

El problema jurídico del aborto y su solución en el Código penal suizo^(*)

JEAN GRAVEN

Profesor de la Facultad de Derecho y Juez de la
«Corte de Casación», de Ginebra (Suiza)

La dificultad, pero también el interés de situar, definir y resolver el problema jurídico del aborto, estriba en que no es un problema puramente jurídico. Ciertamente corresponde al Derecho, y debe ser reglamentado por el mismo, a causa de sus importantes consecuencias jurídicas. Pero no debemos ver únicamente esta causa motivadora, sino, al propio tiempo, principios éticos y morales, vínculos personales y familiares profundos, a los cuales está ligado frecuentemente, coexistiendo, además, con condiciones económicas y sociales, que pueden actuar poderosamente y hacer desaparecer el fruto de la concepción. He aquí que la solución varía grandemente con el tiempo, las costumbres, la evolución de las ideas filosóficas y las condiciones de vida, en orden a la función preponderante y de extraordinaria importancia, dada a uno de sus elementos y de sus aspectos más particulares, y, por consiguiente, también constituirá, en definitiva, para cada uno de ellos una cuestión sentimental y personal, ante todo cuando en sí mismo se busca el modo de zanjar el problema, en razón de las causas que le producen, y pesando los argumentos con buena fe.

I

Si consideramos la evolución histórica de las costumbres y del Derecho para llegar a nuestra legislación actual, el mejor medio de comprenderla consiste en distribuir la materia en tres grandes concepciones principales que expliquen los diversos tipos de reglamentación que podemos encontrar:

1.º Las legislaciones antiguas, sobre todo en el mundo pagano, consideraban a los niños nacidos y por nacer como propiedad y bien patrimonial de sus padres o de la familia, que eran, pues, libres de disponer de ellos a su antojo. La interrupción de la preñez no revestía los caracteres de un delito punible; lejos de ello, era un asunto privado, o más bien, de reglamentación y sanción

(*) Traducción del francés por DIEGO MOSQUETE.

doméstica. El interés del grupo familiar, más tarde el de la ciudad o del Estado, llegaron a intervenir, según las circunstancias, para limitar o, por el contrario, para autorizar el aborto. Las ciudades e islas griegas recurrieron a este procedimiento por razones económicas y sociales, con el fin de equilibrar el movimiento de la población. Mas casi siempre, por interés de todos, permitiéndose suprimir o evitar el nacimiento de los niños por motivos de eugenesia o por causas de pobreza o venderlos como esclavos. A pesar de ser los romanos modelo de juristas y maestros de los legisladores antiguos, el derecho primitivo remitía la sanción del aborto a la autoridad del «pater familias», jefe del tribunal doméstico y de los censores; si los padres o los parientes habían consentido, el hecho quedaba impune. El aborto no estaba considerado, en efecto, como un atentado contra el embrión en sí mismo, sino contra la familia. Para los jurisconsultos romanos el feto concebido no era más que una parte del cuerpo o de las vísceras de la madre; no tenía título para gozar de una protección especial. Aquella fue concedida tardíamente, bajo Séptimo Severo, cuando el interés del Estado planteó al legislador la necesidad de intervenir a fin de luchar contra la despoblación o la destrucción de las familias. Los intereses tomados en consideraciones con el sistema jurídico son, desde entonces, constitutivos del orden puramente social, económico y político. Toda la reglamentación está inspirada por principios morales imperantes parecidos a los nuestros y también por el principio utilitario.

2.º Mas con perfecta claridad, el cristianismo y el Derecho canónico vinieron a transformar la noción básica e introdujeron en el régimen jurídico una gran corriente nueva. Por ella, la vida humana, que Dios solamente puede quitar, es intangible; la vida es sagrada por sí misma en su germen, tiene derecho a desarrollarse y desenvolverse normalmente. El embrión humano, ser futuro, desde el momento que habita en el claustro materno se siente animado, dotado de alma, que constituye su principio divino; tiene derecho a la vida y su destrucción y su expulsión es un crimen homicida. El *feticidio* es una forma del homicidio y constituye, como el infanticidio, el crimen máximo, después de la muerte de Abel, una de las mayores infracciones ante Dios y ante los hombres. Semejante concepción cristiana y religiosa, la del aborto punible, considerada como un delito contra la vida, domina en todo el Derecho medieval; y en el antiguo régimen, donde las ideas de la Iglesia irradiaron a través del mundo y no han dejado de influir en la civilización sobre la que vivimos y ha sido consagrado durante siglos por los grandes sistemas jurídicos europeos. Encuéntrase también en la célebre Constitución criminal de Carlos V, promulgada para el «Santo Imperio romano-germánico», de 1532, y en el Edicto Real francés de Enrique II, las leyes y los códigos penales clásicos todavía en vigor y, particularmente, todos los derechos sancionadores de los Cantones federales suizos hasta 1942,

están fundados sobre esta secular y estricta tradición cristiana, tan profundamente respetuosa con la vida, que protege, además, mediante el rigor intimidador de sus sanciones, el principio precioso de la vida del niño y la integridad corporal y la salud de la madre.

3.º La Revolución, buscando la *laicización del Derecho*, hace que la Ley no sea la servidora de la teología, y tiende a exaltar el individuo y la libertad individual en rebelión contra los casilleros estáticos y religiosos antiguos; nuestro mundo tiende a descristianizarse; sobreviene el exagerado interés material, el ansia de comodidades, las consideraciones económicas son fuente primaria de preocupación; también tendencias nuevas acaban por imponerse en el Derecho, y como éste, en efecto, es un reflujó de la vida y las costumbres, las consagra casi siempre y termina por regularlas. El *materialismo* y el *malthusianismo* hallan fácilmente argumentos en favor de la limitación voluntaria de los nacimientos y de la impunidad—vista la defensa de la legitimidad—del aborto. Vuelve a tomar carta de naturaleza la idea de que el feto no es más que una parte o un producto del cuerpo de la madre, que debe ser libre de disponer de su cuerpo como quiera. Llega hasta considerarse que no se podrá castigar la expulsión voluntaria del feto, cual si se tratase de la extirpación de un quiste, y aún llegó a afirmarse que la mujer era dueña de la concepción, como lo era «de sus cabellos y de sus uñas». Por otra parte, se hizo valer, desde el punto de vista de la culpabilidad, que el instinto maternal no se había todavía despertado en la madre que abortaba y no existía el sentimiento de cometer verdaderamente un atentado contra la vida, como de contrario ocurre en el caso del infanticidio. Otro punto de vista relacionado con los móviles y las circunstancias sostiene el temor al escándalo, al deshonor o las discusiones familiares, la perspectiva de dificultades de todas clases, morales y económicas, para la madre del niño, y más aún, razones decisivas de salud o de higiene demográfica que deben ser tenidas en cuenta por el legislador y constituir una excusa legal o un mismo hecho justificativo admisible. Tal ha sido la posición que ha prevalecido, sin reservas, en la Rusia soviética, donde el aborto es no solamente excusable, sino reconocido como un acto lícito y regulado por la Ley, hasta el momento en que razones de política social le han hecho abandonar esta posición.

4.º Dos grandes tendencias opuestas, la corriente espiritualista y cristiana estricta y la corriente materialista y socialista liberal se enfrentan en el momento en que fueron elaboradas las disposiciones del Código penal suizo, en vigor y antes en el transcurso de los años de 1894 a 1937. Es fácil imaginarse las controversias suscitadas, las luchas sostenidas, el ardor de *cruzada* que dieron lugar al articulado sobre el aborto y comprender que habían de ser objeto de un *compromiso*. Fué la materia más discutida, como sucedió con la de la abolición de la pena de muerte,

precisando un interminable *forcejeo* entre las dos Cámaras federales, antes de conseguirse un acuerdo, sin llegar completamente a satisfacer ni a los unos ni a los otros.

El Profesor Stooß, autor del anteproyecto del Código penal suizo, y la mayor parte de los miembros de las Comisiones de técnicos, eran naturalmente partidarios de la concepción tradicional y cristiana, que era la de todos los Cantones, y la que impulsaba personalmente su opinión a seguir. Consideraban el aborto como un crimen grave—contra la vida en germen, la persona humana y la salud de la mujer, contra la familia y la sociedad—y querían una legislación que contrarrestase seriamente la infracción, mediante la amenaza y la aplicación de una penalidad severa. Pero no se apartaba del acto humano, teniendo también en cuenta, el drama psicológico, económico y social que puede revestir el aborto, cuando aparece como un caso de *necesidad* en su aspecto jurídico. Estaban dispuestos a conceder a la madre, en situación angustiosa, amplias circunstancias atenuantes, pero, al propio tiempo, pretendían ser rigurosos con los terceros complicados, y especialmente, con los profesionales del aborto, que explotaban esta situación angustiosa para obtener emolumentos con los remedios aplicables. En la excelente Exposición de motivos del anteproyecto de 1908, redactado por el Profesor Zurcher, de Zurich, y traducido por el Profesor Gautier, de Ginebra, miembros eminentes de la Comisión de técnicos, acusó bien pronto esta posición fundamental. La Comisión, sin embargo, poco a poco tuvo que batirse en retirada, a fin de impedir el asalto incesante de aquellos que, queriendo la represión del aborto, en principio, reconocían la *derogación* de las sanciones en ciertos casos o interrumpir la preñez cuando pareciese *justificada*, y reclamaban que fuera *autorizada* por la Ley. El anteproyecto de 1916, terminó por reconocer la susodicha posibilidad en tres casos: el de la indicación o dictamen médico, cuando «la intervención constituía el único medio terapéutico de descartar el peligro para la vida o la salud de la madre»; el de la indicación *jurídica* o *ética*, cuando el embarazo «era el resultado de una violación o de un incesto»; y, por último el de la indicación eugenésica, cuando el embarazo «es el resultado de un atentado cometido sin violencia contra una mujer idiota, alineada, inconsciente o incapaz de resistir» (art. 112).

El proyecto definitivo del Consejo General, presentado a las Cámaras federales, de 23 de julio de 1918, consagró el sistema general de la punición, distinguiendo el aborto cometido por persona en estado de embarazo, bien por sí misma, o con la ayuda de un tercero, del «aborto cometido por un tercero» con o sin consentimiento de la mujer encinta (arts. 105 y 106), a fin de penarlos de un modo diferente y en diversos grados. Pero no pudo prosperar por inadmisibles esta extensa derogación del principio punible; el aborto practicado por un médico diplomado, no debía estar autorizado «más que en el caso de ser operada, con miras a

evitar un peligro, imposible de detener de otro modo, amenazador de la vida de la madre, o cuando quebrantase su salud, de un modo atentatorio, grave y permanente» (art. 105).

Las exposiciones, de los *raporters* ante las Cámaras federales, analizaron perfectamente, punto por punto, los diversos aspectos del inmenso alcance del problema, al tiempo que sus dificultades. El ponente, en lengua alemana, ante el Consejo nacional, Seiler, decía particularmente: «Ningún problema de derecho, sin duda, que dependa de la evolución de las ideas, ha sido objeto de controversia en la actualidad, tanto como el tratamiento correctivo del aborto criminal. Las cuestiones discutibles, ligadas a este concepto, son innumerables, y van, de la exigencia del castigo incondicional, al de la impunidad más absoluta.» Las consideraciones médicas y jurídicas, caminan a la par. Las convicciones religiosas y puntos de vista moral, desempeñan su papel, y los argumentos sociales, son esgrimidos en la lucha cotidiana. Aquel que por casualidad fluctúa dentro de una doctrina, que no acaba de vencerle, corre el riesgo de sucumbir ante el asalto de razones contrarias, y de no poder decidirse. El problema no se dirige únicamente a la clara razón, sino que toca el corazón y subleva y fuerza el sentimiento. Desde el momento que el caso se ofrece bajo la forma de una explotación deshonrosa que afecta a la situación de agobio y amargura en que se encuentra la mujer, la cólera y la indignación nos sobrecojen, pero si nos hallamos ante una víctima seducida y temblorosa, por su deshonor, experimentamos indulgencia y piedad... Es un problema tan terriblemente grave el que se plantea ante nosotros, que debemos extraer todas las consecuencias, sobre el terreno del Derecho penal.

• Veamos cómo nuestra legislación lo ha resuelto.

II

La cuestión de la *impunidad* del aborto ha sido inadecuadamente planteada, con miras a la evolución general de las ideas y del desarrollo de las concepciones materialistas, económicas y sociales, que acabamos de indicar. Fué planteada por Welti, uno de los dos diputados comunistas, que, por entonces, tenían asiento en el Consejo Nacional, preguntando si era conveniente todavía reprimir el aborto, y proponían bifurcar, pura y simplemente, las disposiciones del proyecto en que estaban contenidas. A los argumentos extraídos del Derecho natural y del Derecho canónico, que el uso inveterado había hecho suyo en los Cantones y en el sentimiento general de nuestra población, tradicionalista y cristiana, oponía la tesis del materialismo histórico y social, y la experiencia de la U. R. S. S. Semejante posición no produciría cambio alguno, caso de prosperar entre nosotros, por esas «doctrinas destructoras del orden social» que han sido razonablemente refu-

tadas, y la proposición de convertir en lícito el aborto, fué rechazada, casi podríamos decir, por unanimidad. El principio de la *represión* estaba consolidado; su organización y el establecimiento de sus preceptos en casos *ordinarios* y *corrientes* no dieron lugar a serias dificultades. El Código penal suizo, de 20 de diciembre de 1937, que entró en vigor el 1.º de enero de 1942, lo regula en sus artículos 118 y 119.

1. No solamente el aborto consumado debe ser punible, sino también su tentativa, cuando se ha dado comienzo a la ejecución del mismo, sin detenerse en su propósito o prosiguiendo la acción hasta sobrevenir su frustración o fallo (arts. 21 y 22). El problema de la *tentativa* de aborto, practicado por una mujer o sobre una mujer no encinta, pero que creía estarlo, ha dado lugar a grandes controversias en la doctrina y a excitaciones de la jurisprudencia. Como nuestro Código habla siempre de *persona* encinta, el Tribunal federal había admitido de conformidad y apoyándose en el texto legal, que sus términos fueron elegidos, precisamente, porque no se quería excluir (conforme a la tradición francesa) el castigo de las maniobras abortivas ejecutadas en una mujer no encinta; la existencia del embarazo habría sido en otros términos, un elemento constitutivo de esta infracción, partiendo de la condición misma para toda sanción. Esta solución fué impugnada por diferentes Tribunales cantonales (Zurich, Berna, Lucerna, St Gall, Schwiz, Basilea), y vivamente atacada por la doctrina, especialmente por el Profesor Germann, de Basilea, como verdaderamente chocante y contraria a la intención certera del legislador, que acertó a interpretar el sentimiento de la mayoría del pueblo suizo, y los intereses legítimos de la protección. Esta interpretación acabó por triunfar en definitiva, y el Tribunal federal modificó su jurisprudencia, admitiendo la culpabilidad en el sentido de que las maniobras abortivas practicadas sobre una mujer no encinta, y también por la misma mujer no encinta sobre ella misma, en Sentencias de 1944 y 1946, son punibles como delito imposible, en cuanto a su intención criminosa, en el sentido que expresa el artículo 23 del Código penal.

2. La *mujer*, que «por sus propios actos o por mandato de un tercero» ejecuta el aborto castigada con prisión, cuya duración se fija entre tres días y tres años (art. 36), según la culpabilidad de la autora y teniendo en cuenta sus móviles, sus antecedentes y su situación personal (art. 63). No distingue en principio, entre madre legítima y madre ilegítima, porque las dos pueden tener razones igualmente presionadoras y urgentes, para no dejar de cometer el acto ilícito que la ley reprueba. Y teniendo en cuenta esas razones, que pueden ser igualmente imperiosas, y por sí mismas dramáticas, explican que son frecuentes las funestas determinaciones tomadas rápidamente, aunque conviene alejar la pena infamante de reclusión, que es la indicada para los crímenes, por lo que es preferible la de prisión, que pena los delitos e infrac-

ciones menos graves. Se ha querido evitar rebajas sistemáticas y frecuentes, después de la experiencia, porque la pena parece demasiado dura y severa, y la práctica judicial francesa en particular lo ha demostrado, en los Cantones donde funciona el Jurado. El tercer instigador, o cómplice de la mujer que se hizo abortar, bien sea el que ayudó a decidirla a ejecutar el hecho, o bien el que asistió con su consejo a realizar el acto, está por su actitud pasiva comprendido dentro de la misma pena (arts. 24 y 25). Pero es menester que haya participado realmente en la comisión del hecho, que haya contribuido al acto delictuoso que es la condición esencial para imponer toda pena, ya que el solo hecho, por parte de la mujer, de consultar a su marido o a su amante, y de prestar éstos su conformidad, asintiendo a su determinación, no es suficiente para pronunciar contra ellos una condena.

Las circunstancias atenuantes legales, tales como el agobio profundo, los móviles honorables o el estado de dependencia (artículo 64), pueden ser apreciadas y tomadas en consideración, por el Juez, para reducir la pena, si lo estima justificado, dentro de los límites de la Ley (art. 65).

3. Mucho más rigurosas son, naturalmente, las prescripciones en los casos de aborto *cometido por un tercero* (art. 119). El aborto así realizado, constituye un crimen, que puede conducir a su autor a la reclusión y la pena asignada varía, según haya o no consentido la mujer, pues en este último caso, al delito de aborto se añade el de coacción que representa un atentado contra la libertad y seguridad de la persona de la víctima, concurriendo con el delito principal el perpetrado contra el embrión humano.

El que obliga a abortar a una persona encinta, *con su consentimiento* es el que *presta la mano* y ayuda, como autor, durante la ejecución, ya que es considerado como un partícipe principal, un coautor, y es castigado con reclusión, que puede durar hasta cinco años, o prisión, hasta tres años, según la gravedad de la falta. En contraposición a la autoría, la cooperación prestada al *abortador*, antes o después del parto, representa los actos de participación accesoria, o de simple complicidad (art. 25). Y la pena puede ser atenuada o mitigada por el Juez (dentro de los límites fijados en el art. 65). Desde el momento que consiente la mujer, *dejando hacer*, por ausencia de circunstancias atenuantes, taxativamente prevista por la Ley (art. 64), debe imponerse la pena de reclusión que puede durar hasta diez años.

4. Por último, más gravedad aún ofrecería la situación delictuosa, y la pena de reclusión es de tres años, por lo menos, y llega al máximo de duración ordinaria, de veinte años (art. 35, párrafo 1.º), si el delincuente convirtiera en profesión habitual el ejercicio del aborto (*fait métier de l'avortement*) y por otra parte «si la mujer embarazada fallece a consecuencia del aborto o manipulaciones abortivas y el delincuente había podido preverlo».

2) Por la expresión «faire de métier», nuestra ley no entien-

de, necesaria y exclusivamente, como tiene lugar en el derecho francés, a aquellos que por oficio o profesión pueden proporcionar abortivos—médicos, cirujanos, farmacéuticos, matronas, herbolarios, ortopédicos, enfermeros, masajistas, etc.—; es decir, según la Exposición de Motivos del Código penal francés, las personas que, abusando de sus conocimientos, «hace uso, para destruir, de un arte que ellos no deben emplear más que para conservar». Nosotros consideramos más justamente como *profesionales* del aborto a aquellos que lo practican cada vez que se presenta la ocasión para obtener recursos pecuniarios, aunque éstos sean secundarios; pero si el autor es al mismo tiempo persona que ejerce una profesión que necesita autorización oficial, como es la de médico, farmacéutico, matrona, etc., puede serle aplicada por el juzgador una pena accesoria conjuntamente con la pena principal, que además puede ser fijada en grado más alto si la culpabilidad es mayor, como es la prohibición de ejercer la profesión, por un término de duración de seis meses a cinco años, si hubiere temor de nuevos abusos (art. 54).

b) Respecto del *caso de muerte*, la severidad, sin duda, está justificada. Pero fiel al principio de que no puede ser castigado un hecho sin culpabilidad, intencionalmente o por negligencia, y no por el hecho del resultado producido, el Código exige que este resultado haya sido por lo menos previsible; es decir, que se produzca por una imprudencia o imprevisión culpable del autor, el cual se atribuye «sin necesidad de tenerse en cuenta las consecuencias de su acto», cuando debía hacerlo, a fin de evitar el accidente, no «utilizando y adoptando, al efecto, las precauciones mandadas por razón de las circunstancias o por su situación personal» (arts. 3.º al 18). La noción es, pues, justa y, en verdad, variable e individual; no es necesario que el autor sea castigado por el hecho en sí, sino por su negligencia o impericia, cuando haya originado un acto particularmente grave y «consciente», cuya gravedad influirá sobre la medida de la pena, aunque no sea una condición de la misma. Por el contrario, su imprudencia debe, naturalmente, implicar un peligro particular para la vida de la persona encinta—a título de ejemplo, por la falta u olvido de las precauciones de higiene más elementales—que sobrepasen la simple posibilidad, vista en términos generales y en lontananza, por un empleo fatal de maniobras abortivas...

5.º Puede estimarse, de una manera general y en *conclusión*, que el sistema represivo contra el aborto punible no puede dar lugar por sí mismo a grandes críticas, a no ser por parte de aquellos impugnadores que, por principio, lo encuentran demasiado riguroso, acaso porque estiman que el aborto no debería ser castigado, y de otros que, opinando en contrario, hallan excesiva la indulgencia en el Código en ciertos supuestos, y más aún por la acción de los Tribunales, que, desde hace bastante tiempo, vienen reclamando una penalidad más severa.

En realidad, mientras tanto, prosiguen serias y regulares campañas en petición de penas más severas, siendo urgente, por el momento, una decisión uniforme en la represión incesantemente reclamada. Acaso peque en este punto el sistema. En ciertos lugares, especialmente en los campos, en cantones católicos y en ciertos cantones protestantes de la Suiza alemana, son aplicadas estrictamente, sin distinción, las disposiciones legales; abortadores y abortadas son severamente tratados por la justicia, a los que se aplica sin contemplaciones y sin diferir la sanción del texto escrito; pero en otros cantones, en contra del anterior criterio, especialmente en las grandes y populosas ciudades, donde las costumbres son más relajadas y los jurados más indulgentes, la persecución y la represión son mucho más inciertas y dan una impresión vacilante de fluctuación y, por consiguiente, con frecuencia, de arbitrariedad muy censurable.

Así vemos que en Ginebra, en virtud del principio del «oportunismo en materia de persecución», que consagró el uso del procedimiento penal sobre el modelo de tipo francés, no se persigue generalmente a las abortadas y sus cómplices, lo que, lejos de beneficiar a la justicia, causará mayor escándalo que la ausencia misma de persecución. El jurado considera, sin duda, que es más urgente el problema desde el punto de vista social, y se manifiesta con toda claridad, rechazando la culpabilidad, y no quiere condenar. Solamente los provocadores al aborto y las abortadas que *hicieron oficio* de esta actividad comparecerán ordinariamente ante la justicia cuando el caso sometido a deliberación cause alarma o se multiplique o produzca escándalo manifiesto que respándezca, motivado, por ejemplo, por el fallecimiento de una de las desgraciadas víctimas. Semejante situación es notoria, y ha sido abiertamente reconocida en determinados procesos. La verdad obliga a decir también que ocurren siempre en gentes modestas—parteras «ángeles propicios» y practicones clandestinos, sin diploma ni gabinetes médicos, que tienen una clientela mucho más humilde, comparecen en audiencia pública a sufrir la prueba del rigor relativo de la ley—. Como ocurre en la mayoría de los casos, no falta el sentimentalismo compasivo en esta clase de asuntos, y aunque el Código amenaza seriamente a estos *practicones*, se encuentran amparados por sus clientes, a los que ayudaron y asistieron, porque no podían soportar los gastos de «una pequeña intervención clínica», por un «pretendido fibroma». La tolerancia es frecuente en estos casos, y todo ello explica la indulgencia del jurado por la clientela de condición modesta que de ordinario plantea la miseria, con su cortejo de dificultades, y en atención al remedio caritativo prestado hallan protección, a pesar y en contra de la Ley.

Las desigualdades legales flagrantes son, pues, frecuentes, según los lugares, la mentalidad del ministerio público y los Tribunales y según la condición personal de los acusados. Hay prácticamente *impunidad* aunque el delito sea cierto. No podemos

terminar aquí y se impone, naturalmente, dilucidar el otro aspecto del problema; es decir, la cuestión compleja del aborto conocido por *lícito y no punible*, que vamos ahora a examinar.

III

Esta cuestión ha dividido profundamente a las Cámaras federales y a la opinión pública, a pesar de que en la elaboración del Código penal vigente, sobre punto de tan capital interés, no se apeló en definitiva a denominación de «aborto punible» (como en el proyecto de 1918, sino la «interrupción no punible del embarazo» (art. 120), puesto que el aborto, por sí mismo, está prohibido y constituye una infracción siempre punible. Se ha tenido cuidado de soslayar la diferencia jurídica por medio de la terminología; pero el citado artículo, todavía en los momentos actuales, da lugar a la discusión, de manera que aun sigue vivo y remite a nuestro sistema la causa de donde dimana, sin que deje de provocar dificultades y chocar de críticas muchas veces justificadas, bien en su aplicación o bien en la institución misma. El desacuerdo en esta materia ha sido profundo, y continúa y perdurará durante bastante tiempo.

1. Fieles a sus principios, los católicos conservadores de la tradición, desearon y, en efecto, no pueden por menos de seguir deseando, *la exclusión de toda disposición que autorice*, aun revestida de toda clase de garantías, la interrupción de la preñez. Debe desecharse toda excepción a la regla. Como decía Morard, representante del cantón de Friburgo en el Consejo Nacional, el simple hecho de legislar sobre la excepción, en materia tan delicada y sagrada como la vida del concebido o niño próximo a nacer, prueba que vivimos en un período penoso de decadencia moral, que desgraciadamente tiende a generalizarse. El cristiano debe oponer un enérgico *non possumus*. No puede haber compromiso posible sobre un principio sagrado imperativo. Nos parece inadmisibles que después de haber proclamado la intangibilidad de la vida del concebido o *nasciturus* el legislador decida inmediatamente, por una regla especial, derogar un principio general y disponer que la práctica del aborto sea lícita. Las palabras fatídicas, *no son punibles*, más bien parecen un velo que oculta mal la realidad de las cosas. El derecho penal condena, reprime, acude donde hay que atajar un mal, y no debe decir que un acto reputado de crimen no es punible cuando en la comisión del mismo intervienen personas en condiciones determinadas. Con la disposición en que se contiene semejante excepción no se gana en prestigio y se pierde mucho en autoridad, porque abre la puerta a otras licencias. Los ejemplos cunden rápidamente, sobre todo en materia de moralidad sexual. La institución del *aborto oficial*... constituye, en sí, un aliento a esta práctica peligrosa. Con el

tiempo provocará una atracción general análoga al que arrastra a muchos por la ley de imitación, como ocurre hoy en materia de divorcios. Es la puerta que se abre a la *vida demasiado fácil*, a la *ligereza de costumbres...*, mientras que en esta materia la más grande reserva, si no es con la mayor severidad, es de rigor (1).

2. A propósito de la oposición que, con motivo de la discusión de nuestro Código penal ante las Cámaras federales, hicieron los socialistas, encontraron muy restringida y limitada la admisión de la impunidad relativa a la autorización de practicar la interrupción del embarazo en los únicos casos de indicación médica. Proponían que alcanzase mayor amplitud el corto texto legal aprobado, dándole un desarrollo inconmensurable: «Si el delincuente está en situación *angustiosa*, el Juez podrá atenuar a su libre arbitrio la pena o absolverle de ella.» Farbstein, autor de la proposición, argüía que sus partidarios no se pronunciaban en favor de la impunidad del aborto, «porque no ignoraban el peligro que representaba para la mujer las manipulaciones abortivas», ni se mostraban adversarios de la vida en germen, puesto que luchaban por la protección y el mejoramiento de cada vida humana, pero se oponían a que se quisiera confundir y «casar la moral religiosa con el Derecho penal, que no tienen nada de común». En principio, la vida del concebido debe ser protegida por la reclusión necesaria, más aún en los comienzos de la gestación, y puede ser moralmente una concepción justa, oponiendo otra concepción —según ellos—socialmente indiscutible: la sociedad no tiene el derecho moralmente de indignarse por un acto y castigarlo, cuando no hizo nada para convertir dicho acto en imposible. Pretendemos que una sociedad que soporta un estado tal, en que ciertos actos deben producirse con una necesidad férrea, no hay derecho para erigirse en juez de esos actos que reprueba para castigar a

(1) Conocida la posición católica, Su Santidad Pío XII recuerda, en su discurso de 29 de febrero de 1951 al Congreso de Unión Católica de Matronas y Profesoras en Partos, que alcanzó gran resonancia, lo siguiente: «Todo ser humano, y lo mismo el niño en el seno de la madre, recibe la vida *inmediatamente* de Dios, y no de sus padres, ni de cualquiera sociedad o autoridad humana. No existe, pues, ningún hombre, ninguna autoridad humana, ninguna ciencia, ninguna *indicación* médica, eugénica, social, económica y moral que puedan presentar o dar título jurídico, valedero para disponer deliberada y directamente de una vida humana inocente; es decir, para disponer con miras a su destrucción, bien considerada en conjunto, o bien como medio a una finalidad, no puede por menos que ser declarados en sí mismos nulos e ilícitos.» El *Correo de Ginebra* también recordaba, valiéndose de la pluma de su Redactor Jefe René Leyvraz, el 11 de octubre de 1951, la doctrina católica, en un artículo a propósito del aborto, titulado «La ley y las costumbres». Esta posición de principio, que tiene la fuerza que emana del Jefe de la Iglesia católica, viene a robustecer la posición tradicional cristiana, como hemos dicho; y en la propia Inglaterra, por ejemplo, a continuación de las discusiones apasionadas que suscitó el discurso pontificio, se organizó un referéndum entre los estudiantes de Londres, que se pronunciaron, por una enorme mayoría (251 votos contra 53), según despacho de la Agencia Kipa de 10 de enero de 1952, a favor de la tesis según la cual la interrupción del embarazo está en contradicción esencial con la ley divina.

sus autores. Por fin, concluye el autor de la proposición diciendo que no es la sensualidad o la inmoralidad lo que aquí desempeña el papel decisivo; son las condiciones económicas y sociales, la falta de protección a la madre, la imposibilidad de contraer matrimonio o de tener hijos por falta de los medios necesarios.

3. La controversia sobre el terreno de los principios *filosóficos y políticos puros* resulta insoluble. También Haerberling, representante del Consejo Federal, llamó la atención de las Cámaras a causa de la gravedad que entrañaba el problema aludido, de la responsabilidad que las mismas habían contraído ante el pueblo y la conveniencia de resolverse a cumplir sus tareas, muy especialmente el cometido de la tarea jurídica, que les ha sido confiada. Las Comisiones dictaminadoras hablaron de hacer un llamamiento a la *confraternidad liberal*, a la *comprensión mutua* y a la *tolerancia*; y no faltaron diputados que solicitaban un justo medio o que se detuviera la discusión en un compromiso aceptable para todos. Terminóse por *restringir* expresamente la autorización de interrumpir el embarazo en los únicos casos de necesidad médica verdadera, merced a una fórmula estrictamente reducida, y añadiéndose a la disposición toda una serie de *condiciones* y de *garantías* que se pensó fueran suficientes para impedir el abuso. Se esperaba haber encontrado, según la manifestación final de Lachenal, diputado por Ginebra y uno de los ponentes, "una fórmula que satisficiera al Derecho, a la razón y a la equidad, ante la cual todo el mundo tiene que inclinarse".

4. Este sistema (arts. 120 y 121) principal es el siguiente: Regula especialmente todos los problemas propuestos y planteados, y excluye, expresamente (art. 120, párr. 4.º), la invocación de la disposición general, declarando lícitos los actos ordenados por un deber profesional (art. 32); esto es, precisamente para impedir que el médico, prevaliéndose de su cargo, considere la intervención, en circunstancias incriminadas, alegando un deber, en cumplimiento y justificación del acto realizado. No debe desvirtuarse este argumento; cualesquiera que sean las convicciones y apreciaciones personales, está ligado al *sistema legal*.

Este distingue dos *hipótesis*: el caso normal es que durante el curso de la gestación pueda preverse la necesidad de un aborto médico y recurrir a la vía ordinaria y corriente, y el caso excepcional, cuando la intervención se revela de un modo urgente y es preciso recurrir a una vía más rápida y excepcional. Pero en todo caso la gestación no puede ser interrumpida más que «en vista de alejar un peligro imposible de evitar de otro modo que amenace la vida de la madre o amenace seriamente su salud por un ataque motivado por enfermedad grave y permanente». Vemos con qué insistencia está formulada la exigencia legal. La prescripción médica debe estar bien establecida, el peligro existente grave, serio, duradero y que amenace profundamente la vida o la salud, física y psíquica, de la futura madre. Y debe actuar no solamente en caso

de peligro o riesgo general, inherente a toda gestación, sino que puede sobrevenir en el parto, y, además, en el caso de un peligro particular, directo y amenazador. Por último, la intervención debe ser constitutiva del *único y exclusivo medio* de escapar o rechazar el peligro, y no debe utilizarse si se cuenta con otro medio terapéutico normal.

a) Cuando esas condiciones se realizan en el *caso normal* o el peligro es inmediato, o «inminente», se ha querido asegurar, ante todo, que la intervención no sea hecha con demasiada facilidad, y, en caso de realizarse, se ha de verificar en las mejores condiciones posibles. Por ello, en primer lugar, está subordinada al consentimiento escrito de la persona encinta; sin embargo, cuando es menor e incapaz de discernimiento, es bastante, en su defecto, el consentimiento escrito de su representante legal, que debe ser requerido al efecto, y es constitutivo de una garantía de reflexión y acierto por naturaleza, que pone obstáculos a decisiones inconsideradas. En segundo lugar, la operación no puede jamás tener lugar si no es efectuada por un médico diplomado, a fin de que garantice de un modo serio la pericia profesional que se ha querido asegurar. Por último, la intervención no se llevará a efecto cuando no exista un «dictamen conforme» de un segundo médico diplomado, que debe confirmar si la prescripción facultativa formulada en el «certificado base» del médico consultado está justificada y permitida la interrupción. Este médico de control debe, para reforzar la garantía legal, ser un «especialista en razón del estado de la persona encinta» (no es necesario un ginecólogo, y puede serlo un especialista del corazón, de la tuberculosis, de la psiquiatría, etc., según el estado de la madre); debe, además, estar «autorizado de una manera general, o en cada caso particular—según el sistema cantonal—, por la autoridad competente federal, o por la persona encinta de su domicilio o de aquel donde la operación tenga lugar». En muchos cantones donde las peticiones o requerimientos son numerosas, y singularmente en Ginebra, funciona una Comisión cantonal de especialistas, cuyos miembros tienen competencia para estimar o desestimar las autorizaciones. Además, el técnico es designado, caso por caso, cuando las exigencias no revisten carácter excepcional, pero, naturalmente, bajo la inspección necesaria, a fin de evitar abusos.

b) En caso de *urgencia*, esas formalidades no pueden ser cumplidas en tiempo útil, porque se trata de «alejar un peligro inminente» imposible de contener de otro modo. Las disposiciones sobre el *estado de necesidad* (art. 34), que faculta sacrificar un bien jurídico a otro, cuando es la única condición posible y cuando el sacrificio del bien ajeno no es desproporcionado, hallarán, pues, su aplicación en el sentido de que el médico puede proceder a interrumpir la gestación sin recurrir al *dictamen conforme* de otro segundo médico especialista; no puede comprometer la vida o la salud de la paciente en espera de la respuesta. Sin embargo,

el legislador no debe dejar de adoptar precauciones para impedir que médicos poco escrupulosos invoquen con demasiada facilidad el hecho justificativo de la necesidad; el consentimiento escrito siempre debe exigirse y la intervención operatoria debe ser practicada por un médico diplomado. Y para reemplazar la garantía del «dictamen de conformidad», el médico que practique la información debe ponerlo en conocimiento de la autoridad competente del cantón dentro de las veinticuatro horas que la intervención tuvo lugar, bajo pena de arresto o multa (art. 121). Este aviso obligatorio incumplido puede motivar la apertura de un proceso en investigación de las condiciones reales de necesidad y urgencia, y el facultativo debe responder de su intervención y sin peligro de quebrantar el secreto profesional, puesto que el precepto del Código penal sobre la violación de dicho secreto (art. 321) le releva de guardarlo expresamente, con arreglo a las disposiciones de la legislación federal cantonal, como ocurre en el presente, por tratarse de una obligación de comunicarlo a la autoridad.

c) La impunidad no puede otorgarse si no se reúnen todas las condiciones legales y sólo en el caso de indicación médica expresa; y no puede estimarse el altruismo del médico, a lo sumo apreciarse como circunstancia atenuante si se alega, porque hay un aborto punible. Entretanto, el legislador ha querido permitir también al Juez que tenga en cuenta, de una manera equitativa, *otras indicaciones* económicas y sociales, éticas o jurídicas, y, más aún, eugénicas, sobrepasando el cuadro de las circunstancias atenuantes ordinarias (arts. 64 y 65). También faculta para atenuar «libremente» la pena (en el sentido del art. 66) sin necesidad de sujetarse por razón de su género al *minimum* corriente «si la gestación ha sido interrumpida a causa de miseria grave en la que se hallaba sumida la persona encinta» (art. 120, párr. 3.º). Y también cuando las circunstancias que pueden ser dramáticas lo aconsejan, puede el Juez fijar una pena muy baja—aunque el principio de la pena sea siempre mantenido—, de manera que no pueda chocar con el sentimiento de la humanidad y el de la justicia.

IV

El *raporter* francés en el Consejo Nacional, profesor Logoz, interpretó claramente el sentido de estas disposiciones prudentes, creyéndolas seguras. ¿No es útil—pensaba él—«que cuando aquellas disposiciones se solicitan el médico pueda oponer un texto preciso? Por lo mismo, decía el profesor Gautier, ante la Comisión de técnicos, que no solamente se sentirá fortalecido contra la tentación de operar un aborto por mera complacencia, cubriéndose con una predisposición más o menos vaga sobre el deber profesional, sino que rechazará el requerimiento empleando el argumento decisivo del propio texto legal». Además, añade el profesor

Logoz, difícilmente sería comprensible la actitud de la doctrina jurídica católica si se propusiera abolir la disposición contenida en el artículo 120 del Código penal actual, ya que precisamente «el objeto del referido artículo, relativo al aborto médico, es cabalmente *proteger la maternidad del modo más completo*, cosa que no hace la regla general (del art. 32), que considera y declara lícito todo acto ordenado por el deber profesional».

Pero, en realidad, ¿qué es lo que ha sucedido? La disposición legal ha funcionado como un *cerrojo* en los cantones que se han atenido a su letra y lo aplicaron estrictamente. Los *abortos terapéuticos*, autorizados son en extremos raros, por no decir inexistentes. Pero no ha dejado de observarse, de una parte, que en ciertas grandes ciudades—Zurich, Ginebra y Lausana en particular—se crea a favor de la disposición *restrictiva* del artículo 120 del Código penal una práctica *extensiva* que, en realidad, va contra el espíritu y fines que se propone y constituye la ruina de una obra protectora de la sociedad—y no del aborto—que el legislador había querido edificar.

1. Debe hablarse con entera libertad, a fin de hacer una crítica justificada, puesto que la opinión pública ha sido oficialmente contrariada y profundamente perturbada.

a) En Zurich la inquietud sobre la aplicación de la Ley ha sido tal, que el problema tuvo que someterse al Gran Consejo, en septiembre de 1947. Se ha citado el caso de un médico que recibió más de 300 *dictámenes conformes*; es decir, otras tantas autorizaciones para practicar el aborto en un solo año, y han sido objeto de indicación 1.011 interrupciones de embarazo (según el art. 120 del Código penal)—sin hablar, naturalmente, de todos los demás abortos, conocidos y clandestinos—que habían sido practicadas en 1944; y 157 solamente en Berna y en Valais, por ejemplo. La autoridad suiza hubo de adoptar medidas a fin de encauzar el flujo de abortos camuflados, bajo el pabellón de la ley, exigiendo especialmente para contrarrestarlo que el médico competente remitiera a la Dirección Cantonal de Sanidad una copia de todo «dictamen conforme» expedido. La conmoción que levantó esta decisión en el mundo médico, que se tradujo en un recurso dirigido al Tribunal federal (que fué desestimado, desde luego) nos parece injustificada—a condición de guardar el anonimato de la cliente—, porque la emoción puede agitar a la opinión pública por abusos enormes de una ley que ha sido promulgada precisamente para impedir tales hecatombes sobre seres futuros y un tráfico de autorizaciones.

b) En Ginebra, la situación es aún menos satisfactoria. El desarrollo de los casos autorizados alcanzó una extensión tal que han llegado a sobrepasar de 620 en 1947, 1.160 en 1948, 1.686 en 1949, 2.011 en 1950 y en 1951 hubo 2.563 abortos legales, contra 2.216 nacimientos. Una cuarta parte solamente de esas intervenciones, corresponden, en verdad, a los moradores de Ginebra, o

de mujeres que habitan regularmente en esta capital, o la colonia extranjera de suya bastante numerosa. La situación fronteriza de Ginebra y la reputación de indulgencia o de «comprensión» de ciertos miembros de la Comisión, encargados de facilitar el certificado de «dictámenes conformes», atraen una multitud de *clientes* embarazadas de Cantones más severos de la Suiza alemana y de los cantones católicos, lo mismo que del extranjero y especialmente de Francia, donde la Ley de 1939—que les parece más estricta de lo que es realidad, con bastante analogía con la legislación suiza—no les ofrece las mismas facilidades. Desde el punto de vista adoptado en 1949, el número de médicos especialistas de la Comisión encargados de expedir los dictámenes conformes, que constaba de seis al entrar en vigor las disposiciones del Código penal federal, de 1952, debía llegar a diecisiete; y Ginebra estaba en vías de llegar a ser la capital europea del aborto legal, como Reno gozaba de la muy detestable reputación de ser la capital del *divorce express*, subvencionado por los Estados Unidos. Una verdadera revolución moral de una parte del servicio ginecológico del Hospital cantonal, producida en presencia de hechos comprobados.

No solamente la opinión se manifestó alarmada, en los círculos más extensos—religiosos, médicos, jurídicos y populares—, sino que también la autoridad cantonal de Ginebra se decidió a intervenir: Al finalizar 1950 (por Decretos de 21 de noviembre y 15 de diciembre) el Consejo de Estado nombró una Comisión de técnicos (presidida por Logoz, Juez federal) para revisar las disposiciones aplicables en el Cantón de Ginebra. El grupo médico del Círculo protestante de estudios discutió el problema a fondo, presentando una Memoria con proposiciones precisas a la Comisión de técnicos (1.º de enero de 1951). La Comisión terminó su trabajo, y depositó su informe (17 de febrero de 1951) con conclusiones categóricas de un gran interés por la modificación del régimen en vigor (2).

La publicación del Dr. Flournoy, en la Revista médica *Praxis*, en agosto de 1951, contiene interesantísimas aunque alarmantes «Consideraciones psicológicas sobre abortos médicos», que lleva el problema al *colmo* de la actualidad. Estas consideraciones han sido discutidas en la Prensa y en los círculos jurídicos y médicos, invocadas ante los tribunales ginebrinos en los procesos de aborto (sobre todo en 4 de octubre de 1951). Nosotros hemos contestado en la «*Revue penale suisse*», colocándonos en el punto de vista que creemos es el verdadero, en un trabajo sobre el

(2) En el Cantón de Ginebra, la materia estuvo regida hasta aquí por los textos legales siguientes: Reglamento de 27 de enero de 1942; art. 4.º de la Ley Cantonal de 1926/1946 sobre ejercicio de profesiones médicas; art. 6.º del Decreto de 1927, sobre organización y atribuciones de la Comisión de Vigilancia Médica; art. 33 de la Ley ginebrina de aplicación del Código penal suizo.

"aborto lícito" o la reglamentación de la "interrupción terapéutica de la gestación en el Derecho suizo" (núm. 1, pág. 61, y número 2, pág. 165). También hemos expuesto nuestros propósitos y proyectos de reforma del art. 120 del Código penal. El Doctor Flournoy ha replicado con una nueva exposición muy circunstanciada, por cierto, citando numerosos casos prácticos y desenvolviendo una multitud de argumentos sobre los cuales no podemos extendernos en este lugar, para mantener y defender, con mucha franqueza y valentía la posición «extensiva» que representa, como práctico en «*Medicina Psicosomática*» y su expresa convicción de que el sistema estricto del Código penal suizo es demasiado estrecho, y debería ser suavizado, con el fin de tener en cuenta situaciones psicológicas y sociales, con frecuencia trágicas, o cuando, con su dictamen, la interrupción de la gestación no puede rehusarse sin inhumanidad y sin riesgos de desastres (Praxis, agosto, 1952; *Encore les avortements médicaux*) (3).

c) Sabido es que las mismas preocupaciones, las mismas controversias y los incesantes esfuerzos en busca de una solución satisfactoria, preocupan en el Cantón de Vand. Una Comisión ha estudiado el problema. El profesor Théllin, Director del Instituto de Medicina legal, ha tenido a bien comunicarnos a este objeto, observaciones, aun inéditas, que contienen proposiciones de reformas interesantísimas, bajo el título: "*Avortement thérapeutique ou interruption de grossesse*".

2. La situación es en realidad tan grave y digna de una aclaración, que una revisión de los preceptos del Código penal suizo sobre el aborto es inevitable, y vamos a examinar:

a) En diciembre de 1949 discutióse en los Cantones federales acerca de la revisión parcial del Código, y llegó a tomar estado en 5 de octubre de 1950, dirigiéndose una proposición formal al Consejo de los Estados (por los diputados católicos Item, Antognini, Clausen y Egli) de volver a examinar nuevamente los famosos artículos acerca del aborto, redactándolos de nuevo, para mejor asegurar la protección del niño, en interés de la familia y del Estado. Hacían resaltar que su aplicación había conducido en ciertos casos a resultados deplorables, dándose una extensión al aborto «propriadamente horrible»: los abortos practicados en Suiza se elevaban, por decirlo así, a medida que iban conociéndose, a 50.000 por término medio cada año, y dentro de ese porcentaje, únicamente un 5 por 100 fueron sancionados con la pena asignada en la ley, en méritos a la amenaza que representaba: «El aborto era, en muchos casos, reemplazado por los medios anticoncepcionales, y adquirían desde luego, la importancia de función reguladora de los nacimientos». Se ha estigmatizado con palabra dura la «industria ginebrina» de los abortivos, y se ha insistido

(3) Podemos añadir otra tesis de doctorado sobre esta materia, en preparación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, bajo nuestra dirección.

sobre el hecho de que son sobre todos los «dictámenes psiquiátricos» los «manifiestamente utilizados, constituyen un abuso, sobre todo en el sentido que dictaminaban algunos psiquiatras que pretendían demostrar con sus experiencias que la gestación provocaba en la mujer encinta una tendencia al suicidio, que no podía desaparecer más que por prescripción médica». Los dictámenes declaratorios del estado de «depresión desesperada» o de «trans-torno» de la peticionaria, conducen a admitir, por un razonamiento en apariencia impécable, pero que contribuía, en realidad, al escarnio de la Ley—un «peligro para la vida» de la mujer encinta, etc.—y en consecuencia, una autorización para que se interrumpiera la gestación, cuando en realidad de lo que se trata frecuentemente es de indicaciones sociales y de comodidad personal que el legislador a todo trance quiso excluir. Típico caso es—y no se trata de un caso aislado—el de aquella mujer que amenazó con arrojarse al tren, para obtener, sobre golpe seguro, la autorización deliberadamente deseada (4).

b) La cuestión ha repercutido y el problema de la aplicación del art. 120 del Código penal ha sido admitido para su discusión ante el Consejo Nacional, en junio de 1952, después del examen de la gestión del Consejo federal.

El *raporter* de la Comisión (Profesor Favre, en la actualidad Juez federal) reveló que la «opinión pública suiza había sido sorprendida» por la aplicación hecha, en ciertos cantones, de la disposición legal permisiva de la interrupción del embarazo «por razones puramente médicas». Resaltó las cifras de la estadística ginebrina, indicando, que después de los estudios e informes sobre esta materia, «los peritos médicos concedían cada vez más autorizaciones de interrupción en la gestación, por razón de consideraciones propiamente dichas, de *orden social o humanitario*, mientras, que el texto legal no permite semejantes intervenciones más que para salvaguardar la salud de la madre». Una estadística de 1951 demuestra que en el 60 por 100 de los casos la paciente estaba casada: «Tales han sido las razones económicas que han aparecido con frecuencia como determinantes». El *raporter* concluye afirmando que con dichas «condiciones no es posible convenir en la necesidad de interrumpir la gestación...» No es más que una medida de facilidad y los abusos que señalamos, no deben envolver amenazas hacia la autoridad a fin de que examine el caso rápidamente, lo que no hará generalmente, si nuestro régimen social responde a exigencias de una política familiar suficientemente eficaz. Por lo mismo, la Comisión gestora «interpeló al Consejo federal, para que dijera qué es lo que la Confederación había he-

(4) La proposición no ha podido ser englobada en esta «pequeña revisión», aunque debió ser declarada de urgencia, pero tendrá que ser revisada. Los autores de dicha proposición concluyen que es «grave en tal situación que el Estado practique la política del «avestruz» y tolere que, por una imperfecta redacción de la ley, innumerables vidas humanas sean sacrificadas a un bajo egoísmo y a una sed de lucros sin venganza».

cho para que el art. 120 del Código penal sea aplicado de una manera correcta en todos los cantones».

Otro diputado (Huber) ha revelado que, en efecto, la aplicación de la Ley variaba considerablemente de un cantón a otro. Más era preciso no perder de vista que si en ciertos cantones la autorización de interrumpir la gestación era acordada «con una extraordinaria facilidad», en otros, por el contrario, el art. 120 del Código, es aplicado con tal restricción que dicha *interrupción* resultaría «prácticamente imposible allí donde las condiciones legales son plenamente cumplidas». También prefieren los médicos que la intervención no sufra demora. En el Cantón de Gall, por ejemplo, ha sido prevista que en la eventualidad de una intervención, por razones psiquiátricas, la observación tenga lugar en el establecimiento cantonal, público y exclusivamente y que el dictamen favorable sea aprobado por toda la Comisión sanitaria que comprueba el nombre, la dirección y el estado de la paciente. De tales situaciones—y no es demasiado riguroso—se explica el aflujo anormal, en ciertos cantones y la imagen falseada de las estadísticas, que justifica la crítica no solamente en atención a los cantones, en los que las disposiciones legales son ampliamente aplicadas, sino en atención de aquellos en los que su aplicación vendría a ser imposible por exceso de rigor.

En su respuesta, el Jefe del Departamento General de Justicia y de Policía (Consejero federal, Feldmann) ha replicado que la esencia del principio del artículo 120 del Código penal no puede ser rechazada sin causa—la cuestión había sido claramente resuelta por el legislador—y sólo la aplicación entra actualmente en discusión. El legislador «no admite más que una indicación puramente médica y social. Estas indicaciones deben adoptarse severamente, si no queremos abrir todas las puertas a los abusos». Los *casos límites* determinarán singularmente los experimentos psiquiátricos que entran en consideración. «Es preciso mantener la regla de que la prescripción médica estricta, en el sentido de la ley, debe ejecutarse.» En conclusión, el Consejo Federal ha declarado mantener contacto con los cantones (en el sentido que expresa el artículo 102 de la Constitución federal y el artículo 392 del Código penal) con objeto de examinar de común acuerdo la aplicación del artículo 120 sobre la interrupción del embarazo, teniendo en cuenta las dos tendencias opuestas, a fin de llegar a una aplicación tan conforme con la Ley como con la igualdad posible.

V

Tal es, pues, la situación legal en Suiza, en espera de que pueda conseguirse una nueva discusión, sobre el terreno de los principios, de una eventual revisión de la ley. Dos tendencias bien distintas están en juego, hoy día, en la aplicación de nuestro sis-

tema legal y en las controversias que ha suscitado: una tendencia restrictiva y otra tendencia extensiva. Ambas corresponden a las oposiciones distintas, doctrinales y fundamentales. Las *reformas* han sido reclamadas en ambos sentidos. Conviene mencionarlas para terminar esta rápida exposición de síntesis:

1. No podemos estudiar, naturalmente, en detalle la reforma deseable, a fin de evitar el abuso en la aplicación demasiado amplia—y sin duda deformada del texto legal en vigor—de preceptos vigentes, porque resultarían extensísimos y las proposiciones restrictivas muy interesantes, que se han hecho desde diferentes lugares con este objeto, particularmente al Consejo de los Estados por el de Berna, al de Ginebra por la Comisión Técnica y al Círculo Médico de Estudios Protestantes, aparte de otras comunicaciones de personalidades competentes en la Prensa y las del cantón de Vand. Y hemos de recordar las sugerencias que hicimos de *lege ferenda* en un trabajo nuestro aparecido en la *Revue Penale Suisse* en 1952.

En general, y en resumen, puede estimarse, para asegurar el respeto a la ley, ya que no puede esperarse seriamente una *abolición* de la interrupción terapéutica de la gestación, como del divorcio: por ejemplo, la conveniencia de introducir las *garantías* siguientes: 1.^a Exigencia de «un certificado básico» conciso del médico consultado (que corrientemente se contenta con responder a una llamada telefónica preguntando al médico especialista si puede *por sí mismo hacer el servicio* que precisa el embarazo). 2.^a Designación de técnicos cuidadosamente elegidos, pero con mandato de duración limitada, no solamente competentes por razón de su cargo, sino por los conocimientos exactos del sentido y alcance de la ley (lo que no es frecuente encontrar en cada caso) y realmente decididos a respetarla. 3.^a Exigir también, antes del alumbramiento, el «diagnóstico conforme» autorizando la intervención, de un examen médico formal, con arreglo a la necesidad que determina la observancia de la hospitalizada, sin que, en todo caso, pueda prescindirse del domicilio o residencia en el cantón durante cierto tiempo, corrigiendo anomalías que la práctica patentiza, pues es corriente comprobar que la mujer consultó con el especialista en Ginebra o en Lausana y pidió la interrupción en un lugar donde no estaba domiciliada, ni era conocida de nadie ni se conocía su situación legal, sus antecedentes sanitarios y sociales, etc. 4.^a Depósito de «dictámenes conformes» de alumbramientos por escrito, con copia, con las solas iniciales de la mujer para respetar el secreto profesional, y las circunstancias de la vida privada, con intervención de una autoridad de vigilancia profesional (Comisión de Vigilancia Cantonal, o médico cantonal). 5.^a Por último, remuneración de la función de los peritos por el Estado, no directamente por la cliente que acude en consulta, porque esto constituye, y hay necesidad de decirlo, una fuente de tentaciones constantes, y si el propio médico no cede, una razón

de sospecha que puede hacer odiosa una práctica, cuando la que se admite no tiene más objeto que un alivio social de humanidad, y nunca puede representar, como viene repitiéndose con alguna frecuencia, una fuente de ingresos considerables y bastante impuros.

Tal es, a grandes rasgos, el sentido con que el nuevo Reglamento del Cantón de Ginebra, de 12 de diciembre de 1953, aprovechándose de los trabajos, proposiciones y dictámenes de la Comisión de peritos cantonales, ha venido a modificar, a partir de 1.º de enero de 1954, el artículo 33 de la Ley de aplicación ginebrina del Código penal suizo de 7 de diciembre de 1940, que no daba garantía suficiente para la aplicación del artículo 120 del referido Código (5).

(5) Según el nuevo reglamento de Ginebra, los médicos autorizados para el alumbramiento, de acuerdo con el «dictamen conforme», previsto por el artículo 120, núms. 1 y 2 del Código penal suizo, son designados por el Consejo de Estado (Gobernación Cantonal), por un término de duración de tres años (que puede ser renovado). Sus funciones son gratuitas. Los facultativos constituirán Colegios, a fin de adoptar las medidas (conferencias plenarias periódicas, etc.) propias para garantizar en el otorgamiento de dictámenes conformes una unidad de criterio, conforme al art. 120 del Código penal. El Colegio debe presentar a las subcomisiones médicas de la Comisión de Vigilancia Cantonal de Profesores Médicos y Auxiliares, cada tres meses, «un informe de sus actividades, detallando el número de dictámenes conformes, concedidos o rechazados, por cada uno de los médicos autorizados, con expresión del domicilio y procedencia de las personas reconocidas, señalando el caso o solicitando las sanciones que deben ser infligidas». Los médicos autorizados tienen la obligación de facilitar con regularidad al Presidente del Colegio los datos sobre los «dictámenes conformes», tanto los concedidos como los rehusados, y la procedencia y el domicilio de las personas sometidas a examen. (Artículos 1 al 4.)

El Médico autorizado, al que el Médico Inspector o su cliente proponen la interrupción de la gestación debe exigir: a) Un certificado médico motivado, acompañado de los documentos necesarios, donde consten el consentimiento escrito de la persona encinta y, en caso urgente, el de su representante legal, si carece de discernimiento (las personas menores de dieciséis años son consideradas como tales por el Reglamento). b) Los documentos necesarios para establecer la identidad, nacionalidad y domicilio de la persona encinta, y, en caso de urgencia, de su representante legal (pasaporte, permiso de residencia o de permanecer en la misma, tarjeta de identidad, etc.). Aun hecho así, el Médico, naturalmente, no queda ligado por el certificado básico: «Debe, en todo caso, proceder a un examen personal de la persona embarazada», y para dar a este examen la eficacia necesaria, adaptará la oportuna medida, anotando y ordenando previamente el modo de efectuar la observación de la persona encinta y de su internamiento en un hospital, sin expresar la duración del internado, indicar fecha dado el avance del estado de la paciente; si el Juez considera estas medidas superfluas, razonará su decisión. Además, el Médico autorizado motivará su decisión de aceptar el dictamen de conformidad o desestimarlo, mediante un *informe personal*, después de haber reclamado al Médico que extendió el certificado básico todos los datos complementarios que estime precisos, particularmente sobre las circunstancias que indujeron al Médico a reconocer a la persona encinta, sobre la duración de la observación clínica, sobre los tratamientos seguidos, sobre sus resultados. Asimismo, indicará en su informe los datos precisos acerca de si la persona encinta se dirigió a otro Médico autorizado, con anterioridad y sin éxito, y si, en tal caso, no dejó de consultar a este Médico. El certificado

Dentro de semejantes límites y de tales aseguramientos generalizados se desenvuelve el sistema penal suizo, perfectamente sano, y a nosotros nos conviene y aceptamos, porque no condena y aparta sistemáticamente toda intervención por convicciones doctrinales y religiosas. Aquellas que pueden concurrir—al parecer—parcialmente, son defendidas por los partidarios de un sistema «mixto» o transaccional, como el que pretenden establecer, en nuestro país, y que es análogo al defendido por los prácticos, juristas, médicos y sociólogos de otros países de civilización y costumbres análogas en discusiones de orden general organizadas por las Segundas Jornadas Franco-belgas-luxemburguesas de Ciencias Penales, celebradas en Bruselas del 8 al 9 de mayo de 1953, sobre «la prevención y represión contra el aborto» (6).

2. Mas no conviene disimular que la tendencia a una revisión en el sentido de *ensanchamiento* de las disposiciones actuales se acentúa también en nuestro país, y será, sin duda, propuesta con ocasión de una revisión legislativa. Los conclusiones del doctor Flournoy en este sentido son formales. Médicos, abogados, sociólogos, que están en contacto directo en la vida práctica con los problemas reales, concretos—frecuentemente prácticos, sin ninguna duda, sobre el aborto—, nos aseguran que el sistema actual es muy estrecho y no responde ya a necesidades sociales; a las costumbres y a las ideas presentes. La verdadera alternativa, nos dicen ciertos médicos bien informados, no puede ser otra que la interrupción terapéutica o nacimiento forzado; más bien: interrupción médica legalizada con todas sus garantías de higiene, de salud, de legalidad o abortos clandestinos en las peores condiciones, con secreto, sin regateos, con todas sus consecuencias peli-

recibido, con los documentos que se exigen y van unidos, se conservará durante cinco años, y por duplicado, de los dictámenes (conformes o disconformes), y no puede extenderse el dictamen a sus propios enfermos. Las disposiciones son establecidas para asegurar la normalidad de la decisión, desde el momento que la interrupción ha sido solicitada, atendiendo a las muchas afecciones, aunque ninguna sea la determinante, o por incurrir otras, o si el médico consultado comprueba otra afección en la que no está especializado (artículos 6 al 11).

En caso de dictámenes conformes con el alumbramiento, el Médico autorizado remite al Médico que propone la interrupción de la gestación, o la persona que la pide directamente, para transmitirlo al facultativo encargado de interrumpirla, el informe con los documentos anejos demostrativos (consentimiento escrito, identificación, nacionalidad y domicilio). «El Médico encargado de interrumpir la gestación no puede proceder a esta intervención si no está en posesión de un dictamen de conformidad, con sus justificantes.» Deberá conservar estos documentos durante cinco años. Si el Médico autorizado rehusa «el dictamen conforme», informa al facultativo consultado, o a la persona encinta que lo pidió, directamente. Y si tiene lugar el Médico autorizado, informará la solicitud, «con la seguridad de que la peticionaria puede hallar socorro y apoyo discreto en la institución «Ayuda y consejos a las futuras madres», avisando a esta institución (arts. 12 y 13).

(6) Los informes franco-belgas, médicos y jurídicos, que fueron objeto de discusión, han sido publicados en la «Revue de Droit Penal et de Criminologie», de Bruselas, 1953.

grosas para la vida y la salud de la madre y para su descendencia futura.

Invocóse, a título de ejemplo, la Ley finlandesa de 17 de febrero de 1950; que autorizó el aborto no solamente en el caso de enfermedad o debilidad que ponga seriamente en peligro la salud física o psíquica de la mujer, sino también desde el momento en que la concepción resulte de un acto criminal, como la violación o el incesto, y más aún, si puede sospecharse, con sobrada razón, que la mujer o el padre del futuro niño ha heredado por naturaleza un mal que puede causar entre los descendientes una enfermedad mental grave. El nuevo Derecho penal yugoslavo, al cual nos hemos referido en otras ocasiones, va más lejos todavía (7).

Seguramente la solicitante encinta es, con frecuencia, una *víctima*—víctima de su propia ignorancia, de circunstancias, de egoísmo masculino, de condiciones materiales o morales sofocantes—, y su drama, ese drama que se revela en las manipulaciones recomendadas, no podemos por menos de considerarlo, sin hacer abstracción de los principios, y merece meditación. Cabe preguntarse si se puede imponer sanción a una niña de dieciséis años, o menos aún, sorprendida en su inocencia; a una jovencita de la que abusaron y fué después abandonada, o la muchacha violada por su padre, a una madre gastada por nacimientos repetidos o fatigas excesivas, con un ajuar agobiado por las cargas financieras... Y también pudiéramos preguntarnos, por las indicaciones económicas, sociales, jurídicas y eugenésicas, que no pueden o no deben ser admitidas más que en casos de excepción y verdaderamente extremos.

Por tanto, aun limitado por las condiciones de un texto exhaus-

(7) El Código penal de 1951 dispone que «no será punible el aborto practicado a los efectos de descartar un peligro, amenazador de la vida o de la salud de la mujer encinta, o cuando ha sido mandado ejecutar por otras razones justificativas. Las disposiciones legales definirán los casos en que el aborto es lícito» (art. 140, apartado 4.º). A ello tiende el Decreto núm. 127, de 11 de enero de 1952, sobre la interrupción lícita de la gestación. El artículo 1.º prevé que «la interrupción del embarazo será autorizada en los casos siguientes: 1.º Desde el momento en que esté establecido como cierto, sobre la base de la ciencia médica, que ningún otro medio exista factible para poder salvar la vida de la mujer encinta, o prevenir un atentado grave a su salud. 2.º Cuando sea permitido suponer en buenos principios de derecho, que, en razón de una enfermedad de sus padres, el niño vendría al mundo atacado de graves deficiencias físicas o psíquicas. 3.º Si el nacimiento ha sido provocado por un acto criminal, como violación, acto sexual con una persona incapaz de resistir, acto sexual con un menor, acto sexual cometido con abuso de función, seducción o incesto. Al lado de estos casos ordinarios, y «a título excepcional», la interrupción de la gestación puede ser autorizada a partir del momento en que se abriga sospecha y admite el buen sentido jurídico que el nacimiento del niño podría comprometer la salud de la mujer encinta, por razón de condiciones de vida materiales, personales o familiares, y particularmente difíciles, estas últimas. Los arts. 2 al 15 regulan las condiciones y garantías de la intervención, y el art. 16 precisa las penas señaladas a los médicos que omiten la redacción de las notificaciones o informes, previstos en el Decreto estatutario.

tivo, no es, de hecho, la puerta abierta el aborto para todos los que lo deseen y lo piden. El ejemplo de la primera concesión hecha por nuestro legislador nos muestra el riesgo que entrañaba. Como en el caso de eutanasia, el *principiis obsta* no es regla de sabiduría si, además y a todo trance, quiere evitar toda suerte de «degüello de inocentes» por egoísmo, que el profesor Portes, de la Academia de Medicina de Francia, llamaba un «nirvana que agonizaba» con apariencias de legalidad. Antes de abrir estas peligrosas facilidades conviene agotar los medios educativos de la juventud, de los padres y del público en general, los medios de la protección jurídica y de la acción de socorro social prestado a las futuras madres. Nuestro Código penal no solamente castiga los crímenes o delitos clásicos, rapto, atentados al pudor, a la libertad sexual (violaciones y ultrajes al pudor), la seducción y la trata, sino también «el abuso de la miseria o la dependencia en que se encuentra una mujer» (art. 197), la violación de una obligación de manutención (art. 217) y «el abandono de una mujer encinta» que alumbró en la mayor pobreza (art. 218). Preceptos que deberán ser aplicados muy sistemáticamente y con severidad. La protección del Derecho civil, la curatela y la adopción deberán ser también reforzados. Si, a pesar de todo ello, alcanza gran extensión la interrupción terapéutica, por razones sociales, económicas y de eugenesia, deben realmente aducirse y nunca olvidar que se trata de un problema de los *más graves* y discutibles, que, en ningún caso, puede reducirse arbitrariamente por el médico, según sus sentimientos personales. Lo que no puede ocurrir después de haber sido discutido en todos sus aspectos y con toda la claridad de conciencia de todas sus repercusiones, y que para nuestro legislador y, en definitiva, para nuestro pueblo, son los competentes para modificar la Ley en sentido restrictivo, tal *como existe* y se impone a todos.