CONCEPTO MEDICO LEGAL DEL ABORTO

Por el Dr. Nerio Rojas

Profesor titular de Medicina Legal de la Facultad de Buenos Aires.

El criterio sobre el aborto en medicina legal difiere del de la obstetricia. En esa ultima se trata *en general* de un accidente **patológico**, de **un** episodio provocado o de una indicación terapéutica; en medicina legal, en cambio se trata de un acto que implica un delito, el término tiene un alcance determinado, cuya delimitación se necesita precisar con una definición concreta y un análisis de los elementos concurrentes desde el punto de vista jurídico. En general, las definiciones propuestas son insuficientes y deseo proponer una que aclare bien la fisonomía legal de este delito, tan difundido a pesar de las severas sanciones de los códigos de todos los países. Las leyes penales, aunque lo prevén como delito no dan definición del aborto. Sin embargo, hay casos confusos en los cuales la duda puede plantearse.

En obstetricia se considera como aborto la expulsión del producto de la concepción hasta el final del sexto mes del embarazo. La expulsión durante los tres **últimos meses**, se denomina parto prematuro. Esta diferencia está fundada en la viabilidad del feto, que existe desde los 180 días de vida intrauterina; pero en ambas

formas carece de importancia la causa-patológica, criminal o terapéutica-de la expulsión **fetal**. Este concepto, pues, no tiene aplicación médico—legal, porque aquí carece de valor la simple distinción cronológica. Tardieu concretó ya esta diferencia, cuando definió el aborto «independientemente de todas las circunstancias de edades, no de viabilidad y aun de formación regular (1). Es la opinión dominante, a pesar de que Filippi propuso en medicina legal una distinción semejante a la de la obstetricia.

Otra cuestión vinculada a este acto criminal es la muerte del producto de la concepción. Es lo que suele denominarse «feticidio». Para algunos autores él es el elemento fundamental del delito, su condición necesaria, «sin la cual no puede hablarse de aborto», opinión predominante en Italia (2). Otros, en cambio, proponen la creación de un delito **aparte**, el feticidio, muerte del feto antes de nacer, para hacer sentir las garantías legales sobre esa vida en formación: es la opinión de Severi, aceptada en el Brasil por Afranio

Peixoto (3). Ciertos autores concretan este tipo delictuoso en la muerte del feto durante el pasaje por los genitales maternos o ya **en** el exterior, pero en el período apnéico (Rossi y Pellacani.) Esta **situación** propuesta, intermedia-ría entre el aborto y el infanticidio, puede ser sostenida tal vez en Italia, por los términos de la ley penal, en el Brasil, cuyo código de-fine el infanticidio como la muerte «del recién nacido, esto es, un infante»; pero no puede serlo en países como la Argentina o Alemania, donde este crimen comprende también la muerte del niño durante el nacimiento (4).

En cambín, esta cuestión no ha suscitado mayores discusiones en Francia, donde predomina el criterio de fundar el delito de aborto en la "expulsion" provocada del

feto, expulsión que implica casi siempre, *en* las condiciones médico-legales también la muerte **del** producto, antes, durante o enseguida de la expulsión. De ahí que los autores franceses ni siquiera traten este problema jurídico del feticidio.

Yo creo que el feticidio va implícito en el concepto médico-legal sobre el aborto, pero no porque acepte el criterio francés que funda el delito en la expulsión, como lo veremos enseguida.

Aclarados esos dos puntos previos, veamos cómo debe enfocar la medicina legal el problema del aborto. Para ello es necesario hacer una diferenciación causal y *según ella hay que distinguir varias formas 1°: aborto por causa patológica* (de la madre o del feto) 2°: *por traumatismo accidental* (caída, choque, etc.) 3°: *el provocado con la intención*; 4°: *el provocado con culpa*; 5°: *el terapéutico*; 6° *el eugénico*.

El primero, llamado general-

mente espontáneo, carece de valor penal y tiene para el perito el valor de un **diagnóstico diferencial**. El segundo puede tener interés pericial, por las lesiones provocadas. El tercero, también llamado aborto criminal es el provocado **por** medios mecánicos o químicos; es aborto propiamente dicho, desde el punto de vista penal, pues su carácter fundamental es la intención o sea dolo. Es el que está expresamente previsto en todos los códigos. El cuarto tipo es el Humado culposo, secundario a una violencia traumática sobre la embarazada, sin el propósito de producir el aborto (5). El quinto tipo es el justificado por la necesidad terapéutica para salvar la salud o la vida de la madre, situación impuesta por la práctica médica en todos los países. La **sexta** forma es la del aborto eugénico, para evitar una descendencia tarada,

La necesidad de definir el aborto como delito deriva, precisamente, de esa diversidad de formas, pues al lado del aborto criminal, existen el espontáneo (patológico o traumático accidental) y el legalmente justificado. El aborto criminal o doloso es el que intentan concretar las definiciones propuestas.

Las legislaciones lo prevén en distintas formas, sin definirlo. En la mayoría de los códigos sólo se

habla de «causar» o procurar el aborto» (República Argentina, Uruguay, Francia, Italia, etc.) En algunos países, como en Alemania, se habla de «procurar voluntariamente la expulsión o la muerte del feto en el útero.» En cambio, en el código del Brasil se **hace** una previsión original: In pena para el acto de «provocar aborto, haya o no expulsión del **fruto** de la concepción.»

Análoga discordancia se observa entre los autores. Los comentaristas y cierta jurisprudencia alemana insisten sobre la **expulsión** y la muerte del feto en el útero". En Francia por lo general se sigue la definición de Tardieu: Expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de todas las circunstancias de edad, de viabilidad y a una de formación regular de este producto» (7). La Cassagne propuso otra mejor, basado el delito en la intervención voluntaria **que** determina la muerte o la expulsión del producto, modifica o suspende el curso normal del embarazo (8). En cambio, en Italia se tiende a definir el aborto con la reunión de dos elementos; muerte del feto e interrupción del embarazo (**Filippi, Leoncini, Alimena, Impallomeni,**

etc.) Dentro **de ese** criterio, la mejor definición es la propuesta por Leoncini: «Interrupción **del** embarazo ante del término normal, asociada a la muerte del producto de la concepción con relación de la causa a efecto (9). En cambio, los autores ingleses consideran «la expulsión» del **producto** como elemento esencial **del** delito (10). **En el** mismo punto de **vista** se coloca Afranio **Peixoto**, a pesar del texto penal brasileño (11). Semejante criterio funda la definición del **argentino Faustina** Trongé: "es **la** expulsión provocada del producto de la concepción, sin **indicación** terapéutica" (12).

No me detendré en la discusión de estas definiciones, que no satisfacen porque unas se basan en la **necesidad** de la expulsión fetal, otras son redundantes, o demasiado largas o no prevén totalmente el aborto legal. Me permitiré, pues, proponer una definición que evite esos defectos.

Ella es la siguiente: *Aborto es la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto fuera de las excepciones ex legales.*

Este concepto, como se ve, define el delito de aborto, cuatro elementos componen esta definición:

1. Interrupción del embarazo. No se trata, entonces de la expulsión del producto, diferencia que me parece fundamental, aunque en **la** mayoría de los casos las dos situaciones se reúnen, pues la segunda es consecuencia normal de **la** primera. La interrupción es

suficiente, pues la expulsión es a veces muy tardía y en algunos casos no se produce, quedando el producto muerto en la matriz, donde puede sufrir diversos procesos: **disolución**, momificación, calcificación (**Leoncini**). Pero hay otra **razón** de más valor **práctico**. **Supongamos** que las maniobras **abortivas han** traído una infección grave o una perforación uterina con peritonitis, y que la madre fallece antes de haber expulsado **el producto de** la gestación, eventualidad más de una vez presentada en la justicia. Si la condición del aborto fuera la expulsión el acto criminal sería aquí un homicidio por culpa o un homicidio preterintencional, **que** tiene **mayor** pena, y no un aborto con muerte consecutiva (13), lo que no es aceptable ni desde el punto de vista lega), ni moral, ni médico.

Todas estas dudas desaparecen si se da a la interrupción el carácter esencial.

2º Acto provocado. Con esto quedan comprendidas las situaciones de provocación criminal, *que* excluyen, de hecho, los casos de aborto espontáneo y accidental, fe refiere, desde, luego a **las** dos formas de provocación de un acto delictuoso que comportan responsabilidad penal: el dolor y la culpa. El primero, la intención criminal está prevista en todos los

códigos; la **segunda** forma, la culpa en el aborto, no lo está expresamente en todas partes. Lo está en la Argentina, para "el que con violencia causara el aborto, sin haber tenido el propósito de **causarlo**, si c-1 **estado** de embarazo de la paciente fuera notorio o le cosía re".

3º Muerte del feto. Esta es **también una condición necesaria**, sin que ello **signifique** aceptar el **feticidio**, Una cosa es hacer **de la** muerte una de las condiciones jurídicas del delito- que en esta forma puede **probarse** por datos indirectos o inferirse—y otra **es hacer** de ella todo el crimen con lo cual el cadáver resulta indispensable, **el cuerpo del** delito, como en el infanticidio. Esto último, que ya no se acepta, era en un tiempo exigido en Alemania lo cual creaba enormes e insolubles dificultades, darlas las condiciones corrientes del peritaje que casi nunca tiene a mano el feto (**Casper**); de ahí tantas absoluciones y defensas eficaces, pues "el delito de aborto es una forma de homicidio", según **Schwarze (14)**.

Sí la muerte del feto no es todo, es un elemento esencial en la fisonomía jurídica de este delito. En **algunas leyes se** lo dice expresamente, y en otras, como en el código argentino, el aborto está incluido entre los «delitos.» contra la vida. Esta razón. impide aceptar la opinión de **Balthazar** para

quien **hay también** aborto **cuando** el feto viable *es* expulsado y sobrevive (15). Este hecho no quedaría impune, pues constituye un **raso** de **lesiones** y no de aborto.

4º Excepciones legales. Este elemento se refiere a **los** casos en que el **aborto está** idealmente **justificado y por** consiguiente no es entonces delito. El más característico es el provocado con **finés terapéuticos**. En general, las leyes no lo **mencionan**, pero está aceptado por la **práctica** médica y, **desde el punto de vista** penal, está **comprendida** en la situación de un delito cometido en «estado de necesidad» para **evitar un** daño mayor, en este caso salvar la vida de la **madre**. El código argentino se refiere especialmente a este aborto terapéutico y también **autoriza** por razones **eugénicas**, *el* efectuado en el embarazo por violación de una "idiota o demente"

Los elementos de mi **definición** resultan superiores a los propuestos por otros, entre ellos Carrara (17) **destrucción del feto** 2º estado de **embarazo**, 3º **dolor**, 4º medios artificiales); **Balthazard** (18) -1º embarazo, 2º acto **abortivo**, 3º expulsión del feto, 4º **intención criminal**); y los **argentinos T. Jofré** (19) (**lo expulsión o extracción** del feto, 2º empleo de medios idóneos, 3º intención, **salvo el caso culposo**) y José Peco (20) «atañe **exclusivamente** a la **expulsión** provocada y entraña 1º embarazo, 2º existencia del feto, 3º empleo de cualquier medio, 4º muerte del feto.

La definición que he propuesto se refiere a la fisonomía jurídica

de este delito. De ellas derivan algunas consecuencias judiciales o periciales, aspecto **aplicativo** o práctico que **algunos** autores confunden con aquél, exclusivamente teórico o doctrinario.

En este terreno objetivo, el perito y el juez **deberán establecer** tres hechos decisivos no ya para definir el delito sino para demostrar la **responsabilidad** de los acusados. Estos hechos son: 1º la **interrupción** del embarazo; 2º el empleo de medios abortivos idoneos; 3º relación causal entre lo primero y lo segundo.

La primera **cuestión se aclara** por el examen directo de la madre, **signos generales** de gestación, lesiones locales útero vacío o no, etc. Ella implica dos hechos: la muerte del feto (que se acepta salvo prueba en contra, a carero del acusado en todo caso) y la existencia anterior del embarazo. Esto último se vincula a la cuestión jurídica del delito imposible: el caso es el intentar el aborto en una persona **no** en cinta. Tal

situación impune en algunos países como Francia, es penada en Inglaterra, donde se castiga la maniobra esté o no embarazada la mujer (Sydney Smith y en Alemania, donde todo caso de delito imposible es penado como tentativa.

Las otras dos cuestiones periciales descartan los casos de **abortos espontáneos**. Todas las dificultades disminuyen cuando se tiene el producto de la concepción lo que es excepcional, y cuando el examen de la madre no es muy distante del aborto.

Debo hacer notar otra ventaja de **mi** definición: ella es internacional pues resulta aplicable en todos los países, cualquiera que sea el texto legal, también en Rusia donde, como se sabe, se autoriza a los médicos a hacer el aborto en hospitales, aun sin razones terapéuticas o **eugénicas**.

De la Revista de **Criminología**, Psiquiatría y Medicina Legal de Buenos Aires, Argentina.