

EXTENSION DEL CONCEPTO PENAL DE ABORTO

ANGEL MARZOA

Se ha de entender por Aborto, en sede penal, y a los efectos de interpretación y aplicación del c. 1329, la muerte provocada del feto, de cualquier modo que ésta se produzca desde el momento de la concepción.

Es lo que se desprende de la respuesta que la Pontificia Comisión para la Interpretación auténtica del CIC ha dado el 19 de Enero de 1988 al *dubium* propuesto¹.

I. LA VIEJA CUESTION DE LA NOCION «ABORTO»

1. *Observación previa necesaria*

Es preciso, cuanto antes, precisar el ámbito en que se produce este *Responsum* de la Pontificia Comisión, y consiguientemente el ámbito en que nos moveremos en este comentario. El punto de referencia es el c. 1398: el ámbito, por tanto, es el jurídico penal; y lo que se cuestiona y responde es la delimitación del *delito* de ABORTO. Es decir: cuando el Derecho Penal habla de «aborto», qué entiende por tal.

Es cierto que todo supuesto delictivo en el ámbito canónico implica un ilícito moral, y el caso que nos ocupa no es una excepción. Pero el tránsito de la calificación moral a la jurídico-penal no es automático: ni todo pecado es delito, ni todo pecado que además sea delito opera en los mismos límites. El tránsito lo realiza la ley penal al tipificar como *delito* un determinado comportamiento. La ley penal *tipifica* un determinado supuesto de hecho «describiendo» los elementos que han de darse en esa

1. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici authentice interpretando, *Responsum* 19 Ian, 1988, AAS 80 (1988), p. 1818.

acción para que pueda considerarse delito², teniendo en cuenta que, en virtud del c. 18, no cabe más que una interpretación *estricta* de los mismos.

Es obvio, por tanto, que al ser la instancia en que nos movemos la jurídico-penal, todo lo que aquí digamos no trata de replantear la cuestión de la licitud o ilicitud moral del aborto³, sino de deducir de la legislación vigente cuáles son los elementos constitutivos del *delito* de Aborto; o, dicho más llanamente, cuándo se puede decir que el Aborto es delito.

2. La noción penal de Aborto

Una rápida lectura de los cc. 1364-1398 nos lleva a la conclusión de que el legislador se sirve de diversas técnicas a la hora de *tipificar* un delito. En unos casos, acude a una descripción del hecho en todos sus términos⁴; en otros, en cambio, recurre a un concepto ya acuñado en la doctrina⁵, ahorrándose así una pormenorizada descripción del supuesto; entonces, para la interpretación del canon en cuestión, habrá que acudir, bien a otros lugares del mismo Código que definan el concepto⁶, bien a la doctrina de los autores, a través de la cual, a lo largo de los siglos, se ha ido decantando su significado⁷. Este último es el caso del c. 1398: «quien procura *el aborto*», se dice. Es, pues, necesario acudir a instancias extracodiciales para determinar qué se entiende por *Aborto* en el c. 1398, para consiguientemente, poder determinar cuándo se da *el delito de Aborto*.

Y aquí es donde surge el problema, ya que el concepto de Aborto tal como actualmente se utiliza no coincide con la doctrina tradicional. Tradicionalmente se distinguía el Aborto del infanticidio y del feticidio. Y así,

2. Es lo que hacen, en la legislación vigente, los cc. 1364-1398.

3. Cuestión en la que la Tradición de la Iglesia siempre se ha pronunciado inequívocamente en sentido condenatorio. Cfr. SCDF, *Declaratio de abortu procurato*, 18 de Noviembre de 1974, nn. 6 ss. (En «Communications» VI [1974], pp. 136 ss.), donde se aduce en texto y notas relación amplia de pronunciamientos magisteriales en este sentido, desde los primeros documentos escritos hasta la fecha de esta *Declaratio*).

4. Es el caso, entre otros aducibles, de los cc. 1366, 1367, 1369.

5. Por ej.: herejía, apostasía, cisma (c. 1364); «communicatio in sacris» (c. 1365); perjurio (1368), etc...

6. Es el caso, p.ej., del c. 751, que define los conceptos de herejía, apostasía y cisma; del c. 844, del que se desprende el sentido de los términos «communicatio in sacris», etc...

7. Fue, justamente, uno de los principios inspiradores de la reforma del Derecho Penal el evitar en lo posible las definiciones, dejando su elaboración a la doctrina (cfr. *Praenotanda del Schema documenti quo disciplina sanctionum seu poenarum in Ecclesia latina denue ordinatur*, Typis Polyglottis Vaticanis 1973).

mientras por feticidio se entendía la muerte del feto provocada dentro del seno materno, el Aborto se refería sólo a los supuestos en los que lo que se procuraba era la expulsión del feto vivo, pero no viable, produciéndose la muerte posteriormente a su expulsión, por causa precisamente de su no viabilidad. El feto, pues, en el caso del Aborto, es extraído vivo, y su muerte acaece posteriormente, como consecuencia de esa extracción, debido a su inmadurez o no viabilidad⁸. Esta distinción no ofrece ninguna dificultad para la calificación moral de una conducta de este tipo: su gravedad es incuestionable, sea cual fuere el nombre con que se la designe. Sin embargo, en el ámbito jurídico-penal sí tiene gran importancia: desde el momento en que se admita la distinción entre aborto y otras formas de atentar contra la vida del no-nacido (craneotomía o feticidio en sus múltiples formas), nos encontramos con que sólo el Aborto está tipificado como delito específico, con su propia pena (c. 1398), mientras que las demás formas habrán de ser subsumidas en el delito más genérico de *homicidio* (c. 1397), al que sólo se conmina con una pena expiatoria *ferendae sententiae*.

De este modo, formas de realización del Aborto (en sentido genérico) actuales consistentes en la destrucción del feto *dentro* del seno materno, para ser después expulsado o extraído según los casos, no serían subsumibles en el *delito* de Aborto, y no le afectaría por tanto, la gravísima pena de Excomunión con que la Iglesia ha querido proteger el derecho a la vida del no nacido⁹.

8. Así definía, p. ej., MIGUELEZ el Aborto en el comentario al c. 2350 CIC 17: «expulsión del claustro materno del feto que está vivo y no puede seguir viviendo fuera de él» (*Código de Derecho Canónico*, Ed. comentada, BAC, Madrid 1969, p. 869).

9. Hay que decir que no todos los autores asumían pacíficamente esta doctrina de la distinción e interpretación estricta del concepto de Aborto en el ámbito penal. Es el caso, p.ej., de WERNZ-VIDAL, quienes ponen de relieve las incongruencias que se derivan de aquella aplicación estricta (cfr. *Ius Canonicum*, VII: *Ius poenale ecclesiasticum*, Romae 1937, p. 517. Cfr. también WERNZ, *Ius decretalium* VI, Prati 1913, pp. 367-368, donde ya F.X. Wernz incluía la «occissio in utero matris» en el delito de Aborto). MIGUELEZ, por su parte, hace notar que se discute si se trata de aborto u homicidio cuando la acción tiende directamente a matar el feto como medio para extraerlo o expulsarlo después de muerto. El autor del comentario al c. 2350 del CIC 17 se inclina por lo primero (*Código de Derecho Canónico*, Ed. comentada, BAC, Madrid 1969, p. 869).

Otro autor que pone en tela de juicio la aplicación estricta del concepto de «Aborto» -con similares argumentos a los empleados por WERNZ-VIDAL- es CONTE A CORONATA: según este autor, en efecto, «auctores fere omnes tam antiqui quam moderniores docent craniotomiam et embryotomiam non venire nomine abortus et has operationes facientes aut procurantes non subiacere poenis hoc canone statutis». Sin embargo considera que esta

II. INCERTIDUMBRE EN LA DOCTRINA

Como ya hemos puesto de relieve, el CIC 83¹⁰ continúa empleando la expresión «qui abortum procurat», tal como aparecía en el c. 2350 del CIC 17, y en la Const. «Apostolicae Sedis» de 1869¹¹; y el c. 18 impone también una interpretación estricta de la leyes que establecen alguna pena. Como consecuencia, los comentarios a la nueva legislación reflejan de nuevo la incertidumbre en la interpretación del concepto.

Así, encontramos autores que inciden en la interpretación restrictiva -a mi modo de ver, más fiel a la mente de un penalista¹², mientras que para otros el Aborto ha de entenderse en sentido genérico¹³. No faltan autores que plantean la cuestión en todos sus términos, como el caso de De Paolis, aunque sin poder dar una respuesta tajante al verse obligado

doctrina, nacida de una oscura noción de Aborto, debe ser revisada (*Institutiones Iuris Canonici*. IV, *De Delictis et Poenis*, Taurini-Romae 1955, pp. 492-493. Cfr. nota 3 de p. 492, donde aduce amplia relación de autores que se pronuncian a favor de la interpretación estricta).

10. La historia de la formación del c. 1398 tampoco nos da luces: pese a que algunos «petierunt ut detur definitio aborti», curiosamente los consultores «non vident rationem huius definitionis, cum doctrina catholica sit clara hac in re» («Communicationes» IX [1977], p. 317). No es fácil de entender esta respuesta de los consultores, si no es debido a una interferencia de los conceptos moral y jurídico-penal del Aborto. Bastan los textos y referencias aducidos en nota 9 para comprobar que no estaba nada clara la noción jurídica. Es evidente, y uniformemente reiterada, la condena moral de la doctrina católica a todo atentado contra la vida humana desde su concepción (hasta tal punto que encontramos textos antiquísimos con una amplísima concepción de ese atentado: vid., p.ej., X, V,XII,5, donde cualquier acción no natural contraceptiva es equiparada al homicidio: «si aliquis (...) homini aut mulieri aliquid fecerit, vel ad potandum dederit, ut non possit generare, aut concipere, vel nasci soboles, ut homicida teneatur»): sin embargo, como creo que se ha puesto ya suficientemente de relieve, es distinto el concepto y calificación moral del tipo *delictivo*.

11. PIO IX, Const. *Apostolicae Saedis*, 12 de octubre de 1869, § III, n.2 (en GASPARRI, *Fontes* III, p. 28).

12. AZNAR, p. ej., comenta que «el Aborto aquí [c. 1328] contemplado es (...) la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable, cuando no puede subsistir fuera del seno materno ...» (*Código de Derecho Canónico*. Edición comentada, BAC., Madrid 1984; comentario al c. 1398, p. 682); GREEN lo define como «the deliberate and successful effort to eject a non-viable fetus from the mother's womb» (*The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, London 1985, comentario al c. 1398, p. 930). Para NIGRO en términos un tanto ambiguos, «L'aborto è l'espulsione del feto immaturo dal seno materno», pero expulsión de «un feto humano vivo ma non vitale», de tal manera que «se fosse già morto prima di ogni intervento non si può parlare di delitto» (*Commento al Codice di Diritto Canonico*, Roma 1985, comentario al c. 1398, p. 822).

13. Así ARIAS comenta que el delito de Aborto «se comete siempre que se realiza una acción dirigida directamente a matar un feto vivo -desde el momento de su concepción-, bien en el vientre de la madre, o bien fuera de él» (*Código de Derecho Canónico*, Ed. Anotada, Pamplona 1984, p. 835).

por una parte a la interpretación restrictiva (*ex. c.* 18), y sintiendo por otra toda la fuerza con que una interpretación amplia se impone, obviando distinciones (aborto-feticidio) que los medios modernos para procurar el aborto, incluyendo los diversos modos de feticidio, hacen absurdos¹⁴.

Evidentemente, el *dubium* propuesto a la P.C. para la Interpretación Auténtica del Código era necesario: aquella aclaración que pareció a los Consultores de la reforma del Derecho penal innecesaria¹⁵, no era tal, a la vista de los problemas planteados para su interpretación. La respuesta que ahora comentamos viene a confirmar aquellos razonables reparos de Wernz-Vidal, Miguélez, Conte a Coronata, etc.¹⁶ a la interpretación estricta, manifestados también comentando el Nuevo Código por De Paolis¹⁷, y a dar carta de naturaleza al comentario de Arias¹⁸.

III. LA INTERPRETACION AUTÉNTICA RESUELVE EL DEBATE DOCTRINAL, AMPLIANDO EL CONCEPTO PENAL DE ABORTO

Creo que las páginas anteriores, al poner de relieve el problema que el *dubium* planteaba, iluminan también la importancia y el tenor de la res-

14. *De sanctionibus in Ecclesia*, Roma 1986, p. 119. En publicación del año 89 -posterior, por tanto, a la respuesta de la P.C. para la Interpretación del CIC-, se pronuncia ya decididamente: «la figura del Aborto se produce cuando con voluntad deliberada se extrae del seno materno el feto vivo pero no viable, o cuando se procura la muerte de propio feto dentro del seno materno» (voz *Aborto* en «Diccionario de Derecho Canónico», Madrid 1989, p. 28).

15. Cfr. nota 10.

16. Cfr. nota 9.

17. Cfr. nota 14.

18. Cfr. nota 13. Aunque creemos que antes de la Respuesta esta extensión es difícilmente sostenible desde la obligada interpretación estricta de la norma penal.

La doctrina penalista civil ya había llamado hace tiempo la atención sobre este particular. Así, p.ej., CUELLO CALON, después de definir que el delito de Aborto consiste en «la expulsión prematura y violentamente provocada del feto o *en su destrucción en el vientre materno*» (definición tomada de la Ley 24.I.1941. El subrayado es nuestro), añadía este comentario: «el concepto popular de Aborto es más restringido, pues lo limita a la expulsión prematura del feto (...); mas semejante noción del aborto no debe ser acogida por la legislación penal, pues no comprende la muerte del feto en el vientre de la madre y actualmente una gran cantidad de feticidios, merced al *modus operandi* de los abortadores profesionales, no se verifica mediante la prematura expulsión del feto, sino destruyéndolos en el seno materno» (*Derecho Penal*, II, Barcelona 1955, p. 492). En parecidos términos define el delito de Aborto RODRIGUEZ DEVESA: «Muerte del feto mediante su *destrucción mientras depende del claustro materno* o por su expulsión prematuramente provocada» (*Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid 1988, p. 80. El subrayado es nuestro).

puesta: en lo sucesivo se ha de entender por Aborto, en orden a la calificación como tal del delito tipificado en el c. 1398, no sólo la expulsión provocada del feto inviable ..., sino también cualquier acción contra ese ser humano que pretenda su muerte, desde el momento mismo de su concepción, una vez que esa muerte se ha producido, siendo irrelevante para la calificación del delito el que esa muerte se produzca dentro o fuera del seno materno.

En definitiva, el *delito de aborto* se definirá como: *fetus occisione quocumque modo et quocumque tempore a momento conceptionis procurata*, incluyendo obviamente la *eiectio fetus inmaturo*, pero sin reducirse a ella¹⁹.

Resta todavía por resolver una cuestión que con perspicacia de penalista plantea De Paolis en comentario a esta misma Respuesta²⁰: ¿cuál es el límite de distinción entre homicidio y aborto? No se trata de «recomplicar» la cuestión, sino de decidir cuándo ha de ser aplicado el c. 1398 (Aborto: *excomunion latae sententiae*), o cuando el c. 1397 (Homicidio: *pena vindicativa ferentae sententiae*): de ningún modo puede considerarse un problema irrelevante.

De Paolis pone el criterio de distinción, no en el nacimiento, sino en la madurez o viabilidad del feto²¹. Desde luego, las razones que aduce tienen un peso indiscutible: el «*eiusdem*» del texto remite al «fetus inmaturo», y por tanto literalmente no puede irse más lejos²². Se responde, pues, que ha de considerarse delito de aborto la expulsión de un feto inmaduro así como el causar *su* muerte (del feto inmaduro) de cualquier modo que se produzca desde el momento de su concepción.

Como veremos, sin embargo, en el epígrafe siguiente, interpretado así el tenor de la respuesta, nos encontraremos con nuevos problemas de aplicación difícilmente obviales.

19. Cfr. *Responsum* ..., cit. en nota 1.

20. En «*Periodica*» 78 (1989), pp. 285-286.

21. «*Delictum homicidii habetur tantum cum agitur de homine nato, vel etiam cum agitur de fetu maturo, id est cum occiditur fetus in sinu materno cum per se iam sit maturus et ergo vitalis extra sinum maternum*» (*ibidem*, p. 285).

22. «1) *Dubium propositum respiciebat disputationem circa delictum abortus, quae habebatur et quae ponebatur simpliciter inter ejectionem fetus vivi, sed non vitalis ex una parte et suppressionem fetus in sinu materno ex altera parte. Fetus tamen in duabus opinionibus intellegebatur semper fetus inmaturos. 2) Responsum Pontificiae Commissionis agit de «ejectione fetus inmaturo» et «de eiusdem fetus occisione»: agitur semper de eadem fetu, id est immaturo. Oppositio ponitur tantum inter «ejectionem» et «occisionem» (*ibidem*).*

IV. CONSIDERACIONES EstrictAMENTE JURIDICO-PENALES. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA VERIFICACION DE LA COMISION DEL DELITO

Según la definición del delito canónico de ABORTO que hemos deducido de la *respuesta*, se nos presentan dos problemas de interpretación delicados: vienen dados por las dos fronteras que determinan la existencia del delito. Una es comprobar *desde qué momento* hay delito («quocumque tempore») y otra *hasta qué momento* (viabilidad o madurez del feto) alcanza el mismo²³.

Dos problemas que remitiríamos al juez en el caso de que el c. 1398 estableciese una pena *ferentae sententiae*; pero no podemos olvidarnos de que estamos ante una pena automática, y por consiguiente es necesaria una máxima objetivación de los límites-frontera del delito que determinan la incursión o no incursión en la pena de Excomunión.

a) El «quocumque tempore a momento conceptionis», a la vez que protege máximamente la vida del ser humano concebido, reforzando desde la instancia penal el inequívoco pronunciamiento doctrinal del Magisterio de la Iglesia, plantea el problema de la verificación de la consumación efectiva del delito, por parte de quien presuntamente pueda cometerlo, cuando rozamos los límites entre medios de eficacia contraceptiva y/o abortiva. Sólo una minuciosa tarea de laboratorio podrá determinar esa diferencia, y no se ve -repetimos: desde el punto de vista estrictamente jurídico-penal- cómo pueda imponerse ese gravamen autoinculpador a una persona.

En conexión con esta cuestión, y también en la frontera de la aparición de una nueva vida, está la cuestión de considerar o no *delito de aborto* la muerte causada a un ser humano fecundado *in vitro*. ¿Alcanza a este modo de fecundación -inequívocamente reprochable desde la instancia moral²⁴- el concepto de «concepción» utilizado para definir el Aborto? Probablemente sí, pero lo probable no es suficiente para imputar un delito. La *respuesta* de la PC no sólo no resuelve la posible duda en el sentido deseable, sino que literalmente alienta la interpretación contraria. En efecto, como hemos visto, la expresión «quocumque modo et quocumque

23. El delito frontera en el Derecho penal canónico es el Homicidio, y éste era definido ya por WERNZ-VIDAL COMO «violenta (non naturalis) occissio, ademptio vitae, examinatio hominis vivi (etiam foetus animati) ab homine facta» (*Ius poenale ... cit.*, p. 510). Definición que confirma la interpretación de DE PAOLIS con el inciso «etiam foetus animati», es decir, maduro, viable ...

24. Cfr. S.C. Doctrina Fidei, Instruc. *Donum Vitae* 2.II.1987.

tempore» extiende el concepto penal del delito de Aborto a cualquier supuesto de destrucción del feto, antes o después de su expulsión del seno materno; pero es justamente esa referencia al seno materno lo que creemos que excluye los supuestos de muerte provocada del feto fecundado *in vitro*, pues la expresión mencionada se refiere a la concepción («a momento conceptionis»); y que por «concepción» se entiende *en-el-seno-materno* se desprende del *eiusdem* utilizado en el texto de la consulta, que remite gramaticalmente a la primera parte de la misma, donde se habla de la *expulsión* («de eiectione foetus»: lógicamente, del-seno-materno). Entendemos, por consiguiente, que hay razonables motivos al menos para la duda, y ésta, en virtud del c. 14, hace ineficaz la ley penal del c. 1398 para el supuesto de referencia²⁵.

b) Por otra parte, el límite último también plantea serios problemas (repetámoslo una vez más: estamos ante una pena automática): ¿dónde situar el límite *exacto* entre la madurez e inmadurez del feto? ¿Cuándo, por consiguiente, en esa frontera, será de aplicación el c. 1398, o cuando habrá que aplicar el 1397²⁶.

V. CONCLUSION

La Respuesta de la P.C. para la interpretación auténtica del CIC de 18.I.1988, esclarece un viejo problema de interpretación, en la línea de la defensa de la vida desde su concepción, impidiendo la posible «burla» que desde el necesario rigor de la interpretación jurídico-penal estricta

25. En la doctrina penal secular se excluye del tipo delictivo de aborto los supuestos que puedan derivarse de la manipulación de un feto no vinculado a mujer (cfr., p.ej., RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte especial*, Madrid 1988, p. 80), lo que supone la vinculación de «concepción» y «seno materno» como elementos necesarios para hablar de *delito* de aborto, no bastando simplemente el de «fecundación».

26. Como es sabido, el delito de homicidio en el Derecho canónico, tiene una consideración menor en el orden de la gravedad de las penas (al menos en lo que se refiere al modo de imposición), en atención al criterio -recogido en el c. 1344 como criterio de comportamiento para el juez- de no sancionar, o hacerlo menos intensamente, aquellos delitos que se prevé serán castigados suficientemente por la autoridad civil. Lo que a su vez puede plantear la paradoja de que no castigándolo por esta razón el Derecho penal canónico, quede impune también en el fuero secular: si, como afirma Muñoz Conde, «la separación total del claustro materno es el límite que distingue el aborto de los delitos contra la vida independiente» (*Derecho Penal. Parte especial*, Sevilla 1983, p. 67), y el delito de infanticidio (art. 410 del Código Penal Español) se refiere al niño recién nacido, puede suceder que la muerte causada al niño no nacido pero ya viable, afectada por una causa despenalizadora del Aborto, quede totalmente impune.

podría sufrir el firmísimo y constante pronunciamiento doctrinal de la Iglesia.

Pero, una vez más, nuevas luces proyectan nuevas sombras. No -repetámoslo incansablemente- sobre la calificación moral de cualquier tipo de atentado a la vida humana, sino exclusivamente desde el punto de vista de la delimitación objetiva de un tipo delictivo que lleva aneja una sanción penal automática.

Quizá el primer problema planteado no tenga fácil solución técnica en lo que se refiere a la prueba de la consumación.

En lo que concierne a los supuestos de muerte provocada derivables de la fecundación *in vitro*, creemos que la solución podría ser, bien la *expresa* equiparación a efectos de tipificación penal de los conceptos «concepción» y «fecundación» humana (distinción, como es obvio, demasiado reciente como para que la doctrina haya podido plantearla), o bien la tipificación de un supuesto delictivo distinto, con idéntica pena (lo que conllevaría el inconveniente de «sugerir» una inadecuada e inoportuna diferenciación en la apreciación de ambos supuestos, en perjuicio de la inequívoca condena de la Iglesia hacia todos los posibles atentados a la vida humana desde su mismo origen).

Respecto al segundo, entendemos que la mejor solución técnica en el ámbito de la tipificación penal sería una extensión expresa del concepto de Aborto hasta el límite del *nacimiento*, haciendo desaparecer la eficacia de la distinción entre viabilidad y no viabilidad, cuya frontera por otra parte variará enormemente según cuáles sean los medios con que en cada momento se cuente.

En cualquier caso, nos parece haber puesto suficientemente de relieve que estos extremos no son deducibles del tenor literal del c. 1398, ni de la *Respuesta* comentada, si no es forzando una interpretación extensiva a todas luces reprobable en el ámbito penal. Sólo desde la potestad legislativa, o desde el ahora denominado Pontificio Consejo de la Interpretación de los textos legislativos, se podrá dar -y es deseable, sin duda- una solución definitivamente favorable a la protección también penal de la vida humana desde su mismo origen hasta el momento en que el supuesto sea ya inequívocamente subsumible en el delito de homicidio.