARZT, Günther y WEBER, Ulrich, *Strafrecht. Besonderer Teil*, (Bielefeld, 2000), cfr. p. 112.

individualista y del dominio del principio de la personalidad en las relaciones jurídicas, frente al antagonico principio supraindividual, ese que subordina la condición de la fémína a exigencias transpersonales, sea de la comunidad, del Estado o del dogma religioso<sup>23</sup>. Quien dice individualidad y personalidad, alude, según es natural, al liberalismo en cuanto doctrina sobre la fuente, organización y los límites del ejercicio del poder político en las relaciones entre los particulares y la entidad estatal.

La tarea del Iluminismo había quedado en esto, como en tantos otros aspectos, inconclusa. Centró sus invectivas en el inhumano régimen penal del infanticidio, delito harto más grave en el Derecho anterior a la Revolución y epónimo de la reforma penal dieciochesca<sup>24</sup>. Pero si infanticidio y aborto, por distintos motivos, ya tenían en común ser una expresión de la odiosa Justicia de clases, motivos que se agudizarían en el aborto durante la centuria siguiente con sus procesos de desarrollo industrial y acumulación del capital, también diferían en una cuestión jurídica básica. El primero es un delito contra la vida de una persona humana; el segundo, en cambio, se reduce a suprimir una esperanza de vida, expresado con más exactitud, una personalidad *in nuce* o venidera<sup>25</sup>. No habiendo una persona, por tanto, un sujeto de Derecho del que predicar la titularidad del bien correspondiente, sino sólo un futurible, la conclusión fluía con perfecta lógica, a saber, que el aborto vulnera la posición de la única persona afectada por estas prácticas, asumiendo que se realicen en contra de su voluntad, o sea, la mujer.

Si los innovadores de la centuria anterior, preocupados por demoler las especies teratológicas del Derecho penal del antiguo régimen, no extrajeron

---

<sup>23</sup> Por robar la mujer un heredero a su marido, un ciudadano al Estado o un alma al cielo, en palabras de RADBRUCH, Gustav, *Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechts*, en del mismo Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999), cfr. pp. (194-200) 194.

<sup>24</sup> “El delito-clave para todos los esfuerzos reformadores del Derecho penal en el siglo XVIII es el infanticidio. Sobre ningún otro crimen se discutió entonces con mayor frecuencia y mayor apasionamiento”. RADBRUCH, Gustav y GWINNER, Heinrich, *Historia de la criminalidad. (Ensayo de una Criminología histórica)*, MAJADA, Arturo (trad.), (Barcelona, 1955), p. 278.

<sup>25</sup> Como en el clásico concepto del objeto material del delito según Carrara, una *spes vitae* o *spes hominis*, que para el autor, además, era su sujeto pasivo. Nótese, empero, que lo llamó feticidio para significar la dificultad de castigarle tratándose de la destrucción de simples embriones y, en todo caso, la infima antijuridicidad de un acto que “no produce en los ciudadanos sino poquísimos miedo, casi diría que ninguno”. CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. I, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1967), p. 337. Esta fue, asimismo, la opinión dominante entre los criminalistas de su tiempo, que por eso se rehusaron a asimilar el aborto al homicidio.

aquella consecuencia y, antes bien, descuidaron este delito precisamente a causa de su menor propiedad ofensiva para la familia y la sociedad, los pioneros del abolicionismo, en el período a caballo entre los siglos XIX y XX, procuraron dar cima a la empresa desde las mismas bases individualistas que antaño habían conseguido morigerar la ruin condición de las infanticidas en la etapa llamada ascética de la muerte provocada de recién nacidos. En la obra de estos hombres y mujeres, franceses y alemanes, principalmente<sup>26</sup>, sobresale la inquietud por dilucidar si el aborto puede ser considerado ontológicamente como un delito. Se trata de un planteamiento filosófico-jurídico que enfoca correctamente el problema, esto es, en su vinculación con los bienes jurídicos y, sobre todo, los portadores de la pretensión respectiva, porque la prohibición de lesionar o poner en peligro bienes, conforme a una influyente enseñanza de la Jurisprudencia de los intereses, no se establece a favor de los bienes en sí mismos, sino teniendo en cuenta a su detentador o derechohabiente<sup>27</sup>. Dado que esta manera de ver no concebía el Derecho independientemente de la persona, pero la personalidad requiere existir en sentido jurídico, pues sólo se es tal en la vida de relación, dentro de cuyas fronteras se mueven las posibilidades de la regulación jurídica, límites que no pueden abarcar al no nacido, un ser desprovisto aun del estatus de persona y de la consiguiente aptitud de tener derechos o bienes, resulta que la interrupción del estado de preñez sólo puede ser sancionada penalmente cuando el autor es un tercero y obra sin el consentimiento de la gestante. Pasemos por alto el delito que aquél comete, si uno contra la integridad física de ésta, “que no tiene por qué ser objeto de una previsión independiente”<sup>28</sup>, u otro contra su libertad, la disposición libre de sí misma y su destino<sup>29</sup>, porque lo interesante

---

<sup>26</sup> Sin olvidar al sapientísimo penalista uruguayo José Irureta Goyena, redactor del Código de 1933. Una exposición sintética de este período y sus representantes prominentes (Klotz-Forest, Spiral, Eduard von Liszt, etc.), en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, 7ª edición, (Buenos Aires, 1984), cit., pp. 271-272, y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, t. I, vol. I, 2ª edición, (Madrid, 1972), pp. 570-572.

<sup>27</sup> IHERING, Rudolf von, *El fin en el Derecho*, ABAD DE SANTILLÁN, Diego, (Granada, 2000), cfr. p. 340, nota 93.

<sup>28</sup> IRURETA GOYENA, José, *Obras completas*, t. V (Montevideo, 1932), p. 11. Se sobreentiende que para el codificador uruguayo bastaban los delitos de lesiones.

<sup>29</sup> Punto de vista defendido con ardor por la Asociación para la Reforma del Derecho penal sexual, sumamente activa en Alemania durante el primer tercio del siglo XX, hasta el extremo de proponer un Contraproyecto al Proyecto oficial de Código penal de 1925, en que dejaba subsistentes como delito sólo el aborto realizado en contra del querer de la mujer cincuenta o por individuos no habilitados para la medicina. Cfr. KARTELL FÜR REFORM DES SEXUALSTRAFRECHTS, *Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen*, (Berlin, 1927), pp. 7, 8, 23 y 24.

de entrambas posturas yace en un temperamento compartido sobre el acto que resta atípico, esto es, que el aborto requerido o provocado por la grávida constituye una conducta lícita.

Es patente cómo esta comprensión buscaba poner término al milenarismo ahe-rojamiento de la mujer, pero también de todos los miembros de la comunidad jurídica y del ordenamiento entero, de la opresión “de ancestrales concepciones religiosas atentatorias al principio de libertad individual”<sup>30</sup>. En esta operación de recuperación de la mujer en cuanto persona, actriz primordial de su vida y porvenir, era indispensable dejar a su decisión el hecho de sobrellevar el embarazo, hacer frente a sus riesgos y asumir la crianza de la prole no deseada, porque una cosa es el placer carnal y otra la procreación, negado el primero y aceptada la segunda como epifenómeno en la lucha contra el pecado, fin precípua del matrimonio según las concepciones que habían convertido el enlace nupcial en la alternativa menos deplorable a la temida fornicación, fontana del aborto abominado por ellas<sup>31</sup>. Si hubo un ingrediente anacrónico en el período inicial del abolicionismo, radicó en haber desempolvado la concepción estoica del feto como *pars viscerum matris*<sup>32</sup>. Sin embargo, sería precipitado y, en el fondo, una malintencionada simplificación, calificar por ello al plexo de estudiosos que enarbolaron la bandera abolicionista de fautores de la “propiedad del vientre”, una etiqueta idónea para combatirlos<sup>33</sup>. Primero, porque no todos subscribían el anticuado parecer de los estoicos. Es más, uno se siente invitado a conjeturar que ninguno lo sostenía seriamente, pues juristas y médicos estaban conscientes de la existencia biológica del embrión y de la identidad del feto frente a la mujer

<sup>30</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Tratado de la Parte especial del Derecho penal, t. I, vol. I, 2ª edición, (Madrid, 1972), cits., p. 570.

<sup>31</sup> RUSSELL, Bertrand, Matrimonio y moral. ROZITCHNER, León (trad.), (Buenos Aires, 1965), cfr. pp. 41-42. Más adelante anota, en completo acuerdo con la realidad histórica, que “el cristianismo, donde fue adoptado, puso fin a todas las trabas al crecimiento de la población fuera de la continencia. El infanticidio fue, evidentemente, prohibido; lo mismo ocurrió con el aborto y con todas las medidas anticonceptivas” (p. 163).

<sup>32</sup> El pasaje correspondiente de Ulpiano, en Digesto, 25, 4, 1, 1: *partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, seu viscerum*. El pensamiento inspirador llegó a los juristas romanos de la doctrina del Pórtico, si bien mucho antes lo habría formulado Empédocles de Agrigento. Cfr. CANTÚ, César, Historia universal, t. XIII, Antonio Ferrer del Río (trad.), (Madrid, 1848), cfr. p. 417, y Robin, *Storia del pensiero greco*. Traduzione di Paolo Serini. Appendici di Francesco Adorno. Arnoldo Mondadori Editore, 2ª ed., 1982, cfr. pp. 104-105. Para una interpretación de este fragmento favorable a la atribución de sujeto de Derecho del nonato, cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho privado romano, t. I, (Santiago, 1997), p. 276.

<sup>33</sup> Simplismo en el que han caído incluso partidarios de la descriminalización, como JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia, 7ª edición, (Buenos Aires, 1984), cit., cfr. p. 271.

que lo amadriga. Pero identidad no es sinónimo de individualidad, tanto menos de personalidad. Incluso si pudiéramos hablar, como se acostumbra en ciertos ambientes jurídicos de nuestro tiempo, de “dualidad en una unidad”<sup>34</sup>, de eso no se desprende que el Derecho en su conjunto y el Derecho penal en particular sean capaces de conceder al *nasciturus* una protección diferente de la otorgada a la persona que lo lleva en su seno. Por lo demás, los penalistas de entonces sabían que el homicidio o suicidio frustrado de la mujer, seguidos de la pérdida del feto, sólo habilitan las penas del acto homicida, nunca las del aborto, que quedan absorbidas en aquéllas, por la potísima razón de que la tutela de la futura madre abarca la del fruto de sus entrañas<sup>35</sup>. Como quiera que sea, lo relevante de esta fase finca en la restitución del estatus de que gozó la mujer en la época anterior a la penalidad directa e indirecta del aborto consentido en el Derecho histórico, ambas arcaicas e inconcebibles para la República romana<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Nos referimos al alemán, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Cfr. ESER, Albin, en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25ª edición, (München, 1997), p. 1541. Un atisbo anacrónico de la expresión es reconocible en su regusto teológico, que evoca la doctrina de la unidad de personas diversas en una misma persona.

<sup>35</sup> IRURETA GOYENA, José, *Obras completas*, t. V (Montevideo, 1932), *cits.*, cfr. p. 302. Lo mismo piensa la Dogmática de nuestros años. Véase, por todos, WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª edición, (Berlin, 1969), p. 302.

<sup>36</sup> El régimen de punición directa del aborto es obra exclusiva del cristianismo en la doctrina de la Patrística, que se impulsó hasta el extremo de asimilarlo al homicidio. Pero el influjo de esa doctrina no se dejó sentir todavía en el Derecho romano y aparece después, en los ordenamientos medioevales. La punición indirecta del aborto en Roma data del emperador Septimio Severo, que incluyó los medios abortivos entre los comprendidos en la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, como una manera de proteger la integridad y los derechos de la mujer y, a la vez, la patria potestad del marido en su derecho a tener descendencia. Usualmente se asocia estos pródromos a una sumisión de la mujer al poder de su consorte, al predominio social y jurídico del varón, de lo que sería prueba el efecto desincriminante del consentimiento del último. Así, FERRINI, Contardo, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano. Raccolta di monografie a cura di PESSINA, Enrico*, t. I, (Milano, 1905), cfr. p. (1-428) 386, y, entre los penalistas, LISZT, Franz v., *Traité de Droit pénal allemand*, LOBSTEIN, René (trad.), t. II (París, 1903), cfr. p. 52, y BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, vol. 1, (Leipzig, 1902-1905), reimpresión (Goldbach, 1997), cfr. pp. 36-37. Sin embargo, parece que a la decisión del emperador no fueron ajenas consideraciones demográficas. La población itálica venía disminuyendo considerablemente desde los últimos siglos de la República, y el fenómeno se generaliza durante el Imperio, que hubo de acudir al trabajo de los provinciales y esclavos libertos. La situación era grave hacia finales del siglo II después de Cristo, bajo el gobierno de Severus (años 193-211). No está de más tener presente que éste impuso el principio del absolutismo del príncipe, *legibus solutus*, así como su exención de la obediencia y del respeto a las leyes (*quod principi placuit legis habet vigorem*). Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho romano*, DE PELSMAEKER E IVÁÑEZ, Francisco (trad.), (Madrid, 1980), pp. 369-372.

La segunda etapa, que debuta pocos años después de la que acabamos de reseñar, está signada por la idea de que el feto no pertenece a la mujer ni a sí mismo; tampoco constituye un interés familiar, sino que es un bien de la sociedad, para algunos, de significación moral, para la mayoría de los seguidores de esta corriente, de relevancia demográfica.

Las razones demográficas como *justificación* de la penalidad del aborto no eran nuevas. Se las encuentra en Feuerbach y otros escritores de la primera mitad del siglo XIX<sup>37</sup>. La literatura realista de la época describe con cruda sinceridad las motivaciones profundas de esta singular perspectiva, en su deseo de nutrir de soldados a los ejércitos de las potencias europeas<sup>38</sup>. Rudolf von Ihering, desde las alturas de la Filosofía del Derecho, establece la clasificación de los delitos según el sujeto contra el cual se dirigen, el titular del fin respectivo, dividiéndolos en delitos contra el individuo, el Estado o la sociedad, y sitúa decididamente entre los últimos, que ofenden a la masa, el aborto<sup>39</sup>. Pero luego acontece un vuelco en estos razonamientos. Basado en Ihering, Gustav Radbruch encabezará un movimiento dirigido a descriminalizar el aborto consentido dentro de los tres primeros meses del embarazo. Con esto, el genial jurisconsulto no sólo desvirtuaba la evolución autoritaria del pensamiento de los intereses demográficos, cuyo eje, en sentir de muchos, era el Estado antes que la sociedad<sup>40</sup>, sino que nos presenta un impresio-

---

<sup>37</sup> FEUERBACH, Anselm, Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIERS, Irma, (Buenos Aires, 1989), cfr. p. 260 (derecho del Estado a preservar para sí a un futuro ciudadano). Véase, además, CUELLO CALÓN, Eugenio, Tres temas penales. El aborto criminal. El problema de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial, (Barcelona, 1955), cit., p. 34, nota 2, con cita de autores menos conocidos.

<sup>38</sup> El día del nacimiento de la hija de Effi Briest, en la novela homónima de Theodor Fontane, la madre tuvo que oír este comentario de un amigo de la familia: “*Hoy se conmemora la victoria de Königgrätz. Lástima que haya sido una niña. Pero ya vendrá un niño algún día, y los prusianos tienen muchas victorias que festejar*”.

<sup>39</sup> “¿Quién es el sujeto del fin en el mismo? ¿El hijo futuro? No existe todavía como persona, es, como dice justamente el Derecho romano, todavía una parte de la madre. Sujeto del fin en el aborto no es, pues, el niño, sino la sociedad; lo punible en él consiste en el hecho de que contiene un peligro para el retoño, que pertenece a las condiciones de vida de la sociedad”. IHERING, Rudolf v., El fin en el Derecho, ABAD DE SANTILLÁN, Diego, (Granada, 2000), cit., p. 345.

<sup>40</sup> Evolución que se transformaría en espantable realidad durante la tiranía de los regímenes fascista y nacionalsocialista, que contemplaron el aborto como delito contra la integridad de la estirpe o la pureza de la raza. No nos extendemos sobre estos monstruosos extremos, por lo conocidos que son, aunque tampoco está demás reparar en que el recuerdo de los desmanes del totalitarismo, incluido el soviético, continúa perjudicando la causa del abolicionismo, sobre todo la indicación eugénica o embriopática, y el recto entendimiento del principal objeto jurídico de este delito, en lo que tiene de punible. Para un panorama histórico en castellano, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. IV, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958) cit., pp. 998-1001, y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Tratado de la Parte especial del Derecho penal., t. I, vol. I, 2ª edición, (Madrid, 1972) cits., pp. 557-560. En alemán, MAURACH, Reinhart, SCHROEDER,

nante adelanto del sistema de los plazos, cuya difusión en el mundo es posterior en varias décadas. Yendo más allá, todas las interrogantes que rodean este sistema aparecen perfiladas en la propuesta radbruchiana<sup>41</sup>.

El punto de arranque de Radbruch ya nos es familiar. La vida afectada por los delitos de aborto sólo puede ser la del fruto de la concepción. Sin embargo, esa vida no puede ser bien jurídico de un individuo, dado que el embrión no es todavía persona, y las personas son los titulares de intereses presentes. Por tanto, la vida en palabra representa un bien jurídico de la comunidad, que tiene interés en preservarla, pero no en consideración al concebido en cuanto tal, que tampoco ostenta un derecho a ella, sino por un requerimiento moral<sup>42</sup> o, mejor, demográfico. Sin embargo, Radbruch se aleja de Ihering en la defensa del fundamento demográfico y, al contrario, lo reduce al absurdo, arguyendo que, si se lo asume en serio, también habría que castigar las operaciones de esterilización y el empleo de medios anticonceptivos. Pues bien, “si nos espantamos ante estas consecuencias, tendremos que confesarnos que la premisa descansa en una ficción, y sería oportuno reflexionar si no pesan más que el respeto por lo tradicional los reparos contra una penalidad que no sólo se muestra impotente en innumerables casos respecto de los delitos que sanciona, con lo que menoscaba la autoridad de la ley, sino que puede llegar a ser instrumento de otros delitos, como la estafa y la extorsión”<sup>43</sup>. A partir de estas consideraciones de lógica y política jurídica, amén de otras de tipo social y económico, que nos ocuparán más adelante, Radbruch propondrá en 1920 al Parlamento alemán, con un grupo de diputados socialistas, un proyecto de reforma que liberaba de pena al médico que practica y la mujer que requiere el aborto dentro de los primeros tres meses del proceso gestatorio.

---

Friedrich-Christian, MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 8ª edición, t. I, (Heidelberg, 1999), p. 69; en italiano, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, 9ª ed., t. I, al cuidado de CONTI, Luigi, (Milano, 1986), pp. 90-91.

<sup>41</sup> Destaca su valor presente ESER, Albin, Gustav Radbruchs, *Vorstellungen zum Schwangerschaftsabbruch: Ein noch heute “moderner” Beitrag zur aktuellen Reformdiskussion*, en SEEBODE, Manfred (edit.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, (Berlin-New York, 1992), pp. 475-500.

<sup>42</sup> Parecer de MERKEL, Adolf, *Derecho penal*, t. II, DORADO MONTERO, Pedro (trad.), (Madrid, s/f.), cfr. p. 37.

<sup>43</sup> RADBRUCH, Gustav, *Abtreibung*, en del mismo *Gesamtausgabe*, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999) pp. 103-131, cits., p. 104. La severidad del régimen del aborto en el Código penal del Imperio alemán (1870) fue endurecida todavía más por la jurisprudencia de finales del siglo XIX, que había declarado que quien vende a la grávida un medio inidóneo para abortar, no respondía de participación en el aborto, pero tampoco de estafa. Cfr. RADBRUCH, Gustav, *Geburtshülfe und Strafrecht*, (Jena, 1907), p. 22. Era la proscripción jurídica de los desheredados.

Con todo, también esta audaz formulación peca del viejo arcaísmo. En efecto, el progreso frente al tímido modelo de las indicaciones, que venía insinuándose en el ínterin con los proyectos suizos, es amagado por la naturaleza de la eximente que ampararía a la mujer y a su médico, una mera excusa absolutoria. El proponente abjuraba de conceder a la mujer un derecho al aborto —que, en su opinión, había que combatir con medidas sociales de educación para la maternidad y asistencia a las grávidas, especialmente a las madres rotuladas entonces de “naturales”<sup>44</sup>—, porque la doctrina cultural del socialismo, partido en que militó Radbruch, rechaza el individualismo de las feministas de aquella sazón y el reclamo de que cada quien es dueño incondicionado de su propio cuerpo<sup>45</sup>. Cómo se concilian la implícita ilicitud del aborto consentido y la consiguiente incertidumbre jurídica de autor y partícipe en un asunto de tamaña envergadura, con la afirmación de que el Proyecto pretendía redimir a la mujer de su estado de objeto de las reglas jurídicas, recuperar su personalidad y hacer de su conciencia el elemento determinante de la decisión de interrumpir o no la preñez<sup>46</sup>, eso recibe explicación en el rebelde anacronismo de yuxtaponer exigencias morales y preceptos del Derecho o, visto desde el envés del problema, en confundir conductas consideradas inmorales con actos antijurídicos<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Esto aparte, anota, “la naturaleza, a través de la dicha de la maternidad y el peligro de toda injerencia en ella, ha provisto contra el aborto motivos más eficaces que los que jamás podrá tener el Derecho penal”. *Das Verbrechen gegen das keimende Leben*, artículo de periódico en que el autor razona para el público su moción legal, reproducido por Holger Otte, uno de los numerosos biógrafos del jurista de Lübeck, en OTTE, Holger, Gustav Radbruchs Kieler Jahre 1919-1926, (Frankfurt am Main-Bern, 1982), p. (256-258) 257.

<sup>45</sup> Al revés, “el pensamiento socialista exige responsabilidad frente a la comunidad del pueblo incluso respecto del propio cuerpo; sólo queda *la* pregunta de si esta responsabilidad ha de existir ante el juez penal o sólo ante la propia conciencia”. RADBRUCH, Gustav, *Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechts*, en del mismo Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999), *cits.*, p. 199.

<sup>46</sup> RADBRUCH, Gustav, *Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechts*, en del mismo Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999, *cfr.* pp. 194 y 196. En ésta se lee una reflexión asaz reveladora de la antijuridicidad de la conducta. Nadie más que la mujer puede resolver si existen motivos legítimos para interrumpir el embarazo. Tampoco el marido de la mujer casada. Pero el marido defraudado en su paternidad por reiteradas interrupciones inmotivadas de la mujer, puede libremente demandarla de separación conyugal. Parecido, IRURETA GOYENA, José, *Obras completas*, t. V (Montevideo, 1932), *cits.*, *cfr.* pp. 22-23, para el cual el aborto, *pese a que no lesiona derechos ajenos*, puede considerarse una causa más de las tantas que habilitan el divorcio. En esta consecuencia civil del hecho, que contrasta con la unidad de lo injusto en el ordenamiento jurídico, gravita la consideración del aborto como un acto inmoral, por demás explícita en el criminalista uruguayo (IRURETA GOYENA, José, *Obras completas*, t. V [Montevideo, 1932]).

<sup>47</sup> Uno de los rasgos propios de los pueblos primitivos reside en el todo indiferenciado de sus sistemas de garantías sociales, donde lo inmoral e irreligioso forman una unidad con lo antijurídico.

La tercera y cuarta fases del abolicionismo, esto es, la propagación del sistema de las indicaciones y su creciente reemplazo por el de los plazos, que corresponde al momento actual, son lo bastante conocidas como para ahorrarnos una reseña<sup>48</sup>. Basta para nuestro propósito registrar que uno y otro modelo acusan huellas del terco arcaísmo, más acentuadas en aquél que en éste.

En cuanto a las indicaciones, llama poderosamente la atención que el análisis dogmático del aborto deba polarizarse casi exclusivamente en las salvedades a la responsabilidad criminal, como si este delito no presentase otras complicaciones técnicas, de las que, muy por el contrario, está erizado<sup>49</sup>. Semejante concentración unilateral del enfoque científico es sintomática de un plexo de problemas no creado por los penalistas y que éstos, en consecuencia, tampoco están en condiciones de resolver satisfactoriamente.

Con efecto, el sistema de las indicaciones descansa en la fórmula de la regla y la excepción, que, a fin de cuentas, debiera ser exactamente el mismo esquema de las relaciones de tipicidad y antijuridicidad en cualquiera otra figura delictuosa<sup>50</sup>. ¿Por qué, empero, ha habido menester de crear eximentes especiales si se dispone de un catálogo de causas generales de exclusión de la responsabilidad? La respuesta reza así: la limitación de las últimas, máxime en Códigos antiguos,

---

Sólo el progreso de la cultura consigue diferenciar modos, grados y formas de comportamiento antisocial. Cfr. MAYER, Max Ernst, *Filosofía del Derecho*, LEGAZ LACAMBRA, Luis (trad.), (Barcelona, 1937), cit., pp. 95-96. Por cierto que la confusión puede atribuirse en este caso al olfato político de Radbruch, cuya propuesta de liberación de pena, que deja incólume la antijuridicidad en la conducta abortiva, acariciaba el propósito de contentar a moros y cristianos, más precisamente, a la Iglesia católica. El fenómeno se repetirá en Alemania, como diremos dentro de poco. Como sea, es extraño que al desplegar palabras tranquilizadoras para los adversarios de la propuesta, él mismo escriba lo que sigue: “Cultura es el señorío progresivo de la razón sobre la naturaleza, y no se puede entender por qué su avance tendría que detenerse sempiternamente ante las fronteras de la vida sexual”. RADBRUCH, Gustav, *Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechts*, en del mismo Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999) cit., p. 197.

<sup>48</sup> Nos permitimos remitir a HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. II, (Lima, 1994), cit., pp. 39-49, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, t. III y IV, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958), pp. 365-372 y 647-652 (indicaciones terapéutica, eugénica y económica), y t. VI, cit., pp. 987-1012 (indicación sentimental), y ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Befunde-Einsichten-Vorschläge*, en coordinada por los mismos, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, t. III, (Baden-Baden, 1988-1999), cit., *pássim*.

<sup>49</sup> El bien jurídico, sujeto pasivo y momento en que comienza la existencia del objeto material, aspectos que también solicitan la atención en su estudio, no alteran lo que manifestamos, dado que los tres se proyectan en las indicaciones, y viceversa.

<sup>50</sup> *Servata distantia* de los tipos abiertos, que no son de mérito aquí. Acerca de la fórmula maye-riana en el aborto, cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, *Criterios para la reforma del delito de aborto*, MIR PUIG, Santiago (ed.), *La despenalización del aborto*. (Bellaterra, 1983) p. (9-38) 20.

como también la presión de circunstancias que afloraron durante el siglo XX, por ejemplo, la masiva violación de mujeres en tiempos de guerra, factor desencadenante de la indicación sentimental, y el avance científico de la obstetricia, que posibilitó el diagnóstico radiológico de patologías en el desarrollo fetal y, con ello, la indicación eugénica. Sin embargo, lo cierto es que las indicaciones aparecen transidas de dilemas no bien se las coteja con las exigencias comunes, que enraízan en las bases del sistema penal y, no pocas de ellas, en la estructura del entero ordenamiento jurídico. Como la índole de tales dilemas los reconduce a la Filosofía jurídica, pasa a ser secundario y dependiente el tratamiento que les acuerde la Dogmática penal.

Por lo pronto, la naturaleza jurídica de cada indicación. Si la terapéutica es un supuesto particular de estado de necesidad justificante, peculiaridad que se aprecia al no tener que revestir inminencia la muerte o el menoscabo de la salud física o psíquica de la gestante<sup>51</sup>, no se comprende por qué su consentimiento es indispensable cuando está en actual peligro la vida de la mujer<sup>52</sup>. En seguida, pese a los ostensibles elementos de inexigibilidad presentes en la indicación sentimental, la doctrina se resiste a tratarla como una auténtica causa de exculpación, entre otras cosas, para poder librar de responsabilidad al médico que elimina el embrión. Algo parecido ocurre con la indicación eugénica, porque lo que amenaza la prosecución del embarazo y el horizonte del nacimiento, según se afirma, es la libertad de la mujer<sup>53</sup>. Ni qué decir tiene de la indicación económico-social, más compleja y de menor recepción legislativa, que circula entre el estado de necesidad justificante, el exculpatorio y las causas de no punibilidad<sup>54</sup>. Sobre todo, la polémica acerca de la naturaleza de las indicaciones deja sin resolver si,

---

<sup>51</sup> Porque “el *mal* que amenaza es necesario; pero la situación no lo es”. SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, t. III, 4ª edición, actualizada por BAYALA BASOMBRIÓ, Manuel A., (Buenos Aires, 1987), p. 112.

<sup>52</sup> Puesto que esa vida tiene un plus valor social frente a la existencia del feto; la pérdida de la primera representa para la sociedad un daño emergente, la del segundo, un lucro cesante, en el símil civilista de Radbruch. Cfr. RADBRUCH, Gustav, *Geburtshilfe und Strafrecht*, (Jena, 1907), cit., p. 1, y RADBRUCH, Gustav, *Abtreibung*, en del mismo Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999) pp. 103-131. cit., p. 116. Asimismo, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958) cit., p. 369.

<sup>53</sup> La sobrecarga que involucra criar un hijo gravemente discapacitado, “no significa que se esté apelando al principio de inexigibilidad de otra conducta [...]. En verdad, esa ‘sobrecarga’ supone una especial limitación de la mujer para desarrollar su proyecto de vida”. LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*. (El art. 417 bis del Código penal), (Barcelona, 1990), p. 337.

<sup>54</sup> Sobre el particular, cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Política criminal del aborto*, (Barcelona, 1976), pp. 87-94.

siendo todas causas de exclusión de lo injusto, cual se piensa en algunos países, comparten la índole de las justificantes clásicas o representan algo distinto en el resultado negativo del juicio de antijuridicidad<sup>55</sup>. Esto, sin nombrar que la voluntad de la grávida, que luce como condición de procedencia en cada una de ellas, con el correlativo reconocimiento de su autodeterminación en punto a la continuidad o el cese del embarazo, queda subordinada, sin embargo, a unos requisitos heterónomos que reducen sensiblemente esa esfera de libertad y se le imponen a través del parecer autoritario del Estado y el dictamen del médico tratante, *v. gr.*, el hecho de que la mujer fue víctima de una violación o que sus condiciones familiares o económicas impiden que ella asuma razonablemente la crianza del unigénito o de un nuevo hijo<sup>56</sup>. Cualquiera puede ver, a despecho del sistema comentado, “que la existencia de razones habilitantes para interrumpir el embarazo es una cuestión de conciencia, que nadie más aparte de la madre puede resolver”<sup>57</sup>.

El modelo de los plazos es producto de un concreto ideal cultural, esto es, de la reunión de un fin histórico con una idea. El surgimiento del fin vino espoleado por la hodierna emancipación de la mujer –en el cuádruple sentido de su independencia del marido, del hombre en general, de las exigencias ancestrales del grupo y las pretensiones de la Iglesia–, el cambio de su papel dentro de la sociedad y la modificación habida en la moral sexual, que distingue hace décadas el goce

---

<sup>55</sup> Como en Alemania, donde se ha tratado de resolver el logogrifo acudiendo a la teoría del ámbito libre de Derecho o mediante la argumentación, tan alambicada como aquella doctrina, de unas antijuridicidad y justificación especiales del Derecho penal. MAURACH, Reinhart, SCHROEDER, Friedrich-Christian, MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 8ª edición, t. I, (Heidelberg, 1999), *cits.*, p. 72. De la primera teoría y su último adalid, Arthur Kaufmann, nos explayamos en nuestro artículo GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho penal, en volumen *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Hammurabi*, (Buenos Aires, 2004), pp. 441-455. De la teoría de Hans Ludwig Günther versan DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La categoría de la antijuridicidad en el Derecho penal, (Montevideo-Buenos Aires, 2011), *pássim*, y, en su aplicación al aborto, LAURENZO COPELLO, Patricia, El aborto no punible. (El art. 417 bis del Código penal), (Barcelona, 1990), *cit.*, pp. 289-297. Ésta arriba al corolario de que las causas de exclusión de lo injusto “penal” no prejuzgan nada acerca de la licitud o ilicitud general del acto; la nombrada en primer término, a su vez, lo mantiene flotando en el Hiperurano de lo no valorado por el Derecho.

<sup>56</sup> “La imposición de criterios externos y objetivistas, esto es, heterónomos al juicio y decisión de la embarazada, parece en buena medida incompatible con el valor atribuido a su autonomía”. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *El aborto: problemas constitucionales*, (Madrid, 1990), p. 70.

<sup>57</sup> Radbruch, RADBRUCH, Gustav, *Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechts*, en del mismo *Gesamtausgabe*, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999) pp. 194-200, *cits.*, p. 196.

carnal de la procreación como su único objetivo legítimo o desenlace ineluctable. Ni su condición la destina a ser madre ni existe un plan predeterminado de vida fuera del que ella misma se trace<sup>58</sup>. La idea, esto es, el valor puro que aprueba el fin y debe orientar las disposiciones jurídicas para que lo tornen realizable, coincide con la idea de la humanidad, que en la consideración de los hombres reclama prescindir mentalmente de todas sus condicionalidades empíricas y no ver en ellos más que seres librevolentes y fines en sí, como portadores de una dignidad eminente; en una palabra, personas<sup>59</sup>. El régimen de los plazos, por tanto, debiera salvaguardar uno de los elementos constitutivos de la calidad de persona en la mujer, o lo que es igual, su libertad, que en este tema postula la autonomía de su conciencia para regular su vida íntima y familiar.

Prescindiendo de las diferencias que existen en la configuración del régimen de plazos –en verdad, plazos combinados con indicaciones– en Norteamérica y Europa, parece que, en términos generales, los países que lo adoptan consiguen poner a buen recaudo la libertad de la mujer en las decisiones sobre sexualidad y maternidad, a lo menos en una medida mayor que los Estados que persisten en el esquema de las indicaciones<sup>60</sup>. Pese a ello, también la solución moderna se resiente de valoraciones incompatibles con su espíritu, del prurito de cosificación femenina. Si ha de primar su libertad, entonces está de sobra exigir que dentro del plazo legal se acredite que la gestante versa en un estado de angustia o apremio, como en el Código suizo<sup>61</sup>, u obligarla a escuchar unos consejos cuyo

---

<sup>58</sup> De las mudadas condiciones de la mujer en nuestros días discurren lúcida e imparcialmente, lo que es tanto más necesario en la batallona cuestión del aborto, HURTADO POZO, José, *Droit pénal. Partie spéciale*, 9ª edición, (Genève-Zurich-Bâle, 2009), pp. 92 y 94, y JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, t. II, 6ª edición, (Porrúa, 2000), pp. 197-198.

<sup>59</sup> La esencia de la humanidad –explica Max Ernst Mayer– consiste en “no dejar del hombre más que su cualidad humana, prescindiendo de todas sus concretas conexiones, para no ver más que su última y necesaria pertenencia a la sociedad humana”; con mayor precisión, radica en “romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuyendo ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí”. MAYER, Max Ernst, *Filosofía del Derecho*, LEGAZ LACAMBRA, Luis (trad.), (Barcelona, 1937), cit., pp. 192-193.

<sup>60</sup> Si bien, como se sabe, las tasas de embarazos interrumpidos no varían drásticamente al cotejar las estadísticas de unos y otros países, por la sencilla razón de que la fuerza arrolladora de los hechos se impone al método más atrasado de las indicaciones, que deriva *de facto* en otro análogo al de los plazos.

<sup>61</sup> Artículo 119, modificado en octubre de 2002 por la ley que introdujo el sistema de los plazos. Sin embargo, se piensa que “el simple hecho de que la mujer no desee la gravidez constituye de por sí una situación de angustia”. HURTADO POZO, José, *Droit pénal. Partie spéciale*, 9ª edición, (Genève-Zurich-Bâle, 2009), cits., p. 121.

objeto es disuadirla de la decisión de abortar y animarla a proseguir la gravidez, como en la legislación alemana<sup>62</sup>. En este sentido, mejor orientada parece la Ley orgánica española número 2, de 3 de marzo de 2010, sobre Salud sexual y reproductiva. El otorgamiento de la “prestación sanitaria”, como se denomina allí a la interrupción voluntaria del embarazo, que procede cuando la mujer la solicite y se lleve a cabo dentro de las primeras catorce semanas de la gestación, requiere que se la haya informado sobre los derechos y ayudas públicas de apoyo a la maternidad<sup>63</sup>. Además, de la ley hispana se desprende una conclusión de supina importancia, amén de consubstancial al esquema de los plazos, esto es, la licitud del cese de la preñez producido durante aquel período<sup>64</sup>, a contrapelo de la experiencia alemana sobre el particular, cuya legislación, siguiendo los fallos del Tribunal Constitucional de la Federación, califica hoy como “no punible” o “no realizador del tipo” del aborto el mismo supuesto que en España es de conformidad a Derecho<sup>65-66</sup>.

---

<sup>62</sup> Parágrafo 219 del Código Penal. Se ha argumentado la necesidad del asesoramiento, que según el tenor de aquel artículo sirve a la protección de la vida del no nacido, diciendo que corresponde a un Estado social de Derecho asumir la corresponsabilidad por la suerte del niño y no dejar a la mujer librada a su suerte. Late en esto el pensamiento, típico de las indicaciones, de que no se puede “hacer depender la destrucción de ese bien jurídico [la vida en formación] del libre antojo del particular” ROXIN, Claus, La propuesta minoritaria del Proyecto alternativo, en sus Problemas básicos del Derecho penal. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (trad.), (Madrid, 1976), pp. (71-83) 77. Por lo demás, es completamente impropio de la mentalidad liberal, medular en el Estado de Derecho, que alguien se arroge el derecho de aconsejar a un adulto. En un extremo tan delicado como este ni siquiera caben las sugerencias, admisibles en otros casos para aquella mentalidad, dado que la situación las convertiría en consejos, con la consiguiente posición de preeminencia de quien los formula ante el obligado a oírlos y sopesarlos.

<sup>63</sup> Artículo 14, letra a. Para el consentimiento de la mujer es necesario que conozca, también, las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de su interrupción (artículo 17, número 4).

<sup>64</sup> Artículos 3º, número 2 (reconocimiento del derecho a la maternidad libremente decidida), 13 (consentimiento expreso y escrito de la grávida), 14 (*podrá* interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas) y 15 (*podrá* interrumpirse por causas médicas). Tanto es así, que se ha escrito que, tras esta ley, “en Derecho penal el *nasciturus* no es bien jurídico protegido durante las primeras catorce semanas de gestación, ya que la embarazada puede abortar libremente”. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho penal. Parte especial, 16ª edición, (Madrid, 2011), p. 73. Por cierto, los autores critican este resultado e insinúan que sería inconstitucional.

<sup>65</sup> La cuestión no es baladí, dada la unidad de lo injusto dentro del ordenamiento jurídico. Si estos actos abortivos son impunes o atípicos, pero antijurídicos, como se infiere del parágrafo 218 a del Código alemán, cualquiera podría impedirlos mediante la legítima defensa, que no podría ser pelida por el personal sanitario, la relación jurídica entre el médico y la grávida carecería de validez y ésta no podría ser beneficiada por el sistema de asistencia social del Estado, so riesgo de convertirse el último en “partícipe de lo injusto”, como observa en su crítica de la cláusula

Pero si el acto ha de merecer el juicio aprobatorio del ordenamiento jurídico, aprobación fundada en el reconocimiento de la libertad de la mujer para gobernar su vida familiar y decidir sobre su cuerpo, dentro del cual crece un nuevo ser, ¿por qué habría que oprimir el ámbito temporal de la intervención médica en el primer tercio del proceso gestatorio? ¿No hay, en cambio, buenas razones, deducibles de aquella premisa, para extenderlo hasta el término del sexto mes, cuando el feto viable podría ser traído al mundo mediante una operación cesárea, e incluso hasta el inicio del parto fisiológico? Estas preguntas, que celan el componente arcaico aún anidado en los plazos, recomiendan examinar las motivaciones de la punibilidad regresiva.

### III. MOTIVOS DECLARADOS, INCONFESABLES Y LATENTES DE LA PUNIBILIDAD REGRESIVA

El fundamento de la penalidad del aborto, ya se efectúe en contra de la voluntad de la mujer o bien con su consentimiento, pero al margen de las indicaciones o plazos legales, es identificado por la inmensa mayoría de los criminalistas contemporáneos en la necesidad de proteger la vida humana en su germinación biológica, la vida humana no independiente, la vida del producto de la concepción humana, la vida en gestación o naciente, etc. Es el motivo declarado por los juristas en general, que el aborto constituye un delito contra una vida cuyo titular sería el nonato.

Por más seductor que pueda resultar el panorama de un *continuum* en la tutela penal de la vida humana, desde la anidación en el endometrio del óvulo fecundado<sup>67</sup>, pasando por el nacimiento, el desarrollo del niño y adolescente, la

---

legal ESER, Albin, en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25ª edición, (München, 1997), *cits.*, p. 1563. El imperativo de resolver estas contradicciones, declarando la legalidad de la interrupción consentida del embarazo, es una de las propuestas *de lege ferenda* de ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Befunde-Einsichten-Vorschläge*, coordinada por los mismos, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, t. III, (Baden-Baden, 1988-1999), pp. (3-33), *cits.*, *cfr.* p. 26. En nuestro idioma, véase la exhaustiva exposición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán de BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el Derecho constitucional comparado, en *Revista de Derecho público, publicación del Departamento de Derecho público de la Universidad de Chile* 63, (2001), pp. 209-247, en especial p. 243.

<sup>66</sup>La legislación sanitaria francesa lleva su consecuencia en este aspecto hasta el punto de prever como delito el hecho de coaccionar o amenazar al personal que se desempeña en establecimientos que practican la interrupción o a las embarazadas que acuden a ellos. Sin embargo, como el Código suizo, demanda que la solicitante del aborto dentro de las diez primeras semanas de la preñez verse en una situación de grave apremio o angustia (*détresse*). *Cfr.* VÉRON, Michele, *Droit pénal special*, 4ª edición, (Paris, 1995), pp. 81 y 83.

<sup>67</sup>Incluso desde la fusión de los gametos masculino y femenino, para las posturas extremas de la penalidad regresiva.

solidez del adulto y la declinación en la ancianidad, hasta la muerte natural de la persona, este parecer tropieza con varias objeciones. Primero, la falta de una explicación convincente de por qué los Códigos hacen del aborto un título de imputación distinto del homicidio, con penas menores que éste, y regulan hipótesis en que la interrupción del embarazo no engendra responsabilidad criminal. Sostener que la vida es un fenómeno dinámico al que, en consecuencia, tampoco se puede asignar un valor inmodificable, y que las etapas de su evolución biológica comportarían modificaciones substanciales que condicionan la apreciación social y jurídica, sobre todo el nacimiento, que implica la adquisición de la calidad de persona<sup>68</sup>, es un argumento armónico con la reinante normativización de los conceptos jurídicos, pero pasa por alto que hay demasiadas diferencias entre los tipos de aborto y homicidio como para reunirlos bajo un común denominador en el objeto jurídico y el sujeto pasivo. Prescindiendo de la atipicidad del aborto culposo y, en muchos países, de las lesiones dolosas o culposas irrogadas al feto, razones que por sí solas bastarían para descoyuntar el pretense encadenamiento de bien y sujeto<sup>69</sup>, es determinante la consideración de la mayor pena que asocian las leyes al aborto perpetrado en contra de la voluntad de la mujer. No es sólo que esté en juego aquí su pretensión de convertirse en madre, sino, dependiendo del avance del proceso gestatorio, también su integridad corporal y hasta su vida. A su vez, la hipótesis contraria, el aborto consentido, denota que el Derecho reconoce de algún modo la libertad de la mujer y admite un cierto margen de disponibilidad sobre su existencia<sup>70</sup>, lo que ratifican aquellos ordenamientos que describen un tipo privilegiado de homicidio para la persona que solicita su muerte por mano ajena. La continuidad entre aborto y homicidio, pues, no tiene como hilo conductor la vida del *nasciturus*, sino la estimación de ciertos intereses de la fémina, ligados a las expectativas de la sociedad acerca del evento del parto, como luego se dirá. Esto aparte, es incompatible con la protección penal de la vida en gestación que su aniquilamiento quede absorbido en las penas del homicidio o auxilio al suicidio de la mujer, según consignamos antes<sup>71</sup>. De las interrogantes que dejan abiertas los sistemas de indicaciones y

---

<sup>68</sup> Así, entre muchos, LAURENZO COPELLO, Patricia, El aborto no punible. (El art. 417 bis del Código penal), (Barcelona, 1990), cit., cfr. p. 89, y HURTADO POZO, José, Manual de Derecho penal. Parte especial, t. II, (Lima, 1994), cit., cfr. p. 15.

<sup>69</sup> La vieja enemiga de la doctrina a la punibilidad de la tentativa de aborto, por su parte, descansa en el sensato recaudo de proteger la intimidad familiar de comadres malignas y fiscales obtusos o ambiciosos. Cfr. Carrara, op. et vol. cit., pp. 363-364.

<sup>70</sup> En el sentido de ponerla en riesgo. Llámese así o de menor desvalor de la acción, para los partidarios de lo injusto personal, el resultado viene a ser el mismo.

<sup>71</sup> Cfr., *supra*, texto y nota 35. El propio suicidio frustrado de la grávida la deja impune de un eventual resultado de aborto. Cfr. POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan,

plazos nos hemos ocupado ya. Basta ahora agregar que en todas estas hipótesis la vida del nonato queda en un pie quebrado frente a los bienes jurídicos de la grávida, comenzando por su vida y siguiendo con su libertad. Por qué haya que considerar éstos y no aquél cual criterio prevaleciente, eso depende de la atribución jurídica, pero de base biológica, de la condición de persona a la mujer, cualidad que jamás podría predicarse de la criatura, a no ser que nos parapetemos en una ficción, en un consciente alejamiento de la realidad, y sabido es que el Derecho penal no puede operar con presunciones ni ficciones: en ausencia de titular del bien jurídico que se supone ofendido, tampoco puede cometerse delito alguno en contra de él.

Con lo que llegamos a otro reparo. Si la vida en germen fuese el bien primordial de los tipos de aborto, ella no podría ser referida al *nasciturus* como su titular, ni siquiera en los contados Códigos civiles que declaran que la personalidad jurídica comienza con la concepción<sup>72</sup>. El recurso a la personalidad, tratándose de aquél, es acaso legítimo en determinadas concepciones metafísicas o teológicas; pero extenderlas al terreno jurídico, por modo de hacer coincidir ser humano con persona, no pasa de ser un filosofema o una fabulación religiosa, ambos sumamente perjudiciales para el ordenamiento jurídico y las relaciones intersubjetivas regidas por él<sup>73</sup>. La superación jurídica de nuestro anacronismo tampoco se logra

---

Derecho Penal chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª edición, (Santiago, 1971), p. 199.

<sup>72</sup> El Código civil argentino expresa que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas” (art. 70). JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. III, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958), cfr. pp. 92-93, un decidido partidario de que el aborto tiene como sujeto pasivo a la comunidad en su interés por propagarse, aceptó a regañadientes que en la Argentina ese sujeto sería el feto, “proclamado persona sin ficción alguna” por la ley. En nuestros días, Donna matiza la interpretación de aquel precepto, recordando que el propio Código condiciona al hecho del nacimiento la calidad de persona. DONNA, Edgardo, Derecho penal. Parte especial, t. I, 2ª edición, (Santa Fe, 2003) cfr. p. 165. En verdad, la ficción es indesmentible. Si persona es el ser librevolente y fin en sí mismo, capaz, por tanto, de tener derechos, bienes y obligaciones jurídicas, a esta aptitud y, por tanto, a aquella calidad, es por principio ajeno el no nacido.

<sup>73</sup> El ímpetu religioso, tocado de una visión pesimista e inconformista ante el mundo actual, es inconfundible en los autores que columbran en la autorización del aborto “una motivación autodestructiva y nihilista que, junto a tantos otros índices (contaminación del planeta, devastación ambiental, reducción de la natalidad, esterilización, suicidio, tragedias callejeras, droga, anorexia, depresión, eutanasia, etc.), confluye en la prevalencia del ‘sentido de la muerte’ sobre el ‘sentido de la vida’, de *Thanatos* sobre *Eros*, que parece caracterizar cada vez más a la presente humanidad y, en particular, a nuestra decadente civilización occidental”. Es la opinión de MANTOVANI, Ferrando, Diritto penale. Parte speciale, t. I (Delitti contro la persona), (Padova, 1995), p. 64. Sea dicho por inciso que los fenómenos que nombra el ilustre colega italiano no tienen nada que ver con el aborto ni justifican una visión apocalíptica del porvenir de la humanidad. Antes bien, la licitud de la interrupción del embarazo halla su sede

reponiendo que si entes supraindividuales desprovistos de personalidad jurídica pueden ser titulares de bienes protegidos por el Derecho, también podrían ser sus portadores seres biológicos carentes de personalidad<sup>74</sup>. La comunidad indiscriminadamente considerada posee ciertos bienes, es verdad, pero sólo aquellos que se le adecuan como realidad social, por ejemplo, la seguridad o el orden públicos, nunca la vida o salud de un individuo en particular<sup>75</sup>. Esto, sin mencionar que por debajo de comunidad como paciente de delitos están los verdaderos sujetos de fines, las personas. La concepción personalista de los bienes jurídicos, clave de bóveda del moderno Estado de Derecho, parece forzarnos a la conclusión de que el titular de las expectativas, a nuestro entender demográficas, que convergen en la subsistencia del *nasciturus* —no ya su vida— es la sociedad<sup>76</sup>.

Pero la rémora del anacronismo lastra igualmente la última salida del dilema. Si el bien en cuestión ha de ser atribuido a la sociedad, entonces la mujer sería jurídicamente incapaz de disponer de él<sup>77</sup>. De las necesidades comunitarias decide la sociedad, no los individuos. Además, esas necesidades están sujetas a apreciaciones cambiantes, a las circunstancias del momento histórico, y su definición depende de la jerarquía que se adjudique a los bienes colectivos respecto de los individuales, un problema político que el autoritarismo resolverá sin ambages a favor de los primeros. La aporía queda debilitada, mas no se esfuma para el entendimiento liberal de las relaciones sociales, porque aunque éste preferirá la vida de la mujer al interés demográfico, enfrentará dificultades para congeniarlo con la libertad a secas de la gestante<sup>78</sup>. Incluso el sistema de los plazos riñe con las pretensiones colectivistas del grupo. Si el bien ofendido es de todos, no se alcanza

---

en el optimismo ingénito al concepto de libertad y la satisfacción del concepto de dignidad de la persona; por ende, en el liberalismo, no en una actitud reaccionaria, adjetivo al que se presta, mucho nos tememos, la tesis de este valioso penalista.

<sup>74</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho penal mexicano, t. II, 6ª edición, (Porrúa, 2000), cit., cfr. p. 179.

<sup>75</sup> A menos que se imagine la existencia de sujetos no humanos y pre-personales como poseedores de prerrogativas jurídicas. Esta es otra ficción, patrocinada, empero, por un ingenio tan racionalista como ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho penal. Parte general, 2ª edición, (Buenos Aires, 2002), cfr. p. 493.

<sup>76</sup> Por el Estado como titular de un “valor socio-cultural”, mudable y susceptible de desaparecer, se pronuncia HUERTA TOCILDO, Susana, Aborto con resultado de muerte o lesiones graves, (Madrid, 1977), cfr. p. 32.

<sup>77</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis, Prohibición del aborto y Constitución, MIR PUIG, Santiago (ed.), La despenalización del aborto. (Bellaterra, 1983), p. (55-85), 73.

<sup>78</sup> Por eso Jiménez de Asúa justificó la embriotomía para salvar la vida de la mujer, ya que “este interés demográfico es muy inferior a la vida humana”, pero receló de otras indicaciones, particularmente la económico-social. El pasaje citado, en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. IV, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958), p. 372; además, cfr. pp. 651-652.

a comprender la razón de que pueda disponer de él una persona individual<sup>79</sup>. Todo esto sugiere que la renuncia al delito arcaico hay que buscarla en otra parte. Sólo la libertad de la mujer para regular su vida íntima y familiar nos procura la salida del atolladero. Con arreglo a ello, punibles pueden ser únicamente el aborto causado en contra de su voluntad, así como los que, por la impericia del sujeto actuante o el progreso de la preñez, pongan en peligro la existencia de la grávida. Como sea, en uno y otro caso paciente es la mujer y bienes afectados, su libertad o su vida.

Por de contado que a estas razones jamás se plegará la raíz arcaica de la prohibición absoluta del aborto, tanto más difícil de lidiar cuanto que ha sabido disimularse bajo resonantes pretextos, siendo el primero la defensa a ultranza de un ser débil e indefenso. Sin embargo, la realidad que se esconde tras las apariencias certifica muy otras motivaciones. Es más, una característica de la operación consistente en escamotearlas reside en que ésta siempre tuvo conciencia de la finalidad del procedimiento, también de su efecto altamente deletéreo para la vida del ser al que dice brindar protección<sup>80</sup>. El motivo inconfesable de la prohibición del aborto y del ímprobo afán de encruelecerse social, jurídica y penalmente con las mujeres que abortan, es idéntico a lo largo de la historia no proclamada de la política criminal: el horror ante los placeres de la carne. El maridaje entre pecado, inmoralidad y delito, consubstancial al período teológico del Derecho punitivo, cuando “el sacerdote es quien pronuncia la última sílaba, el que dirime las cuestiones de la prohibición y la penalidad”<sup>81</sup>, se ha dado maña para perturbar hasta las medidas adoptadas en el siglo XX en contra de la maquinaria que laceró antaño sin misericordia a las mujeres que tuvieron la desgracia de ser atrapadas por la Justicia penal. Y es que la mentalidad ascética experimenta una incontenible repulsión ante el aborto, los medios de control

---

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho a la vida, Prohibición del aborto y Constitución, MIR PUIG, Santiago (ed.), La despenalización del aborto. (Bellaterra, 1983), cit., cfr. p. (87-100) 96.

<sup>80</sup> Esto confiere un aspecto de especial ruindad a la actitud que comentamos. De hecho, los mismos sectores que se indignan con cada proyecto de liberalización, hacen caso omiso de los cientos de miles de abortos clandestinos que han provocado al imponer embarazos que se podría haber evitado por otros medios, igualmente objeto de condena por esos reducidos pero influyentes grupos (cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Por un aborto libre, en, del mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª edición, (Madrid, 1981), p. [37-44] 39), y de las aún más pavorosas cifras de personas muertas en la guerra, que para aquéllos representa “un deber santo, un servicio divino del soldado” (KARTELL FÜR REFORM DES SEXUALSTRAFRECHTS, Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen, [Berlin, 1927], cit., p. 24).

<sup>81</sup> CARRARA, Francesco, Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena, (Bologna, 1993), p. 87.

de la natalidad, la fecundación asistida que reemplaza el coito matrimonial<sup>82</sup>, la homosexualidad, etc., no porque le preocupe la suerte de los seres en gestación, destino por demás ajeno a las relaciones homosexuales y heterosexuales infértiles, sino porque el señorío de hombres y mujeres sobre su vida sexual, la capacidad humana de disociar el goce de los sentidos –cualidad constitutiva de su naturaleza– respecto de la procreación, descalabra cierto sistema heterónimo de moral sexual, la organización familiar que éste apetece y la ideología política subyacente, una que encadena el hombre a poderes superiores<sup>83</sup>. Pues bien, ese sistema moral, esa estructura familiar, estática, autoritaria y sumisa a la vez, y esa ideología, nada tienen que ver con las valoraciones laicas y liberales que inspiran a la sociedad y los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo. El anacronismo de sus pretensiones, doblegar el poder del Estado y las normas de cultura que lo informan a exigencias sobrenaturales, amén de inadmisibles en el Derecho político actual, se nos presenta con visos de abierta irracionalidad. Como tales arrestos legiferantes nunca consiguieron ni podían derrotar la índole sensible y la indómita autonomía de las personas en la reserva del juego erótico, el motivo inconfesable sobrepasa en vetustez el estrato de lo arcaico. Se hunde más abajo, entre los residuos arqueológicos, en el origen mítico de delito y pena.

La irracionalidad, así en el Derecho como en la política, es la específica expresión del voluntarismo, que en Filosofía se corresponde con las doctrinas que otorgan preeminencia a la voluntad sobre el entendimiento humano. Por ende, no

---

<sup>82</sup> En particular la técnica que utiliza el óvulo o el semen de un individuo ajeno a la pareja requirente. Fue prohibida por la Ley italiana número 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médicamente asistida, lo mismo que la maternidad subrogada, incluso la de motivación solidaria. El privilegio concedido allí al embrión, considerado persona humana desde un principio, sobre la salud de la mujer y la imposición de un determinado modelo de familia, son parejamente manifestaciones de una visión “*fideistico-moralística che cozza con lo spirito del nostro sistema costituzionale e in particolare con i principi della laicità e del pluralismo ideologico*”. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I (I delitti contro la persona), 2ª edición, (Bologna, 2007), p. 47.

<sup>83</sup> Semejante, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Por un aborto libre*, en, del mismo, *Estudios de Derecho penal*, 2ª edición, (Madrid, 1981), cit., cfr. pp. 41-42, donde observa que la solución de las indicaciones, en las que no hubo pecado y el concubito bien pudo ser conyugal, se presta dócilmente a los mismos intereses que están detrás de aquella ideología. Limitar a las indicaciones terapéutica, eugénica y sentimental la autorización para la interrupción del embarazo, equivale a hacer un flaco favor a la causa del abolicionismo, que postula libertad en la conformación de la moral sexual. Digamos por nuestra parte que no hay verdadera moral sin autonomía. Moral “heterónoma” es un puro galimatías conceptual, el enmascaramiento de la inmoralidad de violentar la conciencia ajena. “No hay ninguna coerción hacia lo bueno –escribió Nicolai Hartmann–. La posibilidad de lo bueno es necesariamente, a la vez y en el mismo grado, posibilidad de lo malo [...] Forma parte de la esencia del hombre encontrarse en este peligro”, y de la esencia del Derecho, ser posibilidad de lo moral o inmoral en las conductas reguladas por él. HARTMANN, Nicolai, *Ética*. PALACIOS, Javier (trad.), (Madrid, 2001), p. 418.

hay para extrañarse de encontrar junto a la motivación inconfesada y arcaica de la punición del aborto consentido, otra latente y contemporánea. A semejanza de los sueños, tras el contenido manifiesto de la penalidad regresiva –preservar la vida del *nasciturus* a costa de la personalidad jurídica de la mujer– se cela otro velado, con lo que queremos decir que la inmensa mayoría de sus partidarios no tienen conciencia de él, aunque existe, obra larvadamente, como las fuerzas misteriosas de la voluntad, y es poderoso. Su hallazgo se revela utilísimo, incluso indispensable para explicarnos el carácter confuso e incomprensible de esta punición y la estructura social encubierta por el contenido ideológico que afluye a la conciencia<sup>84</sup>. Y es que la conservación de esa estructura obedece a una bien precisa y consciente voluntad de poder, sólo que al alcance de unos pocos.

Tocó a la segunda etapa del movimiento abolicionista el mérito de descubrir este pliegue recóndito del problema. Entonces se expuso que el castigo del aborto consentido representa una ley de excepción contra el proletariado<sup>85</sup>. La mención del proletariado ofrece una doble ventaja. Por una parte, anuncia que el fenómeno es más antiguo que la configuración histórica de este segmento humano como clase social, proceso que se cumple recién en el siglo XIX a resultas de la revolución industrial, la acelerada concentración del capital, el deterioro de las condiciones de vida de los trabajadores urbanos y, en fin, la guerra. Pero, por otra parte, permite explicar que el proletario histórico, o sea, el individuo que sólo presta a la ciudad el servicio de generar una prole<sup>86</sup>, sumido en una atmósfera de inaudita opresión económica durante aquella centuria, atrajese la atención del pensamiento político-social también hacia las relaciones entre clase social y aborto, enlace que el marxismo decimonono había descuidado por completo<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Es en los sueños incoherentes, embrollados y faltos de sentido “donde surgen aquellos enigmas que no desaparecen hasta que se sustituye el contenido manifiesto por el contenido ideológico latente”. FREUD, Sigmund, La interpretación de los sueños, en, del mismo, Obras completas. LÓPEZ BALLESTEROS Y DE TORRES, Luis, t. I, (Madrid, 1948), p. (233-588) 238.

<sup>85</sup> El argumento pertenece a RADBRUCH, Gustav, *Verbrechen gegen das keimende Leben*, en del mismo Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999). cfr. p. 257, y al KARTELL FÜR REFORM DES SEXUALSTRAFRECHTS, *Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen*, (Berlin, 1927), cit., cfr. pp. 17-18.

<sup>86</sup> Lo indica la etimología latina del término, *proletarii*, y el hecho de que en Roma se distinguía a artesanos, vagabundos y otras gentes de humilde condición precisamente por esta circunstancia, a diferencia de los *asiduii*, sujetos poseedores de casa y tierra. ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho romano*, DE PELSMAEKER E IVÁÑEZ, Francisco (trad.), (Madrid, 1980) cfr. p. 42.

<sup>87</sup> Como se sabe, el marxismo de la época dedicó poca atención al problema de la criminalidad, debido al prejuicio que nutrían sus fundadores respecto del *Lumpenproletariat*, al que consideraron

Pues bien, reducido hasta el esquematismo, el planteamiento de los criminalistas de esta inspiración viene a ser el que sigue. El aborto es practicado impunemente por las personas de las clases acomodadas, que cuentan con mayor ilustración, manejan los medios anticonceptivos, pueden esterilizarse y, en caso de urgencia, acudir al aborto en condiciones que eximen a la mujer de riesgos para su salud y de las garras de la Justicia penal, a la que resultan invulnerables. Ésta, en cambio, se ceba en las madres y muchachas de las clases desposeídas, en cuyas filas la prole no deseada causa mayor daño, ya que las gentes económicamente necesitadas tampoco pueden mantener un número grande de hijos. ¿Cómo exigirles, pues, su nacimiento?<sup>88</sup>

Con este componente de desigualdad social y discriminación jurídica, el argumento se ha mantenido hasta el presente en los países que trataron o siguen abordando el aborto como una cuestión penal<sup>89</sup>. Sin embargo, la ignorancia de su real cabida se ha prestado para tergiversaciones<sup>90</sup> y es un obstáculo para adentrarse en la entidad del Derecho penal clasista. En esto conviene cotejar la situación de aborto e infanticidio, delitos diferentes en definición jurídica y caracterización criminológica, pero poseedores de un elemento compartido en la historia moderna y contemporánea, la explotación. El infanticidio había sido desde el siglo XVIII una forma de explotación sexual de la capa social inferior –comerciantes, artesanos y campesinos– por la superior. La nobleza y, en el siglo XIX, la alta burguesía, henchidas del ideal galante, de la conquista como disfrute cinegético, perdían todo escrúpulo y vergüenza cuando la presa de la caza erótica era una joven de las clases bajas. La modistilla o sirvienta de burgueses, que sólo podía oponer a la insistencia del patrón, amo o señorito el ideal de la honradez, “era efectivamente la víctima más indefensa de la seducción y predestinada al infanticidio”, delito al que la impulsaban la deshonra, la expulsión de la familia, la pérdida del empleo,

---

políticamente errátil y, en general, mercenario de la causa de la burguesía. Cfr. TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, CROSA Adolfo, (Buenos Aires, 1990), p. 234.

<sup>88</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Tres temas penales. El aborto criminal. El problema de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial*, (Barcelona, 1955), cit., p. 28, y JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, 7ª edición, (Buenos Aires, 1984), p. 273.

<sup>89</sup> Por ejemplo, España, hasta la introducción del sistema de las indicaciones. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Por un aborto libre, en, del mismo, Estudios de Derecho penal*, 2ª edición, (Madrid, 1981), p. (37-44), cit., p. 39.

<sup>90</sup> Piénsese en el “turismo abortivo”, desafortunada expresión con que se alude al viaje de la mujer a un país extranjero en que la interrupción del embarazo es indicada o lícita en ciertos supuestos. Fue un fenómeno corriente entre España y Suiza mientras imperó la legislación franquista, transida de espíritu totalitario y ultramontano. Huelga decir que no se conoce un solo caso de viaje de placer en tal trance, que, al revés, resulta angustioso para quien tiene que conllevarlo.

el ostracismo social y la propia legislación punitiva, cuyos humillantes castigos del comercio carnal ilegítimo –llevar la piedra del vicio, el encierro en la berlina de las prostitutas, barrer las calles con atuendos burlescos, la picota, la prisión y el destierro– tenían que operar como móviles de la muerte del neonato<sup>91</sup>. A su vez, la penalidad del aborto, en sentir de Karl Aderhold y Gustav Radbruch, diputados socialistas durante la República de Weimar, era una forma de explotación social, que la política demográfica imperialista de esos años utilizaba para incrementar la carne de cañón y abaratar la mano de obra<sup>92</sup>.

Una elemental fidelidad al pensamiento económico aconseja despejar el equívoco de que la denuncia del propósito, buscado por algunos e inadvertido para muchos, de contribuir a la reducción del precio de los salarios mediante la amenaza de penas contra las mujeres proletarias, procedería directamente de las concepciones marxistas. La teoría económica del marxismo ortodoxo considera que la oferta y la demanda regulan tan sólo las oscilaciones pasajeras de los precios en el mercado. El del servicio personal asalariado “se determina por el valor de los artículos de primera necesidad imprescindibles para producir, desarrollar, mantener y perpetuar la fuerza de trabajo”<sup>93</sup>. En verdad, los socialistas se dirigían contra aquella política blandiendo las armas del adversario, o sea, la teoría económica clásica, para la cual el precio natural del trabajo descansa en una relación rigurosa entre la tasa de los salarios y el volumen de la población (David Ricardo) o entre el fondo de producción y la cifra demográfica (Adam Smith)<sup>94</sup>. La estrategia, pues, consistía en hablar a los empresarios en su mismo idioma –que la oferta de trabajo es función de una sola variable, el número de habitantes del país–, fuesen o no conscientes de la operación cuestionada por los opositores. Con todo, existe un sedimento marxista en la crítica. La tendencia de los salarios hacia el mínimo vital, fenómeno explicado por Marx conforme al mecanismo de la competencia perfecta, se funda en la propiedad privada de los medios de producción, que obliga a los proletarios a vender su fuerza laboral y

---

<sup>91</sup> “De nuevo nos encontramos ante el hecho, tan a menudo confirmado, de que los castigos con que se quería combatir el crimen, actuaban precisamente como móvil del mismo”. RADBRUCH, Gustav y GWINNER, Heinrich, *Historia de la criminalidad. (Ensayo de una Criminología histórica)*, MAJADA, Arturo (trad.), (Barcelona, 1955), cit., p. 281, de la que tomamos las citas del texto. En la misma página recuerda los castigos de la Iglesia contra las réprobas, entre otros, la penitencia pública eclesiástica.

<sup>92</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal.*, t. I, vol. I, 2ª edición, (Madrid, 1972), cits., cfr. p. 573.

<sup>93</sup> MARX, Karl, *Salario, precio y ganancia*, en MARX, Karl y ENGELS, Friederich, *Obras escogidas*, (Moscú, 1969) p. (191-238) 218. Cfr., además, MARX, Karl, *El capitale. Critica dell'economia política*, libro primero, segunda parte, 2ª ed., MEYER, Ruth (trad.), (Roma, 1969), pp. 234-241.

<sup>94</sup> BALTRA CORTÉS, Alberto, *Teoría económica*, t. II, (Santiago, 1963-1975), p. 391.

medra de la población hábil pero en situación de paro, de ese ejército industrial de reserva tras el cual aparecen constantemente nuevas y pequeñas bocas que alimentar. En suma, sobre unos y otros, ocupados y cesantes, gravita la explotación de las capas privilegiadas y una de sus herramientas de dominación, la amenaza de fulminar contra los débiles las penas del aborto.

Contemplado desde la óptica del tiempo, el argumento tenía mucho de certero. En los años de la primera postguerra mundial, cuando se lo formuló, las condiciones de las clases trabajadoras en los países vencidos eran espantosas, con una inflación galopante, alza sostenida del precio de los mantenimientos y grave mella en el poder adquisitivo de los salarios. No causa sorpresa que “el motivo principal de la inmensa mayoría de los abortos fuese la necesidad, la más amarga necesidad económica”<sup>95</sup>. Las convulsas circunstancias políticas del momento, empero, requerían obreros con familias numerosas, porque el padre de varios hijos trabaja duro, se contenta con lo indispensable y, sobre todo, no va de buen grado a las huelgas, ese fantasma que pronto conjurarían los grupos dominantes entregando el poder al totalitarismo, cuyo empleo del castigo del aborto como vehículo para engrosar las huestes o la raza es un hecho históricamente comprobado<sup>96</sup>. Ahora bien, mudadas esas condiciones en la Europa de la segunda parte del siglo XX, el argumento no ha perdido del todo su valor. Las sociedades que consiguieron mejorar las condiciones de vida de los proletarios, aburguesándolos en algunos países, no necesitan del Derecho penal para influir en la tasa de natalidad ni regular el precio del trabajo. En la formación del último dejó de ser allí determinante la primera, por la incidencia de la fijación estatal de ciertos valores del proceso productivo y la organización sindical, entre otros factores propios del llamado Estado social de Derecho. La misma distribución lícita y a bajo o ningún costo de eficaces medios anticonceptivos hizo del aborto un asunto menos gravoso que otrora. El alegato de los socialistas de antaño, pues, sigue incólume, pero en su faz negativa.

El punto es que por doquier en el mundo persisten condiciones económicas y sociales propicias para la conservación del formidable ariete penal contra los irredentos. Iberoamérica, donde no existe el sistema de los plazos, el mayoritario régimen de las indicaciones sufre de vez en cuando interesados vapuleos y hay países –Chile, El Salvador, Honduras y República Dominicana– en que éstos consiguieron eliminarlas, es un ejemplo de lo que acabamos de manifestar. En

---

<sup>95</sup> KARTELL FÜR REFORM DES SEXUALSTRAFRECHTS, Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen, (Berlin, 1927), cit., p. 18.

<sup>96</sup> Con profusión de detalles, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. IV, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958), cfr. pp. 998-1001.

particular, el sistema de prohibición absoluta retrata a la perfección la confluencia del motivo inconfesado y el latente, si es exacto que le son anejos, entre otros rasgos característicos: la enemiga a los procedimientos anticonceptivos, la educación sexual y la prevención rigurosa de las enfermedades venéreas; la altísima cifra de abortos clandestinos y el desprecio por el elevado número de mujeres que pierden la vida en el intento de interrumpir la gravidez<sup>97</sup>; la homofobia y, por último, una aguda desigualdad en la distribución de la riqueza, que mantiene a las clases más modestas en el trabajo informal, con salarios irrisorios y, en síntesis, al borde o en lo profundo del abismo de la miseria. Es verdad que la “globalización”, término que designa la concentración del capital financiero, la pérdida del poder regulador económico de los Estados, el colapso del empleo y la generación de un vasto sector marginado de la economía, substituyó la relación explotador-explotado por la no relación de incluidos y excluidos<sup>98</sup>. Esto parece relativizar el supuesto básico de nuestro argumento. No obstante, en la medida que los sujetos descartables cumplan alguna función simbólica –es decir, como fuentes de miedo y de la manipulación de temores colectivos– y haya todavía sujetos útiles para el funcionamiento de la economía globalizada, el aparato punitivo del aborto seguirá siendo un arma de dominio sexual, ideológico y social<sup>99</sup>. Búsquese los efectos y se hallará las causas. Éstas no han cambiado sensiblemente para los pueblos que marchan rezagados en la historia, desde que se oyó la infructuosa prédica de 1919 en contra de la opinión de que el mundo no descansa más seguro sobre los hombros de Atlas, que los países sobre sus ejércitos y desheredados.

#### IV. RESUMEN Y PERSPECTIVAS DEL CASO CHILENO

Escuetos seremos en este capítulo, pues no es nuestro designio repetir asuntos archisabidos en el medio nacional ni dejar en sordina su aspecto más interesante, o sea, la reproducción de la convergencia de elementos antes examinada.

Mas tampoco precipitemos la conclusión. Chile entra en el siglo XX con un pronóstico risueño en el manejo jurídico del aborto. Lo lisonjero del juicio no atañe a las condiciones sociales que prepararon los preceptos administrativos sobre el

---

<sup>97</sup> El aborto ocupa en estos Estados los primeros lugares en las causas mortalidad materna, el tercero en el caso de Chile. Cfr. ASOCIACIÓN CHILENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, Aborto en Chile. Argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas, obra compilada y redactada por GUAJARDO, Alejandro y JARA, Myriam, (Santiago, 2010), p. 24.

<sup>98</sup> Una impactante descripción de este vuelco de las relaciones de poder en el mundo y sus consecuencias en el Derecho penal, en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal, en el volumen Criminalidade moderna e reformas penais. Estudos em Homenagem ao Prof. Luiz Luisi, (Porto Alegre, 2001), pp. 139-165.

<sup>99</sup> Coincidente, SEGRERA, Martín, La crisis poblacional, (Madrid, 1995), cfr. p. 68.

particular. Durante el siglo XIX la interrupción del embarazo permaneció como un asunto de la vida privada y, por ende, no despertó interés en las autoridades. Tampoco inquietaba grandemente a los juristas, quienes, en todo caso, supieron templar la severidad del Código penal extrayendo de sus disposiciones resultados proclives a la licitud del aborto inducido por el médico para salvar la vida de la grávida, amenazada por la prosecución de la preñez<sup>100</sup>. Sin embargo, la situación cambia drásticamente de cariz a principios de la nueva centuria. El proceso de urbanización, que comienza en el último tercio de la precedente, y el incipiente avance del capitalismo, trajeron consigo un cambio substancial en la estructura familiar del proletariado, la aparición de los marginales, una desoladora pobreza, enfermedades que diezaban a la población menesterosa, especialmente mujeres y niños, una subida cota de retoños nacidos fuera del matrimonio, menores abandonados y la multiplicación de los abortos clandestinos, causa principal de lesiones, esterilidad y muerte de un número escalofriante de jóvenes y madres en los sectores desposeídos, que formaban el grueso de la población del país<sup>101</sup>. En este ambiente se dicta las primeras leyes de protección de la infancia y, por cierto, el Código sanitario de 1931, que acogió en amplios términos la indicación terapéutica<sup>102</sup>. La extensión de la cláusula “fines terapéuticos” hay que agradecerla a la tenacidad del mundo médico en su afán de proteger la vida de las embarazadas solteras, como también a la concomitante inquietud política por elevar las condiciones de vida de la clase trabajadora<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> La autorización implícita de la indicación terapéutica se obtuvo de la interpretación del giro normativo “abusando de su oficio”, que el artículo 345 del Código de 1874 exige para la agravación específica de la responsabilidad de los facultativos que causan el aborto o cooperan en él. Cfr. COUSIÑO MAC IVER, Luis, Manual de Medicina legal, 2ª edición, (Santiago, 1954), p. 345. Del mismo parecer, para todos los Códigos enfeudados en los españoles del ochocientos, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia, 7ª edición, (Buenos Aires, 1984), cit., cfr. p. 283. Otra inteligencia, sustentada en la historia fidedigna del adverbio “maliciosamente”, requisito típico de la punición de quien provoca el aborto en la mujer (artículo 342), pero ausente en el médico, pues éste cree obrar al amparo de una situación de licitud, en BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno, en *Revista de Derecho y Humanidades* 10, (2004) pp. (143-181) 144-147.

<sup>101</sup> Nos extendemos sobre estos pormenores, con acopio de bibliografía y fuentes estadísticas de entonces, en GONZÁLEZ VALDÉS y GUZMÁN DALBORA, José Luis, Setenta años de reformas penales. Memoria de grado (inédita), (Valparaíso, 1987), pp. 231-239.

<sup>102</sup> En el artículo 226, conforme al cual “*sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer*”.

<sup>103</sup> Entre los autores chilenos del momento estaba muy difundida la idea, por entero consonante con las europeas de la segunda fase del movimiento abolicionista, de que había que legalizar el aborto como medio de combatirlo. Decisor del sentir de los galenos, y de la resonancia que tuvo en ellos el espectáculo de la mortalidad materna, es el resumen de las conclusiones de la Convención Médica de Valparaíso, en enero de 1936. Allí se dice, entre otras cosas, que el primer

A partir de aquel lance empieza a insinuarse un distanciamiento en la velocidad de marcha de la aplicación médica y la comprensión penalista de la regla del Código sanitario, fenómeno clarísimo hacia finales de los años sesenta, cuando los gobiernos ponen en práctica programas de planificación familiar, entregan gratuitamente a las mujeres medios anticonceptivos y se dicta un nuevo Código sanitario (1967), que persevera en la visión terapéutica de la interrupción indicada del embarazo, juzgada hasta ese punto como incuestionablemente lícita<sup>104</sup>. Así, mientras la práctica hospitalaria fue extendiendo la eximente, de la hipótesis cada vez menos significativa de peligro de muerte para la mujer, a situaciones de pobreza extrema, madres múltiparas y embarazos no deseados, con tal que la interrupción se realizase dentro de las primeras doce semanas<sup>105</sup>, la Dogmática penal continuaba interpretándola como un supuesto de estado de necesidad justificante o, a lo sumo, de ejercicio legítimo de la profesión médica, pero en el entendido de que el galeno actúa en salvaguarda de la vida o la salud de la gestante<sup>106</sup>, nada más. La consideración criminalista del problema en Chile, pues,

---

medio de lucha contra el aborto es el mejoramiento del estándar de vida de la población; que hay que otorgar una amplia protección a la madre del niño y al hogar; que esta acción debe ir unida a una amplia divulgación de los métodos anticoncepcionales y una efectiva educación para la maternidad consciente; que ante las trágicas consecuencias actuales debe establecerse como solución transitoria el aborto científico por causas sociales, y que “debe irse a una reforma de la constitución civil de las familias, que crea desigualdades entre hijos legítimos e ilegítimos”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, 7ª edición, (Buenos Aires, 1984), cit., p. 274.

<sup>104</sup> Artículo 119: “*Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a la intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos*”. Es notoria la omisión de la esterilización voluntaria, tema de primerísimo interés en los años treinta. Quedaría como un tema pendiente hasta la Resolución exenta número 2326, de 9 de diciembre de 2000, con la que el Ministerio de salud regula la realización de la vasectomía y salpingectomía en sus establecimientos asistenciales. Pese a la humilde jerarquía normativa, se trata de un documento cuya orientación merece plácemes. La decisión descansa únicamente en la voluntad médicamente informada de individuos mayores de edad, “*sin que ello quede supeditado a la aprobación de terceras personas*” (número 2°).

<sup>105</sup> Es que el aborto clandestino, aunque había reducido sus guarismos en el ínterin, no era aún un gigante vencido para el sistema de salud pública. Cfr. ASOCIACIÓN CHILENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, *Aborto en Chile. Argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas*, obra compilada y redactada por GUAJARDO, Alejandro y JARA, Myriam, (Santiago, 2010), cit., pp. 30-31.

<sup>106</sup> El punto de vista más adelantado en la reconstrucción de la regla del Código sanitario es nativo del genio de Sergio Politoff Lifschitz, quien distinguió en la exención, no un caso de necesidad justificante, sino otro especialmente legislado de ejercicio legítimo de la profesión de médico. Esto aproximó un tanto el criterio jurídico a la realidad del país, pero nunca hasta el extremo de asumir las indicaciones sentimental y económico-social, que el autor relega al campo de la no exigibilidad de otra conducta. Cfr. POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, *Derecho Penal chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus*

tampoco superaba la que Jiménez de Asúa pregonó en aquellos años, del aborto como un delito arcaico, sí, pero con arraigo bastante en la norma de cultura como para seguir estimándolo en el Código Penal, si bien con penas menores y acompañado de excepciones que pueden constituir causas de justificación o de inculpabilidad<sup>107</sup>.

La norma de cultura sufre impensada parálisis en las décadas de la satrapía castrense. Las fuerzas actuantes en esta ralea de regímenes acostumbra a producir dicho efecto, detener el libre desarrollo de la comunidad, al principio, narcotizándola y, llegado el momento propicio, hundiendo en su costado la hoja que siega los tejidos de mayor evolución en el contexto social. La suspensión de los programas públicos de educación sexual y prevención del embarazo, reducción de los presupuestos y del personal médico involucrado, la extracción de dispositivos intrauterinos a mujeres humildes, etc., parecían medidas inofensivas si los mismos medios podían obtenerse, previo pago, en farmacias o en clínicas privadas. Una aguda estratificación social, semejante a esas espirales llamadas logarítmicas porque la distancia entre sus brazos aumenta en progresión geométrica mano a mano que se alejan del centro, o sea, el proyecto nacional acariciado en secreto y logrado rotundamente por los individuos que se movían entre bambalinas o en el centro del escenario gubernamental, dejó al país a merced de las aspiraciones latentes también en el problema del aborto. En tales circunstancias, sólo era cosa de tiempo el retroceso a la fase arcaica, que sobreviene en 1989 con la derogación de la regla del Código sanitario<sup>108</sup>. Chile se asoma al portal del siglo XXI con una cláusula prohibitiva del aborto en cualquiera circunstancia.

Oí una vez de labios de un insigne penalista, el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000), una frase que él a buen seguro estimaría apropiada para caracterizar el momento actual, es decir, que las dictaduras nunca imperan mejor que cuando dejaron de ocupar el poder. A la reversión de la punibilidad regresiva no parece aguardar halagüeña primavera si se considera el decurso legislativo del país, la disposición de los juristas y el estado de la opinión pública. Desde 1994 se ha presentado en el Parlamento varias mociones que pretendieron aumentar las penas del aborto, asimilándolo al homicidio y vejando a la mujer con el dudoso

---

condiciones físicas, 2ª edición, (Santiago, 1971), cit., pp. 226-241. Véase, también, la minuciosa reconstrucción histórico-dogmática de BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno, en *Revista de Derecho y Humanidades* 10, (2004), cit. pp. 149-150.

<sup>107</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. IV, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958), cit., cfr. p. 988.

<sup>108</sup> Sobre su gestación y sus motivaciones, diserta críticamente BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno, en *Revista de Derecho y Humanidades* 10, (2004), cit., cfr. pp. 152-156.

obsequio de reducir su castigo si colabora con la autoridad<sup>109</sup>. Otros proyectos legales se limitan a reponer la disposición del Código sanitario, alguno ampliándola a las indicaciones eugénica y sentimental. Por su parte, los visibles esfuerzos de la doctrina penal por limitar el alcance de los estragos de 1989 y reconocer *de lege lata* a médico y paciente el derecho de interrumpir el embarazo en casos graves para la subsistencia de la última, no han cristalizado en propuestas que abandonen el cepe de las indicaciones y reconduzcan el problema del aborto al único cauce por el que puede fluir, la conciencia de la mujer. De hecho, el Anteproyecto de nuevo Código Penal de 2005, preparado por valiosos criminalistas, continúa conminando penas contra la fémina que aborta o permite que otro la haga abortar, sin exceptuar la tentativa<sup>110</sup>.

Tampoco nos circunda una discusión seria, lo que significa racional e informada, en la sociedad. Las voces propensas a legalizar el aborto requerido por la mujer son prontamente acalladas bajo la acusación de que postulan una doctrina homicida<sup>111</sup>. Ahora bien, lejos estamos por nuestra parte de suponer que los criminalistas podamos en esto tener la voz de trueno. La norma de cultura, humus nutriente de todo Derecho, se construye de abajo hacia arriba, no cae sobre los pueblos como un regalo del cielo. Pero nuestro papel de elaboradores técnicos de la norma de cultura no implica que debamos guardar silencio en las cuestiones que justifican o invalidan los delitos, porque la Dogmática sin crítica de la legislación vigente, o la que se presenta con alardes de tal, es la ruina de la ciencia. Nuestra orientación pudiera reducirse a esa regla de sabiduría de los marinos de antaño, de que para hundir el barco enemigo hay que tirar al casco, no a la arboladura. Persistir en la lógica de las indicaciones so pretexto de redimir a las mujeres en su libertad, puede ser el bocado con el que ahogamos a la orgullosa ave del escudo nacional. Acaso en esto haya que dejar la primera palabra a las mujeres penalistas, porque los hombres, en el fondo, jamás sabremos comprender bien el embarazo, porque no lo vivimos en carne propia e ignoramos lo que representa para la madre la unción celeste con la criatura que gesta, amamanta y cría<sup>112</sup>. Tal vez ellas podrán alcanzar el objetivo de convertir

---

<sup>109</sup> Acerca de la perversión moral y jurídica de estos galardones concedidos a la colaboración procesal de los inculpados, véase nuestro artículo GUZMÁN DALBORA, José Luis, Del premio de la felonía en la Historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo, en *Revista de Derecho penal y Criminología 1*, (Buenos Aires, 2011), pp. 3-15.

<sup>110</sup> Artículos 93 y 95. Aquí el arcaísmo duele por partida doble y revolvería en sus tumbas a nuestros antepasados del siglo XIX. Véase, *supra*, nota 69.

<sup>111</sup> El propio autor de estas cuartillas teme que sus lectores, o algunos de ellos, lo califiquen de criminal en potencia, aunque confía en que no será digno, además, de los calificativos de subversivo y herético impenitente.

<sup>112</sup> Una promisoría contribución se leerá en el valiente, documentado y razonado artículo de MAYER LUX, Laura, La vida del que está por nacer como objeto de protección legal, en *Revista*

el delito arcaico en hecho punible en involución, pero con la mirada clavada en transformarlo en otro evolutivo.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, 9ª ed., t. I, al cuidado de CONTI, Luigi, (Milano, 1986)
- ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho romano*, DE PELSMAEKER E IVÁÑEZ, Francisco (trad.), (Madrid, 1980)
- ARROYO ZAPATERO, Luis, *Prohibición del aborto y Constitución*, MIR PUIG, Santiago (ed.), *La despenalización del aborto*. (Bellaterra, 1983), p. 55-85.
- ARZT, Gunther y WEBER, Ulrich, *Strafrecht. Besonderer Teil*, (Bielefeld, 2000)
- ASOCIACIÓN CHILENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, *Aborto en Chile. Argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas*, obra compilada y redactada por GUAJARDO, Alejandro y JARA, Myriam, (Santiago, 2010)
- BALTRA CORTÉS, Alberto, *Teoría económica*, t. II, (Santiago, 1963-1975)
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno*, en *Revista de Derecho y Humanidades* 10, (2004) pp. 143-181
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el Derecho constitucional comparado*, en *Revista de Derecho público, publicación del Departamento de Derecho público de la Universidad de Chile* 63, (2001), pp. 209-247
- BIANCHI, Augusto Guido, FERRERO, Guglielmo y SIGHELE, Scipio, *Il mondo criminale italiano. Con una Prefazione del Prof. Cesare Lombroso*, (Milano, 1893)
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, vol. 1, (Leipzig, 1902-1905), reimpresión (Goldbach, 1997)
- CANTÚ, César, *Historia universal*, t. XIII, Antonio Ferrer del Río (trad.), (Madrid, 1848)

---

*de Derechos Fundamentales* 5, (Viña del Mar, 2001), pp. 63-80. La argumentación de que el no nacido tampoco es titular de un derecho a la vida ni de bien jurídico alguno, es impecable. Sólo deploramos que la autora siga anclada en la fórmula de las indicaciones –que desarrolla con talento y poder de convicción en un ámbito tan sembrado de púas como el documento que impera en Chile desde 1980 con el nombre de Constitución política de la República–, y no enderece sus conclusiones preliminares hacia el terreno en que serían más fecundas, los plazos.

- CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. I, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1967)
- CARRARA, Francesco, Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena, (Bologna, 1993)
- CEREZO MIR, José, La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español, en BARBERO S., M. (editor), La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales, (Madrid, 1982.), pp. (20-36)
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, Manual de Medicina legal, 2ª edición, (Santiago, 1954)
- CUELLO CALÓN, Eugenio, Tres temas penales. El aborto criminal. El problema de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial, (Barcelona, 1955)
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La categoría de la antijuridicidad en el Derecho penal, (Montevideo-Buenos Aires, 2011)
- DONNA, Edgardo, Derecho penal. Parte especial, t. I, 2ª edición, (Santa Fe, 2003)
- ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Befunde-Einsichten-Vorschläge, en coordinada por los mismos, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, t. III, (Baden-Baden, 1988-1999), pp. 3-33
- ESER, Albin, en Schönke y Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 25ª edición, (München, 1997)
- ESER, Albin, Gustav Radbruchs, Vorstellungen zum Schwangerschaftsabbruch: Ein noch heute "moderner" Beitrag zur aktuellen Reformdiskussion, en SEEBODE, Manfred (edit.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, (Berlin-New York, 1992)
- FERRI, Enrico, Sociología criminal, t. II, prólogo por GONZÁLEZ DEL ALBA Primitivo, SOTO Y HERNÁNDEZ, Antonio (trad.), (Madrid, 1907)
- FERRINI, Contardo, Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano, en Enciclopedia del Diritto penale italiano. Raccolta di monografie a cura di PESSINA, Enrico, t. I, (Milano, 1905), pp. 1-428.
- FEUERBACH, Anselm, Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIERS, Irma, (Buenos Aires, 1989)
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, Diritto penale. Parte speciale, vol. II, t. I (I delitti contro la persona), 2ª edición, (Bologna, 2007)
- FREUD, Sigmund, La interpretación de los sueños, en, del mismo, Obras completas. LÓPEZ BALLESTEROS Y DE TORRES, Luis, t. I, (Madrid, 1948), pp. 233-588

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, 4ª ed., (Valencia, 2008)
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Por un aborto libre, en, del mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª edición, (Madrid, 1981), pp. 37-44
- GONZÁLEZ VALDÉS y GUZMÁN DALBORA, José Luis, Setenta años de reformas penales. Memoria de grado (inédita), (Valparaíso, 1987)
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho privado romano, t. I, (Santiago, 1997)
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, Del premio de la felonía en la Historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo, en *Revista de Derecho penal y Criminología I*, (Buenos Aires, 2011)
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho penal, en volumen El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Hammurabi, (Buenos Aires, 2004)
- HARTMANN, Nicolai, Ética. PALACIOS, Javier (trad.), (Madrid, 2001)
- HASSEMER, Winfried, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en *Revista Derecho penal central, del Instituto Ecuatoriano de Derecho penal e Investigaciones criminológicas I*, (2011), pp. (17-44)
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Estética, t. I, GINER DE LOS RÍOS, Hermenegildo (trad.), (Buenos Aires, 2008)
- HUERTA TOCILDO, Susana, Aborto con resultado de muerte o lesiones graves, (Madrid, 1977)
- HUERTA TOCILDO, Susana, Criterios para la reforma del delito de aborto, MIR PUIG, Santiago (ed.), La despenalización del aborto. (Bellaterra, 1983) pp. 9-38
- HURTADO POZO, José, Droit pénal. Partie spéciale, 9ª edición, (Genève-Zurich-Bâle, 2009)
- HURTADO POZO, José, Manual de Derecho penal. Parte especial, t. II, (Lima, 1994)
- IHERING, Rudolf v., El fin en el Derecho, ABAD DE SANTILLÁN, Diego, (Granada, 2000)
- IRURETA GOYENA, José, Obras completas, t. V (Montevideo, 1932)
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia, 7ª edición, (Buenos Aires, 1984)
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. III y IV, 2ª edición, (Buenos Aires, 1958)

- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho penal mexicano, t. II, 6ª edición, (Por-rúa, 2000)
- KARTELL FÜR REFORM DES SEXUALSTRAFRECHTS, Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen, (Berlin, 1927)
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, Política criminal del aborto, (Barcelona, 1976)
- LAURENZO COPELLO, Patricia, El aborto no punible. (El art. 417 bis del Código penal), (Barcelona, 1990)
- LISZT, Franz v., Traité de Droit pénal allemand, LOBSTEIN, René (trad.), t. II (París, 1903)
- MANTOVANI, Ferrando, Diritto penale. Parte speciale, t. I (Delitti contro la persona), (Padova, 1995)
- MARX, Karl, Il capitale. Critica dell'economia política, libro primero, segunda parte, 2ª ed., MEYER, Ruth (trad.), (Roma, 1969)
- MARX, Karl, Salario, precio y ganancia, en MARX, Karl y ENGELS, Friederich, Obras escogidas, (Moscú, 1969) pp. 191-238
- MAURACH, Reinhart, SCHROEDER, Friedrich-Christian, MAIWALD, Manfred, Strafrecht. Besonderer Teil, 8ª edición, t. I, (Heidelberg, 1999)
- MAYER LUX, Laura, La vida del que está por nacer como objeto de protección legal, en *Revista de derechos fundamentales* 5, (Viña del Mar, 2001), pp. 63-80
- MAYER, Max Ernst, Filosofía del Derecho, LEGAZ LACAMBRA, Luis (trad.), (Barcelona, 1937)
- MERKEL, Adolf, Derecho penal, t. II, DORADO MONTERO, Pedro (trad.), (Madrid, s/f.)
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte especial. 11ª edición, (Valencia, 1996)
- NICEFORO, Alfredo, Criminología, BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio (trad.), (Puebla, 1954-1956, t. V, 1955)
- NICEFORO, Alfredo, La transformación del delito en la sociedad moderna, Prólogo de SALILLAS, Rafael, BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio (trad), (Madrid, 1902)
- OTTE, Holger, Gustav Radbruchs Kieler Jahre 1919-1926, (Frankfurt am Main-Bern, 1982)
- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, Derecho Penal chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª edición, (Santiago, 1971)

- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Tratado de la Parte especial del Derecho penal, t. I, vol. I, 2ª edición, (Madrid, 1972)
- RADBRUCH, Gustav y GWINNER, Heinrich, Historia de la criminalidad. (Ensayo de una Criminología histórica), MAJADA, Arturo (trad.), (Barcelona, 1955)
- RADBRUCH, Gustav, Abtreibung, en, del mismo, Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999), pp. 103-131
- RADBRUCH, Gustav, Verbrechen gegen das keimende Leben, en, del mismo, Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999)
- RADBRUCH, Gustav, Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechts, en del mismo Gesamtausgabe, t. XV, editado por KAUFMANN, Arthur, (Heidelberg, [Rechtsvergleichende Schriften, preparado por Heinrich Scholler], 1999) pp. 194-200
- RADBRUCH, Gustav, El delincuente por convicción, GUZMÁN DALBORA, José Luis (trad), en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología de Granada* 7, (2005), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r4>. (consultado con fecha 23.09.2012); además, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 23, (2005)
- RADBRUCH, Gustav, Geburtshilfe und Strafrecht, (Jena, 1907)
- ROBIN, León, Storia del pensiero greco, 2ª ed., SERINI, Paolo (trad.), 1982
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho a la vida, Prohibición del aborto y Constitución, MIR PUIG, Santiago (ed.), La despenalización del aborto. (Bellaterra, 1983), pp. 87-100
- ROXIN, Claus La propuesta minoritaria del Proyecto alternativo, en sus Problemas básicos del Derecho penal. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (trad.), (Madrid, 1976), pp. 71-83
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, El aborto: problemas constitucionales, (Madrid, 1990)
- RUIZ-FUNES, Mariano, Actualidad de la venganza. (Tres ensayos de Criminología), (Buenos Aires, 1944)
- RUIZ-FUNES, Mariano, Criminología de la guerra. La guerra como crimen y causa del delito, (Buenos Aires, 1960)
- RUSSELL, Bertrand, Matrimonio y moral. ROZITCHNER, León (trad.), (Buenos Aires, 1965)
- SEGRERA, Martín, La crisis poblacional, (Madrid, 1995)
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho penal. Parte especial, 16ª edición, (Madrid, 2011)

- SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, t. III, 4ª edición, actualizada por BAYALA BASOMBRIIO, Manuel A., (Buenos Aires,, 1987)
- TARDE, Gabriel, Las transformaciones del Derecho, POSADA ATALAYA, Adolfo (trad.), (Buenos Aires, 1947)
- TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, CROSA Adolfo, (Buenos Aires, 1990)
- VÉRON, Michele, Droit pénal special, 4ª edición, (Paris, 1995)
- WELZEL, Hans, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11ª edición, (Berlin, 1969)
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho penal. Parte general, 2ª edición, (Buenos Aires, 2002)
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal, en el volumen Criminalidade moderna e reformas penais. Estudos em Homenagem ao Prof. Luiz Luisi, (Porto Alegre, 2001)