

aparece más claramente si pensamos que la intervención, con la finalidad de curar, hubiera proporcionado al médico un notable éxito profesional, fama o comprobación de una investigación científica audaz. Otro ejemplo de lo discutible de los resultados a que conduce la tesis de Cousiño lo depara el hecho de que el autor, al tratar de la acción médica en casos de huelga de hambre, admite la utilización de la fuerza (pág. 489), posición que sólo sería sostenible si, como parece hacer el profesor chileno, entenderíamos al huelguista como un suicida, cosa no siempre posible.

La tesis de la atipicidad de la acción de curar (en contra de quienes sostienen que se trata de un hecho amparado por una causa de justificación) tiene el mérito, según el autor, de hacer innecesaria la apertura del procedimiento criminal. Sin embargo, este ahorro procesal es discutible desde el momento en que esa misma acción, impulsada por la misma finalidad de curar, cobra relevancia penal en caso de fracaso con incumplimiento del deber de cuidado.

Con estas páginas hemos querido dar una ligera información sobre el rico contenido de esta importante obra. Como última observación he de informar sobre la enorme erudición de la obra en la que el autor se enfrenta con todas las posiciones que, sobre los temas relacionados con la antijuricidad, han adoptado los autores antiguos y modernos de nuestro círculo cultural europeo y americano. Respecto de la literatura española hay continuas referencias a los profesores Antón, Cerezo, Córdoba, Cuello Calo, Ferrer Sama, Gimbernat, Jiménez de Asúa, Pacheco, Puig Peña, Quintano, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Rodríguez Muñoz, Del Rosal, Silvela, Suárez Montes y Viada. Es de lamentar que problemas de comercialización de la literatura jurídica latinoamericana obstaculicen la difusión de obras como la presente que, sin duda alguna, sigue los pasos de los grandes tratados de Derecho penal que, en lengua castellana, se han editado a ambos lados del océano.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

GARCIA MARIN, J. M.: «El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)». Ed. **EDERSA**, Madrid, 1980. 244 páginas.

Esta monografía de García Marín, que viene a dar una nueva dimensión histórica a la debatida cuestión del aborto, está dividida en dos grandes partes: una referida al aborto criminal en los siglos XVI al XVIII, y la otra dedicada al aborto criminal en el período codificador.

El autor acaba la obra con un «Epílogo que puede ser Prólogo», en el que recoge, a mi juicio, el motivo que le movió a la realización de este estudio científico. Parece ser su fundamental preocupación demostrar que el tema del aborto se ha colocado hoy en una dialéctica de posiciones radicales (de un lado nuestro Código penal vigente y la Iglesia; del otro lado los partidarios del aborto libre) que no se corresponden con las posiciones mantenidas en anteriores momentos históricos.

La Iglesia, a partir de la *Apostolicae*, de Pío IX, de 12 octubre 1891, abandona la multiseccular distinción entre feto animado e inanimado que daba lugar a efectos sancionatorios muy distintos, castigando toda clase de aborto con la excomunión *latae sententiae* en el canon 2.350,1— del *Codex iuris canonici*, de Benedicto XV, de 27 junio 1917. (En la misma línea la *Casti connubii*, de Pío XI, de 31 diciembre 1932; *Mater et Magistra*, de Juan XXIII, de 15 mayo 1961; *Pacem in terris*, de 11 abril 1963; *Humanae vitae*, de 25 julio 1968, y el propio Concilio Vaticano II). Aunque no puede negarse que dentro del seno de la doctrina de la Iglesia se discute sobre la admisión del aborto terapéutico e incluso de la distinción entre feto animado e inanimado en virtud del canon 747 que condiciona la obligación de bautizar todo feto abortivo al hecho de que viva («si ciertamente viven»), es lo cierto que «la postura oficial de la Iglesia se mantiene concorde con las más rígidas posiciones proteccionistas» (pág. 225).

Por su parte, la legislación española vigente (arts. 411 y ss. del Código penal) mantiene una postura igualmente rígida ciertamente excepcional en el Derecho comparado, cuya exposición hace el autor de la mano de los penalistas G. Landrove Díaz y S. Huerta Tocildo, cuyos estudios son indispensables, a mi juicio, para quien quiera conocer la situación actual de la cuestión.

Pero la parte central de la obra de García Marín es el estudio histórico a través del cual el autor nos demuestra que ni la legislación ni la doctrina de juristas, moralistas y teólogos mantenían, en la época histórica estudiada, posiciones tan radicales como las actuales, salvo sectores minoritarios.

Por lo que respecta a la ley, todo el período estudiado por el autor se rige por la disposición de Partidas, VII, 8,8, en cuya regulación es de destacar, sobre todo, la distinción que se hace entre aborto de un feto vivo y aborto de un feto no vivo. En el primer caso se impone «pena de omicida» (muerte) y en el otro destierro por cinco años. Esta distinción entré vivo y no vivo equivale a la distinción doctrinal entre feto animado e inanimado, y tiene, pienso yo, equivalencias con los plazos de que habla toda doctrina moderna sobre el aborto.

Este texto legal viene de algún modo a reconocer la importancia de la distinción entre feto animado e inanimado, ya planteada por los clásicos griegos y latinos, y a confirmar la doctrina de la animación retardada mantenida por buena parte de los tratadistas, en especial desde San Agustín (págs. 27-29). El lector echa de menos un estudio específico de la teoría de la animación retardada, limitándose el autor (pág. 49, nota 35) a remitirnos a la obra de Navarro Rubio, quien entiende que, teniendo su origen en los planteamientos de Aristóteles y ampliada por Santo Tomás, fue de aceptación unánime entre teólogos, filósofos, médicos y juristas prácticamente hasta hoy, fijando el momento de la animación en los cuarenta días para el varón y ochenta o noventa para la mujer.

El mérito principal de la obra consiste en el minucioso estudio de la doctrina histórica. Aunque con una sistemática de exposición excesivamente prolija que exige del lector un esfuerzo adicional, sobre todo para quienes no estamos acostumbrados a esta clase de literatura histórica, el libro es

reflejo certero del enorme trabajo realizado por el autor, de su honestidad en el método y del deseo de ser exhaustivo al enfrentarse con toda la problemática que plantea el tema de estudio. Así, el lector podrá encontrar la posición doctrinal sobre problemas, como calificación del hecho cuando hay duda sobre la animación o no del feto, las razones jurídicas, teológicas o morales para negar el «omicidio» en caso de feto inanimado, licitud del aborto cometido para recobrar la salud (págs. 104-105) o de la utilización de fármacos directamente encaminados a curar, pero indirectamente abortivos (pág. 116), licitud del aborto *honoris causa*, del onanismo, de la esterilización, etc.

También tiene un enorme interés, incluso para los estudiosos del Derecho positivo vigente actual, la exposición de las posiciones doctrinales sobre la responsabilidad de los participantes en el hecho: el causante o procurante, el consejero o mandante, el cómplice, socio, ayudador o partícipe; o los estudios sobre el «conato» y la intencionalidad.

De todo ello el autor concluye que «si existió intencionalidad y el feto estaba ya vivo, la pena a aplicar será la ordinaria, o lo que es lo mismo, la de muerte. Si aún no lo estaba y se dio la misma intencionalidad, el culpable será desterrado por cinco años en una isla. Tal pena corresponderá tanto a la madre que provoca su aborto como al tercero que procede en virtud de un mandato dado por aquélla o por un familiar o extraño. Cuando falta en absoluto la voluntad de matar, ha de entenderse que no existe responsabilidad alguna» (págs. 217-218). Respecto de la responsabilidad del padre causante, la Ley es poco clara, pero «la glosa de Gregorio López contribuye a esclarecer la cuestión, al estimar que la pena de destierro sólo es aplicable al padre con independencia de si el feto estaba animado o no, en el caso de que *non dolo, sed causa disciplinae* golpease a su mujer» (pág. 218).

En resumen, nos encontramos con un importante trabajo hecho con honestidad y esfuerzo, muy oportuno en el momento presente en España que contribuirá, sin duda, a evitar un planteamiento radicalizado de la cuestión del aborto conociendo mejor la historia de la discusión. Conviene advertir que García Marín no oculta sus simpatías por la solución de las indicaciones recogidas en el Anteproyecto de Código penal de 1979 que luego fue sustituida por una regulación similar a la vigente en el Proyecto de Código penal de 1980, en la actualidad en el Parlamento.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

GARCIA VALDES, Carlos: «La pena capital. Estado actual de la cuestión».
Editorial Antalbe. 1979. Barcelona, 1979. 63 págs.

«Siempre he creído que existen temas en los que el estudioso del Derecho penal no puede ni debe ser neutral: temas como la tortura o la pena de muerte; ante ellos el penalista tiene que comprometerse y sin ambigüedades defender o atacar sin descanso su mantenimiento contemporáneo...»

«El presente trabajo se dedica hoy a aportar un grano de arena más en