

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DE DERECHO



**ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL, PRIVILEGIO DE UN
DELITO.**
VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA EN NUESTRA LEGISLACION

POSTULANTE: ISABELYOLANDA ORGAZ DELGADO
PROFESOR GUIA: Dr. ARMANDO PINILLA BUTRON

LA PAZ - BOLIVIA

2006

INTRODUCCION

La vida es un bien que se encuentra protegido por el Derecho Penal que sanciona cualquier conducta que atente contra ella; de esta manera tipifica varios delitos como el aborto, asesinato, parricidio, infanticidio y diversas clases de homicidios.

Ante la amplitud de los temas surge la idea de plasmar en una monografía un tema que, lejos de ser repetitivo o tema agotado, es en la actualidad un tema controvertido y apasionante.

Así se convierte esta inquietud en un título **“ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL, PRIVILEGIO DE UN DELITO. VIOLACION DEL DERECHO A LA VIA EN NUESTRA LEGISLACION ”** (Un análisis en el marco de la realidad actual) pretendiendo realizar el estudio de nuestra legislación respecto a este delito que se presenta en nuestra sociedad y que sin embargo es ineficaz en su aplicación.

Ello obedece a la evolución y cambio que sufre la colectividad en su conjunto en cuanto a la valoración que tiene de ciertos actos que se convierten en temas controvertidos y debatidos o en su caso, obsoletos en todas partes del mundo.

Ahora bien, el estudio de este tema constituye el eje central del presente trabajo, donde el objetivo principal es: establecer si la práctica del Aborto honoris-causa debe continuar siendo tipificado como un delito privilegiado, debiendo sustentar las bases jurídicas para su análisis, tomando en cuenta la realidad y evolución social del país, evaluando su práctica e identificando además, cuáles son sus implicaciones jurídico sociales.

Esta monografía propone el respeto y protección, real, suficiente y honesto a este bien jurídico supremo que es la existencia misma del ser humano, la vida.

Considero que el aborto es un acto inmoral, porque viola los [derechos](#) a la vida que posee todo ser humano, desde el momento que es concebido. Asimismo estoy convencida que [el aborto](#) es un asesinato, porque nadie tiene el derecho de quitar la vida y menos la propia madre.

Con éste trabajo pretendo demostrar que este acto está en contra de nuestros [principios](#) morales.

Desmentir las justificaciones presentadas por quienes se oponen al aborto en general, demostrar que sus argumentos son erróneos y no tienen ningún [valor](#).

Demostrar que el feto es una [persona](#) desde el momento de su concepción.

Sostengo que el aborto es un asesinato porque se está negando el derecho a la vida, a ese ser que recién comienza a desarrollarse.

Y es el más aborrecible de todos, porque además es cometido por su propia madre

La [Iglesia](#) está en contra por hallarlo opuesto al mandamiento "no matar", ya que considera al feto una vida desde el momento de la concepción y un milagro y don de Dios .

La [sociedad](#) rechaza [el aborto](#) y discrimina a la madre que lo realiza, pero no se percata de los motivos que la llevaron a realizarlo, pero no colabora con la solución de los mismos.

Pretendo exponer fundamentos válidos de quienes se oponen a la práctica del aborto e intentar llegar a la verdad.

A menudo se oye decir, por parte de aquellos que están a favor del aborto expresiones que nos confunden y que muchas veces por falta de otra [información](#)

se llega a tomar como verdades absolutas; es por eso que es necesario tener en claro algunos conceptos sobre [el aborto](#).

En general se considera aborto a interrupción espontánea o provocada del [embarazo](#) antes de que el feto sea viable (antes de comience a presentar signos de actividad vital avanzada) El problema de la viabilidad depende del marco legal de cada país.

En resumen, se describe la realidad actual, se demuestra la necesidad de cambio y finalmente se defiende la viabilidad de la forma en la que se intenta efectuar la modificación de la norma vigente.

METODOLOGÍA

Se expone esta importante parte del trabajo bajo la guía Metodológica del Dr. Jorge Witker, docente de Jurídica en la División de Estudios de Postgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM e investigador titular C del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, descrita en su obra “La investigación Jurídica” que es una de las más simples formas de abordar tan espinosa cuestión.

Se define previamente lo que se entiende por método: Método según Cabanellas es el “modo de hacer o manera de decir según un orden conveniente para la claridad o comprensión de lo que se exponga o para la eficacia o sencillez de lo que se realice. Es un procedimiento científico para la investigación y enseñanza de la verdad”.

Ahora bien, acerca de la presente monografía en particular, es necesario mencionar que, al ser éste un trabajo de Derecho el método utilizado es esencialmente **el método jurídico**, a decir de Cabanellas” la suma de procedimientos lógicos para la

investigación de las causas y de los fines del Derecho, para el conocimiento e interpretación de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para la enseñanza y difusión del mismo, principio rector y obligatorio de la convivencia social en sus categorías fundamentales”

Nuevamente nos ilustra Cabanellas al decirnos que :”Por sus aspectos filosóficos, sociales, históricos y humanos, el método jurídico emplea toda suerte de métodos, por la complejidad de sus relaciones y variedad de hipótesis.”(Cabanellas: DICCIONARIO DE DERECHO USUAL)

Sobre el método jurídico Jorge Witker indica que "la técnica de interpretación del Derecho se entiende como cualquier técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana, social, para los aplicadores del Derecho". Y agrega que la técnica de aproximación no es más que la razón.

Lo dicho antes clarifica la utilización del método jurídico en la totalidad de un trabajo en el área jurídica.

Ahora bien, se puede recurrir nuevamente a Jorge Witker para describir el método utilizado en esta monografía específica, a saber: Dogmática o Teórica; Empírica o Sociológica y Axiológica o Filosófica Jurídica.

Estas vertientes metodológicas se describen como consecuencia necesaria y correctamente elaborada de una teoría que el mismo Witker describe que: “Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente; un valor que confiere determinada significación a ese hecho y una regla o norma que representa la relación o medida que integra el hecho en el

valor.” Esta la justificación de las vertientes metodológicas, como el mismo autor las denomina.

De lo expuesto, se puede afirmar que esta monografía es un **trabajo jurídico que se inclina hacia la vertiente metodológica Dogmática o Teórica y es una monografía Jurídico Propositiva** ya que como el mismo Witker señala textualmente, en este tipo de trabajos de orientación Jurídico Propositiva “se trata de cuestionar una ley o institución jurídica vigente para, luego de evaluar sus fallas, proponer cambios o reformas legislativas en concreto. Generalmente culminan con una proposición de reforma o nueva ley sobre la materia”.

De esta clasificación de posibilidades, en la elaboración del esquema del presente trabajo, se ha empleado el método estructural o sea, “planteando un tema central y desglosando con apartados (capítulos) subsidiarios o variables convergentes al tema básico”.

Finalmente Jorge Witker elabora un cuadro que contiene los métodos usados en la elaboración de un trabajo Dogmático. Considerándolo en relación con la presente monografía, se puede decir que se utilizó el método exegético, ya que el trabajo se ajusta al análisis de los estipulados en la norma positiva, es decir, al delito de Aborto honoris- causa tal como se encuentra redactado en el ordenamiento positivo penal. Esto conlleva una necesaria referencia al método gramatical ya que se observó la estricta redacción del artículo.

Además se utilizó el método sistemático en la ordenada forma de considerar cada uno de los elementos, en su interrelación.

Se puede citar también la utilización del método histórico, especialmente en lo que ha de referirse en la primera parte del primer capítulo.

OBJETIVO GENERAL

Determinar justificaciones para lograr el incremento de la pena en el delito de **Aborto honoris causa** como tipo penal autónomo del Código Penal Boliviano, consagrando de esta forma el respeto más profundo a la vida humana como bien jurídico supremo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analizar el tipo penal Aborto honoris-causa en el ordenamiento jurídico nacional tal y como se presenta en la actualidad.
- b) Establecer la supremacía del bien jurídico vida, por encima de cualquier otra consideración, como única realidad excluyente
- c) Establecer a la relación de consanguinidad como una agravante necesaria en delitos contra la vida de las personas

CAPITULO I. EL ABORTO

1.1. ANTECEDENTES

1.1.1. Aspectos histórico-antropológicos.

La evidencia antropológica indica que la necesidad médica de provocar el aborto inducido, es el procedimiento quirúrgico más antiguo del que se tenga conocimiento,

Los métodos para evitar los nacimientos, ya sea antes o después de la concepción, se discutieron y se encontraron en los escritos médicos de los papiros egipcios entre 1850-1550 A.C.

En los códigos de todas las civilizaciones antiguas, incluyendo a Sumeria, Asiría, Babilonia y Persia, aparecen reglamentos sobre el aborto.¹

Horanus, el griego que llegó a ser el médico más eminente en Roma durante el siglo II D.C. en su obra "Ginecología", daba técnicas para proceder con el aborto; Aetios en el Tetrabiblión escribe "Métodos para destruir al feto"; Aspacia aconseja maneras de provocarse un aborto para los primeros treinta días de embarazo. A este complicado tratamiento se le aconsejaba una copiosa flebotomía; ya que, según Hipócrates "extraer sangre a una mujer embarazada provoca con seguridad el aborto"²

Los textos chinos escritos por Sun Ssu Mo en el siglo VII D.C. discutían métodos para provocar el aborto.³

¹ Holtrop Hugh, Waife Ronald: TECNICAS DE ASPIRACION UTERINAS pag. 8 y 9.

² Guttmacher Alan: CLINICAS OBSTETRICAS Y GINECOLOGICAS pag. 100 a 101)

³ Holtrop Hugh, Ob. Cit.

Es extraño que los médicos no hayan utilizado instrumentaciones para provocar abortos, ya que los instrumentos ginecólogos estaban muy desarrollados. El cuerpo médico de Hipócrates mencionaba espéculos, dilatadores, etc. En las ruinas de Pompeya se han encontrado espéculos vaginales y largas pinzas de

disección y taponamiento, sin embargo no existen raspas uterinas que provengan de la antigüedad. ⁴

Sin embargo, no existen datos estadísticos de la fecha para saber la eficacia que dichos procedimientos tenían.

La historia del aborto se encuentra involucrada en complejos debates morales y religiosos, Las primeras escrituras Hindúes, Vedas (2000-80 A.C.) discutían el aborto inducido y lo consideraban un pecado grave, pero mientras que las normas escritas para los hombres santos lo prohibían, las escritas para el plebeyo lo permitían.

Los primeros textos médicos Islámicos en el Siglo X, DIC. consideraban que los niños eran un obsequio de Dios por lo cual el aborto era pecado, pero en diciembre de 1964 permitieron las autoridades la inducción del aborto antes de que el embrión “haya tomado forma humana”. ⁵

Dentro del Derecho Romano durante el clasicismo jurídico de la antigua Roma, el aborto no fue considerado delito ni en la época republicana ni en los primeros tiempos del Imperio, sino un acto inmoral, que permitía incluir en las sanciones al padre, si hubiera autorizado, el de la mujer. No se encuentran condenas explícitas en los autores de la época, salvo

⁴ Guttmacher Alan, Ob. Cit.

⁵ Holtrop Hugh, Ob. Cit.

una referencia que hace Cicerón de una mujer de Mileto que había sido acusada de aborto.

La configuración delictiva proviene de un escrito de los emperadores Severo y Antonino. Si el aborto había sido violento, se imponía la pena de exilio temporal; de haberse provocado mediante filtros amorosos la sanción era la "relegatio" o destierro.

En el enfoque de la época, el bien protegido no era la frustrada vida intrauterina del feto, sino el agravio inferido al marido, al que se privaba en él de un descendiente.

En el Derecho Justiniano se introduce el cambio jurídico por la protección del concebido y se admite que el aborto provocado por la mujer sin el consentimiento o complicidad del marido facultaba a éste para el repudio de aquélla.⁶

Dentro de algunos sistemas valorativos de culturas nativas, existen rituales elaborados con referencia a la fertilidad, la anticoncepción limitada y el uso del aborto era considerado como un crimen contra la comunidad.

En el Derecho Penal Azteca, el aborto era penado con la muerte que se aplicaba tanto a la mujer como a la persona que le ayudaba, a diferencia del Derecho Romano en la cultura azteca el aborto era un delito que afectaba a los intereses de la comunidad. Esta única penalidad severa responde a la organización social de los aztecas en la que se observa el

⁶ Cabanellas Guillermo: DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DEREHO USUAL Pág. 42

fuerte sentido de comunidad, el respeto que se tenía a la mujer embarazada, quien, al morir dando a luz, gozaba de los favores de algunos dioses, la importancia que tenían el nacimiento por el ceremonial que le acompañaba, existiendo también el principio de restitución con más frecuencia que el de la sanción, si éste era posible, pero en el caso del aborto este era imposible.

La mayoría de estos sistemas son antiguos a la Colonia, aunque también se presentaba el infanticidio. El cuidado e intervención favorable en los procesos de reproducción y concepción estaba delegado a personas especializadas. Los Yatiris y Callawayas.⁷

En materia penal las leyes como el “Sulluy warmi runa wañuchijwan nicum” “La mujer que aborta se equipara al homicida” que pudiera tener raíz en el incario o en la colonia demuestran que el indio Kallahuaya al encontrar un feto como consecuencia de un aborto provocado lo consideraba como un desafío contra la divinidad.

Todos los habitantes estaban obligados a indagar y a averiguar quien pudo haber cometido semejante crimen. El consejo de ancianos impone inexorable el castigo a la culpable obligándola a arrojarla desde el borde de un barranco, para que con su muerte se aplaque la ira de los dioses; porque de otro modo el feto clamará venganza divina y sobrevendrán calamidades como heladas, granizos, lluvias excesivas etc. Todo como demostración del enfado del Machula.⁸

⁷ Oblitas Poblete, Enrique CULTURA CALLAWAYA, Pág. 255 A 256.

⁸ Colegio de Abogados. Jornadas Multidisciplinarias sobre El Aborto. 1991

En la época del incario el aborto era considerado delito contra la comunidad, fundamentada tal vez en la necesidad de aumentar la población y sancionado con la pena de muerte. Esta responde a la organización comunal colectiva de la sociedad incaica, a la práctica del Inca de mantener y facilitar el incremento de la familia en la que los hijos tenían importancia económica desde diversos aspectos ya que el tupu se entregaba por cada hijo nacido, también se los utilizaba para pagar deudas. Se incentivaba el aumento de la población inclusive permitiendo que los soldados llevaran mujeres, sancionaban a los hechiceros y brujos que ocasionaban esterilidad.

En tiempos de la época pre-colonial y colonial es difícil determinar como se sancionaba el aborto, este delito era poco frecuente aunque aumenta después; ya que este delito está íntimamente ligado a los cambios sociales, económicos y políticos que se presentan. Era frecuente que se presentara especialmente entre las casadas y amancebadas más que entre las solteras, además de practicarse

más en los grupos superiores, para pasar a grupos inferiores. No se debe olvidar que es un delito de poca publicidad y difícil de probar⁹.

El judaísmo en el Antiguo Testamento condena el aborto provocado por extraños. Éxodo XXI 24, se expresa que si alguien hiere a una mujer preñada y ésta aborta, resarcirá el daño en lo que pida el marido y juzguen los árbitros. De morir la mujer, aquél pagará vida por vida.

⁹Enciclopedia Omeba

Ya, en la época del cristianismo, y ante la difusión de las prácticas abortivas en Roma, la Iglesia reacciona y considera el aborto una modalidad de homicidio; si bien con una diferenciación muy curiosa: era atenuante de producirse antes de los cuarenta días después de la concepción, si era varón o de los ochenta si era mujer por considerar que el alma no se había infundido todavía en el cuerpo.

Luego de abandonar esas tesis en la Encíclica Apostólica Sedes del Papa Pío IX de 1869, la Santa Sede ha persistido en su actitud anti abortiva como queda resaltado en la Encíclica Casti Connubi, de Pío XI en 1930 y la oposición a la natalidad restringida del Papa Paulo VI.

En la Edad Moderna el aborto se halló atenuado por una consideración de tipo filosófico, la causa del honor u honoris causa que en aquellos tiempos resultaba de una evidente marginación, prejuicio, repudio a una “maternidad ilegítima”.¹⁰ situación que ha cambiado con el devenir de tiempo y que hoy en día sólo puede explicarse como un anacronismo total, tanto en lo que se refiere a la legislación mundial y del país como a las consideraciones de moralidad.

1.1.2. Aspecto científico

La embriología es la ciencia que aporta con sus conocimientos como parte de la biología, ciencia que estudia el desarrollo del ser, a partir de la célula primitiva y óvulo, desde la fecundación al nacimiento.

¹⁰ García Maañón, Basile: ABORTO E INFANTICIDIO, Pág. 44.

Fueron los conocimientos de Hipócrates quién afirmó que el nuevo ser provenía de la unión del semen masculino con el semen femenino, el cual era identificado por las secreciones vaginales. Para este filósofo la gestación mantenía 4 etapas definidas:

- I. *Gone*, dura 6 días y el embrión mantenía la apariencia de semen;
- II. *Kyema*, en la que el embrión se llena de sangre y los órganos fundamentales de cerebro y corazón hígado, tienen algo de consistencia:
- III. *Embryon*, en la que los órganos del feto están perfectamente articulados, sobre todo los principales y los secundarios solo están esbozados;
- IV. *Paydon*, etapa en la cual el feto posee todos los órganos, y éste salta y se mueve como un animal perfecto. (Zabala, 1.993.)

Un aporte fundamental a la embriología lo dio Aristóteles al decir que el nuevo ser, desde el principio poseía una triple alma en potencia:

- I. Vegetativa o nutritiva, por lo que el embrión mantiene la vida de las plantas.
- II. Alma sensitiva, por la que el embrión se constituye en animal, y
- III. Alma espiritual, de la cual es muy difícil determinar el origen y el momento en que es infundida. (Zabala, 1993)

Según San Agustín la formación del feto se completa a los 46 días añadiendo seis días más al tiempo propuesto por Aristóteles, pero no se puede decir en que momento comienza a vivir, ya que sólo Dios lo puede decir.

Estos criterios fueron válidos en esa época ya que no se contaban con medios científicos para determinar con precisión la existencia y el desarrollo del ser concebido.

Recién a partir de los siglos XVI y XIX se presentan aportes gracias a experimentos con animales.

En el siglo XVII el científico FYENS se presenta partidario del preformismo, al señalar que el ser humano ya se encuentra delineado hasta en sus detalles más mínimos en las células germinales y que el desarrollo embrionario es únicamente el crecimiento de este diminuto ser ya preexistente.

Por la misma época VON HALLER mantiene el criterio de que todas las partes del nuevo ser se forman al mismo tiempo y si se dice que primero se forma el corazón o el hígado, es porque éstos órganos son los primeros que se hacen visibles, pero que ya existían desde un principio.

La constante evolución de los estudios científicos nos demuestra clara e irreversiblemente que, en el momento de la concepción comienza a existir una nueva célula humana, con todos los caracteres que califican su futuro desarrollo.

La afirmación de que "este cuerpo es mío y por lo tanto hago lo que quiero con él" es biológicamente falsa, porque el feto es una realidad biológica distinta de la madre, su desarrollo embrionario es un proceso con dinamismo propio.

La fisiología moderna, hace prevalecer la opinión de que el alma se inunde en el feto desde el mismo momento de la concepción de manera que hoy “in puneto juris” (no debe quedar impune) de manera que para la práctica legal el

feticidio se convierte en delito desde el primer instante en que la preñez resulta cierta.

1.2. ETIMOLOGÍA DE LOS TÉRMINOS:

1.2.1. Aborto

Según Amado Ezaine Chávez, Aborto deriva del latín “abortus” de Ab: privación y Ortus: nacimiento. Se entiende como la interrupción del proceso fisiológico del desarrollo del feto. Dicha expulsión prematura del fruto de la concepción provoca la destrucción dentro del claustro materno.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, la palabra aborto deriva del latín abortus, de la preposición latina ab, privación, y ortus, nacimiento. Equivale a parto anticipado o mal parto, nacimiento, antes de tiempo.

La Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa confirma también que la palabra aborto deriva del latín abortus, compuesta por ab: que significa privar y ortus que significa nacimiento.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que la palabra aborto significa la destrucción del feto dentro del seno materno sin que tenga la posibilidad de vivir fuera de él.

1.2.2. Honor.

El Diccionario Jurídico Policial afirma que la palabra honor deriva del latín honor-oris que significa "cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos".

Según el mismo diccionario encontramos que "Honoris Causa" es una locución latina que significa "Por razón o causa de Honor"

Carlos Creus en su obra Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, define al honor como: "el conjunto de cualidades valiosas que, revirtiendo a la persona en sus relaciones sociales, no sólo se refieren a sus cualidades morales o éticas, sino también a cualesquiera otras que tengan vigencia en esas relaciones."

Se puede deducir entonces que se protege el honor en todas las personas como entidad abstracta del derecho. Esta aseveración nos lleva a otro cuestionamiento en el presente trabajo: ¿Puede estar el argumento del honor por encima del valor VIDA? ¿O por lo menos constituir su atenuante frente a este valor?

1.3. DEFINICIÓN DE ABORTO.

Para Carrara se define el aborto como "la muerte dolosa del feto en el útero o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto".

En esta definición se encuentra un elemento importante como es el dolo sin cuyo concurso no se produciría el hecho delictivo.

Soler sostiene que: “Así como el homicidio es la muerte inferida a un hombre, el aborto es la muerte inferida a un feto”.

En esta definición es inconfundible la relación muerte-aborto-homicidio y aunque en el caso concreto de nuestra legislación sustantiva se hable de una clara diferenciación entre el sujeto pasivo del homicidio y el sujeto pasivo en el aborto, nosotros mantenemos la similitud, en el entendido que muerte es la cesación de la vida.

Remontándonos al Diccionario Enciclopédico AULA encontramos las siguientes definiciones:

Aborto: Acción de abortar. Expulsión del feto antes de ser viable.

Abortar: Parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir.

Esto significa que se trata de un hecho mediante el cual el feto es interrumpido en su desarrollo y como consecuencia muerto.

En el Diccionario Enciclopédico OCEANO encontramos otra definición más completa:

Abortar: Parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir

Aborto: Interrupción del embarazo antes de que el feto pueda vivir fuera del seno materno.

Esta definición se adecua más al aborto tomando en cuenta que puede existir una interrupción del embarazo antes de tiempo pero que no sea necesariamente un aborto como es el caso de los partos prematuros. Es necesario hacer notar que no se habla de la intervención de la violencia ni del dolo, que pertenecen más a un lenguaje jurídico.

1.4. DIFERENCIA ENTRE FETO - FETICIDIO

Por lo expuesto si definimos al aborto como la muerte del feto estaríamos hablando de un otro concepto con el que se conoce esta figura jurídica penal que es el “feticidio” definido por el Diccionario Jurídico Policial como “la muerte dada violentamente a un feto, entendiendo como feto a: “el producto de la concepción de una hembra vivípara desde que pasa el periodo embrionario hasta el momento del parto”

Este concepto permite diferenciar el feto del embrión entre los cuales mediaría un lapso de tiempo dentro del cual se admitiría la desprotección jurídica aparente del producto del embarazo.

El Diccionario Enciclopédico Universal AULA sostiene la misma definición y agrega: “feto: El embrión se convierte en feto desde el momento en que las partes que lo forman han adquirido el desarrollo suficiente para distinguirlas a simple vista”

Podemos apreciar en esta definición complementaria a la anterior un contenido similar y ampliatorio cuando se sostiene “partes que lo forman,... desarrollo suficiente...”, lo que nos coloca frente, inconfundiblemente, a un producto que desarrollado que dará lugar a un ser humano el cual deberá ser protegido desde el primer momento por cuanto de no hacerlo estaríamos atentando contra una vida.

En su texto el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas define el feticidio como “Muerte violenta de un feto humano causado por la embarazada o un tercero.”

En realidad constituye el aborto punible por cuanto otras figuras de aborto no son sancionadas. El mismo citado libro define al feto como “el producto de la concepción humana, desde fines del tercer mes de embarazo, en que deja de ser embrión hasta el parto”.

Es importante notar que esta definición daría un margen de tres meses dentro de los cuales cualquier atentado contra este producto no sería punible dado que, según el Código Penal, estaría definido como embrión, pero para el efecto es necesario remontarse a un otro cuerpo legal que es el Código Civil que manifiesta en su artículo 6 la Protección a la Vida, si bien considera que el nacimiento es el inicio de la personalidad, (esto es para efectos de filiación), al que está por nacer se lo considera vivo para todos los efectos que le pudieran favorecer presumiendo el nacimiento con vida.

En la actualidad se conoce que, si no se protege lo engendrado desde su concepción, se impide que llegue a su desarrollo pleno.

Por lo tanto, estas definiciones ya pueden marcar el rumbo del presente trabajo, pues la interpretación que se haga de la definición etimológica del concepto aborto, tanto como de feto y de embrión permite delimitar las primeras cuestionantes que desde el momento primero de su definición estuvieron presentes: ¿Quién es pues el sujeto pasivo del delito?, ¿Será posible decir que el embrión no necesita ser protegido y por lo tanto la acción de su expulsión violenta antes de convertirse en feto no sea un delito para no ser punible? Si ése es el caso, estaríamos frente a un acto que, dependiendo del tiempo en el que se efectúa, ¿será o no considerado delito? Por lo tanto, si éste se realiza dentro de los tres primeros meses, como no tiene forma humana y es embrión todavía entonces su destrucción ¿es impune?.

De donde se desprende que los conceptos y definiciones que se han ensayado son tantos como los autores que alguna vez escribieron un libro de Derecho Penal, además dichas definiciones y conceptos no son solamente elaboraciones doctrinales e históricas de lo que ha de entenderse tanto por **ABORTO**, como por **ABORTO HONORIS CAUSA**; ya que en la mayoría de los casos se

refieren a tipificaciones contenidas en los códigos de los países a los cuales dichos autores pertenecen.

En lo relativo al *aborto honoris causa* sólo algunas legislaciones lo consideran en forma particular.

Además de indicar que existen tantas definiciones como autores han escrito al respecto, se puede afirmar que son también (estas definiciones) tan abundantes como Codificaciones Penales existen en el mundo y que tipifican este delito.

Sin embargo y pese a ello, es posible intentar una descripción de los elementos que intervienen en esta figura delictiva:

- a) El primer elemento es la muerte, el dar muerte, el matar, es así que el delito de *aborto honoris causa* es el dar muerte.
- b) El segundo elemento es el elemento subjetivo como es el honor que se halla muy discutido hoy en día y que, relacionado estrechamente con el primero, es el motivo de la presente tesis.
- c) El tercer elemento es el consentimiento, es decir buscar libre y voluntariamente la destrucción del producto de la fecundación. Este es el elemento que tipifica de manera determinante este delito pues de lo contrario sería otra la figura delictiva.

1.5. ANALISIS DOCTRINAL DEL ABORTO

El análisis de las diferentes definiciones de aborto y del concepto inicial de que *“aborto es la interrupción provocada del embarazo que culmina con la muerte del feto”*, se puede determinar que son lesionados valores como:

- el derecho a la vida,

- el reconocimiento de este derecho por parte de los progenitores y de la sociedad.
- el concepto recto de la maternidad,
- el deber de proteger y cuidar la vida.

Quienes están de acuerdo con el aborto apoyan esta posición sobre la base de estos criterios:

- Al hablar de aborto, no se hace hincapié en la muerte intencional de un nuevo ser, sólo se habla de los derechos de la mujer, entre los que se halla el de poder disponer libremente del fruto de la concepción, no se toma en cuenta que se refieren a un tercero no incluido que merece, desde que es concebido, un total respeto por su existencia.
- Se insiste en la autonomía y responsabilidad de la mujer frente a la maternidad, defendiendo la libertad absoluta de abortar y en la necesidad de una adecuada educación sexual.
- Son varios los motivos que inducen al aborto, entre los cuales se pueden mencionar: los de orden económico por la dificultad de mantener un nuevo hijo en la familia; los de orden familiar en el criterio de tener ya muchos hijos; los de orden estético por el deseo que la mujer tiene de conservar su juventud; otros de orden edonista cuando se tiene la voluntad de mantener los placeres, pensando que el tener hijos es “esclavitud” y finalmente el de carácter moral en el sentido de ocultar, en el caso de una soltera, la deshonra de un hijo natural o de un hombre que prefiere ocultar la existencia de un hijo ilegítimo.
- La necesidad de proteger la vida y salud de las mujeres que, ante lo ilícito de su acción, recurren a procedimientos riesgosos o ante la actuación de

personas inescrupulosas o inexpertas, peligro que desaparecería si el aborto no fuera vedado y su práctica quedara a cargo de los médicos del Estado.

- El aborto es considerado como una ley contraria a las clases humildes, por cuanto ellas son las que menos pueden acceder a intervenciones que les permitan eludir la acción de la justicia.
- Se utiliza el argumento de la ineficacia de la pena para evitar la ejecución de abortos, además se señala que el número de abortos que llega a ser motivo de intervención de la justicia es muy pequeño con relación al de los que se practica
- Finalmente se tiene la posición de que el feto es una porción del cuerpo de la madre porque no es un ser independiente, por lo tanto ella está en la libertad de cercenar, basada en la “libertad de vientre”.

No es ajena la lucha de la mujer por dejar de ser objeto sexual para uso de los hombres, están en contra de las costumbres de una maternidad pasiva no deseada.

Dentro de corrientes socialistas se defiende la libertad de abortar. Es necesario recordar que es con la Revolución rusa que se autoriza por primera vez la libertad de abortar con la finalidad de proteger un bien antes olvidado como es la madre.

Sin embargo, frente a quienes sostienen la impunidad del aborto y consideran que es lícito quitar la vida a un ser todavía no nacido, el problema del tiempo para determinar si será o no considerado persona, se convierte en algo secundario, y no se entiende por qué no autorizar también el infanticidio o la matanza en masa como el genocidio o a través de leyes inicuas que imponen el aborto como medio de control de la natalidad.

Después de analizado las opiniones de quienes están a favor del aborto, el estudio no estaría completo si no se toma en cuenta también lo que opinan quienes están en contra del mismo. Entre las opiniones más calificadas están las siguientes:

- El Dr. Huascar Cajias K.¹¹ rebatiendo el criterio de quienes están a favor de la despenalización del aborto sostiene: “si bien es real que el número de casos sancionados por aborto es pequeño; no suele suceder algo mejor en otros delitos. Por Ej: en Bolivia, es difícil encontrar en las cárceles autores de cohechos; pero a nadie se le ocurre pedir que esas conductas sean eliminadas del Código Penal; ¿por qué precisamente proceder así con el aborto?”
- Es verdad que todo delincuente merece comprensión humana; pero no que su conducta sea eliminada de entre las que una sociedad bien constituida debe calificar como delictivas.
- El Dr. Domingo Basso ¹² afirma: “la persona que intenta un aborto siempre tiene la misma finalidad: eliminar una vida humana. Si esa persona objetara que se puede eliminar ese embrión, porque todavía no es una vida humana, debería reconocer al menos que la intención que le mueve a esa acción es el peligro de que aquel embrión llegue a ser un hombre. Siendo que el 90% del desarrollo de un ser humano ocurre en el periodo prenatal
- Innumerables estadísticas del aborto, demuestran que el número de abortos clandestinos no ha disminuido y hasta, en algunos casos, ha aumentado.
- Actualmente se considera al aborto como la epidemia moral más trágica de los últimos tiempos, que constituye el anverso de la sociedad

¹¹JORNADAS MULTIDISCIPLINARIAS SOBRE EL ABORTO, 1990

¹² Basso Domingo, NACER Y MORIR CON DIGNIDAD, Bioética, 1993

contemporánea quien, mientras vocifera escandalizada por la condena a muerte de un homicida múltiple, asesina silenciosa y solapadamente, pero en forma legal, a millones de seres inocentes.

Para Balestra¹³ “Los riesgos inherentes a la práctica del aborto no desaparecen con el hecho de que las intervenciones sean practicadas por médicos, y en cambio, el número de aquellos aumenta considerablemente”.

- En la obra del Dr. Xavier Zabala¹⁴ se encuentra la siguiente afirmación “*No se debe permitir bajo ninguna circunstancia*”, sosteniendo esta su posición en el hecho de que el embrión es de por sí, una vida humana; es decir, existe un ser humano desde el momento de la concepción, por lo que debe ser protegido a toda costa por el Estado. El embrión es considerado ya una vida humana, diferente a la de los padres, quienes, habiendo cumplido con el deber de procrear, se ven obligados a proteger esa vida que esta por nacer.

“La conducta delictiva realmente va orientada a eliminar al feto y poco importa que lo haga a los dos meses de gestación, como a los ocho meses, lo cierto es que interrumpe el estado de embarazo o de gravidez, y que por causa de esta interrupción, se provoque la eliminación del feto”.¹⁵ “El derecho a disponer de la propia vida, no justifica el ataque a ese bien llevado por un tercero”¹⁶.

Si bien es cierto que el feto no es un ser equiparable jurídicamente a la persona individual, numerosas legislaciones, al adoptar el principio “*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*” conceden a persona por nacer derechos que quedan supeditados a su nacimiento.

¹³ Fontán Balestra, Carlos: TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte Especial, Pág. 25, Ed. Heliastra, Bs. Aires. Argentina.

¹⁴ Zabala Egas Xavier, EL DELITO DE ABORTO, Ed. Disgraf, Guayaquil, 1.993.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem.

Este autor hace notar que el abortador está consciente de que su conducta es ilegal e inmoral, por esto impone honorarios que cubran el riesgo que su conducta delictuosa le puede significar. Si la mujer desea abortar y está en capacidad de pagar el precio que demanda el abortador por su trabajo, éste realiza el aborto sin que esa conducta signifique otra cosa que su trabajo diario.

- Para el jurisconsulto argentino Pablo Ramella ¹⁷ “el aborto es la manera más cobarde e infame de cometer el delito de genocidio.”

En opinión de este autor el aborto constituye un verdadero asesinato. La convención sobre genocidio condena como tal a las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.

Evidentemente parece un contrasentido y una muestra de hipocresía considerar que existe delito cuando se mata a un grupo de negros por ser negros, a un grupo de blancos por ser blancos, o a un grupo de judíos por ser judíos, o de cristianos por ser cristianos, y que no solamente no se considere crimen sino que además se legitime la matanza de seres humanos inocentes en gran escala, nada más porque son seres humanos que de alguna manera van a interferir en nuestra vida diaria.

El aborto es indudablemente el delito más difundido en nuestras sociedades. Un gran número de factores lo determina y hace que exista para el aborto una tolerancia injustificada, en la que se apoyan algunos explotadores.

En esta época, cuando se aboga con tanto énfasis por la liberación de la mujer, es inexplicable que la mujer se degrade de manera tan vil, declarando legítimo el aborto. Lo más doloroso es que la mujer busque su propia

¹⁷ Ramella Pablo, CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD, Pág. 73. Ed. Depalma, Argentina, 1.986

degradación haciéndose cómplice de un asesinato y, lo que es peor, realice manifestaciones pidiendo leyes permisivas del aborto.

Algunos autores afirman *“que el aborto es un delito contra el orden de la familia, porque no puede desconocerse cualquier filiación natural”* Este criterio fue desechado ya que mientras no haya familia, el delito de aborto no debe decirse que sea contra el orden de la familia sino más bien, puede decirse que es contra el desorden de la familia.

- En opinión de Benjamin Miguel¹⁸ *“el aborto inducido traumatiza psicológicamente a la mujer, la hace sentirse sacrílega, sucia e inmoral, adquiere para ella la significación de un auto castigo y le genera sentimientos de culpa y frustración ante la pérdida objetiva del ser que anidaba en sus entrañas y cuya pérdida repercute con manifestaciones de represión y trastornos más o menos duraderos de su sexualidad.”*
- Gracia Maañon Basile¹⁹ sostiene que *“el feto debería estar representado por un curados ad litem, toda vez que los intereses de la madre estaban en colusión directa con los de aquel”*. Considerando detenidamente esta afirmación, en opinión del autor, se entiende que los derechos del ser concebido desde su inicio cuenten con un defensor activo.

Para un gran número de personas, sujetos de derecho, el aborto ha sido y seguirá siendo infortunadamente una especie de recurso desesperado para los que no conocen los métodos de planificación familiar o lo consideran uno más; sin embargo lo practican en varias oportunidades, aún sabiendo que el aborto no constituye método de planificación familiar.

En la sociedad moderna, puede decirse que, a pesar de que la mayoría de los códigos prohíben el aborto en todas sus formas, haciéndolo objeto de penas

¹⁸ Miguel Harb Benjamin, DERECHO PENAL, T. II, Ed. Juventud, Bolivia

¹⁹ García Maañon Basile, ABORTO E INFANTICIDIO, pág. 155, Universidad, Bs. Aires, 1994.

más o menos severas, lamentablemente se nota una fuerte corriente que tiende a admitir cada vez más un mayor número de excepciones en favor de la impunidad, o por lo menos de su atenuación. Es por esta razón que se pretende demostrar la necesidad de cambio y al final defender la viabilidad de la propuesta y de la forma en la que se intenta efectuar esa transformación.

CAPITULO II EL DERECHO A LA VIDA

2.1.EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

2.1.1. *Concepto de "bien jurídico".*

Es clásica la postura adoptada por las Cátedras de Derecho Penal en afirmar que la protección a los bienes jurídicos es la labor, la tarea, el fin de esta rama del Derecho Penal, o por lo menos que la tipificación de conductas, como penalmente imputables, tiende a proteger determinados bienes jurídicos.

No se puede negar en absoluto esta afirmación; sin embargo, se puede hacer una serie de consideraciones que son oportunas acerca del tema, todo ello a manera de introducción sobre el bien jurídico vida como componente de la realidad del delito de *Aborto Honoris Causa*, delito que ocupa la atención de la presente monografía.

La concepción esbozada por FRANZ VON LITZ, citada por Etella Maris (1.994) según la cual el fin tutelar de todo Derecho Penal se encuentra constituido por intereses humanos a los que denomina bienes jurídicos, caracterizando a los mismos como sendos momentos en sus orígenes independientes del derecho positivo, lo que permite fijar límites al legislador penal.

WELZEL,¹ por su parte, conceptualiza que el bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. Concluyendo entonces que bien jurídico es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones"

¹Stella Marris, 1.994: pag. 56

En tal sentido el bien jurídico, en cuanto síntesis concreta de una relación social dinámica determinada, cumple una función garantizadora (indica qué y por qué se protege y por ello mismo se castiga) y una función material, da contenido a lo injusto, esto es, a la tipicidad y a la antijuricidad.

Según Bustos Ramírez, citado en la misma obra, “el bien jurídico no sólo especifica las garantías del ciudadano en relación a cada delito, sino que además fija el ámbito del injusto y al mismo tiempo permite una ordenación en grupos de los diferentes delitos, señalando en relación a tales grupos la graduación jerárquica existente.

Es así que me permito esbozar una breve teoría acerca de lo que se entiende como bien jurídico y su relación con el Derecho Penal

De los conceptos emanados de Wetzel acerca de lo que debe entenderse como bien jurídico, y de su relación con la protección que de ellos hace el Derecho Penal, se debe además acotar dos consideraciones necesarias, inspiradas en el mismo autor, a objeto de sentar claramente las bases para una exposición posterior acerca del bien jurídico vida.

Debemos decir que los bienes jurídicos no se encuentran distanciados entre sí constituyendo unidades independientes y funcionalmente separadas, “la suma de los bienes jurídicos constituye el orden social”² por consiguiente su significación debe ser apreciada solamente en conexión con ese orden social, es decir, con los demás bienes jurídicos.

Además, es correcta la siguiente aseveración: “La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de la

² Wetzel, Hans: Ob. Cit., pag. 15.

conciencia, de carácter ético social y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”³

Puede parecer ésta una afirmación un tanto filosófica más que jurídica; sin embargo, se puede evidenciar, a través de la constelación de formaciones y posibilidades penales en una sociedad determinada, las concepciones, la conciencia, la valoración, la implicancia social que tienen determinadas conductas en los pueblos.

La legislación penal, aún más que la constitucional, refleja la real forma de un pueblo de ver y de concebir su existencia, su realidad.

Hechas estas pequeñas precisiones, con el fin de evitar una innecesaria polémica sobre el punto, conviene hablar del bien jurídico que se protege, a objeto de simplificar la nomenclatura misma de la presente monografía y no perderse en un tema que puede ser objeto de otro trabajo.

2.1.2.La vida humana.

La vida es la más contradictoria de las realidades que ha ocupado al ser humano desde los tiempos antiguos, desde las concepciones filosóficas, científicas incluso políticas y económicas.

Al definir hoy lo que se entiende por vida, se puede caer en un sin número de posibilidades, en una infinidad de interrogantes, respuestas y nuevas preguntas. Una planta está viva, una célula está viva, el más primitivo de los protozoos está vivo, el plancton de los mares está vivo como vivas están las bacterias, incluso tras la muerte, crecen los cabellos y las uñas, porque aún están vivas esas células germinativas, responsables del fenómeno.

³ Wetzel, Hans: Ob. Cit. pag. 15

Entonces se debe escapar del campo del determinismo material y de la definición formal para dimensionar lo que realmente es la vida y en el tema que hoy ocupa analizar, la vida humana en particular.

La vida que la ley protege es la que cubre el amplio lapso comprendido entre la concepción y la muerte por causas naturales y accidentales.

El bien jurídico protegido en el tipo penal de aborto, de acuerdo a la ley boliviana, es la vida del feto, como se deduce de su inclusión dentro del capítulo de los delitos contra la vida.

Balestra señala que en el aborto, “el bien jurídico, objeto de la protección penal, es la vida del feto, ser concebido, pero no nacido; una esperanza de vida humana, que se convertirá en tal al terminar el proceso de gestación y comenzar el nacimiento” Estas son las razones para que el delito de aborto sea situado en la gran mayoría de los códigos entre los contrarios a la vida de las personas.

Tomás Vives ⁴hace un análisis muy importante al sostener que la vida prenatal es, el bien jurídico protegido. Se prefiere esta denominación a la vida en formación, pues lo que se está formando es la persona; la vida existe ya.

Con la represión al aborto se pretende proteger el bien jurídico: vida.

La vida es el principal bien, el más importante que el hombre posee, el de mayor gravitación y al cual se supeditan todos los demás bienes, materiales e inmateriales. Conservar, prolongar la vida, es la común aspiración del ser humano.

⁴ 1.996

García Ramírez ⁵ manifiesta que es de “suponer que además de proteger la vida en sí misma del producto o de la esperanza de vida, con la represión del aborto se protege el derecho de la mujer a la maternidad y, evidentemente, el del hombre a la descendencia; que garantiza el interés de la sociedad a mantenerse sin lesión ni menoscabo de sus miembros; que se ampara el interés político demográfico de la nación”

No hay que olvidar que la vida humana tiene el mismo valor en cualquier edad, situación, etc.

Calandra del Valle ⁶ afirma que durante siglos la legislación quiso hacer del feto el único bien jurídico protegido por la ley; la mujer a partir del siglo XX, específicamente en Rusia, toma la delantera y reclama ser considerada en primer término. Racionalmente me permito afirmar que ambas vidas valen mucho y ninguna debiera ser considerada como principal. Además con el delito de aborto la que atenta contra la vida del feto es la propia madre, y la ley no debe apoyar los caprichos de mujeres con el pretexto de defender sus derechos.

En los países donde existe total libertad para abortar, una legalización del aborto; la madre y la comunidad son los bienes jurídicos que el estado protege, y no parece haber cabida a ninguna disposición que dé derechos jurídicos al feto.

En el delito de **aborto honoris causa**, el bien jurídico protegido es, sin duda, el honor de una persona o de una familia por encima de la vida del feto.

⁵ 1.982, pag. 111

⁶ 1.973

De acuerdo a la legislación italiana Ranieri ⁷ (1.975:180) señala que “los bienes jurídicos que se encuentran protegidos en el delito de aborto, son los que atañen a la integridad y sanidad de la estirpe, en relación con la capacidad procreadora de sus miembros, la normalidad de las gestaciones y de los nacimientos, que debería prevalecer sobre cualquier otro interés que pudiera ser ofendido.”

Lamentablemente en el tipo **aborto-honoris causa** la vida del feto está supeditada al honor de la madre. El honor se encuentra también protegido, es uno de los principales derechos con que cuenta la persona humana, pero no es tan importante como la vida.

Parecería que el honor de la madre se encuentra con mayor protección que la vida del concebido, que el honor de la mujer puede más que el derecho a la vida.

Ya ubicados en la complejidad del tema, se puede decir que es evidente que el bien jurídico protegido es la vida del ser humano, no otra cosa significa que el delito de **aborto** se encuentre dentro de los *Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal* en nuestro Código Penal.

Dado el carácter prohibitivo *neminem laede* del Derecho Penal, es decir, su naturaleza eminentemente prohibitiva, nos es posible en contraposición, hablar de la naturaleza positiva de estos preceptos, es decir del Derecho a la Vida que finalmente es el fundamento de la protección asumida por medio de los tipos penales. Se puede resumir lo afirmado en defensa de este Derecho con unas cuantas ideas emitidas por el Dr. Huasca Cajías al respecto en 1991, en su exposición acerca del Derecho a la Vida. El Dr. Cajías decía: “El Derecho a la Vida es el derecho principal, en todos los órdenes. No es solamente un derecho en sí mismo sino que es el soporte

⁷Ob. Cit. 1.975: pag. 180

imprescindible de los demás derechos de que puede gozar la persona humana. Esta afirmación es reconocida uniformemente por normas religiosas, morales y jurídicas en el mundo entero. Lo hace expresamente nuestra Constitución Política. Es tan sagrado este derecho que inclusive se lo tiene que respetar cuando su titular sufre de enfermedades o anomalías graves”⁸

Nuevamente se puede afirmar que en el delito de aborto, el bien jurídico que se desea proteger es la vida de un ser humano. “La vida humana es la más absoluta de las realidades”⁹ Como refiere la Enciclopedia OMEBA, “Como cada vida que comienza es todo un mundo de posibilidades que se adviene, así también, cada vida que se extingue es todo un mundo de realizaciones que desaparece”.

Significa esto, que solamente en la vida, a lo largo de ese breve tiempo que toca vivir, es cuando la persona se puede realizar, fracasar, tener éxito, reír, llorar, en palabras propias del kantianismo “**podemos ser**” (dejando de lado elucubraciones de orden religioso). Porque, como nos ilustra Maggiore, “La vida y la integridad corporal son condiciones esenciales para la existencia de la personalidad y por consiguiente son el fundamento de todo derecho”¹⁰

La religión, presente en el devenir de nuestros pueblos, fundamenta el derecho a la vida más allá de consideraciones doctrinales y resume su planteamiento en uno de sus enunciados: “Ego occidam, ego vivere faciam”¹¹

⁸ JORNADAS MULTIDISCIPLINARIAS SOBRE EL ABORTO, 25 de febrero al 1o de marzo de 1.991. Sociedad Boliviana de Ciencias Penales.

⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXI. Pag. 977

¹⁰ Maggiore, Giuseppe: Derecho Penal, T: IV, pag. 260 De. Temis Bogotá, 1.989.

¹¹ Santa Biblia: Deuteronomio XXXII, 39

La vida es entonces el supremo bien del hombre, lo único innato al hombre, con todas sus implicancias, es pues, su vida.

Finalmente es Rudolf von Ihering citado por Gómez López quien nos dice: “No puede concebirse una existencia humana tan humilde, tan vacía, tan estrecha y miserable que no aproveche a toda existencia”

Stella Maris ¹²sostiene que la “sociedad que considera a la vida humana como el más alto de todos los bienes jurídicos debe castigar su destrucción con las más duras sanciones de que dispone, dando exactamente el mismo trato de intangible a la vida del moribundo, del enfermo mental incurable y del asesino; incurre en un bárbaro retroceso al pretender relativizar la protección de la vida del no nacido, no puede negar por principio el derecho a la vida del no nacido si no quiere negar y poner en peligro su sistema de valores, que es este punto el que necesita ser preservado sin restricciones. El embrión es una persona en potencia con todos sus atributos, cuya vida, por ello, debe ser respetada y promovida.

2.1.3.El delito de aborto y la vida humana.

Después de los argumentos desarrollados se puede señalar que el aborto atenta directamente contra la vida desde su inicio. Científicamente es indiscutible que la concepción es el punto de partida de la existencia humana. La cual no puede ni debe ser desechada con el simple argumento de posiciones subjetivas en defensa de ciertos intereses que señalan el comienzo de la vida humana a partir del quinto mes o muchas veces a partir del nacimiento.

¹² 1.1994: pag, 88

En el tipo penal de **aborto honoris causa**, al disminuir la sanción, parecería que el honor de la madre es más importante que la vida del feto, siendo doctrinalmente que, en la escala de los bienes jurídicos, está primero la vida y posteriormente el honor.

La vida humana en sus inicios estaría supeditada a otros derechos, como ser el honor, el derecho a decidir de la madre sobre su propio cuerpo, como si el feto formaría parte de ésta, apoyándose en la teoría de la viabilidad del feto, el cual no podría vivir separado de la madre hasta antes de las 26 o 28 semanas de gestación aproximadamente, consideramos que el ser humano tampoco puede vivir independientemente de la madre después del parto y algunos años después, ya que necesita de cuidados, atenciones y no por esto la muerte del recién nacido o del infante o niño son impunes.

El hecho de tratarse de una vida humana todavía incompleta en su desarrollo e incapaz de defenderse, no disminuye la gravedad del atropello, más bien la aumenta, configurando una violación llena de singular crueldad y ciego egoísmo.

Cuando de aborto se trata, no se señala que se busca la muerte intencional de un nuevo ser, se ha preferido hablar de los derechos de la mujer, entre los cuales se insiste en el de disponer libremente del fruto de la concepción.

Estamos frente a un conflicto de derechos entre el honor de la mujer y la vida del feto, la solución se encontraría en el prevalecimiento del derecho de mayor jerarquía sobre el otro.

El Dr. Cajías hace una acotación bastante interesante al señalar que las mismas organizaciones internacionales y países desarrollados que llevan

adelante una fuerte campaña para suprimir la pena de muerte aplicable a los criminales, suelen ser partidarios del aborto libre o lícito con el cual se elimina la vida a nuevos seres; es absurdo que éste ser tenga que nacer, crecer y cometer un delito grave para que su vida de juzgue inviolable.

Poner en duda el valor absoluto de derecho del feto a la vida es poner en duda el derecho de cada uno a la vida, el principio que protege nuestra vida también protege la del feto cualquier motivo razonable para aprobar moralmente la eliminación de un feto es también válido para acabar con la vida de cualquier persona.

2.1.4.El delito de Aborto Honoras Causa.

Ahora bien, en el delito de *aborto honoras causal* lo que se quiere proteger es la vida de un ser humano con ciertas características temporales, más propiamente de un ser humano en formación.

Esta afirmación obligaría a renunciar la convicción el intentar desarrollar toda una doctrina sobre el *Derecho a la vida que tiene un ser humano en formación*; ya que por sobre todas las cosas, reconocemos que es el impulso de ánimo interno que supuso la elaboración de la presente monografía, defendemos y defenderemos la unidad conceptual del valor vida desde el momento de la fecundación hasta el día de la muerte.

Es por ello que me permito exponer en el presente capítulo aquello que debe ser una sola realidad sin divisiones, ni otras diferenciaciones intrínsecas. Lo que propongo es la consideración de la vida en forma

general y como una rama, no independiente, sino un tanto especial de dichas consideraciones, el análisis de la vida del ser en gestación en cuanto es ella la que realmente importa al delito que se trata en la presente monografía.

2.1.5.El Homicidio.

En la presente monografía el objetivo es exponer las amplias consideraciones doctrinales acerca del homicidio siendo tajantes al afirmar solamente que la acción típica descrita en el **aborto** es básicamente la muerte de un incipiente ser humano por otro hombre, es decir un homicidio en sentido lato, es por eso la necesidad de esta explicación.

Luego de analizar lo expuesto en el acápite anterior, será necesario preguntarse acerca del sentido profundo que adquiere la muerte del hombre por el hombre, como nos ilustra la enciclopedia arriba citada; primero significa una destrucción de un mundo de posibilidades y realizaciones; luego significa un acto antinatural, es decir interrumpir y aniquilar el proceso evolutivo de un orden natural, en tercer lugar significa un acto antisocial ya que el equilibrio dinámico de la sociedad es afectado.

Finalmente implica una contradicción ya que es destruir en otros el sumo bien que se reclama y exige para sí. Por lo expuesto, es la vida el bien jurídico que mayor protección debe recibir de un Estado, ya sea mediante penas equilibradas con la magnitud de aquello que se quiere preservar, o mediante figuras tipificantes diversas, que no dejen lagunas y permitan una cobertura total.

Si mi honor se mancilla (incluso por mi propia mano), puedo limpiarlo e incluso el tiempo hace que las cosas se olviden, pero si se me arrebató la vida, se me ha arrebatado todo.

Incluso muy discutida es la posición expresada en la Enciclopedia OMEBA de que la muerte de un hombre por otro hombre es solamente justificable cuando de salvar la vida de un semejante o de la suya propia se trata.

Tomando una frase de Gómez López, que dice “El homicidio es el crimen más grave”, se puede entonces afirmar que merece mayor sanción penal ya que además no ataca simplemente al individuo, sujeto pasivo, sino que es un atentado contra la especie misma del ser humano.

“Lo que se impone en el reino del hombre es el derecho a la vida”¹³ por consiguiente éste es el supremo bien y la sanción para los delitos contra la vida de los seres humanos debe ser la más grave aunque nada se repare con esto.

2.2.SU PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL.

Se debe diferenciar dos formas de protección de la vida humana, **la primera** en tanto se refiere al derecho constitutivo, reconocedor del derecho a la vida y **la segunda** reflejada en la real amenaza de un mal inminente si se la viola. Desde ambas posiciones se protege la vida en esferas internacionales y nacionales.

Se debe aclarar que ésta no es una posición doctrinal, sino más bien conveniente a fin de operacionalizar el desarrollo del presente título. Debemos además precisar que en lo que se refiere al ámbito internacional, pareciera ser que los acuerdos, pactos y demás documentos signados internacionalmente

¹³ Gómez López, Orlando; EL HOMICIDIO, t. I, pag. 14, Ed. Temis S.A. Santa Fé Bogotá Colombia, 1.993

son un mero saludo a la bandera, por lo menos así parece; ya que es frecuente ver que uno se acuerda de algún pacto, por ejemplo, el respeto a los Derechos Humanos, cuando ese Derecho ha sido violentado, es decir, se toman en cuenta documentos internacionales **porque** algo pasó y no **para** que ese algo no pase.

2.2.1.Su protección en la Constitución Política del Estado

En la Legislación Boliviana, que es la que ocupa en este segmento de la monografía, se puede encontrar la dicotomía arriba mencionada.

Bolivia posee leyes que reconocen y protegen el bien máspreciado, la vida humana, comenzando por nuestra Constitución que establece en su artículo sexto que *“Todo ser humano goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por la Constitución Política del Estado sin distinción de raza, sexo, idioma, religión. Opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera”* y en su artículo séptimo, inciso a) que establece el derecho de toda persona a la vida. Pero en este punto existe una controversia con relación al término *“persona”*, ya que el feto no tendría derecho a éste.

Pero si se llegara a ésta conclusión de que el feto no es considerado jurídicamente como persona, el art. 193 del mismo cuerpo legal, en el Régimen Familiar, señala que la maternidad está bajo la protección del Estado con lo que la vida del feto estaría legalmente protegida.

También es evidente el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, que básicamente significa el derecho a la libertad de acción incluyendo el derecho a decidir por sí misma a elegir su maternidad o no y las obligaciones que ella implica, es también un derecho merecedor de reconocimiento y protección; pero este derecho no es ilimitado. Está

limitado por los derechos de otros, por los principios de la Constitución Política del Estado. En caso del **Aborto honoris-causa** está limitado por el derecho a la vida del feto.

De acuerdo a la Constitución Política del Estado el embarazo no puede ser considerado perteneciente exclusivamente a la esfera de la vida privada. Cuando una mujer está embarazada, su vida privada resulta estrechamente conectada con el feto en desarrollo.

2.2.2.En el Derecho Civil.

El Código Civil, en su artículo primero, parágrafo II, dice que *“al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida”* y el artículo sexto establece la protección a la vida conforme a las leyes pertinentes.

Se considera algo totalmente favorable para el feto el ser tenido como persona para que se le pueda reconocer el derecho a la vida.

El Derecho Civil protege a la persona por nacer, capacitándola para adquirir derechos por donación o herencia y autorizando su reconocimiento como hijo natural. Todo ello demuestra que, para el derecho la persona existe desde la concepción.

Los derechos adquiridos por la persona por nacer son actuales, no en potencia o reservados, aún cuando la consolidación de ellos quede sometida al hecho del nacimiento en tiempo hábil, con vida y, al mismo tiempo, tales derechos, como la personalidad jurídica misma, sometidos o subordinados a la condición resolutoria de que el concebido no muera antes de nacer o no nazca en tiempo hábil.

Al concebido se le debe atribuir un derecho extrapatrimonial de primer orden, que es el derecho de vivir. Resultaría realmente absurdo otorgarle derechos patrimoniales, que son indudablemente secundarios y no el más importante, sin el cual tampoco puede ejercer los otros.

2.2.3.Derecho de familia.

En el Art.. 201 del Código de Familia vigente, indica que puede reconocerse a los hijos simplemente concebidos e igualmente a los prematuros para beneficio del cónyuge y los descendientes. El reconocimiento que realiza el padre a favor de su hijo concebido se llama reconocimiento ad-ventre, el cual tiene el valor legal, ya que cuando nazca, la madre lo podrá inscribir con el apellido del padre.

Como el reconocimiento implica establecer la filiación, por la sola voluntad del autor del mismo, resulta válido por eso el que se hace de un hijo concebido. Su utilidad práctica es indudable: el padre puede morir durante el embarazo de la madre, o ésta puede morir a resultas del parto. Contra tales riesgos, el reconocimiento del concebido, permitido por la ley, es una garantía para el hijo por nacer respecto de la certeza de su filiación.

El reconocimiento Ad-Ventre, adquiere su plena validez si el concebido nace con vida y queda sin efecto si no se realiza el nacimiento, es decir si el feto no nace con vida.

2.2.4. Código Niño, Niña, Adolescente

Este cuerpo legal protege al concebido a través de la maternidad, en los siguientes artículos.

Art. 15. (Protección a la Maternidad). Corresponde al Estado proteger a la maternidad a través de las entidades de salud y garantizar:

1. La atención gratuita de la madre en las etapas pre-natal, natal o post-natal, con tratamiento médico especializado, dotación de medicinas, exámenes complementarios y apoyo alimentario;
2. A las mujeres embarazadas privadas de libertad, los servicios de atención señalados en el numeral anterior. El juez de la causa y los encargados de los centros penitenciarios son responsables del cumplimiento de esta disposición y otras que rigen en la materia;
3. Que en la entidades de salud estatales, personal médico y paramédico, brinden a las niñas o adolescentes embarazadas, atención gratuita y prioritaria, así como la orientación médica, psicológica y social requeridas, durante el período de gestación, parto y post-parto.

En el reglamento a la Ley 2026, dentro del Título II., en las Disposiciones Específicas, Capítulo I Derecho a la vida y a la Salud, tenemos lo siguiente:

Art.. 7. (Protección a la maternidad) La implementación de las políticas de protección a la maternidad a que alude el Artículo 15 del Código Niño, Niña, y Adolescente y de cualquier otra medida de atención, es responsabilidad de los Directores de los Servicios Departamental y Municipal de Salud y, en su defecto, del Director Departamental de Desarrollo Social. Su incumplimiento será sancionado de acuerdo a normativa vigente.

Las disposiciones del Código Niño, Niña, y Adolescente se encuentran estrechamente relacionadas con el artículo 193 de la Constitución Política del Estado, que protege la maternidad.

De acuerdo a datos publicados por el gobierno a través de un medio de comunicación escrito¹⁴ muestran que los índices de muerte materna a causa de los nacimientos han disminuido, gracias al Seguro Materno - Infantil.

También las tipificaciones del Código Penal contenidas en su título VIII, *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, protegen el bien jurídico vida y de manera especial para fines de nuestra monografía en el Capítulo II **Aborto** desde los artículos 263 al 269.

2.3.SU PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

Internacionalmente se reconoce en documentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 que en su artículo 3 dice que *“Todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona”* así como en la declaración de independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre signada en Bogotá en 1948, en la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales signada en Roma en 1950, en la Encíclica *“Pace in Terris”* del Papa Juan XXIII, en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

Como vemos son varios los documentos que reconocen el derecho fundamental a la existencia del ser humano.

He aquí un listado enunciativo de diferentes documentos internacionales que de alguna manera se refieren al reconocimiento del valor vida. (Los datos

fueron extractados del libro *Derechos Humanos, documentos básicos* del Dr. Máximo Pacheco y de la *Recopilación de instrumentos internacionales* editada por las Naciones Unidas para el cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.)

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (resolución 217 A de 10 de Diciembre de 1948)

Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Art. 2. Todo individuo tiene Derecho a la Vida,

2. Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948)

Art. 1. Todo ser humano tiene Derecho a la vida,

Art. 7. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño tienen derecho a la protección, cuidado y ayuda especiales.

Art. 30. Toda persona, tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad.

3. Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma 4 de Noviembre de 1950)

Art. 2. El Derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. La muerte no puede ser infringida internacionalmente a nadie,

4. Encíclica *Pacem in Terris*. Papa Juan XXIII (11 de abril de 1963)

11.observemos que el ser humano tiene derecho a la existencia.

¹⁴ La Razón, 2 - 7 - 97, pag.13.

5. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969)

Art. 4. Derecho a la vida. Toda persona tiene Derecho a que se respete su vida. Este Derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

6. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)

Art. 16. Derechos de la Niñez. Todo niño, sea cual fuere su situación, tiene Derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Todo niño tiene el Derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

7. Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959 (Resolución 1.386 XIV)

En el preámbulo: Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, **antes como después del nacimiento.** Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle.

Principio 2. El niño gozará de una protección especial. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá, será el interés superior del niño.

Principio 8. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar, entre los primeros que reciban protección y socorro.

8. Convención sobre los Derechos del Niño.

Art. 3. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.

Art. 6. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene Derecho intrínseco a la vida

Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Por lo tanto, no cabe la menor duda que lo descrito en el presente capítulo, debe servir para evidenciar aspectos fundamentales que, concatenados, darán el punto de referencia para sustentar los planteamientos de la monografía, siempre en el marco de la vida del ser humano como única realidad de posibilidades.

Esta descripción y análisis, que por cierto es absolutamente necesario para comprender el profundo y final planteamiento filosófico de esta monografía, permite afirmar que:

- 1. La vida del ser humano** es el supremo bien jurídico necesitado y merecedor de protección jurídica, ya que su existencia es la generadora de Derechos y obligaciones; por lo tanto, todos los verbos: deber, tener, poder, errar, delinquir y todos los adjetivos: bueno, malo, ilegal, regular, han de referirse forzosamente a un solo infinitivo: **SER**.
- 2. La vida de cualquier ser humano** tiene exactamente el mismo valor para el Derecho.
- 3. La vida del concebido** merece una protección especialísima, por las características propias de indefensión en la que se encuentra.

4. Es evidente la protección que se hace de este bien jurídico, ya sea en el campo civil, o en el campo penal, con los instrumentos propios de cada una de estas ramas del Derecho.
5. La tipificación del delito de Aborto Honoris pareciera pretender que protege la vida del concebido; sin embargo, no es absolutamente cierta y esa es la principal motivación para realizar esta investigación.
6. Entonces la real posición que asume esta investigación es la convicción, debidamente fundamentada, de que los principios en torno a la vida del ser humano, en relación con la protección que de ella se hace con este artículo (Aborto Honoris Causa), son violentados en diversas formas por los elementos y relaciones existentes dentro de este tipo penal, pretendiendo salvaguardar el "honor" de la madre antes que la vida del ser concebido.

De este modo, la **vida** es el bien jurídico supremo a protegerse, o es un estado social deseable, naturalmente el estado deseable de todos. Por esta razón, la vida del ser humano debe ser el bien, el objeto, el ente filosófico que mayor protección debe merecer, que mayor caparazón jurídica debe cargar.

CAPITULO III. EL HONOR, LA DESHONRA Y EL CONSENTIMIENTO.

3.1 EL HONOR.

El honor es un bien jurídico que tiene gran relevancia en la vida en sociedad, es imposible desconocer su importancia en un integral entendimiento de la persona.

Presente en épocas épicas y en historias de naciones y pueblos, el honor ha sido muchas veces el eje central alrededor del cuál giran sociedades enteras en tiempos determinados.

Se puede decir, parafraseando al Dr. Miguel Harb, que *“no concibe el Derecho Contemporáneo, ninguna persona, mayor o menor de edad, capaz o incapaz, sin honor”* (Miguel, Benjamin: DERECHO PENAL t. II p.207.Edit. Juventud.L.P. Bolivia 1990)

Es ese sentido que no se puede dejar de considerar esta realidad en cualquier análisis que se haga al respecto y particularmente en el específico caso de la presente monografía, en la que el elemento honor se encuentra ligado a la concepción misma de **aborto honoris causa**, donde se observa que se trata de un homicidio atenuado por el honor. Es necesario, sin embargo, hacer una aclaración antes de entrar en mayores consideraciones y es que, si bien la redacción precisa del delito que interesa a la totalidad de la monografía es *“... para salvar el honor de la mujer”*, por elementos de juicio que se han de exponer a lo largo del presente capítulo, se puede enmarcar el delito alrededor de el honor.

3.1.1. Concepto.

Intentar buscar un sólo concepto de lo que ha de entenderse por honor, es naufragar en un mar de consideraciones doctrinales y variedad de

posiciones, tantas como autores alguna vez han pensado en el tema. Es por ello que arbitrariamente el presente trabajo propone la abrogatoria del delito de aborto honoris causa y las consideraciones acerca de conceptos tales como honor, vida, pena, etc. que no son fines en sí mismos, sino importantes elementos que ayudarán a fundamentar la presente monografía; por lo tanto, se tomarán tres fuentes a las cuales se pueden catalogar de clásicas:

- El Diccionario de la Real Lengua Española (Real Academia Española De. Espasa Calpe. Madrid España 1970) define al honor como: *“Gloria o buena reputación que sigue a la virtud. Honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes”*. El Pequeño Larousse dice que el honor es *“el sentimiento de nuestra dignidad moral, la virtud y probidad del hombre, la reputación de una mujer”*.
- Manuel Ossorio en su diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales afirma que *“(es) la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto al prójimo y de nosotros mismos. Es la honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes.”*
- Para Cabanellas el honor es *“la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes”*.

Ahora bien, estos intentos, muy loables por cierto, de explicar lo que ha de entenderse por honor, aportan cada uno, nuevos elementos a considerarse; sin embargo, en el libro “Derecho Penal” del Dr. Benjamin Harb está una concisa explicación acerca de cómo entender este concepto de mejor forma; y que dice: *“en el análisis del honor podemos distinguir dos planos: el subjetivo y el objetivo. Desde el punto de vista subjetivo el honor es el sentimiento de la propia dignidad moral nacida de la conciencia de nuestras*

*virtudes, de nuestros méritos, de nuestro valor moral. Este es el honor en sentido estricto. Desde el plano objetivo el honor es la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social. En el fondo es la buena reputación que tenemos de nuestra sociedad”*¹

En el primer caso el honor es un sentimiento y valoración que uno mismo tiene o hace de su persona, en el segundo caso el honor es una valoración que ha hecho la sociedad sobre cierto individuo en particular.

Esta consideración es muy atinada y servirá de mucho para ubicar el interés en el tema, en cuanto al delito de *aborto honoris causa* se refiere.

3.1.2. Su protección en el ordenamiento vigente

De estas consideraciones y de la observación del Derecho Positivo se puede desprender la importancia del bien jurídico honor en la realidad jurídico social nacional.

El honor es un bien jurídicamente protegido por la legislación nacional, por ejemplo el Art. 17 del Código Civil estipula que *“Toda persona tiene derecho a que sea respetado su buen nombre”* y el Código Penal en su Libro Segundo, Título IX en un único capítulo describe los Delitos contra el Honor, fundamentalmente referidos a la difamación, la calumnia, la ofensa a la memoria de los difuntos y a la injuria.

3.1.3. Acerca de la vigencia del honor.

Parece ser que todas estas elucubraciones son solamente buenas intenciones y planteamientos perfeccionistas que se olvidan de una necesaria referencia a lo que sucede en el seno de la sociedad, olvidando

¹ Miguel, Benjamin: DERECHO PENAL t. II p.207. Ed. Juventud L.P. Bolivia,1990.

que el honor, e incluso la honra de la mujer son fundamentales elementos considerados por la sociedad.

Es muy atinada la apreciación que hace el Dr. Benjamin Harb, cuando afirma que *“esto de salvar el honor de la mujer es de tradición española”*.

Es evidente que no se puede desligar este planteamiento de la realidad social en la que vivimos y para la que se elaboran estas consideraciones. Pero lo que aquí se quiere defender es la tenaz convicción de que desde 1973 a la fecha las posiciones acerca del valor de la vida humana han cambiado, aunque simplemente sea de manera declarativa. La vida del ser humano ya no debe ser, por lo tanto, susceptible de consideraciones sobre la deshonra o sobre honores.

Además antiguamente la condena de la sociedad hacia una mujer con una determinada conducta sexual fue terriblemente condenada, según el pasaje de la lapidación de la Biblia. Hoy en día la sociedad ha evolucionado y los valores y posiciones morales han cambiado, no es raro ver a madres solteras que orgullosas caminan por las calles. Ciertamente hoy no constituye un valor que merezca protección penal y que pueda justificar el privilegio existente, además de constituirse en un privilegio directamente reflejado en la mujer, en este caso de la madre, privilegio desde el punto de vista atentatorio contra el principio de igualdad ante la ley.

El honor es un bien jurídico protegido a través de las leyes, y en muchas ocasiones debe observarse este elemento con el fin de atenuar penas o agravarlas; sin embargo, y en los delitos que implican el hacer desaparecer la vida como cúmulo de posibilidades, no necesariamente

debe conllevar una atenuación, y si es así, ésta debe ser profundamente estudiada.

Han pasado ya los tiempos del duelo. El Derecho debe defender la vida. **Incluso aquella causante de terrible deshonor**, como la única realidad, por lo menos comprobada, capaz de deparar un mañana.

3.2. ENCUBRIR LA DESHONRA.

Las anteriores consideraciones introductorias no han querido sino ubicar en la materia a tratar, por lo que se debe hacer una precisión y decir que en el delito de *aborto honoris causa*, extremo que ocupa la presente monografía, lo que se menciona explícitamente es la voluntad de “*salvar el honor de la mujer*”. Ahora bien, a continuación se describen los términos que son los reales actores del capítulo en cuestión.

3.2.1. *La acción de encubrir*

Para los diccionarios arriba citados, el hecho de encubrir, es sinónimo de esconder, ocultar, disimular, tapar una cosa, fingir. Esta aclaración, que parecería innecesaria, sirve para efectuar una precisión necesaria. Recordando los dos planos de consideración del honor, propuestos por el Dr. Miguel en su obra, se ve que lo que en este delito en particular se propone, es la consideración del honor desde el punto de vista objetivo, ya que se pretende ocultar al resto de la gente (o en este caso a la gente más próxima y a quién pudiere interesarle), la causa de la posible deshonra.

Es por ello que se puede afirmar que la acción de ocultar, esconder, disimular la deshonra parte de la realidad de la existencia de un embarazo bajo ciertas circunstancias que han de hacer al niño, fruto de él, causante de una terrible deshonra y para evitar ésta situación lo mejor es causarle la muerte.

3.2.2. *La deshonra.*

A objeto de explicar de mejor forma el tema de análisis, es necesario referirse al aspecto positivo, es decir a la honra, para luego poder efectuar las consideraciones pertinentes a partir de esa exposición.

Honor y honra parecerían términos sinónimos, o por lo menos confundibles entre ellos; sin embargo, se pueden citar dos explicaciones que señalarán el camino a seguir si se trata de averiguar el real significado de la honra y por ende de la deshonra.

Es así que, de acuerdo a lo explicado en el Diccionario del Dr. Cabanellas, dice lo siguiente: *“A propósito de la distinción entre los conceptos de **honor** y **honra**, Baralt dice que en el honor hay algo convencional y arbitrario; algo que depende de las costumbres y aún de las preocupaciones de una época. o de un país; al paso que honra expresa una calidad invariable, inherente a la naturaleza misma de las cosas. De tal modo que **honor** significa en muchos casos la consideración que el uso o ideas erróneas de moral, conceden a cosas vanas, y aun criminales, que no se podrían expresar por medio de honra. Pero sólo en Dios y en la virtud está la honra; y el que tiene honor puede muy bien carecer de **honra** si realmente no es honrado”*. Lo que salta a la vista es que pareciera ser que el honor se diferencia de la honradez, que naturalmente no son sinónimas, mas no parece que esta consideración, incluso filosófica, pudiese aplicarse a fin de desentrañar lo que *deshonra* ha de significar realmente en el delito de *aborto honoris causa*.

El Dr. Manuel Ossorio, ilustrando y a la vez desglosando el resumen de la posición expresada en éste capítulo, indica lo siguiente: *“Así las frases antaño corrientes de que una mujer había sido deshonrada que había perdido su virginidad, carezcan en el presente de valor, por lo menos en un sentido absoluto”*. Fácilmente se advierte el notable cambio que en la estimación social han sufrido las ideas relativas al pudor y al recato femeninos; sin que al señalar este cambio se quiera hacer una apreciación en cuanto a que esa modificación en los aspectos afecte necesariamente a un aspecto de fondo en cuanto al pudor y al recato, sino simplemente que han cambiado las costumbres.

El único sustento compatible con la constitución del delito de **aborto honoris causa** es señalar un fundamento ético-social-religioso entorno al concepto de honra, proveniente de una antigua sociedad jerarquizada.

De esta exposición se pueden inferir dos resultados. Primero que la deshonra se refiere específicamente al honor sexual y segundo que los conceptos que se tenían acerca de este honor sexual han variado hasta nuestros días.

Además se puede decir que la honra es: *“Pudor, honestidad y recato de las mujeres. Decencia, recato, pudor, particularmente en materia sexual”*², es decir, que la honra es un subconcepto del honor y por tanto la deshonra es una especie del deshonor.

3.3. LA DESHONRA EN EL DELITO DE ABORTO HONORIS CAUSA.

Zabala (1.993) afirma que con este tipo penal se trata de ocultar una relación prematrimonial, en caso de la mujer *soltera*. En cuanto a la mujer casada, la deshonra no tiene su sede en el hecho del embarazo sino en el de la relación

² Ossorio Manuel, Ob. Cit. p.355

sexual extramatrimonial o clandestina. El fundamental privilegio radica en el interés de la mujer por conservar su reputación, es decir, que el concepto de la sociedad tiene sobre ella no se desvalorice. Esta acepción connota a su vez un enfoque de inequidad de género, debido a que no se aplica la misma sanción moral para un hombre en similares acciones.

En el tipo penal del **aborto honoris-*causa***, se crea la ficción legal de que el honor se puede salvar cometiendo un delito para encubrir un embarazo que no cae en el ámbito del Código Penal. El honor en este caso no es más que guardar las apariencias, siendo éste, en el fondo, un caso de conciencia. Es una hipocresía legal y social, pues el honor se salva con la conducta y quien ha consentido en tener relaciones sexuales debe aceptar las consecuencias de las mismas. Estas afirmaciones vertidas por el Dr. Benjamin Harb constituyen una verdad jurídica irrefutable.

Por su parte Londoño Jiménez realiza un estudio profundo del tipo **aborto honoris-*causa*** al señalar que aquella deshonra ya no se puede ocultar, sino que se ha hecho pública con la consumación del delito, por lo cual no debiera ya tenerse en cuenta dicha circunstancia para los fines de una pena más benigna.

Si la deshonra ya se ha hecho pública con el delito, con el proceso que se ha abierto contra la muerte del embrión, ninguna protección de ella puede buscar la ley. Y si el motivo determinante del aborto fue el de preservar el honor sexual externo, lo que es lo mismo, cuidar de una buena reputación, proteger su fama ante la sociedad, el móvil, que es el que tiene en cuenta la ley, no desaparece porque al minuto, a la hora o a los días o meses del aborto, se logre descubrir éste, Si ello no pudiera ser así, querría significar la representación del absurdo de que la ley hubiere creado la atenuante en el aborto pero que sólo para el caso de que el delito jamás se descubriera.

También Ossorio considera que “no puede esgrimirse la defensa del honor cuando la preexistencia del embarazo ha trascendido como para dar estado cierto a ésta pérdida del consenso social en cuanto a su conducta.” (Omeba, 1.985: 552)

En el delito de *aborto honoris- causa*. Ese, móvil de honor (el encubrimiento de la deshonra), doctrinariamente tratado, es, sin adornos, sin lucecitas, **la triste realidad de esconder una relación sexual, reputada deshonrosa, matando a un ser humano.**

Una vez determinada la real significancia del elemento “**encubrir su deshonra**” en el delito de *aborto honoris- causa* se debe realizar cuatro reflexiones de importancia que resumen la posición en cuanto a ésta realidad.

3.3.1. Acerca del real encubrimiento.

En el delito de *aborto honoris- causa* la concepción de encubrir o proteger la deshonra de la mujer, se encuentra ligada con la muerte del hijo a objeto de que no se conozca la realidad de una relación sexual deshonrosa. Sin embargo, ésta es una reflexión que engaña a la razón; pues, si el objetivo y motivo de la consideración especial al delito es el ocultamiento de la deshonra, entonces debe entenderse el *conocimiento o desconocimiento público del embarazo* como otro elemento a tomarse en cuenta. Si se ha conocido el embarazo, entonces la madre no podrá ya alegar el motivo del honor.

Otra consideración pertinente es que, si bien la madre actuó con el fin de ocultar su deshonra, mayor deshonra es la que le espera; ya que al llevarse a cabo el proceso penal, amén de descubrir que ella procreó, también ha de descubrirse que ella mató. Ciertamente el honor sexual que quiso ser protegido queda al descubierto y el honor de ser humano queda pisoteado. Evidentemente son 2 los factores decisivos para

poder apreciar la existencia o inexistencia del honor sexual: la clandestinidad o publicidad de sus relaciones sexuales y la forma en que se haya ocultado su embarazo.

3.3.2. Acerca de la honra y de la vida.

Todas las ideas expresadas hasta el momento tienen su corolario y cobran real dimensión ante la interrogante de que, si una Sociedad, entrando en el siglo XXI, puede considerar como un caso privilegiado, (tan privilegiado que se le concede el 50 % de la pena) a una acción que pretende preservar el honor sexual de una mujer con la muerte de un ser humano que además es hijo suyo y que permite que una tercera persona atente contra esa vida.

Esta idea expresada por el Dr. Benjamin Harb en su obra Derecho Penal es la que refleja estrictamente esta opinión acerca del honor al referirse directamente al delito que nos ocupa y que dice *“Creemos que ésta (salvar el honor), es una hipocresía legal y social, pues el honor se salva con la conducta y quién ha consentido en tener relaciones sexuales debe aceptar las consecuencias de las mismas, porque el honor no se salva cometiendo un crimen para tapar una conducta nada virtuosa, guiada muchas veces por un materialismo sensualista que cae en el hedonismo, el placer por el placer.”*

Es así que no es admisible este desbalance jurídico, cómo privilegiar una acción de una mujer o un tercero que pretende salvar el honor, (que no la pudo honrar anteriormente) por medio de la muerte de un ser humano.

3.3.3. Acerca de un artículo machista.

Aquí se rescata un cuestionamiento válido que parece entrar en el campo de la especulación ya que no se han encontrado indicios que puedan sustentar una posición negativa o afirmativa; sin embargo, creyendo deberle un espacio en la presente tesis a tan inquietante reflexión es que se la incluye.

¿No será que esto de encubrir el honor sexual de la mujer sea en el fondo una concesión del hombre para encubrir el honor del marido? **Porque esto de la deshonra tiene que ver, en una de sus facetas, con la fidelidad o infidelidad también.** No hay que olvidar que en algunas situaciones en el delito de *aborto honoris-cause* el sujeto activo o culpable intelectual podía ser el marido.

La hipótesis probable, históricamente o mediante un estudio de la conciencia del legislador, sería la siguiente: *“El tipo privilegiado **aborto honoris-cause**, obedece en su concepción, a una concesión del macho legislador a la hembra deshonrada a causa de una relación sexual, deshonra que afecta no solamente a la honra de la mujer, sino del marido engañado, he ahí la explicación del privilegio”.*

Se propone esta hipótesis solamente en el caso de una relación de infidelidad, o un triángulo amoroso y esta posibilidad no agota las variantes de la deshonra; sin embargo, es válida en cuanto a este aspecto por la que se incluye como interrogante no resuelta, pero importante elemento de consideración.

3.4. EL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento como acción y efecto de consentir, definida como: *“permitir algo: condescender en que se haga, aceptar...”*³ es la manifestación de la voluntad

³ DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Ossorio Manuel.

de realizarse o permitir que se le practique un aborto y, por voluntad se debe entender como la: *"Potencia o facultad del alma que lleva a obrar o a abstenerse."*⁴ siguiendo a Donna: *"el proceso anímico humano por el cual se determina qué impulso debe ser realizado y qué, además, alcance, alcance de ese modo la meta fijada contra todas las resistencias que se oponen a su realización"*⁵.

Siguiendo este esquema, se tiene que decir que esta acción voluntaria tiene la característica específica de que es la vivencia tendencial racional que pone en marcha la voluntad para llevar a cabo una acción, rompiendo todas las barreras o resistencias que se opongan a ella.

3.4.1. Estructura de la acción.

De esta manera se entiende que desde el punto de vista psicológico la acción consta de los siguientes pasos:

- a. **Fijación de una meta.** Esta meta se actualiza en la representación de un propósito claro o intención, quedando fijada como línea directriz de su conducta.
- b. **Impulso de la voluntad.** Cuando la voluntad ordena que se cumpla la meta y toda la conciencia se dispone a hacerlo.
- c. **Organización de la voluntad.** Cuando se disponen todas las acciones que lleven a efectuar el propósito escogido, situación que diferencia el acto doloso del culposo. Es el planeamiento, reflexión y elección de los medios más adecuados para alcanzar la meta fijada, *"la necesidad práctica de una acción posible, como medio para conseguir otra cosa que se quiere"*⁶

⁴Idem

⁵ Donna Edgardo Alberto, TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA, T. II, pág. 12, Ed. Astrea, Buenos Aires

⁶ Kant, Fundamentación , p. 35

d. **Acción concretada.** Finalmente, el propósito, el impulso de la voluntad y su organización llevan a concretar la acción que será la base de la responsabilidad penal.

La acción es la conducta humana relacionada con el medio social, dominada con una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado, en el caso que nos ocupa la interrupción de un embarazo, situación concreta que determina la antijuridicidad de la acción descrita por la ley y que está vinculada a un resultado.

Analizando todo lo que antecede podemos afirmar lo siguiente:

1. Los conceptos de honor y honra han evolucionado con el tiempo, así como la vida del ser humano ha cobrado nueva relevancia doctrinal.
2. El elemento “para salvar el honor de la mujer” propio del delito de **aborto honoris-causa** hace referencia exclusivamente al ocultamiento de un deshonor sexual.
3. Dicho deshonor sexual se refiere a una relación sexual considerada deshonorosa, por lo tanto, lo que se intenta encubrir es esa relación sexual.
4. El honor se salva con la conducta y quién ha consentido en tener relaciones sexuales debe aceptar las consecuencias de las mismas, porque el honor no se salva cometiendo un crimen.
5. Ya no se puede justificar la existencia del tipo privilegiado **aborto honoris-causa** teniendo como fundamento el de ocultar el honor sexual de una mujer (¿o será de un hombre?). No podemos seguir consintiendo salvar el honor sexual de la mujer con la comisión de un crimen.

CAPITULO IV:

LA PENA EN EL DELITO DE ABORTO HONORIS CAUSA

La pena, como presupuesto lógico del delito, se encuentra, como debe ser, dentro de los elementos del delito de **aborto honoris causa** y su realidad nos lleva a la necesidad de hacer una serie de observaciones pertinentes.

La pena, estipulada en este delito, que es desde dos a seis años de privación de libertad y en el caso del artículo 265 (caso que nos ocupa), es de 6 meses a dos años, merece ciertos cuestionamientos puntuales dirigidos, no específicamente a la cantidad del tiempo estipulado, sino fundamentalmente a los conceptos, que entrelazados, originan la fijación de una determinada pena, conceptos éstos que deben ser muy bien elaborados.

Hay que recalcar que la pena del delito de **aborto honoris causa** es solamente un aspecto más dentro de los planteamientos de este trabajo, de lo contrario, sería suficiente plantear la modificación de dicha pena. Sin embargo, debemos manifestar nuevamente que la finalidad de toda la elaboración científica de un trabajo es demostrar la cuestionable base (si es que existe alguna) en la cual se apoya el concepto de **aborto honoris causa**, como Tipo Penal Autónomo en nuestra Legislación Penal. Se reitera que la pena es solamente un elemento más de análisis, una posición más que ha de servirnos para sustentar la propuesta.

A objeto de sentar bien las bases sobre las cuales se ha de realizar el análisis, es que se debe comenzar realizando una somera introducción general sobre la pena como elemento imprescindible del delito.

4.1. TEORÍA GENERAL DE LA PENA.

La gran riqueza y diversidad de la doctrina elaborada al respecto del concepto pena en el derecho, no ha de constituirse en óbice para que nosotros

pretendamos expresar lo que es la pena como consecuencia del delito. Vemos la necesidad de esbozar una serie de consideraciones de carácter general sobre este punto que han de ser resumidas, pero sustanciosas ya que el objeto de esta monografía no es, ni pretende ser, la elaboración de una exposición completa sobre la teoría general de la pena, sino simplemente ubicarnos en el contexto del posterior análisis a realizarse en el presente capítulo acerca de la pena en el delito de **aborto honoris causa**.

4.2. CONCEPTO.

Muchas son las definiciones y conceptualizaciones que se han ensayado acerca de la pena como diversas son las posiciones de distintos autores sobre su naturaleza, fines, presupuestos, etc., de acuerdo cómo éstos se identifiquen dentro de las teorías absolutas, relativas o mixtas, o cómo se hallen dentro de los positivistas, clásicos, etc., o comulguen con una u otra doctrina penal.

Sin embargo, el concepto que mejor elabora la idea de lo que se entiende por pena es el desglosado por Silvio Ranieri en su Manual de Derecho Penal que, amén de ser extenso, es muy ilustrativo: *“Pena criminal es la consecuencia jurídica pública, consistente en la privación o disminución de uno o más bienes jurídicos, que la ley expresamente prescribe para los hechos constitutivos de delitos y para el fin de la prevención general, que los órganos de la jurisdicción infligen mediante el proceso a causa del delito cometido, y que se aplica y se ejecuta con modalidades que tienden, para los fines de la prevención especial, a la reeducación del condenado.”*¹

Maggiore pretende explicar los caracteres de la pena y dice que es:

1. **Un mal.** En este sentido, se dice que la pena debe ser aflictiva. Por otra parte, es prudente y humana la advertencia de la escuela liberal, de que el

¹ Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal, T. II, p. 319. Edit. Temis Bogotá. 1975)

dolor no debe pasar de ciertos límites, y que deben reprobarse las penas que lesionan la integridad física y moral.

2. **Un mal conminado e infligido.** Ya que la fuerza moral de la pena está más en su certeza que en su severidad.
3. **Un mal infligido a título de retribución.** El mal debe ser irrogado como justa compensación de otro mal injusto que se ha causado. Retribuir significa pagar una cosa con su igual, restablecer el equilibrio de dos fuerzas turbado por el delito. Esto implica que la pena sea proporcional al delito; toda deficiencia es debilidad y es crueldad todo exceso; la una y el otro, tomados separadamente, son injusticias.
4. **Retribución del mal de un delito.** Lo que significa que debe existir un nexo causal delito pena.
5. **Mal infligido por el ordenamiento jurídico.** Es decir, dentro de las normas legales.
6. **Debe reintegrar el orden jurídico injuriado.** Con la ejemplaridad y publicidad del castigo.

No hay que pretender ensayar un concepto y una explicación de lo que es la pena, sin hacer referencia a las escuelas que sobre el tema tratan; ya que como sentencia Bacigalupo al referirse al tema dice *"la llamada lucha de escuelas, no es otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal"*.

Dichas escuelas son aquellas que defienden las teorías absolutas y aquellas que defienden las teorías relativas, existiendo las llamadas teorías de la unión.

Las primeras defienden como fundamento de la pena aquel de la necesidad moral, es decir las teorías de retribución de Kant y Hegel, en tanto que las segundas legitiman la pena en observancia a su utilidad. Finalmente las teorías

de la unión pretenden justificar la pena en su capacidad de reprimir y prevenir al mismo tiempo. Existen, sin embargo, distintas variaciones acerca de estas posiciones, por ejemplo, es Von Listz quien dice que la pena es *“prevención mediante represión”*.

Se puede evidenciar que las posiciones expresadas han de tener una total influencia cuando de definir los fines de la pena se trate. Estos no han de ser los mismos si se enfocan desde el punto de vista de las escuelas relativas o si lo hace desde la óptica de las escuelas absolutas.

Sin embargo, de la redacción del Derecho Positivo Penal, se puede inferir cuál es la posición que toma nuestra Legislación al respecto, aunque también se encuentra una serie de sombras en las explicaciones.

4.3. FINES DE LA PENA.

El artículo 25 del Código Penal indica que *“la sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial”*

En este artículo se encuentran mezclados dos conceptos diferentes, la pena y la medida de seguridad, englobadas en el término sanción. Sus fines se encuentran detallados; pero lo que no queda claro a causa de la redacción, es si dichos fines son algunos de la pena, otros de las medidas de seguridad o son fines comunes de ambos conceptos.

Para aclarar un tanto el panorama es que se recurre al Dr. Huascar Cajías y a su libro Penología que ilustra de la siguiente manera: *“Varios son los fines de la pena; sin embargo, unos están subordinados a otros”*² y desglosa una serie de fines

² Cajías Huascar, Elementos de Penología, p.9 y sgts., Edit. Juventud. La Paz, Bolivia1990

de la pena, a saber, retribución, disuasión, incapacitación, intimidación individual y reforma.

Sin embargo, es opinión suya, que el fin último de la pena es evitar el delito, por medio de la reeducación del reo, la prevención general y la prevención especial. Esta consideración doctrinal aclara y ordena las ideas acerca de lo expuesto en el Art. 25 del Código Penal que pareció llevar a una confusión.

También Sebastián Soler, reconoce que el fin último de la pena es el de evitar el delito cuando dice. *“Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar el delito”*³

Soler Sebastián habla de la prevención general que a nuestro juicio es sin duda el primer y más importante fin, como función de una pena, basándonos en la identidad de dicha prevención y el evitar la realización del delito.

Con el fin de evitar la comisión u omisión de cierta acción jurídicamente tipificada como delito, la ley sustantiva penal debe contener necesariamente una amenaza, en este caso la pena y como dice el propio Soler: *“no se puede amenazar ofreciendo un bien, sino prometiéndolo un mal”*.

En este marco conceptual se desarrollará el cuestionamiento a la pena, en su realidad como elemento constituyente (como consecuencia lógica del delito) del tipo penal **aborto honoris causa**.

4.4. DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Hay que diferenciar dos momentos distintos en los cuales se puede hablar de *determinar una pena*:

³ Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, t.II,p.399,Edit. La Ley. Bs. Aires. Argentina

En primer lugar, está el momento de la **decisión legislativa**, es decir cuando se ha de determinar de manera general la pena que ha de aplicarse a un delito en el tipo a enunciarse en la ley sustantiva.

En segundo lugar, está el momento de la **decisión judicial** que, sin abandonar los marcos fijados con anterioridad mediante decisión legislativa individualizada, aplica la pena a un caso concreto, por una decisión motivada.

De estos dos momentos de determinación de la pena, aquél que interesa a la monografía es naturalmente el primero, el referido a la decisión legislativa ya que de lo que se trata es de cuestionar la pena en la concepción general del delito de **aborto honoris-causa**, no en un caso específico de delito de **aborto honoris-causa**.

Pues bien, el cuestionamiento ha de referirse entonces a cuáles han de ser los parámetros ético-socio-doctrinales que se observarán al momento de determinar; por ejemplo, que el asesinato sea sancionado con un máximo de 30 años o la pena de muerte (como caso hipotético) y el abigeato con un máximo de cinco años. Decisiones éstas que además deben adquirir una coherencia con todo el universo de penas propuestas para los distintos delitos, es decir que cada pena, para cada delito específico debe ser considerada no como realidad aislada e independiente, sino como parte de un todo coherente.

Esta difícil tarea es naturalmente más tediosa y meticulosa que la simple copia del texto extranjero, sin embargo, es también la única forma de fundamentar de manera congruente y científica el accionar punitivo del Estado.

La Política Criminal debe ser una rama de las Ciencias Penales, cuya observancia y consiguiente importancia, deben guiar al legislador, ya que no se trata de determinar el tiempo que un ser humano vaya a permanecer en una jaula, (como lo mencionó en una exposición el Dr. Alberto Binder al indicar

que las penas privativas de libertad, tal como están concebidas, son realmente poner a un ser humano en una jaula por un lapso determinado de tiempo, máxime considerando las peculiaridades del sistema penal en Bolivia), mediante discusiones banales y estados de ánimo coyunturales.

Toda pena debe tener una exposición de motivos, explicando cuáles fueron los elementos analizados que llevaron a fijar el castigo en esa determinada cantidad de tiempo.

Es entonces que se propone **tres puntos** a observarse cuando de legislar en materia penal se trata y de fijar una pena.

Consideraciones como la personalidad del autor y algunas otras circunstancias corresponden, en consecuencia, a ser analizadas y valoradas al momento de producirse la decisión judicial, siempre dentro del piso y del techo jurídico, el mínimo y el máximo de la pena previamente estipulada de manera general por el legislador.

4.4.1. Su relación con la valoración del bien jurídico.

Es racional pensar, suponer, proponer que la magnitud de una pena, debe guardar relación con el valor del bien jurídico que se ha violentado y con las circunstancias propias que rodeen a dicho acto.

Utilizando una definición simple, pero precisa de Cuche "*la pena es la reacción de la sociedad contra el autor de un crimen*", dicha reacción debe guardar estricta relación con lo anteriormente anotado.

La relación entre la magnitud de la pena y el bien jurídico a protegerse con ella es expresada claramente por Soler: "*No se comparan los objetos robados con los meses de cárcel que se imponen, sino que se atribuye un valor al bien jurídico perjudicado, al que se pone en relación con el disvalor del mal*

amenazado” Ese es el principio de la retribución del cual el propio Soler menciona, retribución que, según el mismo autor, señala los límites de la pena.

4.4.2. Su relación con los distintos modos de conducta mediante los cuales los bienes son vulnerados.

Otro “límite y criterio de prudencia” de la pena, como dice Soler, se refiere a “*los distintos modos de conducta por los cuales los distintos bienes jurídicos son vulnerados*”.⁴

Dicha afirmación es evidente. Las formas, motivaciones, estados, situaciones por y en las cuales se compromete un delito, han de influir gravitadamente en la fijación de la pena, primero por el legislador, y luego por el órgano jurisdiccional, dentro de los límites legales anteriormente establecidos.

4.4.3. Su relación con el momento cultural vigente.

Esta aseveración puede fundamentarse en lo expresado por Welzel “*La apreciación del merecimiento de la pena por el quebrantamiento culpable del derecho, está sujeta al devenir histórico que corresponde al cambio de estilos valorativos de las diferentes épocas y sin perjuicio de la identidad del principio de medida. Como lo que se mide no son magnitudes del ser, sino relaciones de valor, puede suceder que dentro de una misma época, el principio de medida sólo proporciones valores límites, sobre los cuales o bajo los cuales la pena sea injustamente severa o benigna.*”

Es de esta manera que la pena debe poseer necesariamente una relación con las valoraciones que de cierto bien se hacen en un tiempo determinado, además solamente de esta manera se puede explicar la

⁴ Soler Sebastián, DERECHO PENAL ARGENTINO, t. II Edit. La Ley, Bs. Aires Argentina

terrible diferencia en las penas, por ejemplo, entre el delito de abigeato y el de infanticidio.

4.4.4. Su relación con las demás penas componentes de un ordenamiento positivo penal.

Las penas deben relacionarse entre sí dentro de un ordenamiento penal determinado, es decir, no pueden ser entes separados e independientes, se dice esto al considerar que debe existir de igual forma una relación valorativa entre los distintos bienes que se protegen por medio de este ordenamiento penal.

Es así que las penas mas graves deben reservarse para los delitos considerados más graves y viceversa; “Mientras más bajo el valor del deber, más grave es su lesión y viceversa”.⁵

Entonces de debe considerar a las penas en un todo coordinado.

4.5. OBSERVACIONES A LA PENA EN EL DELITO DE ABORTO HONORIS-CAUSA.

4.5.1. La valoración del bien jurídico.

La pena para el delito de **Aborto Honoris Causa** es de seis meses a dos años, como lo estipula el artículo 265, y para el **aborto** se determina de uno a tres años en el mismo caso de que la madre hubiese dado su consentimiento. En este caso concreto, el bien jurídico perjudicado, que es **la vida**, tiene un valor mínimo de seis meses a un año y máximo de dos años a tres. Es así cómo figura la pena del delito de aborto y **aborto honoris-causa**

⁵ Welzel , Hans: Ob. cit. p.16

Cuál es la justificación dada para esta aparente incongruencia entre la valoración del bien jurídico perjudicado y la reacción de la sociedad a través de la pena.

Si se habla de que se justifica porque la madre trata de encubrir su deshonor, el artículo 254 del Código Penal tipifica “Homicidio por emoción violenta” que estipula una pena de reclusión de uno a seis años para aquel que matare por motivos honorables, agravándola hasta un máximo de ocho años si el homicida fuese ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente.

El consentimiento de la madre y su honorabilidad debe ser una agravante y no una atenuante.

En el presente caso, la madre da su consentimiento para que se atente contra la vida de “su hijo”, antes de que nazca, de lo que se establece la relación de consanguinidad, la misma que debe ser considerada como una agravante y no como una atenuante, como ejemplo podemos citar el delito de Parricidio Art. 253 del Código Penal, sancionando con la pena de presidio de 30 años, sin derecho a indulto al matar a un ascendiente. Parece un error pretender que no se pueda aplicar los mismos parámetros de valoración a la vida ya se trate de 60 años o en gestación.

4.5.2. Su relación con el modo de conducta mediante el cual el bien es vulnerado.

El aborto honoris causa es un delito de carácter doloso ya que el resultado antijurídico ha sido previsto con conocimiento y voluntad, como se estipula en el artículo 14 del Código Penal Boliviano, a diferencia del aborto culposo que analiza el artículo 268 que toma en cuenta la

conducta de los sujetos activos, diferenciando la conducta culposa de la dolosa.

4.5.3. Su relación con el momento cultural vigente.

Es evidente que “las escalas de valor están proporcionadas por la historia cultural de un pueblo”, sólo así se explica que un delito como el abigeato sea sancionado con privación de libertad de dos a diez años pudiendo ser esta pena agravada en un tercio si los animales fueren de raza, y conste que el abigeato puede materializarse no sólo hurtando o robando animales, sino tan sólo marcándolos, esto da una señal por demás inaceptable, marcar un caballo de raza es mucho más serio que eliminar una vida humana en gestación privándole del derecho de desarrollarse, que, según la presente monografía, desde el momento de la fecundación ya está presente un principio inteligente.

Pudo ser antes un principio aceptable, pero con la evolución en el tratamiento y consideración de los Derechos Humanos y la nueva valoración que el Derecho debe hacer de la vida humana, es una situación completamente bochornosa, hipócrita y falta de todo fundamento racional. Esto que a todas luces parecería nada más que una sarta de buenos deseos, debe tomarse en su real dimensión y significancia ya que es cierto que, como consecuencia de la globalización de la economía, el libertinaje económico a ultranza, los modelos neoliberales etc., las personas se han convertido en piezas poco menos que desechables dentro de la máquina social, y que se ha devaluado el valor del ser humano. Sin embargo, es precisamente esa situación, la que ha despertado una gran ofensiva de defensa de los derechos fundamentales de la persona y la lucha por la revalorización de la misma.

4.5.4. Su relación con las demás penas.

En realidad, este cuarto punto de las observaciones puede ser el corolario de los anteriores tres y es una conclusión a la que puede llegarse, es así que la pena en el delito de **aborto - honoris causa** no conlleva el necesario equilibrio con la valoración del bien jurídico tutelado, que es el más valioso entre los valiosos. No es el reflejo del momento histórico - cultural que se vive actualmente en el mundo. No tiene relación con la conducta dolosa de el o los sujetos activos y no es congruente con el agravante de que uno de ellos es el ascendiente más próximo de la víctima.

Es de este modo que no se quiso caer en el simplismo de decir que la pena es muy leve, ya que no es la pena en sí lo que se cuestiona, sino que se quiere exponer la convicción de que la pena en este delito es uno más de los cuestionables del mismo.

En síntesis, podemos afirmar que:

1. La pena del delito de **aborto honoris-causa** es un elemento cuestionable de la realidad de ese delito.
2. Es incoherente con el valor del bien jurídico protegido que es la vida.
3. Es incoherente con la forma de conducta por medio del cual se comete el delito, siempre en relación con los demás tipos penales.
4. Es incoherente con las ideas acerca de la vida humana y el honor sexual de la mujer.
5. No se relaciona adecuadamente en la unidad e interrelación que debería poseer el Código Penal entre sus delitos y penas buscando una realidad más científica.

CAPITULO V. EL ABORTO HONORIS CAUSA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ACTUAL

5.1. EL ABORTO HONORIS CAUSA EN LA LEGISLACION PENAL BOLIVIANA

Una vez terminado el análisis de la etimología de los conceptos o definiciones tan variables que pueden existir y realizada una consideración global de la realidad del concepto de Aborto y **Aborto Honoris Causa**, en el mundo y a través de la historia, es que, se describe el **aborto honoris causa** naturalmente desde el punto de vista positivo penal, es decir, que lo que se entiende **por aborto honoris causa** en el desarrollo de la monografía ha de ser la tipificaron, la descripción de la acción bajo el nomen juri de aborto y **aborto honoris causa** en el ordenamiento sustantivo positivo penal.

5.1.1. Antecedentes

De la lectura del tratado de Derecho Penal del Jurisconsulto Dr. Benjamín Miguel Harb se desprender que en la historia republicana boliviana han existido cuatro Códigos Penales.

En 1826 fue presentado ante el Congreso Constituyente, como proyecto de ley, el Código Penal Español de 1822, este Código extranjero habías sufrido, para su presentación como proyecto de ley, algunas modificaciones a cargo de una Comisión Parlamentaria compuesta por Urcullo, Dalence, Loza y Olañeta. Por Decreto de 28 de octubre de 1830, el Congreso Constituyente dispuso su vigencia a partir del 1^{ro} de enero de 1831, pero sólo pudo ser aplicado desde el 18 de julio de 1831. Sin embargo y dada la crueldad de sus penas este gobierno tuvo corta duración.

En 1834 durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana se puso en vigencia el nuevo Código Penal Boliviano de 3 de octubre del mismo año que rigió hasta 1973.

Durante los gobiernos de Velasco y Ballivián se trato de sustituir la legislación penal vigente, es así que el 27 de septiembre de 1845 se promulga el nuevo Código Penal que se deroga al año siguiente a causa de su poca organicidad y poca sistemática, volviendo a regir el Código Santa Cruz hasta 1973.

Durante el gobierno del General Banzer se promulga el actual Código Penal Boliviano por Decreto Ley de 18 de agosto de 1972 y entra en vigencia el dos de abril de 1973, el mismo que es modificado por ley 1768 de 10 de marzo de 1997 mediante la “Ley de modificaciones al Código Penal”.

De lo anteriormente expuesto podemos ver que en realidad fueron tres los Códigos principales que han regido la vida de nuestra nación, el primero el Código Santa Cruz de 1834, el segundo el Código de 1973 y el actual Código Penal modificado mediante la ley 1768.

A objeto de completar el presente capítulo se describe someramente los elementos que estuvieron presentes en la promulgación en el Código Penal de 1834 para luego describir con mayor profundidad la realidad actual del mencionado delito en la legislación boliviana.

No se debe olvidar que: “El Código Penal de 1834 es copia, en algunas partes mala, del Código Español de 1822 que a su vez se basa en el Código Penal Francés de 1810”¹

¹Miguel Harb Benjamin, Ob. Cit. Pág. 54.

5.1.2. En el Código Penal de 1834

En 1834 durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana se puso en vigencia el nuevo Código Penal Boliviano de 3 de octubre del mismo año que rigió hasta 1973.

Aquel Código Penal, copia del Español, describía al delito de aborto, sin señalarlo expresamente bajo tal nomen jure, en su Libro Tercero, "*De los delitos contra particulares*": **Titulo Primero, De los delitos contra las personas, Capitulo I, *Del homicidio*, artículos 516 y 517** que transcritos rezan: ²

Art. 516. "El que empleando voluntariamente o a sabiendas alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio análogo, procure que alguna mujer embarazada aborte, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá una reclusión de dos a cuatro años. Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será la reclusión de uno a dos años; si resultase efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusión de cuatro a ocho años en el primer caso, y de dos a cuatro en el segundo. Pero si es un médico, cirujano, boticario, comadrona o matrona, el que ha sabiendas administra, proporciona o facilita los medios para el aborto, sufrirá, si éste no tiene efecto, la pena de dos a seis años de obras públicas, y de cuatro a ocho si lo tuviere, con inhabilitación perpetua en ambos casos para volver a ejercer su profesión."

Art. 517. "La mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas alguno de los medios expresados, y aborte efectivamente, sufrirá una reclusión de uno a dos años; **pero si fuere soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior, y resultare a juicio de los jueces que el único**

² Código Penal Boliviano 1834, Talleres tipográficos Gabarra La Paz Bolivia, 1918

y principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente uno o dos años de arresto”

Del análisis somero, pero suficiente de lo que fue el aborto en la legislación anterior, se desprenden distintos elementos de juicio que guían la comprensión del actual tipo penal.

En primer lugar, un aspecto de los mismos describe la acción.

Un segundo aspecto la redacción en ambos artículos señalan las penas atribuibles a la comisión del delito, lo que hoy por hoy no ha sufrido mayor modificación.

De la comprensión del Art. 517 del mismo cuerpo legal se puede colegir que una segunda parte del mismo se refiere al *aborto honoris causa* que se analizará en forma más detallada.

Se observa, en primer lugar, que, si bien existe el necesario vínculo de consanguinidad en la descripción de los sujetos del delito (tanto activo como pasivo), también existe una cierta cualidad en la mujer, en este caso, la madre que debe ser soltera o viuda; lo que significa que el estado civil del sujeto activo es también un elemento tipificado del delito como se lo concebía en el Código Penal de 1834. Por otra parte, el sujeto activo del delito, debe reunir a su vez, otras cualidades circunscritas en el campo de la consideración moral sobre la conducta de la mujer: que no debe ser corrompida y debe gozar de buena fama anterior

Se debe tomar en cuenta también el móvil por el cual se actuó, cercenando una vida, ha de ser necesariamente el ocultar la fragilidad de la madre; en este caso existen resabios en la actual redacción del artículo en el Código ya que la fragilidad sigue presente en la redacción.

Finalmente, la pena con la que ha de castigarse el delito ha de ser el arresto, el mismo que podía cumplirlo en su domicilio y no la reclusión como se estipula en la primera parte de la redacción.

5.1.3 . En el anteproyecto de López-Rey y Arrojo

En el Art. 386 se refería al aborto consentido, cuando a sabiendas la mujer lo causare o lo consintiere la sanción sería de tres meses a tres años de arresto. Pero, si era de buena fama anterior y siendo los motivos poderosos para ocultarlo, la pena era de un mes y un día a un año de arresto o prestación de trabajo de tres meses y un día a seis meses. Quién practicaba el aborto con el consentimiento de la mujer debía ser sancionado con 2 a 10 años de reclusión. Este artículo es el que interesa al tema que nos ocupa y podemos notar que la causal tomada en cuenta era el honor y la mujer debía tener buena fama y motivos *poderosos* (aspecto ambiguo) para abortar.

5.2. EL ABORTO HONORIS CAUSA EN LA LEGISLACION PENAL ACTUAL

El Código Penal vigente describe el delito de Aborto en el Título VIII del Libro II que se refiere a “Los delitos contra la Vida y la Integridad corporal” en el Capítulo II denominado Aborto Art.. 263 tipificando inicialmente el Aborto como “*El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura.*”

Posteriormente indica la pena o sanción de que será objeto el que incurra en esta acción:

1. *Con la privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de dieciséis años;*

2. *Con la privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer;*
3. *Con la reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.*

Por lo que se puede apreciar que el consentimiento de la mujer se le sanciona más levemente que en el caso de un tercero que practique el aborto, sin embargo, no se menciona la tentativa o lo que es igual ella no es punible.

Esto crea una discrepancia jurídico-biológica puesto que se considera feto al que no ha nacido totalmente y que está en gestación o al que nace muerto, por ello al concebido y no nacido se le reconocen derechos.

Por la conducta de los sujetos que participan en este delito se producen diferentes tipos penales que se mencionan en los artículos 264 al 268 del Código Penal.

5.3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

5.3.1. La Acción y resultado

La acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior. Al realizarse siempre se modifica algo, produciéndose el resultado. Pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. *“Sin embargo no es lo mismo “el producir” que “lo producido” La distinción entre la acción, como simple manifestación de la voluntad, y el resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad ...”*³ Ej: manifestación: una injuria; el hecho: un asesinato, ambas se castigan

³ Muñoz Conde Francisco, DERECHO PENAL, Parte General, 2da edición Barcelona, España. 1995 Pag 241

De cualquier manera sólo se castiga si se produce un resultado contra un bien jurídico protegido.

No se pretende realizar una exposición detallada de la teoría de la acción; sin embargo, se introduce al tema de la siguiente forma: Enrique Bagigalupo en su Manual de Derecho Penal, diferencia entre el Derecho Penal de Hecho y el Derecho Penal de Actor y agrega *“El Derecho vigente es claramente un Derecho Penal de hecho”*, es decir que el Derecho Penal ha de recaer con una pena sobre la acción, sobre una conducta, es decir, sobre una manifestación exterior que influya en una realidad, modificándola o intentando hacerlo.

Jiménez de Asúa, citado por Benjamín Miguel, nos dice *“Por conducta, para los fines penales, entendemos la manifestación de la voluntad que mediante la acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja de modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda”*.

De ello se concluye que la acción ha de bifurcarse en dos conceptos, la omisión y la comisión.

Sobre el delito aborto honoris causa se puede decir que, en cuanto se refiere a la acción, ésta puede manifestarse en ambos sentidos, ya sea *aborto* por comisión o por omisión.

A continuación, ejemplo del primero (aborto por comisión):

Ejemplo: Una mujer que conoce su embarazo e inmediatamente toma las medidas necesarias para producir su expulsión del seno materno produciendo la muerte del feto.

En cuanto al segundo caso, es decir al aborto por omisión, se puede ejemplificar:

Ejemplo: Una mujer que, conociendo su embarazo y estando en riesgo el mismo, no hace nada por evitarlo y lo pierde.

Sin embargo, además de afirmar la posibilidad de la acción comisiva u omisiva en el delito de aborto, se debe aclarar que, por las circunstancias en las que se realiza el aborto por omisión, es un tanto difícil que se conozcan estos casos.

5.3.2. La tipicidad

Luego de haber analizado brevemente la forma del comportamiento humano que se convierte en delictivo y por lo tanto corresponde ahora analizar la tipicidad

La tipicidad se entiende como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que se hace de ese hecho en la ley penal. No todos los hechos antijurídicos y culpables pueden llegar a la categoría de delitos, solo se selecciona aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así con las exigencias del principio de legalidad.

“El tipo tiene una triple función:

- a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una función de garantía, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente

- c) Una función motivadora general... los ciudadanos saben qué comportamientos están prohibidos Y se abstengan de realizar la conducta prohibida ...”⁴

Dentro del tema que nos ocupa tenemos que el tipo está dado por:

- a) El consentimiento de la madre para
- b) interrumpir el embarazo y así poder
- c) Salvar su honorabilidad

Estos elementos convierten en delictiva la conducta de la madre, por lo tanto, es sancionable

5.3.3. Antijuricidad.

La antijuricidad es un juicio de valor que recae sobre el comportamiento humano que nos permite apreciar si ese comportamiento esta en contra del ordenamiento jurídico, sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante, por lo tanto para que sea penalmente sancionable es necesario que sea típico y antijurídico a la vez, esto en razón de que puedan concurrir las causales de justificación

Denominamos al aborto honoris causa como un tipo penal privilegiado en razón de presentar argumentos atenuantes de la pena, sin modificar el delito en sus elementos fundamentales, sin embargo, veremos que ellas no se aplican ni pueden ser argumentadas para justificar este tipo penal

5.3.3.1. Causas de Justificación que no pueden aplicarse al aborto honoris causa

⁴ Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2da edición, Barcelona España 1995, pag. 269

Antes de referirnos a la realidad positiva boliviana sobre las causas de justificación y relacionarlas con el delito en cuestión se debe acercarse a lo que se entiende doctrinalmente como una justificación.

Bacigalupo ilustra con el siguiente texto: *“La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de una consecuencia jurídica”*.⁵ además, agrega: *“Es una autorización o permisión de realizar un acto típico y no simplemente una disculpa o una eximición de pena”*⁶ A esto se adhiere Hans Wetzel en su obra Derecho Penal Alemán cuando dice: *“La disposición permisiva o causal de justificación supone necesariamente la realización previa del tipo prohibitivo, y está referida a él. La concurrencia de una causal de justificación, (por ejemplo, la legítima defensa) no afecta ni elimina la tipicidad de la conducta, sino sólo elimina la antijuricidad de la realización típica”*⁷

Se puede decir entonces que las causas de justificación no constituyen una característica negativa del tipo, sino su antijuricidad.

Ahora bien, dentro de nuestra realidad nacional son tres las causales de justificación descritas anteriormente en el Art. 11 del Código Penal, modificada por el Art. 2º numerales 4 y 5 de la Ley de Modificaciones al Código Penal que sustituye el denominativo “Causas de Justificación” por “Bases de la punibilidad”

5.3.3.2. Porque no se puede aplicar la Legítima Defensa.

⁵ Ob. cit. p.118

⁶ p.56

⁷ p.57

Art. 11. C.P. *“El que, en defensa de cualquier Derecho, propio o ajeno, rechaza una agresión injusta y actual, siempre que hubiere necesidad racional de la defensa y no existiese evidente desproporción del medio empleado”*

Lo que caracteriza a la legítima defensa es la agresión que se sufre y por la cual se rechaza la misma sin tener en cuenta las consecuencias

Es evidente que en el delito de aborto puede alegarse que se pone en peligro el derecho de la madre al honor; sin embargo, la invocada agresión no sería desde ningún punto de vista injusta, ya que no puede haber injusticia alguna en la gestación de un ser humano, además es evidente la desproporción en el medio empleado por la madre, ya que se trata de hacer desaparecer un ser humano. Por tanto, esta causal no podría ser invocada por la madre.

5.3.3.3. Inaplicabilidad del Estado de necesidad

Art. 12 C.P. *“Está exento de responsabilidad el que para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, incurra en un tipo penal, cuando concurran los siguientes requisitos”:*

- 1. Que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta, principalmente, la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos*
- 2. Que la lesión que se evita sea inminente o actual, e importante.*
- 3. Que la situación de necesidad no hubiera sido provocada intencionalmente por el sujeto.*

4. *Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro.*

Gracias a la exposición de Enrique Bacigalupo ⁸ acerca del estado de necesidad, es que se puede relacionar esta causa de justificación con el delito en cuestión. El autor mencionado indica que *“El fundamento justificante del estado de necesidad es en la opinión dominante el interés preponderante. La necesidad de la lesión, unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado”* Entonces se sabe que los dos bienes contrapuestos en este artículo son el honor y la vida, en este sentido y sin entrar en mayores consideraciones filosóficas diremos que la vida es pues el bien supremo, por lo cual esta causal de justificación no ha de aplicarse.

Ante esta posición existe también otra que es necesario mencionar y que se refiere a los bienes jurídicos, no como una necesidad estática, sino más bien como un todo determinado por varios factores, proponiendo la ponderación de intereses y no de valores. Pero aún partiendo desde este punto de vista, por cierto, bastante respetable y discutible, se ve que esa relación se deduce de la totalidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, debe quedar claro que, la justificación queda excluida mediante el estado de necesidad de acciones que importen la muerte de otro

5.3.5. Culpabilidad.

En cuanto a la culpabilidad este punto se basará en el análisis de lo que se entiende por culpabilidad en el Código Penal vigente y su división en dolo y culpa.

El aborto es un delito doloso y solamente puede presentarse de esa manera en cuanto a culpabilidad se refiere. Esta es la conclusión a la que se arriba, tanto desde el punto de vista del análisis doctrinario como desde un enfoque del Código Penal vigente.

Doctrinalmente son claras y abundantes las opiniones que sustentan este extremo. “La acción siempre consiste en matar y en matar dolosamente”. “El aborto honoris causa solo admite la forma dolosa”

El Dr. Benjamin Miguel menciona que *“Es un delito doloso, pues tiene un propósito encubrir, ocultar la deshonra, por eso no puede darse la figura culposa porque no hay aborto honoris causa sin voluntad y conocimiento de lo que se está haciendo”*

Cabanellas menciona que en el aborto existe el dolo directo que es el propósito de matar.

Maggiore, en su Tratado de Derecho Penal indica que *“Este delito es imputable a título de dolo específico, esto es, conciencia y voluntad de ocasionar la muerte con el fin de salvar el honor”*

Ahora bien, Sebastián Soler al referirse al dolo decía *“Aquí nos encontramos frente a una de las aparentes, mayores lagunas de nuestra legislación, pues no existe disposición que nos de base directa y explícita para construir la doctrina del dolo, el Código Penal vigente no contiene una definición del dolo, expresamente formulada”* Esto refiriéndose naturalmente al Código Argentino, sin embargo en nuestra economía penal, afortunadamente sí contamos con la definición explícita de lo que hemos de entender como dolo. El Art. 14 de nuestro Código Penal recientemente reformado dice:

⁸ B6cigalupo Enrique, MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, Pág. 128, Temis, Colombia, 1989

“Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad”

Por consiguiente se observa que en nuestra legislación no existe necesidad alguna de polemizar acerca del tema, la afirmación de que el **aborto honoris causa** es un delito doloso es totalmente válida ya que si admitimos que el móvil ha de ser encubrir la deshonra, es imposible que dicho elemento forme parte del actuar del sujeto activo sin que éste haya previsto y querido el resultado antijurídico que en el caso en particular es la muerte del feto, es evidente que dicho resultado es ratificado por el agente en el momento de cometer el delito, ocasionando el deceso del sujeto pasivo.

Este delito, por las características de la acción, corresponde en detalle a la descripción que se hace en el Art. 14 del Código Penal acerca de lo que se entiende por dolo.

5.3.6. Atenuantes generales.

Podemos decir que el **aborto honoris causa** es un homicidio atenuado por causa del honor y por la calidad del sujeto pasivo. Sobre estos dos aspectos se discutirá en los capítulos pertinentes durante el desarrollo de la monografía. Sin embargo, en este punto específico pretendemos exponer la relación de este delito con el *artículo 40* de nuestro ordenamiento penal sustantivo que se refiere a las Atenuantes Generales y que servirá posteriormente como un elemento más de juicio a tiempo de proponer el cambio.

En este sentido es evidente que la pena para el delito de Aborto Honoris Causa puede ser atenuada por cualquiera de las cuatro posibilidades descritas en el artículo 40 del Código Penal como atenuantes generales.

Sin embargo, el punto que nos interesa es este momento es el contenido en el numeral uno del mencionado artículo que nos dice que podrá también atenuarse la pena:

Cuando el autor ha obrado por un motivo honorable, o impulsado por la miseria, o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos, o bajo la impresión de una amenaza grave, o por la descendencia de una persona a la que deba obediencia o de la que dependa.

Podemos aquí apreciar que el obrar por motivo de honor es una atenuante general además de ser la atenuante especial del delito en cuestión, de ésta forma podemos apreciar que dicha atenuante general es la única de la redacción de éste numeral que podría adecuarse a la hipotética figura de **aborto honoris causa** ya que el honor, además de ser tanto una atenuante general como especial del delito de **aborto honoris causa** es a la vez elemento imprescindible para la configuración típica de este delito. Si por ejemplo se hubiese actuado impulsada por la miseria, entonces no podría aplicarse el mencionado numeral como atenuante general del delito, así se hubiesen cumplido los requisitos de identidad del sujeto activo y temporal del sujeto pasivo ya que el móvil, el motivo por el cual se hubiese eliminado al embrión o feto no hubiese sido el honor.

5.3.7. Extinción de la acción penal.

Para finalizar la explicación acerca de a relación del delito **Aborto Honoris Causa** con la parte general del Código Penal, diremos que lo

relevante de este breve análisis se encuentra en lo referido a la prescripción tanto de la acción penal como de la pena..

5.3.8. Extinción de la Pena.

En el artículo 104 del Código Penal en el que regula la extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, siendo cuatro los casos en que ésta procedería, a saber: la muerte del autor, la amnistía, la prescripción, el perdón judicial.

Primeramente, debemos señalar que en este caso debemos relacionar los términos de la pena, ya no con aquellos mínimos y máximos señalados por el legislador, sino con la pena impuesta por el juez luego del proceso, es decir ya no con la pena contemplada en el Código, sino con la determinada e impuesta en sentencia, que además tenga el carácter de cosa juzgada.

Siendo así, diremos entonces, que, en referencia a la prescripción, tomando en cuenta que la pena para el delito de **aborto honoris causa** puede ser fijada en un mínimo de seis meses y un máximo de 2 años con la agravante de que si sobreviniera la muerte se agravará la sanción en un tercio, son dos las posibilidades que podemos desprender del artículo 105 del Código Penal que precisamente se refiere a la prescripción de la pena.

Posibilidad A

Si la pena es fijada en una cantidad de 22 meses (recordemos que no puede ser mayor a 2 años), entonces ésta prescribirá en 5 años, desde la notificación con la sentencia ejecutoriada o desde el quebrantamiento de

la condena. Ésta es la situación dispuesta por el numeral 3) del artículo 105 del Código Penal

Art.. 105. (Términos para la prescripción de la pena). La potestad para ejecutar la pena prescribe: ...

3) En cinco años, si se trata de las demás penas.

Posibilidad B

Si el delito contempla la muerte entonces se agrava la sanción en un tercio, es decir 8 meses más sobre la condena máxima lo que equivale a 2 años y seis meses y en este caso estamos dentro de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 105:

Art.. 105 (Términos para la prescripción de la pena) La potestad para ejecutar la pena prescribe:

2) En siete años, tratándose de penas privativas de libertad menores de seis y mayores de dos años.

De lo expuesto podemos resumir que el aborto en general como práctica humana, en su tratamiento jurídico legislativo ha estado sometido a un largo proceso, en consideración al avance de las instituciones jurídicas de los diferentes pueblos.

Todos los estudiosos y tratadistas coinciden en definir al aborto como la práctica que tiende a la interrupción maliciosa del desarrollo normal del feto, determinando su muerte.

El sub-tipo de **aborto Honoris - Causa**, muy criticado, por defender el honor de la madre, anteponiendo a la vida del nuevo ser, que data de la Edad Media, tiende a ser suprimido en la mayoría de las legislaciones

modernas por no responder a los tiempos actuales y es calificado como anacrónico y obsoleto.

Al presente están en pugna franca y constante las posiciones de que el aborto es un delito; que esta práctica debe despenalizarse; otros señalan que se tiene que legislar para ser controlado y finalmente que debe considerarse como un delito atenuado imponiendo penas mínimas.

No obstante, el principio constitucional en Bolivia, que declara la protección del Estado a la vida humana desde la concepción, la legislación vigente adopta una posición condicional al permitir la práctica abortiva en determinados casos por prescripción médica, por determinación jurídica.

CAPITULO VI. LOS RESULTADOS LOGRADOS

6.1. POR QUÉ LA VIDA ES MÁS IMPORTANTE QUE EL HONOR

Por todas las consideraciones expresadas en el desarrollo de la presente monografía, es frecuente escuchar a las personas que al parecer el honor es más importante que la vida, incluso se llega a la afirmación de que “es mejor perder la vida antes que perder el honor, porque la vida sin honor no es vida”. Pero esta expresión no pasa de ser más que afirmación demagógica, dado que, en la vida real, todos cuidan la vida de tal modo que ante posibles situaciones de pérdida de honor, se utilizan mecanismos de defensa para anular o por lo menos disminuir las condicionantes del deshonor.

Si bien se dice que honor es un bien jurídico que determina una conducta de vida en sociedad, es posible entender su importancia para comprender mejor a la persona, porque, según Cabanellas, el honor es *“la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes”*, según el Diccionario de la Real Lengua Española como: *“Gloria o buena reputación que sigue a la virtud. Honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes”* y el Pequeño Larousse dice que el honor es *“el sentimiento de nuestra dignidad moral, la virtud y probidad del hombre, la reputación de una mujer”*.

Entonces, cuando se habla del honor, se hace referencia a la conducta humana, son las actitudes de las personas las que determinan si tiene o honor, es decir, son las acciones que le hacen tanto o más merecedor del honor.

En la vida las conductas y acciones de las personas, son determinadas por las condiciones políticas, económicas, religiosas o sociales, dado que su formación incide en la realización de acciones, y la valoración de las mismas. Por lo tanto, mientras se tenga vida, se puede ganar o perder o recuperar el honor. Es el caso de personas que cometieron delitos y fueron sancionadas con

determinados castigos, que luego, en algunos casos, sus propias acciones le permitieron recuperar el honor perdido.

Por lo tanto, la vida es un don extremadamente importante y mucho más que el honor, porque, una vez perdida la vida, no es recuperada jamás, pues si el un individuo pierde la vida ya no puede gozar del honor

Pues, sin la vida, nada más existe para el individuo. Claro está si se tiene vida, que es importante, se debe honrar la vida con acciones gratificantes para sí y para los demás

6.2. EL ABORTO EN LOS CÓDIGOS PENALES DE LA REGIÓN ANDINA

País	Aborto Honoris causa
Bolivia	<p>Art. 265.- Aborto honoris causa Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de 6 meses a 2 años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.</p>
Chile	<p>Art. 344 La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.</p>
Colombia	No contiene norma específica sobre el tema.
Ecuador	<p>Art. 444.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se le haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años. Si consintiere en que se le haga abortar o causare por sí misma el aborto, para ocultar su deshonor, será reprimida con seis meses a dos años de prisión. (No puede cometer este aborto una prostituta. La honra se refiere única y exclusivamente a la conducta sexual de la</p>

	mujer. Una mujer condenada por homicidio o por robo podría ampararse en la penalidad)
Perú	No contiene norma específica sobre el tema
Venezuela	Art. 436.-Las penas establecidas en los artículos precedentes se disminuirán en la proporción de uno a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión, en el caso de que el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa. de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva.

6.3. EN EL PARAGUAY

ABORTO “HONORIS CAUSA”	Esta rebaja de penalidad, en general, favorece a la mujer soltera. Pero además de ese estado civil, la mujer debe tener honra que salvar. Por ello, el aborto de una prostituta merece la pena completa.
La muerte del producto de la concepción tiene una pena menor si la madre obra para salvar su honra (Art. 349).	

6.4. EL TRATAMIENTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

El tipo penal se encuentra descrito en los artículos 263 y 265 del Código Penal Boliviano bajo el nomen juri de “ABORTO” y “ABORTO HONORIS CAUSA”: y rezan:

Art. . 263 (Aborto)

“El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura será sancionado:

1. Con la privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor a dieciséis años.

2. Con privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.
3. Con la reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.

La tentativa de la mujer no es punible.

Art.. 265. (Aborto Honoris Causa)

“Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquélla, se impondrá reclusión de seis meses a dos años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniera la muerte”.

Con el objeto de sistematizar el presente trabajo, nos hemos referido a los elementos del delito **ABORTO HONORIS CAUSA** tal como se lo tipifica en nuestro ordenamiento legal, observando cada uno de ellos llegando finalmente a conseguir su total cuestionamiento.

Desde nuestro primer contacto con el tipo penal aborto **honoris causa** nos embargó un profundo cuestionamiento acerca de su validez, doctrinal y moral, en nuestro ordenamiento sustantivo penal.

Creemos que la forma como está redactado y ubicado en el Código Penal, no guarda relación, absolutamente necesaria, entre la pena aplicada y el valor del bien jurídico protegido, en este caso la vida.

Conlleva en los elementos constitutivos del tipo una serie de anacronismos discordantes e hipocresías legales y morales que pretenden justificar el cercenamiento de una vida para encubrir ciertos actos referidos exclusivamente a un comportamiento sexual previo con el pretexto de un mal menor, una justificación basada en la protección de una honorabilidad que no

se pudo mantener en primera instancia y cuyas consecuencias las debe pagar con su vida un ser humano inocente, con la agravante de que aquélla que le quita posibilidad de existir es su propia madre, ese ser naturalmente destinado a protegerle, cuidarle y defenderle.

Es por esto, que profundamente preocupada por:

1. la valoración de la vida de un ser humano desde que es engendrado:
2. la agravante que significa o deberá significar el matar a un descendiente, en este caso a un hijo.
3. la inseguridad en determinar elementos constitutivos propios del delito:
4. la levedad de la pena en la consideración general del Código Penal y los delitos que protegen la vida
5. la incongruencia que este tipo presenta con los demás que pretenden consagrar y defender el valor vida; creemos nuestro deber el plantear la necesidad de derogar el delito **aborto honoris causa** como tipo penal autónomo de nuestro ordenamiento sustantivo penal a objeto de llegar a una coherencia entre los preceptos contenidos en este ordenamiento jurídico, los valores universalmente consagrados y las realidades de nuestra sociedad.

El objetivo de este trabajo es el de conceptualizar de manera diferente el Derecho a la vida que todo ser humano tiene desde su concepción hasta el momento de su muerte

El resultado que buscamos siempre trata de ser integral, puesto que el delito de Aborto honoris_ causa no es un delito de acción privada, lo es de acción pública.

En este delito creemos que no existe un vínculo mayor tan grande y poderoso como el que existe entre la madre y el hijo, por lo tanto este aspecto debe considerarse como una agravante. El mismo Derecho Natural, la concepción religiosa. La filosofía y el sentido común nos lo indican.

Podemos apreciar además que hoy el honor ya no juega un papel tan importante como en la antigüedad cuando se llegaba incluso a lapidar o apedrear a la mujer hasta causarle la muerte.

Es además evidente que el Estado, dependiendo de cómo se lesiona el valor vida, a través de la imposición de una pena reacciona de manera diferente.

También podemos notar que la pena que ahora se aplica al delito de Aborto honoris causa no guarda relación con el valor del bien jurídico protegido, debemos redimensionar los conceptos y entorno a la vida y revalorizarla.

Si analizamos la acción que consiste en dar muerte a un ser humano, por causa de honor, veremos que es un acto doloso por el factor volitivo que presenta el hecho por lo tanto existe una culpabilidad directa en los sujetos activos.

Sostener esta posición demuestra un contenido machista antiguo que daba mucha importancia al honor en la mujer, porque en definitiva ella era el honor de su familia, de su cónyuge, de su clase social.

Tenemos el convencimiento de que en la actualidad, tanto el Estado, a través de muchas disposiciones, protege de mejor manera el valor vida, y siendo el valor máspreciado es preciso que reciba la mayor protección posible, por lo tanto el presente trabajo intenta ser un modesto análisis en la defensa permanente del valor vida y su materialización en una norma coercible de Derecho Penal.

6.5. SUSTENTACIÓN EN BASE A LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Para sustentar la monografía ha sido necesario obtener información de personas de ambos sexos, de diferentes grupos etáreos, tanto de adolescentes como de personas adultas. Para este efecto se ha diseñado un cuestionario con las siguientes preguntas:

1. ¿Desde cuando hay vida?
2. ¿El embrión humano tiene alma?
3. Desde cuando debe ser protegida la vida humana
4. ¿El honor está por encima del valor vida?
5. El aborto es delito?

El cuestionario fue aplicado a profesionales que de alguna manera tienen de opinión directas con el tema, siendo los resultados los siguientes:

6.5.1. Conclusiones de las encuestas a profesionales

El 29% corresponde a profesionales en ciencias de la salud, el 17% a profesionales en ciencias jurídicas, el 16% a técnicos, 11% a ciencias económicas, 9% a policías, el 8% a profesionales en ciencias de la educación y sociales y, finalmente el 2% a religiosas.

* *EL ORIGEN DE LA VIDA*

Con referencia al origen de la vida, para el 93% de los profesionales casados y solteros, se da al momento de la fecundación, mientras que tan solo el 6% de los profesionales consideran que el inicio de la vida se da a partir del 3er. Mes., porcentaje que corresponde a los casados, de donde se concluye que un 99% de profesionales solteros y el 93% de

casados, considera que la vida se inicia desde el momento que se produce la fecundación.

*** *SEGÚN EL SEXO***

Sin embargo, en relación al sexo, se observa que el 93% de mujeres profesionales y el 94% de los varones considera que el inicio de la vida se da a partir de la fecundación. Aunque la diferencia es mínima, no deja de sorprender que son más hombres que mujeres que consideran que la vida se inicia con la fecundación.

*** *POR LA EDAD***

Con referencia a la edad, se observa que a menor edad (26 - 40), son el 100% o se aproxima a este total los profesionales que consideran que la vida se inicia a partir de la fecundación, mientras que los mayores (41 y más), el 14% considera que la vida se inicia sólo a partir de los 3 meses de embarazo.

En cuanto a la concepción de que si el embrión humano tiene alma o no, el 79% de los hombres y el 69% de las mujeres considera que sí tiene, y el 15% de hombres y 7% de mujeres considera que no tiene. Lo que llama la atención es que, mientras sólo el 6% de los varones menciona que la presencia del alma depende de las circunstancias, el porcentaje es mayor en mujeres (17%) que, sumado a las que no responden (7%), se puede presumir que tienen duda de aceptar o rechazar la presencia del alma en el embrión humano.

Este resultado puede llevar a diversas interpretaciones desde considerar que la respuesta pueda tener enfoque religioso hasta de orden filosófico.

*** *PROTECCION A LA VIDA***

Otro de los indicadores interesantes y necesarios para conocer el concepto y el valor de la vida es determinar desde cuando se considera necesario proteger la vida. Al respecto, el 91% de los varones y el 93% de las mujeres considera que la vida debe protegerse a partir de la concepción y sólo el 3% de los varones considera que a partir del nacimiento, lo que significa que existe la percepción clara de que la formación de la vida y su protección se da a partir de la concepción en el vientre de la madre.

Con respecto a su condición de estado civil, el 95% de los solteros considera que la vida debe protegerse desde la fecundación y el 5% desde que nacen. Con respecto a los casados, el 91% indica que la vida se protege desde la fecundación y el 6% desde los tres meses, lo que significa que 92% del total de los profesionales entrevistados considera la protección de la vida a partir de la fecundación, el 6% a partir de los 3 meses de embarazo y sólo el 2% desde el nacimiento.

En función de sus profesiones, el 100% de los profesionales de salud, economistas, educadores, religiosas y policías considera que la vida se debe proteger a partir de la fecundación, sólo el 20% de los profesionales de las ciencias sociales considera que se debe proteger a partir de su nacimiento.

Con respecto a la edad, consideran que la vida se protege desde la fecundación, el 100% del grupo etáreo de 41 - 45 años de edad, el 94% de 26 a 30 años, el 93% de 36 a 40 años de edad, el 90% de 26 a 30 años y el 86% de los 46 años adelante.

*** CON RELACION AL HONOR**

El tema del honor se constituye en un tema muy delicado, especialmente con respecto al objeto de la presente tesis; por lo tanto, fue necesario conocer el criterio de los profesionales entrevistados, de los cuales el 82% de los varones considera que el honor nunca es ni será más importante que la vida. En cambio, lo curioso es que sólo el 70% de las mujeres considera que el honor no es más importante que la vida.

Desde el punto de vista de la profesión ejercida podemos apreciar que, el 76% considera que el honor no es más importante que la vida, resaltando el hecho de que de este total, un 22% corresponden al área de salud.

Analizando los resultados y tomando en cuenta el estado civil se observa que: el 70% de los solteros y el 79% de los casados considera que nunca el honor es más importante que la vida. Pero aunque pocos, son más los casados que los solteros los que afirman que el honor es más importante que la vida.

*** *EL TEMA CENTRAL: ¿EL ABORTO ES UN DELITO?***

El tema central corresponde específicamente al aborto honoris causa. Sobre este tema el 71% de los hombres y el 52% de las mujeres considera que es delito y el 15% de los hombres y el 45% de las Mujeres menciona que depende de las circunstancias el que el aborto sea o no delito. Pero sólo el 12% de los hombres y el 3% de las mujeres considera que el Aborto no es delito, por lo tanto, considera que se puede permitir, sin que sea motivo de condena.

Con respecto a la edad, es interesante observar que el 93% de los profesionales mayores de 46 años considera que el aborto es delito y el 7% restante considera que depende, lo que significa que los

profesionales comprendidos en este rango de edad, ninguno dice que no sea delito. mientras que el 43% de los comprendidos entre 41 y 45 años indica que es delito, el 14% que no lo es, el 20% que depende de las circunstancias y un 14% no responde.

Con respecto al estado civil, el 67% de los casados considera que el aborto es delito, el 7% que no lo es y el 26% que depende de las circunstancias, mientras tanto el 50% de los solteros considera que es delito el 10% que no lo es y el 35% dice que depende de las circunstancias. Una vez más los profesionales solteros en menor proporción que los casados consideran que el aborto es delito.

Finalmente, en función de la formación profesional recibida, el 100% de las religiosas considera que el aborto es delito, le sigue en importancia el grupo de policías en un 83%, abogados en 82% y educadores en 80%. El porcentaje más bajos de profesionales que considera que el aborto es delito corresponde a los economistas que alcanza a un 23%, luego a los de ciencias sociales con un 40%. Mientras tanto los técnicos indican en un 50% que es delito y 50% que depende de las circunstancias. Lo sorprendente es que el porcentaje más alto de los que considera que el aborto no es delito corresponde a los economistas; pues más de la mitad (57%)

De los cuadros elaborados y los resultados obtenidos, se desprende que a mayor edad, y los hombres más que las mujeres consideran que el aborto es delito. Es probable que tenga que ver con el hecho de que el aborto afecta directamente a la mujer, porque es a ella a quien se la practica. Por otro lado, son los casados en mayor porcentaje que los solteros que consideran al aborto como delito.

6.5.2. Sustentación en base a las encuestas aplicadas a estudiantes entre 13 a 20 años

El presente estudio fue también referido al grupo de estudiantes, que tomó como muestra a jóvenes de ambos sexos comprendidos entre los 13 y 20 años de edad principalmente de establecimiento fiscales de la ciudad de La Paz, siendo el 45% mujeres y el 55% varones.

De este universo el 18% corresponde a estudiantes comprendidos entre 13 y 15 años de edad, que representan a estudiantes de 1º y 2º de secundaria y entre 16 y 20 años que son estudiantes de 3º y 4º de secundaria, los mismos que representan al 82% de total de la población encuestada.

Asimismo, otra variable considera como importante es lo referente a la pertenencia a un grupo familiar, dado que se constituye en factor que de alguna manera determina la formación de valores y concepción de la vida. En este sentido, el 70% de los entrevistados indica que viven con su padre y madre, el 23% que vive sólo con un de los dos progenitores, mientras tanto el 7% indica que vive solo.

**** LA VIDA SE INICIA DESDE LA CONCEPCIÓN PARA LOS JOVENES***

De esta manera, con referencia a la primera pregunta que solicita opinión sobre desde cuándo existe la vida, el 83% de los estudiantes varones menciona que a partir de la fecundación es que se da la vida, mientras tanto, el 13% menciona que desde los tres meses de gestación y el 4% menciona que sólo a partir del 6º mes de embarazo.

El punto de vista de las estudiantes mujeres sobre el mismo tema es igual, excepto que el 17% afirma que la vida se da a partir el 3er. mes de gestación en el vientre de la madre.

De este modo, uniendo los resultados de toda la población encuestada se establece que el 80% de los estudiantes entrevistados considera que la vida se inicia al momento de la concepción y el 18% menciona que se presenta la vida desde el 3er. mes y finalmente sólo el 2% cree que la vida se inicia a partir el 6º mes de gestación.

*** *PROTECCIÓN A LA VIDA***

La protección de la vida es otra cualidad considerada importante en el desarrollo humano; por lo tanto, la siguiente pregunta hace regencia al inicio del derecho y el deber de proteger la vida. A este respecto, el 85% de los estudiantes varones y el 75% de estudiantes mujeres considera que la protección de la vida debe iniciarse a partir de la fecundación, lo que hace suponer implícitamente el reconocimiento de la vida desde la fecundación. Totalizando la población encuestada se observa que el 81% menciona que la vida se debe proteger a partir de la fecundación, es decir, desde el reconocimiento de que existe la vida.

Nuevamente se observa que el mayor porcentaje (86%) de estudiantes que mencionan que la vida se protege desde la fecundación, corresponden al grupo de estudiantes que viven con sus padres, es decir en el seno de un hogar integrado.

Haciendo el análisis de estudiante por rango de edad, el 90% de estudiantes entre 16 y 20 años y el 53% de estudiantes entre 13 y 15 años, indican que la vida se debe proteger a partir de la fecundación.

*** *IMPORTANCIA DEL HONOR***

Entendiendo por honor como valor, el respeto, la consideración, el reconocimiento de la sociedad a un estatus, etc. surgen puntos de vista divergentes, mientras hay quienes indican que la vida es más importante que el honor, también hay otros que aseguran que si la persona humana no tiene honor, será mejor no tener la vida, porque no tiene sentido tener una vida si no se guarda el honor. Al respecto, las entrevistas realizadas a los estudiantes, el 61% de los comprendidos entre 16 y 20 años de edad y el 47% de los comprendidos entre 13 y 15 años, afirman que nunca el honor será más importante que la vida, es decir, que la vida contempla un valor por encima del valor honor.

*** *EL ABORTO ES O NO ES UN DELITO?***

Cuando se hace referencia al tema delicado y hasta controvertido tema del aborto propiamente tal, se observa que sólo el 36% de los estudiantes varones y el 30% de estudiantes mujeres considera que el aborto es delito y sólo el 4% de los varones indica que no es delito. Lo sorprendente es que un porcentaje muy elevado (60%) indica que el aborto para considerarse depende de la circunstancia en las que se practica.

Con respecto al grupo etareo, el 60% de los estudiantes entre 13 y 25 años y sólo el 33% de estudiantes de 16 a 20 años consideran que el aborto es delito y un porcentaje muy alto (64%) de este grupo etareo considera que puede ser o no de acuerdo con las circunstancias.

En cuanto se refiere a estudiantes y su relación con el grupo familiar, el mayor porcentaje que considera delito al aborto corresponde a los que viven solamente con la madre (46%) y el 14% de los que viven sólo con el padre considera que el aborto no es delito. Finalmente, el 67%

(porcentaje más alto) de los que viven solos indica que el aborto puede ser o no delito, dependiendo de las circunstancias en las que se practica.

De los datos obtenidos se concluye lo siguiente:

- La mayoría de los estudiantes considera que la vida se inicia en la fecundación y que se la debe cuidar justamente a partir de este momento.
- Si bien la mayoría de estudiantes considera que la vida se inicia en la fecundación, este porcentaje disminuye cuando se cuestiona si el embrión además de vida, ya tiene sentimientos (alma).
- Con referencia al valor honor y al valor vida, todavía hay un mayor porcentaje de estudiantes que considera a la vida más importante que al honor.
- Finalmente, sobre el aborto propiamente tal, disminuye considerablemente el porcentaje de quienes lo consideran delito, como dando a entender de que es aceptable en algunas circunstancias, sin especificar cuáles.

6.6. ANÁLISIS DOCTRINAL

Hasta ahora se ha identificado las incongruencias del artículo 265 en forma individual, sin embargo pensamos que lo realmente cuestionable no es la benignidad de la pena aplicada, o la ambigüedad del concepto “para salvar el honor de la mujer” o la relación de consanguinidad entre los sujetos del delito o la contra posición de bienes jurídicos, todos ellos considerados en forma aislada, sino que lo que nos resulta anacrónico, contradictorio, incongruente de este delito es la globalidad, el pensar en la posibilidad de su existencia autónoma.

En los anteriores capítulos se ha propuesto un análisis que creemos demuestra más que sobradamente la necesidad de redimensionar, reenfocar el delito de **aborto honoris-causa** en el ámbito penal boliviano, pero ese redimensionar puede pasar por modificaciones a su texto, o por exclusiones de algunos elementos, sin embargo la clara propuesta del presente trabajo es la abrogatoria de este delito, el cuestionamiento mismo de su existencia como tipo penal autónomo y es el extremo que ha de exponerse y defenderse en este último capítulo, ya no la necesidad de redimensionar el artículo, sino la posibilidad de abrogarlo, en palabras simples, de hacerlo desaparecer.

En un principio se piensa que la modificación en la redacción del delito de **aborto honoris-causa** era el mejor camino a seguir, aumentando la pena, no aclarando conceptos, sin embargo, en la evolución de nuestra posición vimos que nuestro ordenamiento jurídico, tal y como está redactado, nos permite abrogar el mencionado tipo penal, sin que por ello surjan vacíos jurídicos, puesto que se lograría un equilibrio, subsanando todos los cuestionamientos surgidos.

El derecho a la vida, que todo ser humano tiene por el sólo hecho de serlo, se encuentra reconocido en los documentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948 y la Convención Americana sobre los Derechos del Niño en el caso particular del delito que abordamos.

En Bolivia, la Constitución Política del Estado de 2 de febrero de 1967, recientemente reformada, en su artículo sexto reza que: **“todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes”**. En su artículo séptimo inc. a) consagra el derecho de toda persona a **la vida**, a la salud y a la seguridad,

El Código Civil de 8 de agosto de 1975 consagra que el comienzo de la personalidad es el nacimiento del ser humano, bastando que éste lo haya hecho

con vida, considerando además al que está **por nacer** como nacido para todo lo que pudiera favorecerle. Además, el Código Niño, Niña, Adolescente de 27 de octubre de 1999 y su Reglamentación de 8 de abril de 2004 es el instrumento fundamental de la defensa de los derechos humanos de los niños.

Este es el marco de reconocimiento y protección a la vida enunciado en las leyes civiles, pero es por medio del Derecho Penal, como la sociedad, a través del Poder del Estado, garantiza el respeto, la observancia y el cumplimiento del derecho a la vida enunciado en el ordenamiento positivo de Bolivia.

El ordenamiento positivo sustantivo penal promulgado mediante Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972, (recientemente modificado mediante ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997) señala en su Título VIII denominado "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL", una serie de tipos penales que pretendan otorgarle mayor protección posible al bien jurídico **vida**.

Allí se encuentran descritas figuras como el homicidio, el asesinato, el parricidio, el homicidio por emoción violenta, el suicidio, el aborto, etc.

Existe dentro de este Título, enteramente dedicado a la protección del bien jurídico VIDA e Integridad Corporal, un tipo calificado como una atenuación especial y que a nuestro parecer constituye, primero, innecesaria, luego una inadmisibles desprotección y finalmente un anacronismo e "hipocresía legal"¹, delito cuya problemática torna su estudio de un interés especial.

En principio, la acción de matar a un ser biológicamente vivo pero carente de vida propia autónoma por un ascendiente o un tercero - en este caso su propia madre u otra persona a quién ella autoriza- hacia un descendiente. - en este

¹Este término de "hipocresía legal", pertenece al Dr. Benjamin Miguel y es expresado en su libro Derecho Penal, haciendo referencia al tipo penal *aborto honoris causa*. Nos permitimos utilizarlo a lo largo de la presente monografía porque expresa, con meridiana precisión, nuestro personal sentimiento acerca del delito que en ella tratamos de abrogar.

caso su hijo- delito agravado y tipificado inclusive como homicidio en algunos casos pero que después de una larga evolución histórica ha consagrado una formula de atenuación y no de agravación. Evidentemente esta atenuación se halla sometida al cumplimiento de la ley, o sea que la finalidad que persigue la mujer para concretar su obra es ocultar su “deshonor”.

6.7. CONCLUSIONES FINALES.

En resumen, podemos afirmar:

Este tipo admite la preterintencionalidad de la conducta. Admite que el aborto sea hecho por una causa de defensa al honor de la mujer y que éste termine en la muerte de la misma

En términos jurídicos se define este tipo penal como el aborto causado para salvar el honor de la mujer, o sea por rehuir, ella, la reprobación de la sociedad

Según Benjamín Miguel, este tipo es nada más que guardar apariencias frente a la sociedad, lo cual lo convierte en nada más que una hipocresía social y legal, debido a que el honor se salva con la conducta y la persona que ha decidido tener relaciones sexuales debe aceptar las consecuencias de las mismas, porque el honor no se salva cometiendo un crimen para tapar una conducta nada virtuosa.

El elemento presente indiscutible es la muerte, es dar muerte, pues el aborto consiste en dar muerte.

Es también indiscutible que está presente la voluntad expresa de atentar contra un ser indefenso.

Para conceptualizar el delito debe estar presente el elemento honor como móvil de la acción

EL aborto, en el análisis jurídico legislativo ha sido sometido, en su práctica humana, a un largo proceso, en consideración al avance de las instituciones jurídicas de los diferentes pueblos.

Este sub-tipo de aborto, muy criticado en la actualidad, antepone la defensa del honor de la madre sobre la vida del nuevo ser, conducta que data de la Edad Media, la misma que tiende a ser suprimida en la mayoría de las legislaciones modernas por no responder a los tiempos actuales y es calificado como anacrónico y obsoleto.

El feto no es todavía una persona humana, pero tampoco es una cosa.

El feto solo deviene en persona con el nacimiento, por lo que su aniquilamiento no constituye delito de homicidio

El comportamiento doloso se consuma con la muerte del embrión o feto, pudiendo admitirse la tentativa.

El sujeto activo será cualquier persona que dolosamente cause el aborto de la gestante con su consentimiento. El sujeto pasivo será el embrión o feto

El no nacido es castigado por la supremacía de la portadora de la nueva vida. Si hablamos del cuerpo de una mujer como su «propiedad» en un sentido muy amplio de esta palabra. Las leyes en general, aspiran a proteger las prerrogativas del propietario de modo que pueda hacer lo que quiera con su propiedad. Pero ¿Cuándo hay límites en los que alguien puede hacer con una propiedad? Cuando sus actos atentan contra los derechos de otras personas.

Considera que el embarazo como una especie de castigo del que hay que liberarse matando al causante

Esta posición considera el aborto un asesinato. Esta calificación excluye cualquier duda al respecto propugnando todo tipo medidas sociales

alternativas para evitar su práctica: adopción, tutela, asistencia médica y psicológica, programas de promoción laboral para la madre, etc. Es una actitud donde sus defensores tratan de recordar que la nueva vida es más importante que los inconvenientes que tiene que soportar la nueva madre. Sus estrategias van desde la información y grupos de ayuda a las movilizaciones cívicas

Quienes apoyan la despenalización del aborto parten de la afirmación de que se debe evitar más muertes de mujeres por abortos clandestinos, sin embargo, esta posición no busca otra cosa que tomar una vida por otra. La de un ser concebido por la de la madre

El nuevo ser, desde su concepción posee un ADN único, el cual nunca se repetirá en toda la historia de la humanidad, y por lo tanto es un ser único que goza de derechos por tal condición

La Constitución en Bolivia, en su artículo 7 inc. a) declara su protección a la vida, la salud y la seguridad” como derechos fundamentales de todo ser humano y el Código Civil en su artículo 1, p. II “Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiere favorecerle, sin embargo, la legislación vigente adopta una posición condicional al permitir la práctica abortiva en determinados casos.

Debemos recalcar que dentro del análisis jurídico no nos referiremos al concepto lato de **aborto honoris causa**, sino al que en el Derecho Penal Positivo boliviano es la realidad de éste delito en su típico enunciado.

PROPUESTA

Por todo lo expuesto, proponemos:

LA DEROGATORIA DEL ART 265. ABORTO HONORIS CAUSA COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO DE NUESTRO ORDENAMIENTO SUSTANTIVO

PENAL A OBJETO DE LLEGAR A UNA COHERENCIA ENTRE LOS PRECEPTOS CONTENIDOS EN ESTE ORDENAMIENTO JURÍDICO, VALORES UNIVERSALMENTE CONSAGRADOS Y LAS REALIDADES DE NUESTRA SOCIEDAD.

A su vez proponemos la creación de un nuevo tipo penal:

Artículo 265. a) (ABORTO POR RAZONES SOCIOECONÓMICAS o EXTREMA POBREZA). “Cuando el aborto fuese cometido por razones de extrema pobreza o razones socioeconómicas no se aplicará sanción alguna, siempre que haya sido determinada por un tribunal formado por un ginecólogo, un neonatólogo, una enfermera, un abogado y un psicólogo designados por el Ministerio de Salud”

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA NACIONAL

- **MIGUEL HARB BENJAMIN:** "Derecho Penal", Tomo I y II, Juventud, LA Paz, Bolivia, 1988
- **VILLAMOR LUCIA FERNANDO:** "Apuntes de Derecho Penal Boliviano", Popular, LA Paz, 1986
- **MORALES GUILLEN CARLOS:** "Código Penal concordado y Anotado", Gisbert, La Paz, Bolivia .
- Artículos de Prensa del matutino La Razón.

BIBLIOGRAFIA EXTRANJERA

- **ACEVEDO BLANCO RAMON,** "Manual de Derecho Penal", TEMIS, Bogotá, 1991
- **ARROYO DE LAS HERAS ALFONSO,** "Manual de Derecho Penal", Arazandi, España, 1986
- **BACIGALUPO ENRIQUE,** "Manual de Derecho Penal", Temis, Bogotá Colombia, 1989
- **CALANDRA DANTE,** "Aborto", Panamericana, Buenos Aires, 1973
- **CEREZO MIR JOSE,** "Problemas fundamentales de Derecho Penal", Tecnos, Madrid, 1983
- **CREUS CARLOS,** "Derecho Penal", Astrea, Buenos Aires, 1990
- **FONTAN BALESTRA CARLOS,** "Derecho Penal", Abeledo _ Perrot, duodécima edición, Buenos Aires, Argentina 1991
- **GARCIA MAAÑON BASILE,** "Aborto e infanticidio" Universidad, Buenos Aires Argentina, 1990
- **OSSORIO MANUEL,** "Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales", Heliastra, Buenos Aires, Argentina, 1974
- **ZAFFARONI EUGENIO RAUL,** "Manual de Derecho Penal" parte general. Talleres Gráficos CYAN S:R:L:, Sexta Edición, Buenos Aires, 1998