

El aborto en el siglo XX; un título, muchas cuestiones

Por: Luis Francisco Palomares¹

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Palabras clave: aborto - no punibilidad - política criminal - Comisión de Códigos del Senado Argentino - Código Penal.

Resumen.

Durante principios del siglo XX ante la impotencia de las penas para evitarlo y la necesidad de proteger la vida de la mujer embarazada, se proyectaron tanto en el viejo continente como en América casos de justificación e impunidad en materia de aborto. La breve existencia del proyecto de Codificación Penal Helvético de 1916 y los aportes sobre política criminal del Profesor Luis Jiménez de Asúa, entre otros, no quedaron desprovistos de eco, así fue como el codificador Argentino de 1921-1922 no estuvo exento a este proceso y por primera vez en nuestra legislación abordó el problema. El presente trabajo de investigación propone analizar las motivaciones ideológicas de la Comisión de Códigos del Senado Argentino conformada por J.V González, E. Del Valle Iberlucea y P. A Garro, quienes se adjudicaron la reforma legislativa, entre otros temas, en materia de aborto en relación al proyecto de 1917 redactado por Rodolfo Moreno H., ahondar la exposición propiamente dicha de motivos de la Comisión del Senado, como así también sus fuentes, sus causales de no punibilidad y las interpretaciones posteriores sobre el artículo 86 del Código Penal de

¹ Abogado y escribano (UNLP). Alumno de la carrera de Especialización en Derecho Penal de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Email: estudiopalomares@outlook.com



1922, esgrimidas hasta finales de los sesentas, atreves de un abordaje histórico-jurídico sobre la legislación.

I. Introducción

La interrupción del embarazo ha sido objeto de controversias científicas, sociales, culturales y morales a lo largo del tiempo, ello no escapa a lo jurídico, pues al hablarse de una práctica de antaño, como el hombre mismo, la punibilidad de dicha praxis ha ido evolucionando con el devenir de la historia. Ya el derecho Canónico comenzó condenando el aborto como un crimen, desarrollando la teoría de la animación (Cabanellas; 1945), ulteriormente estas distinciones pasaron a las legislaciones positivas donde el tema tuvo un mayor desarrollo. La sociología comenzó esgrimiendo un temor por la despoblación Europea² a raíz de que la expectativa de vida de la población, no era mayor a 40 años ello debido a enfermedades pandémicas de época, como la peste negra, las sucesivas guerras y las cuestiones de sanidad de las grandes urbes, las cuales diezaban a la población en el siglo XIV, estos temores fueron aventados por los estados europeos, sobresaliendo entre ellos el francés, con una feroz represión y persecución de esta práctica³. Bajo el afán de evitar infanticidios y abortos se elevó la severidad en las penas de estos delitos. Pese a dichos esfuerzos ante lo infructuoso y vano del

² Contrario a estas observaciones tres siglos después Malthus desarrolló su teoría científica económica, este autor sostenía que la tasa de natalidad se duplicaba mientras que el desarrollo de los recursos económicos en Europa no aumentaba a semejante ritmo. Como solución proponía lo que llamaba el constreñimiento moral, pues solo permitirá las relaciones sexuales, siempre que fueran matrimoniales. Posteriormente esta teoría será incorporada por el neomalthusianismo, pero modificada a otros intereses que nada tienen que ver con la tesis original.

³ Por razones de brevedad no he mencionado otras legislaciones como la italiana o la española. Dentro de esta última fue el Fuero de Juzgo quien desarrollo acabadamente el tema, debido a el decaimiento de la tasa de natalidad en el Guerra de Reconquista el aborto fue castigado con severas penas.

aumento de la gravedad la pena para la disminución de esta práctica, comenzó a replantearse la cuestión, grandes académicos y jueces alzaron discursos contra la criminalización del aborto, estos empezaron a sostener que el feto no era persona, por lo tanto incapaz de ostentar intereses y derechos subjetivos protegidos por el estado⁴. En 1912 bajo la propuesta del notable catedrático Lang, se insinúa la autorización del aborto bajo ciertas condiciones y en ciertos casos, es así como en 1916 suiza marca tendencia con la redacción definitiva del artículo 112 de su anteproyecto y sus respectivas causales de justificación. Luego de la primera guerra, en Alemania se empezó a aseverar que la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo era una ley de excepción en contra del proletariado. Posteriormente estos argumentos fueron adoptados y esgrimidos por los partidos socialistas de Europa. Como etapa final con el desarrollo de la escuela positiva volvió a surgir esta temática desde una perspectiva médico - legal dentro de la política criminal Europea y Anglosajona al desarrollarse la eugénica moderna. Con lo hasta aquí expresado y directa mente influenciado por los proyectos de legislación suiza y los escritos del doctor Jiménez de Asúa, la legislación argentina en el artículo 86 del Código Penal de 1922, introdujo por primera vez causales de no punibilidad en la práctica del aborto, todo ello influenciado por las ideas positivistas que imperaban en la época y la corriente supresora de dicha práctica del catálogo de los delitos.

II. Concepto. Casos de Justificación e impunidad

⁴ La negación de la calidad de persona en el feto, comenzó en Francia con los razonamientos del juez Spiral quien justificó esta práctica alegando el miedo a la deshonra de la mujer y que el feto constituye una porción del cuerpo de la madre, posteriormente se sumarían a esta corriente los doctores Klozt Forest, Ritter Von Litz y Von Hiering.

Según diferentes autores, en términos amplios, estaremos hablando siempre de una interrupción voluntaria o involuntaria del embarazo inducido de manera espontánea o provocada, que conlleve a la muerte del feto, interna o externamente del útero, producto de la concepción (Camaño Rosa 958). Dejando los formalismos y tecnicismos de lado y de manera sencilla y amplia, lo definiré en palabras de la R.A.E como la interrupción o el fracaso del proceso de concepción.

Pese a toda la discusión sobre la extensión del término aborto, a efectos médico-legales es apropiado diferenciar dos conceptos; por un lado el aborto excusable, por el otro aborto punible. El primero de ellos es la discontinuidad inducida del embarazo con el óbito del feto que obedece a fines reconocidos por la ley (Rojas; 1987), independientemente del resultado de la maniobra para el feto que se expelle. En sentido penal es el exterminio del feto, en cualquier estado previo a la concepción, ya sea por la expulsión violenta del feto como por la muerte del mismo dentro del seno materno, obedeciendo a términos egoístas del individuo no reconocidos por la ley. Dentro del primero las más notables causas de interrupción del embarazo en las legislaciones penales comparadas son:

Aborto terapéutico; Aborto eugenésico; Aborto sentimental; Aborto por motivos sociales y económicos.

Hablaremos del primero, cuando haya un peligro ineludible para la vida o salud de la madre, está ampliamente adoptado, previsto en el Código Argentino (artículo 86 párr. primero de 1.922), código Español (artículo 420) y el Código Peruano (Artículo 163 de 1.924), entre otros. El segundo, hace alusión a la interrupción del embarazo por anomalías genéticas o herencia morbosa valorada negativamente, contemplada por el Código Penal Argentino (artículo 86 párr. segundo), Código Penal de Ecuador (artículo 423 párr. segundo de 1938), artículo 112 del proyecto Suizo de 1.916 entre otros. El aborto sentimental hace referencia a los casos de violación, regulado en argentina (código de 1.922 artículo 86) Código uruguayo (1.933 y 1.938) y Brasil (código de 1.940). Por último como su nombre lo indica el aborto con miras sociales y

económicas con menos adhesiones fue adoptado por Rusia en 1.936, Uruguay (código de 1.938) y Japón, proyecto de natalidad controlada de 1.929. (Jiménez de Asúa; 2.016)

III. Antecedentes; leyes en referencia al aborto

La legislación criminal Argentina destacó por influencias provenientes de escuelas europeas y legislaciones españolas, en un marco colonial se aplicaron en nuestro país leyes hispánicas (anteriores al código español) como la Nueva Recopilación, las Leyes de Indias, Las Partidas y la Novísima Recopilación, esta última en lo relativo al aborto, entre otras. Posteriormente en 1.810 comenzaría un proceso de experimentación, independencia y transformación del marco legal criminal, frente a la anarquía legislativa que suscitaba entre las provincias. Este periodo, que concluirá en 1.853, se caracterizó por la sanción de leyes especiales independientes que coexistieron con la legislación hispánica (Berreneche; 2.001).

Posteriormente el antecedente legislativo más importante previo a los intentos de codificación fue la ley 49 dictada el 14 de noviembre 1.863 la cual amplió la competencia

sobre los delitos de los tribunales nacionales, pero no se refiere en absoluto al aborto.

El primer intento de codificación y unificación penal, fue encargado por parte del Ejecutivo Nacional en el año 1.863 mediante la ley 36 a el Doctor Carlos Tejedor, en 1.865 presenta su parte general tomando como fuente principal el Código de Baviera, debido a Feurbach, lo cual posteriormente le valdría fuertes críticas, en menor medida al francés Chauveau y al comentarista español Pacheco, tres años más tarde, en 1868 tomaría como fuentes al Código Peruano y Español al presentar la parte especial de su proyecto. El Congreso Federal no sancionó ley positiva su

proyecto, pero en virtud de la autorización concedida por la Carta Magna fue adoptado para regir como código penal por varias Provincias Argentinas⁵.

En materia de aborto el código de Tejedor plantea una prohibición absoluta con sanciones como; prisión, inhabilitación o el mínimo de presidio o penitenciaria. El primer párrafo del artículo primero⁶ comprende dos casos, por un lado acciona sobre la mujer que causare y por el otro sobre la que consintiere a causarlo, ambos antecedidos por la locución de propósito, lo que denota que uno de los requisitos imprescindibles para la consumación del tipo es la existencia de dolo. Este delito en particular supone la determinación de hacer desaparecer el feto y así impedir el nacimiento, para ello es determinante el conocimiento de la existencia del feto, el empleo de medios violentos y causar la muerte del por nacer (Moreno ; 1923).

El segundo párrafo del precepto legal en comentario, describe un atenuante restringido y limitado solo para la mujer que posea buena fama (precepto tomado de antaño del derecho romano), evidenciando que el prestigio social, la honra o buena reputación son valores importantes en la mujer para la sociedad de la época. Agrega el artículo la descripción, bajo temor, dicha pasión del ánimo parece tomada, aunque Tejedor no lo explicitare, de fuentes Romanas (Digesto Jurídico), como el temor reverencial (temor fundado en sufrir un mal inminente y grave en su persona, honra, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes legítimos o ilegítimos) a los cuales ya hacía referencia Vélez en los artículos 937 ,940 y nota del C.C.

El artículo segundo en su primera parte castiga al que de propósito ocasione el aborto empleando como medio la violencia, bebidas u otros. (Tejedor, Carlos; 1866). Para la consumación de este tipo es imprescindible que el autor haya tenido la intención de causar el aborto, ya que, la loc adv.de propósito exige el dolo y el

⁵ El 25 de noviembre de 1.886 se sancionó la Ley N.º 1.920. Las provincias que adoptaron el código fueron: Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes, San Luis, Catamarca, Tucumán y Santa Fe.

⁶ 1.887, Ley 1920, Libro Segundo, Sección Primera, Título I, Capítulo III.

conocimiento del estado de gravitas de la mujer, sin ese conocimiento el autor no podrá ser castigado por el tipo, pero si será punible por la violencia ejercida.

La segunda parte, plantea el atenuante del que practicare el aborto con el consentimiento de la portadora del por nacer, ya que en caso de no contar con la voluntad de esta última es un atentado contra la criatura y la madre. Además de una reducción de un tercio si fue cometido con otro propósito.

El artículo tercero por su parte, castiga a ciertos profesionales (médicos, parteras, farmacéuticos etc.) que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto, ya que estos debido a su profesión tienen la misión de preservar la vida y son culpables junto a la mujer como cualquier otro tercero.

En cuanto al aborto culpable, cuando el autor produce un mal habiendo ocasionado otro, es un caso de dolo, según el proyecto Tejedor, el cual lo castiga cuando dice que habiendo provocado un mal menor tiene como pena un tercio de la pena ordinaria (Tejedor; 1866). En todos los casos, si del hecho resulta la muerte de la madre, se eleva el mínimo de la pena.

Cuatro años después, en 1.890 el P.E nombra una comisión compuesta por los doctores N. Piñero, R. Rivarola y J.N. Matienzo, entre los considerandos del P.E sobre el nombramiento de dicha comisión, se sostenía que el proyecto Tejedor adolecía de defectos peligrosos tanto para la sociedad como para los reos, pero el impulso principal fue la incorporación de nuevas doctrinas como la positivista para el progreso de la legislación argentina. En 1.891 se presentó el proyecto, el cual no llegó al parlamento pero fue recomendado por los más distinguidos jurisconsultos de la época. (Jiménez de Asúa; 1.953). En materia de aborto en los artículos 116 a 119 se observa en primer lugar, que la voluntad criminal se presume⁷, salvo prueba en contra, se eleva la escala penal para los que lo practicaren sin consentimiento de la

⁷ Se suprime la palabra maliciosamente, la voluntad criminal siendo un elemento esencial del delito se presume y no es conveniente repetirlo.

mujer de 3 a 10 años de reclusión ⁸, llegando a ser de 15 años si se causare la muerte de la madre .La modificación en esta parte se debe a que no se considera la naturaleza del medio empleado (violencia), la cual servirá para la individualización de la pena del caso en concreto, junto a si el autor lo causó con o sin el consentimiento de la mujer.

En relación a los que abusaren de su arte o profesión que causen o cooperen a causar el aborto se mantiene la fórmula de 1.868, agregando la inhabilitación especial por tiempo doble a la condena como agravante.

En 1.903 fue sancionada la ley 4.189, la cual introdujo breves reformas al Código Penal, esta ley tomó disposiciones del proyecto de 1.891 pero fue rebatida al poco tiempo por duras críticas, como su pensamiento simplista, de severidad en las penas y además de tratarse de una ley anacrónica que no respondía a las nuevas doctrinas de la época (Congreso Nacional; 1.921). Las modificaciones fueron aprobadas sin discusión, siguiendo el espíritu de la reforma se aumentó la penalidad en algunos delitos, en relación al aborto la ley sigue los preceptos generales del proyecto codificador de 1.891, en relación a la tentativa, se produce la novedad de que esta no es punible para la madre .Por último en relación a los profesionales que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto, se aplica la pena ordinaria, aumentada con inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Bajo los anhelos de justicia equitativa, las críticas no tardaron en hacerse palpar, pasado poco más de un año de la ley 4.189 el P. E en 1.904 por decreto designó a cinco jurisconsultos F. Beazley, R.Rivarola, D. Saavedra, C. Moyano Gacitúa, N. Piñero y al neurólogo J.M Ramos Mejía. Las intenciones más sobresalientes de esta comisión revisora encabezada por el doctor Rivarola eran, concretar la unificación de las leyes penales, la reducción de las especies de penas restrictivas de la libertad, la

⁸ La ley 1.920 establecía la pena de 3 a 6 años de reclusión. La muerte de la mujer que se hace abortar, es una circunstancia no prevista anteriormente en los códigos.

individualización de la pena, la adopción de nuevos institutos y la organicidad del nuevo código, sobre estos pilares el doctor Rivarola formula un anteproyecto que junto con el de 1891 sirven de base para la nueva comisión, la cual en 1906 remite al H. Senado un nuevo proyecto. La crítica fue benevolente con este proyecto, tanto los intelectuales de la época nacionales y extranjeros, magistrados, distinguidos catedráticos, como la prensa solicitaron su pronta aprobación. En una conocida revista de derecho penal comparado el sobresaliente doctor Hungaro L. Thot sostenía que el proyecto argentino era un proyecto digno de estudio y un tesoro para la comunidad de criminalistas internacional (Congreso Nacional; 1.921). Luis Jiménez de Asúa en su libro política criminal europea y norteamericana destaca que el proyecto argentino cuenta con institutos innovadores como la libertad condicional, pero recalca que no cuenta con un capítulo específico para las medidas de seguridad (Congreso Nacional ; 1.921), sin embargo el proyecto nunca pasó a tratarse en el Congreso. La severidad en la crítica provino de la mano del doctor Juan P. Ramos. Quien argüía que el proyecto contenía el pecado capital de sustentarse en las bases del código de 1.887, en su técnica de redacción como en un afán inútil de intentar construir un nuevo faro con materiales viejos (Jiménez de Asúa; 1953). En relación al aborto este código en el artículo 86 mantiene la fórmula del proyecto de 1891, en el artículo 116, se castiga a el que maliciosamente causare un aborto, precepto concordante a 1.891.

En 1.914 se celebra en la Ciudad de Buenos Aires el Congreso Penitenciario Nacional, donde el doctor O. Gonzales Roura miembro de la cámara de Apelaciones en lo criminal de la Capital Federal y notable catedrático de la U.N.L.P junto a otras ponencias de distinguidos colegas, impulso y propuso la aprobación del proyecto de 1.906 con ciertas modificaciones (Congreso Nacional; 1.921), pero ello no bastó para resucitar al ya abandonado proyecto.

Abandonado aparentemente por todos, abatido en un monótono sueño dormía el proyecto de 1.906, la turbulencia de las olas cargadas de nuevos aires de reforma

no se haría esperar, en 1.916 el Diputado y profesor de la U.B.A Rodolfo Moreno (h) presentó un nuevo proyecto basado en el de diez años atrás. Para el mismo, con ingenio y acierto solicitó al congreso la conformación de una comisión de legislación penal y carcelaria para la revisión del proyecto y la realización de una encuesta a catedráticos universitarios y magistrados del fuero criminal , correccional y de instrucción , indagando sobre su opinión para proponer correcciones y/o modificaciones que crean pertinentes , los nombrados fueron Antonio de Tomaso, Carlos Pradére, Jerónimo del Barco, Delfor del Valle, y el mismo Rodolfo Moreno (h). Luego de la presentación del proyecto en las primeras sesiones de 1917, la cámara pasó a un cuarto intermedio y reanudó la actividad el 22 de agosto, sancionando el proyecto. Posteriormente en 1.919 la cámara de senadores produjo despacho la comisión de códigos del senado aprobó el proyecto con pequeñas modificaciones y en 1.921 arribo a diputados siendo aprobado en septiembre de dicho año , publicado en octubre y con vigencia a partir del veintinueve de abril de 1.922(Soler , S ; 1973). El proyecto original de Rodolfo Moreno (h), se limitaba a seguir la ley 4.181 en relación al aborto, fue en las reformas introducidas por la Comisión de Códigos del senado donde se produce un quiebre de paradigma.

IV. El código de 1921

Dicho código trata el tema del aborto en los artículos 85, 86 y 87. La ley no define a el aborto pero podemos señalar los elementos generales para la existencia del tipo, ellos son; la existencia fehaciente del estado de gravidez de la madre, un feto vivo con la consecuente muerte del mismo⁹, el dolo y la exclusión de excepciones legales (Moreno; 1923).Cabe aclarar que para nuestra ley el delito no se consuma con la

⁹ Algunos autores como Soler y Manzini sostienen que cuando a pesar de las prácticas abortivas si el feto nace con vida no se consuma el delito.

mera expulsión prematura del feto sino que se requiere como requisito adicional la muerte del mismo.

El artículo 85 en su redacción original comienza tipificado el aborto, contemplando dos figuradas separadas, por un lado el aborto causado por un tercero y por otro el aborto con o sin consentimiento de la mujer (Moreno ; 1.923). La escala penal es de tres a diez años de reclusión o prisión pudiendo elevarse a quince si el aborto es seguido de la muerte de la mujer, en caso del sujeto obrar con consentimiento de esta, la escala se morigera pasando de uno a cuatro años y seis cuando el hecho fuere seguido de muerte. Para esta figura solo se necesita la concurrencia de dolo. Cabe destacar que se sigue la redacción del proyecto de 1.891.

El artículo 86 al que luego nos referiremos más acabadamente, comienza castigando a cualquier agente que practicare un aborto, sin importar si es un profesional de la salud, con conocimientos para facilitar su accionar. El artículo luego legisla la agravante cuando la práctica es llevada a cabo por ciertos profesionales en el arte de curar, estos últimos son aquellos que poseen un título habilitante por parte del estado y cometen un abuso en su práctica que implica un ultraje a sus juramentos y compromisos como profesionales. Por ello la agravante en la escala y la pena accesoria de inhabilitación.¹⁰

En cuanto al aspecto subjetivo de la figura aparece claramente definido en el artículo 87 del cual se deduce que el autor debe tener el propósito de causar la muerte del feto, excluyendo la posibilidad de dolo eventual, por lo que en caso de no existir dolo, se caerá en la figura de dicho artículo.

¹⁰ Desde ya quedan excluidas todas las actividades culposas. La redacción del código Español es superadora ya que utiliza el término facultativo, el código Argentino por su parte se limita enunciar los profesionales vinculados con el arte de curar.

V. Los motivos

La modificación del artículo 86 marcó una ruptura de paradigma, por primera vez se contempló, en Argentina, causales de no punibilidad del aborto. La Comisión de códigos del Senado de 1.921, integrada por los legisladores Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro Garro inspirados en la legislación de Suiza de 1916 Introdujo por primera vez el aborto por estado de necesidad y el eugenésico. Dicha comisión entendió que el primero de los casos no necesitaba demasiadas explicaciones, ya que supone la existencia de un peligro concreto y fundamento el segundo inciso en las palabras del doctor Jiménez de Asúa en su libro La Política Criminal en las legislaciones Europeas y Norteamericanas, quien argüía que la legislación suiza es la primera en osar a legitimar el aborto con fines eugenésicos para evitar que de un atentado contra el pudor de una mujer idiota, enajenada o del mismo caso de un incesto nazca un ser anormal.¹¹(Congreso Nacional, 1921)

Los miembros de la comisión destacan la importancia del estudio de la eugénica para el combate de la criminalidad, subrayando que si bien hoy en día la esterilización con fines eugenésicos de los criminales resulta inaceptable para la legislación y la sociedad Argentina, no se puede negar el aborto con actuación discrecional a los fines de perfeccionamiento de raza (Congreso Nacional, 1921). Haciendo como mención final al problema suscitado en Europa en 1914 luego de la violación de mujeres Belgas y otros crímenes de guerra por parte del ejército Alemán, durante la primer guerra mundial (Congreso Nacional, 1921).

VI. Anteproyecto del código penal suizo

¹¹ Si bien el texto Suizo hacía mención al caso del incesto como causal de no punibilidad, este quedó fuera de la redacción del artículo 86 Argentino. Jiménez de Asúa cita a Gautier quien habla de fundamentos de orden étnicos para el caso del incesto y en el caso de atentado contra el pudor de mujer enajenada, se habla de intereses de raza, típicos de la cuestión de a eugenesia.

VI.i. Suiza, un país adelantado a su época. El nacimiento de la unificación

Las legislaciones cantonales reglamentaron el aborto, pese a la anarquía legislativa sobre el tema en cuestión, varias legislaciones tenían contemplado expresamente el aborto necesario, como ejemplo de ello se puede citar el artículo 272 del código de Ginebra y de manera análoga estaba contemplada esta causal en los códigos de Vaud y Tesino, por otro lado, seguía siendo necesario una unificación de conceptos y causales.

La superación del desorden legislativo en materia penal fue una de las preocupaciones de los juristas suizos del siglo XIX, pues a veces resulta que lo más fácil suele ser lo más difícil. Por otro lado el Código Civil fue una realidad palpable en Suiza mientras que la unificación penal se mantuvo en anhelos de un ideal, por pertenecer a cuestiones filosóficas, modernas e independientes de un pasado cultural (Jiménez de Asúa; 1916)

En 1.868 la Sociedad Suiza para la Reforma Penitenciaria se encontraba atacando el problema, deliberó sobre la conveniencia de un derecho penal unificado y solicitó a la Asamblea General una revisión de la Constitución Federal. Al año siguiente se unió a la causa la Sociedad de Jurisconsultos Suizos, e hizo lo propio, pronunciándose a favor de una unificación legislativa. En 1.872, con el propósito de ampliar la competencia legislativa de la Confederación, se presentó un proyecto de revisión constitucional, el cual no contó con el apoyo suficiente.

Pese a estas vicisitudes, la Sociedad para la Reforma no abandonó el problema, en 1.879 y 1.880 trataría nuevamente el tema, pero habría de esperar siete años más para que la Sociedad de Jurisconsultos diera un vuelco definitivo a la cuestión, reunida en Bellinzona capital cantonal de Suiza, el Profesor Carlos Stooss realiza una ponencia brillante, convenciendo a sus pares que para lograr una efectiva lucha contra el crimen y una correcta ejecución de las penas era necesaria la unificación.

Al año siguiente el Consejo Nacional basándose en la proposición del diputado Forrer invita al Consejo Federal a revisar el artículo 65 de la Constitución, con el propósito de ampliar la competencia legislativa de la Confederación, de aquí en más el Consejo se dedicará de forma decidida a hacer un estudio y demás preparativos para las bases de la futura unificación penal (Jiménez de Asúa; 1916).

VI.ii. Los proyectos

En 1.893 se encarga a Stooss la redacción de un proyecto, surge así el primer Anteproyecto de Código Penal Suizo y su correspondiente exposición de motivos, el mismo fue presentado primero junto con el francés coincidente en el mismo año de publicación. Fue halagado por la crítica a excepción de su parte general, se trataba pues de un proyecto original, fresco, de un lenguaje claro rico y conciso, confiando además a las Magistraturas la resolución de conflictos, poco comparable con Enrique Ferri en su artículo "*La scuola positiva de 1.893*". al año siguiente se presentará la parte especial, ambas serán analizadas y reformadas por la Comisión de Técnicos. En 1.896 se publica la reforma del Anteproyecto, dos años más tarde se lograría la tan ansiada reforma del artículo 65 de la Constitución Federal para ampliar la competencia de la Confederación en materia penal. Posteriormente en 1.903 y 1.908 se volverán a revisar y reformar los anteproyectos por la Comisión de Técnicos (Jiménez de Asúa; 1.916).

VI.iii. El anteproyecto de 1916 y el aborto autorizado

En 1.912 el Departamento Federal de Justicia y Policía, encabezado por Hoffman, nombró una Segunda Comisión de Técnicos reunida en la ciudad de Lucerna, la cual examinó y discutió el proyecto de 1.908 abarcando hasta el artículo 62 para una posterior remisión a la Comisión Redactora, luego se volverá a reunir en el mes de

septiembre y octubre de 1.912 en la ciudad de Lugano al norte del glaciar que lleva su mismo nombre, en esta ocasión debatirá el artículo 68 en relación al aborto, Otto Lang junto a Rohr proponen una enmienda a dicho artículo, se sugirió por medio de una enmienda la impunidad del aborto si el mismo tiene lugar dentro de los tres meses y es causado por la misma embarazada o un médico diplomado. Pese a que ciertos miembros simpatizaron con dicha enmienda la misma no contó con el apoyo suficiente por lo que no prosperó. Posteriormente en las reuniones llevadas a cabo en Rapperwill se vota y acepta la propuesta, para lo cual en 1.916 la segunda comisión de peritos formula una redacción definitiva que se conocería como el artículo 112 del anteproyecto Suizo de 1.916.¹² Por primera vez se plasman y reconocen los esfuerzos por parte de Alfredo Gautier para una correcta reglamentación de las causales eugenésicas en dicha materia. Frente a estos avances la Iglesia Católica presionó y cuando aparece el proyecto Federal Suizo el segundo inciso que conllevaba un arduo debate y posiciones poco encontradas fue suprimido (Jiménez de Asúa; 1916).

En 1919, la propuesta antes formulada por Lang revive en la iniciativa presentada al Consejo del Cantón de Basilea por F. Welti ¹³, junto a el aval de los grandes periódicos de la época como la “Sentinelle” o “La Genevois” por lo que el gran Consejo la aprobó en su primera lectura posteriormente esto desató un gran revuelo

¹² La redacción es la que luego llegaría a manos de los legisladores Argentinos, los textos se encuentran en francés y alemán de allí que no fue exacta la incorporación a el texto Argentino, lo cual posteriormente conllevaría a debates interpretativos. El texto señala en el primer inciso que el aborto no es punible cuando esté en peligro la salud o vida la madre, el inciso segundo contempla específicamente el caso del incesto, las violaciones lato sensu y el aborto eugenésico.

¹³ Su propuesta consistía en la no punibilidad del aborto cuando era consentido por la pareja en los embarazos legítimos, mientras para los cuales no contaran con esta condición, los ilegítimos, deberían ser practicados por medico titulado dentro de los tres meses de existencia el feto, bajo el consentimiento de la madre.

al ser repugnado por la prensa Católica¹⁴(Jiménez de Asúa; 2016) por lo que en su segunda lectura desechó la propuesta. Pese a la falta de un código que rija en toda la confederación Helvética en 1.931 el Cantón de Vaud sancionó una ley de reglamentación, donde se contempla el aborto por razones de eugénica.

Por último el proyecto de código penal suizo se promueve con fuerza de ley en 1.937 con vigencia a partir del primero de enero de 1.942, donde solo se contempla en el artículo 120 el aborto terapéutico reglamentándose en cuatro incisos, siendo un final muy triste luego de causar tanto revuelo en el derecho comparado y las sociedades contemporáneas como la Argentina.

VII. Política Criminal

Las Palabras del doctor Jiménez de Asúa en su libro Política Criminal en las legislaciones Europeas y Norteamericanas fueron esgrimidas como fundamento en la comisión de códigos del Senado de 1.921, en dicho texto, el destacado jurista concreta aproximaciones acerca de la política criminal de esterilización de los anormales y delincuentes incorregibles, enmarcado dentro de un concepto positivista de delincuente loco. Recalca el poder de la ley de la herencia dentro de la criminalidad, pues afirma que de progenitores enajenados y enfermos nacen sucesores corrompidos (Jiménez de Asúa; 1.918). Dicha ley ha de cumplirse tanto en lo orgánico, patológico, mental y espiritual, el delincuente al fin y al cabo para el positivismo es esclavo de su herencia, por lo que siguiendo las palabras de “Ribot“, sí es posible debe imposibilitar que los delincuentes engendren. Frente a tal situación Norteamérica ha avanzado en el desarrollo de la eugénica con restricciones en ciertas clases de matrimonios como prevención y proponiendo la

¹⁴ No contó con el aval de otros partidos políticos más conservadores, contrarios a las ideas socialistas. En el mismo sentido la Iglesia católica se opuso fuertemente por lo que generó un gran revuelo por dos ideas enfrentadas. Este bando contaba con el aval de diarios como Vaterland y el Courrier de Geneve entre otros.

esterilización de los enajenados, bajo conceptos e ideas eugénicas de perfeccionamiento y saneamiento de raza. Pues siguiendo los enunciados de Garófalo a lo largo de la historia siempre se ha mortificado al vástago del delincuente por los pecados de su progenitor, en una época moderna (finales de 1.800) no se debe afligir a los criminales pero se debe impedir que nazcan a través de la muerte del delincuente o de métodos de esterilización de la raza (Jiménez de Asúa; 1.918). Suscitado este contexto ideológico planteado por la escuela positiva nace dentro de la doctrina Suiza la controversia de esterilizar al morbosos o permitir el aborto de la madre cuando se sabe que ese fruto es heredero de una tara inevitable. Esta cuestión fue abordada por la segunda comisión de peritos Suizos en su anteproyecto de código penal de 1.916, donde se introdujo entre otras variantes, la no punibilidad del aborto eugenésico, este nuevo paradigma es el que cinco años más tarde peregrino a manos de los legisladores Argentinos.

VIII. La Eugénica y el positivismo

Cesare Lombroso con su visión antropológica criminal Junto a Enrico Ferri con sus aportes sociológicos y Raffaele Garófalo y su mirada jurídica, fueron los mayores expositores de la escuela positivista, la cual se caracteriza por un pensamiento filosófico. La eugénica surgió y se logró desenvolver en la etapa más infame de esta escuela bajo el lema de la verdad científica, se inventaron nuevas ciencias encargadas de demostrar que había razas superiores que contrastaban con las inferiores. El racismo se comenzaba a propagar por toda Europa, la eugenesia nace como consecuencia de este último en Inglaterra, pues la revolución industrial conllevó a la acumulación de capitales en un sector de la población, que llamaremos raza superior, por su parte los que no tenían nada eran considerado la raza inferior, al entrar en tensión con rebeliones y revueltas fue vista como peligrosa, debiendo involucionar y perecer, por ser inferiores biológicamente y psíquicamente. La lógica

era hacerlos desaparecer para que no se reproduzcan y hagan extinguir a los superiores. A principios del siglo XIX los ingleses Spencer y Galton , junto a continuadores como el francés Gobineau sostenían que era inconcebible que los inferiores tomaran el control de la sociedad , la consecuencia lógica no era otra que la eliminación de los delincuentes , alienados y todos aquellos considerados inferiores biológicamente , bajo este enfoque de limpieza de raza se propagó como medida preventiva la castración junto a la esterilización , como alternativa se propuso el aborto con fines eugenésicos ya que la morbosidad era considerada una herencia infecciosa por ser transmisible a la descendencia , y peligrosa para la sociedad (Zaffaroni E. Raúl; 2006). Con posteridad grandes representantes de la escuela positiva plantearon que las sociedades civilizadas no debían castigar al delincuente ya que este nacía con una enfermedad venérea¹⁵, pues era más civilizado la eliminación, apartándolo de la sociedad y evitando que se reprodujera así se lograría un efectivo perfeccionamiento de la raza. Posteriormente estas ideas fueron aplicadas en la Norteamérica post colonizada y en algunos Cantones de Suiza, donde tuvieron un desmesurado acatamiento¹⁶ (Jiménez de Asúa, Luis; 1918). A finales del siglo XIX, estas ideas racistas, desembarcaron junto al positivismo en Latino América, no pudiendo escapar de este fenómeno nuestro país, pero tardaron en desenvolverse puesto que coincidieron con los finales de la escuela clásica Argentina, por lo que el código de 1921 no correspondió a un positivismo ortodoxo.

La comisión de Códigos resaltó la importancia de la eugénica en el futuro de la criminología nacional, lo que denota que los miembros de dicha comisión estaban embebidos dentro de estas teorías, que se mostraban infalibles para su época, pese

¹⁵ La idea es tomada de Garofalo quien fue más allá al comparar estos métodos con la teoría Darwiniana de selección natural.

¹⁶ Las taras se convirtieron en un impedimento para contraer matrimonio en ciertos estados de norte américa, en España ocurrió algo parecido donde para contraer matrimonio se debía verificar la sanidad en los cónyuges.

a esto sostenían que medidas tan extremas como la castración eran inviables dentro de la sociedad Argentina.

Entre los miembros de dicha comisión se nos presenta el pensamiento Joaquín V. Gonzales, que quizá es el más destacado por sus reflexiones sobre la aceleración del crecimiento de la población y la inmigración en Argentina, plantea la selección de raza, a través de la decantación de los inmigrantes¹⁷ para combatir la mala vida, extirpando de forma heroica a estos individuos de la sociedad Argentina¹⁸, que para su razonamiento la sociedad tolera, sin dar el golpe final para la eliminación de lo que él llama la peste, pues los métodos de aislamiento y reglamentación han fracasado en toda Europa (Gonzales ;1.935).

Por último destacaremos la lucha de Iberlucea, senador perteneciente al partido socialista, quien además fue una especie de pionero en el parlamento Argentino, en base a la igualdad de género como continuador de las ideas de Alfredo Palacios. Luchó entre otras cosas por la represión del alcoholismo, la emancipación civil de la mujer, el divorcio y la mejora salarial de las mujeres (Solari; 1.972). Todo lo dicho anteriormente recalca por que, dicha comisión miró con buenos ojos la inserción de causales de no punibilidad del aborto.

IX. Aborto eugenésico y aborto sentimental

El código penal argentino en su artículo 86 reproduce de forma casi fiel el artículo 112 del proyecto suizo de 1916, apartándose solo lo relativo al incesto.

¹⁷ V. Gonzales proponía una especie de filtro a los inmigrantes, para que la sociedad argentina se mezclara con lo mejor de Europa. esto le valió varias críticas de la prensa internacional.

¹⁸ Estos sujetos son considerados por Gonzales como peligrosos, pudriendo desde adentro lo más sacramental de la sociedad, su moralidad.

El artículo 86 del código Argentino se puede dividir en tres partes. El inciso primero se refiere a un supuesto especial de estado de necesidad, es decir cuando haya un peligro inevitable para la vida de la madre, este supuesto resuelve de antemano la cuestión de elección de bienes tutelados en conflicto y no requiere que dicho mal sea inminente, por ello decimos que es un supuesto especial, la naturaleza de este artículo, interpretación y discusión es unánime.

En su segundo inciso el artículo 86 reza que cuando el embarazo de una mujer proviene de una violación o de un atentado contra el pudor de un mujer idiota o demente, el aborto no será punible, para ello debe ser practicado por un médico diplomado y se debe contar con el consentimiento de la mujer encinta más el de su representante legal en caso de ser demente o idiota. Este apartado desde su nacimiento fue pasible de discusiones interpretativas.

Dentro de la tesis restringida se encuentra el doctor José Peco, quien sostiene que el apartado primero no contempla cualquier clase de violación, sino exclusivamente el atentado contra la mujer idiota o demente, para sustentar su interpretación sostiene que el legislador argentino omitió una coma en la transcripción del Proyecto Suizo¹⁹ (Jiménez de Asúa, Luis; 1953). En segundo lugar analizando la exposición de motivos de la Comisión Reformadora sostiene que el legislador en este punto no tuvo en miras los motivos personales de la madre, sino razones filosóficas de selección eugenésica en favor de la sociedad, esta última no tiene interés en la destrucción de una vida proveniente de la lujuria de un delincuente. Siguiendo esta línea el profesor Augusto Morisot, sostiene que el anteproyecto Suizo realiza una distinción entre la violación común y la violación de una mujer idiota o demente, esta última recibe el nombre de ultraje al pudor, el legislador argentino no realizó un correcto análisis jurídico formal al transcribir la norma, pues no noto la redundancia en nuestro ordenamiento.

¹⁹ El proyecto Suizo reza por el embarazo que proviene de una violación, o un atentado al pudor. El código Argentino transcribe de forma casi fiel al suizo, solo omite la coma luego de la palabra violación.

Nerio Rojas sostiene una tesis intermedia de manera implícita, pues adhiere a los argumentos jurídicos de la tesis restringida pero sostiene que el aborto debe permitirse en cualquier caso de violación, ya que ni la mujer, familia o la sociedad tienen interés en ese niño.

Juan P. Ramos, Soler y Jiménez de Asúa adhieren a una tesis amplia, interpretan dicho artículo como comprensivo del aborto sentimental y del aborto eugenésico. Este último sostiene que el código argentino al haber transcrito de forma textual el proyecto Helvético (a excepción del caso de incesto), donde los mismos comentaristas suizos distinguen , el caso de incesto donde los motivos serán de orden étnico , en el caso de atentado contra a mujer idiota o demente será en interés de la raza y aquellos casos donde el embarazo se produce por una violación en sentido estricto , es indudable que el legislador argentino acepto esta distinción al transcribir el artículo (Jiménez de Asúa, Luis; 1953). En ese mismo sentido si el legislador argentino agrego luego de la violación, el atentado al pudor es para separar la violación en sentido restringido de la violación contra la mujer enajenada o incapaz. Por último es la misma comisión que en la exposición de motivos plantea el problema europeo de la violación de mujeres belgas por parte de soldados durante la primera guerra mundial, es evidente que esta hipótesis se trata de la impunidad del aborto con motivo sentimental, ya que dichos soldados no poseen ningún morbo hereditario transmisible sino que el embarazo es producto del desenfreno de una violación. Los proyectos de posteriores²⁰ enmendaron esta discusión interpretativa adhiriendo al sentido amplio en los términos del artículo 119 y 120 del código actual, pese a ello ninguno fue aprobado y actualmente se sostiene que la interpretación correcta es la estricta, pese a lo desacertado del criterio de la norma.

X. Palabras finales a modo de colofón

²⁰ Proyecto de 1937 redactado por E. Gomez y Jorge E. Coll , artículo 125.

Como hemos podido observar en el presente trabajo, los corsi e recorsi de la historia, en el tratamiento de la figura penal del aborto, encuentran su fundamento en el derecho continental y en el *commun law*. En nuestro país el tema en cuestión fue abordado por brillantes juristas que ineludiblemente fueron influenciados por el novísimo Proyecto de Código penal Helvético, plexo legal adelantado para su época, ideas que llegaron a nuestras costas y fueron tomadas como antecedentes para la confección del código penal de 1.921, el cual hizo realidad las causales de justificación de manera precedente al propio ordenamiento Federal Suizo, llegando en este sentido, a aventajar a su propia fuente. A lo manifestado le debo adunar las enseñanzas del inolvidable jurista Luis Jiménez de Asúa que de manera decidida alentó con su enjundia la confección del artículo 86 de nuestro cuerpo penal positivo; Faro señero para la legislación penal Latino Americana. Tal fue la textura jurídica del artículo 86 del código penal que tuvo vigencia por casi cien años, sufriendo los avatares del tiempo, que todo lo cambia y es recién que en la actualidad que con la conformación de la comisión para la reforma penal presidida por el doctor Borinsky que seguramente va a ser reformado el tema del aborto.

Así las cosas, el código significó un gran avance para la legislación argentina de época y con mucho atino no adhirió a un positivismo ortodoxo al momento de deliberar las causales en razón de eugénica, pese a la gran influencia de esta escuela, que recaía sobre los miembros de la Comisión de Códigos del Senado. De manera crítica podemos aseverar que el legislador Argentino no tuvo en cuenta la racionalidad jurídico-formal interna al introducir de manera casi textual el artículo 112 del anteproyecto Suizo, perdiendo sistematicidad dentro del plexo normativo Nacional. Por último es interesante destacar desde una óptica moderna el desarrollo de la eugénica-positivista pos-revolución industrial dentro de Europa y como fueron esgrimidas estas teorías para luego ser transformadas y aplicadas en grandes genocidios posteriores, que escapan al presente trabajo pero que invitan a quien relata y al mismo lector a ahondar en futuras investigaciones.

XI. Referencias

Anastasi, Leonidas (1931) Repertorio general de jurisprudencia Argentina, tomo I. Buenos Aires: (sn).

Barreneche, Osvaldo (2001) Dentro de la ley, TODO. La Plata: Ediciones Al margen.

Cabanellas, Guillermo (1945) El aborto su problema social, médico y jurídico Buenos Aires: Atalaya.

Camaño Rosa, Antonio (1958) El delito del aborto: conforme al derecho uruguayo. Montevideo: Bibliográfica Uruguaya.

Comisión popular de homenaje a Joaquín V. González (1964) Joaquín V. González homenaje en su centenario (sn)

Congreso Nacional (1917) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Buenos Aires: Congreso Nacional (ed).

Congreso Nacional (1921) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Buenos Aires: Congreso Nacional (ed).

Del Valle Iberlucia, E. (1920) El proyecto del código penal en el senado de la Nación, revista de criminología psiquiatría y medicina legal. VII 29-101.

González, Joaquín V. (1935) Obras Completas, tomo XI. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata.

Jiménez de Asúa, Luis (1916) La unificación del derecho penal en Suiza. Madrid: Reus.

Jiménez de Asúa, Luis (1918) La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas. Madrid: V. Suárez.

Jiménez de Asúa, Luis (1943) Cuestiones penales de eugenesia, filosofía y política. Cochabamba: Universidad de Caracas.

Jiménez de Asúa, Luis (1953) Tratado de derecho penal, tomo I. Buenos Aires: Losada.

Jiménez de Asúa, Luis (2016) El aborto y su impunidad, revista de derecho penal y criminología. Buenos Aires: La ley.

Jiménez de Asúa, Luis y Laplaza (sn), Francisco P. Comentarios al código penal argentino. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

Mañoon García, Ernesto (1982) Aborto e infanticidio. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Moreno, Rodolfo h. (1903) La ley penal argentina. Estudio crítico por Rodolfo Moreno (h). Buenos Aires: Sesé y Larrañaga.

Moreno, Rodolfo h. (1923) El código penal y sus antecedentes. Bs As: Tommesí.

Rojas, Nerio (1987) Medicina legal. Buenos Aires: Razón y Fé.

Solari, Juan (1972) Enrique del Valle Iberlucea, primer senador socialista de América. Buenos Aires: Bases.

Soler, Sebastián (1973) Derecho penal argentino .T1. Argentina. Buenos Aires: Tipográfica editora argentina.

Tejedor, Carlos (1866) Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Buenos Aires: Imprenta el del comercio del plata, Calle victoria N.

Zaffaroni, E. Raúl (2006) Manual de derecho penal; parte general. Argentina. Buenos Aires: Ediar.