

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**ANALISIS JURIDICO DE LA TENTATIVA
DE LA MUJER PARA CAUSAR
SU PROPIO ABORTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RUDY ROCAEL PINEDA PINEDA

Previo a Optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Julio de 1997

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

04
T(3278)
C.A

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Noel Ruiz Pinto
Vocal:	Lic. José Víctor Taracena Alba
Secretario:	Lic. Jorge Barrios Enriquez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Roberto Samayoa
Vocal:	Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Secretario:	Licda. Elisa Sandoval de Aqueche

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



679-97

Lic. Luis Roberto Romero Rivera

Abogado y Notario

7a Avenida 20-36 Zona 1 - Tel. 519165

Edificio Gándara, 3er Nivel Of. J

Guatemala, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES SECRETARIA

03 MAR. 1997

RECIBIDO

Horas: 14 minutos 25 OFICIAL

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. José Francisco de Matta Vela
Su Despacho.

Señor Decano:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de la providencia de fecha veintidos de Noviembre de mil novecientos noventa y seis respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor que desarrollé como ASESOR del Bachiller RUDY ROCAEL PINEDA PINEDA en su trabajo de tesis cuyo título final quedó con la denominación de "ANÁLISIS JURIDICO DE LA TENTATIVA DE LA MUJER PARA CAUSAR SU PROPIO ABORTO" Al bachiller PINEDA PINEDA, se le sugirió efectuar cambios de algunos conceptos que planteaba en los capítulos primero, segundo y tercero, a lo cual accedió y se le brindó la asesoría necesaria para la elaboración del mismo, se le orientó en cuanto al uso de los métodos y las técnicas aplicables para este tipo de investigación, llegándose a conclusiones valederas.-

Por lo tanto me permito rendir el Dictamen correspondiente, en el sentido de que el trabajo de tesis cumple con los requisitos establecidos en las normas contenidas en el Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis, razón por la cual puede continuarse con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo del señor Decano, deferentemente,

Guatemala, 27 de Febrero de 1,997.-

"ID Y ENSERAD A TODOS"

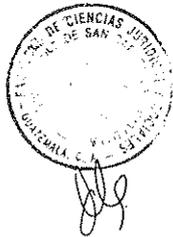
LIC. LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO

PROPIEDAD DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



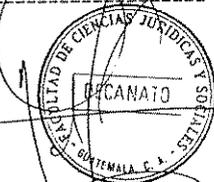
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
CARRERAS 12
L. Centroamerica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, siete de marzo de mil novecientos noventa y -
siete.-----

Atentamente, pase al LIC. EDGAR LEMUS ORELLANA, para que
proceda a Revisar el trabajo de Tesis del Bachiller RUDY
ROCAEL PINEDA PINEDA y en su oportunidad emita el dicta-
men correspondiente.-----

alhj.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Calle Universidad, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

20 JUN. 1997

2704-97

RECIBIDO
Poras 16 Minutos 45
OFICIAL



Junio 20, 1997.

77

Licenciado:

José Francisco De Mata Vela
Decano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, en la providencia de fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y siete, procedí a revisar la tesis del estudiante RUDY ROCAEL PINEDA PINEDA, titulada "ANALISIS JURIDICO DE LA TENTATIVA DE LA MUJER PARA CAUSAR SU PROPIO ABORTO", en virtud de la cual le informo:

1. Revisé cuidadosamente la tesis presentada por el estudiante, haciendo las observaciones y sugiriendo los cambios que fueran pertinentes.
2. Reorienté la investigación, proponiendo una distinta metodología que fuera más adecuada para la consecución de los fines y objetivos de la tesis, le indiqué y le proporcioné la bibliografía más actualizada para incorporar a su contenido, y
3. El estudiante atendió e hizo las correcciones que se le sugirieron para la elaboración de su tesis.

En virtud de lo anterior, DICTAMINO: Que la tesis presentada por el Bachiller RUDY ROCAEL PINEDA PINEDA, llena con suficiencia los requisitos exigidos para que pueda discutirse en el examen Público respectivo.

De usted, atentamente.

"ID Y ENSEÑAN A TODOS"

Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
REVISOR

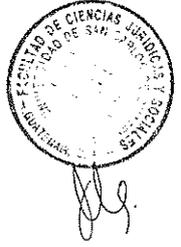
EELO/scgf.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Universitaria, Zona 12
Ciudad de Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y siete.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de tesis del Bachiller RUDY ROCAEL PINEDA PINEDA intitulado "ANALISIS JURIDICO DE LA TENTATIVA DE LA MUJER PARA CAUSAR SU PROPIO ABORTO". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis. -----

alhj.



ACTO QUE DEDICO

A DIOS

Ser omnipotente que con su luz me ha guiado por el sendero de la vida.

A MIS PADRES:

José Gumercindo Pineda García y
Etelvina Pineda Melgar.

En gratitud por sus múltiples esfuerzos durante mi vida estudiantil.

A MI TIO:

Lic. Osmin de Jesús Pineda Melgar.

Por su apoyo durante mis estudios universitarios.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Que con sus enseñanzas me ha permitido hacer realidad mis anhelos profesionales.

INDICE

apítulo I	
. El Derecho a la Vida	1
.1. En la Legislación Interna	1
.2. Normas de Derechos Humanos que Protegen la Vida .	3
apítulo II	
. El Aborto	7
.1. Breve Reseña Histórica	7
.2. Definición	10
.3. Clases de Aborto	11
.4. Sujetos del Delito de Aborto	12
.5. El Bien Jurídico Tutelado	13
.6. El Elemento Interno del Delito de Aborto	14
.7. Semejanzas y Diferencias con otros Delitos	15
.7.1. Infanticidio	15
.7.2. Parricidio	16
.8. Principales Formas de Provocar el Aborto	17
.9. Corrientes Relativas a la Punibilidad del Aborto . .	19
apítulo III	
. La Tentativa	25
.1. Definición	25
.2. Elementos	25
.3. Referencia a los Actos Preparatorios y de Ejecución .	26
.4. Límites	28
.5. Fundamento de la Tentativa	28
.6. Forma de Punibilidad de la Tentativa	29
.7. Semejanzas de la Tentativa con otras Figuras	30
apítulo IV	
. Consideraciones Generales	35
.1. De las Consecuencias del Delito.	35

4.1.1. La Pena	35
4.1.2. Las Medidas de Seguridad	36
4.2. La Tentativa de la Mujer para Causar su Propio Aborto	39
Conclusiones	47
Recomendaciones	49
Bibliografía	51

INTRODUCCION

Uno de los principales deberes del Estado es la protección de la vida humana, la cual comprende el periodo que va desde el momento de la concepción, hasta el momento en que sobreviene la muerte, sean cuales fueren sus causas. Ello justifica el por qué el Estado, haciendo uso de su engranaje jurisdiccional, sanciona a quien atenta contra la vida humana, a través de la creación de esas figuras delictivas.

Una de las principales figuras delictivas creadas para la protección de la vida del ser humano es el aborto, cuya importancia es trascendental, si se toma en cuenta que desde el momento de la existencia de la vida extrauterina; puesto que si el Estado prescindiera de la protección del producto de la concepción durante el estado de gestación de éste, carecería de sentido que se regulara la sanción al ataque contra la vida extrauterina, ya que el producto de la concepción nunca llegaría a nacer.

La legislación penal guatemalteca, en congruencia con los principios Constitucionales, contempla la sanción al sujeto activo del delito de aborto, haciendo derivar diferente sanción según sea la modalidad de éste. Sin embargo, el derecho penal no constituye el único mecanismo con que el Estado cuenta para garantizar a sus habitantes los derechos que la Constitución les otorga. Muchas son las alternativas que pueden encontrarse para garantizar el legítimo ejercicio de sus derechos, sin acudir a la represión de las demás personas. Ello justifica, quizá, el hecho de que en ocasiones el Estado prescindiendo de la facultad punitiva de que está investido reconoce la impunidad de hechos que, en legislaciones anteriores, cargadas de autoritarismo, eran objeto de severa sanción. La tentativa de la mujer para

causar su propio aborto es uno de tales casos, en que el Estado ante la ausencia de la consumación del delito. prefiere excluir del campo penal dicha conducta, protegiendo así otros valores que en caso contrario se verían seriamente afectados, como la unión familiar y los sentimientos morales del truncado sujeto activo del delito.

Por otra parte, la sola noción de peligrosidad de un sujeto no es suficiente para que el Estado presuma su conducta futura; le limite arbitrariamente el ejercicio de sus derechos, situación que de darse, refiría con los más elementales principios de un Estado de derecho.-

CAPITULO I

EL DERECHO A LA VIDA

1.1. En la Legislación Interna:

El ser humano, para su subsistencia y desarrollo integral cuenta con una serie de derechos que le son inherentes a su propia naturaleza, entre los cuales puede mencionarse la integridad física y mental, la seguridad, la educación y otros. Sin embargo, estimo que es la vida el principal de ellos, en virtud de que constituye el presupuesto indispensable para la existencia de los otros derechos que las leyes reconocen. Imposible resulta que a una persona se le concedan y garanticen muchos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, si no cuenta con derecho a la vida.

En Guatemala el derecho a la vida tiene rango Constitucional, ya que según los Doctores Vásquez Martínez y García Laguardia (1), "ha sido explícitamente reconocido por las Constituciones de 1,945 (Artículo 23), 1,956 (Artículo 40, tercer párrafo) y 1,965 (Artículo 43, segundo párrafo)". En igual sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala, de 1,985, firmando la primacía de la persona humana -preámbulo-, en su articulado señala: artículo 2: Deberes del Estado: Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona"; artículo 3: "Derecho a la vida: El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona".

El contenido de los artículos antes citados evidencia la

amplitud de la protección al derecho a la vida y la obligación del Estado a garantizarla, con la sola excepción contenida en el artículo 18, que en su parte conducente expresa: "...La pena de muerte se ejecutará después de agotados todos los recursos." Se trata pues de una Constitución con alto énfasis en la protección de los derechos humanos, que al decir del Doctor García Laguardia (2), habiendo sido "promulgada en el tránsito de un gobierno autoritario sumamente duro, a uno de carácter democrático, la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, que aparece, en el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente de "impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho..."

La naturaleza propia de una Constitución impide que en ella se establezcan sanciones o medidas dirigidas a hacer efectivos los derechos que ella reconoce, por lo que comprensible y legal resulta que ello sea trasladado a leyes ordinarias. Es así como el Código Penal guatemalteco, establece una serie de figuras delictivas destinadas a garantizar el derecho a la vida, antes del nacimiento (Aborto), durante el nacimiento (Infanticidio) y después del nacimiento (Asesinato por ejemplo), contemplando además las medidas que como consecuencia del ataque a la vida humana deben imponerse a su autor.

Cabe destacar al respecto que el ordenamiento jurídico guatemalteco reconoce la vida del ser humano desde el momento de la concepción, es decir desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, situación difícil de determinar en cuanto al preciso momento que ocurre, pero que en el ámbito jurídico guatemalteco descarta la corriente doctrinaria de que el

citurus o no nacido es simplemente una esperanza de vida. sidero además, que el artículo 3 Constitucional, sumado a las posiciones contenidas en tratados y convenios sobre derechos anos, que de conformidad con el artículo 46 Constitucional, en en Guatemala, son el sólido fundamento para la riminación del aborto en sus diferentes manifestaciones, de lo deviene la imperatividad de la protección del producto de la cepción en cada una de sus fases de gestación, ya sea como vo, embrión o feto.

. Normas de Derechos Humanos que protegen la Vida:

Los derechos humanos son, según Gregorio Peces-Barba, ado por Sagactunc Gemmcil (3), la "Facultad que la norma ibuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a libertad, a la igualdad, a su participación política o social. uelquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo egral como persona, en una comunidad de hombres libres, giendo el respeto a los demás hombres, de los grupos sociales y Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato ctivo del Estado en caso de infracción."

Muchos son los instrumentos que en materia de derechos ances han aprobado los Estados, pero todos ellos obviamente ogen, sea implícita o explícitamente el derecho de la persona ana a la vida, puesto que sin éste, vano sería reconocer os. Estimo improductivo extenderme en la cita de instrumentos ativos a derechos humanos ratificados por Guatemala, por lo mc limitaré a lo que al respecto establecen dos: a) La iberación Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 3 e: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a seguridad de su persona" y. b) La Convención Americana sobre

Derechos Humanos, que en su artículo 4 dice: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos mas graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a los delitos a los cuales no se la aplique actualmente..."

Ambos cuerpos legales regulan con claridad el derecho a la vida, aunque es la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que mas claridad introduce en su texto, al delimitar el ámbito temporal de vigencia de dicho derecho, al indicar que estará protegido a partir del momento de la concepción y que finalizará con la muerte, sea por causas naturales o por ejecución judicial en los casos que legalmente proceda.

Trascendental importancia reviste la referencia a la concepción, por cuanto que de ello se desprende la licitud de los llamados métodos de Planificación Familiar, encaminados a evitar la fecundación del óvulo por el espermatozoide, ya sea por medios naturales o artificiales, puesto que no dándose la concepción no nace la tutela jurídica. Lo contrario llevaría a sancionar al varón que mediante la masturbación, derrama al vacío determinada cantidad de semen, que constituye millones de seres humanos en potencia.

En cuanto a la fuerza vinculante de los preceptos citados cabe señalar que si bien es cierto que como apunta Ramella citado por Balsells Tojo (4), "esas declaraciones y convenciones son meras expresiones de deseos, pues en la mayoría de los casos los Estados no las cumplen", ello no sucede en el caso de

Guatemala, en que su contenido también se encuentre plasmado en la máxima ley dentro del ordenamiento jurídico interno (artículo 3 de la Constitución), en el título denominado "Derechos Humanos".

CITAS DEL CAPITULO I

- (1) Vásquez Martínez, Edmundo y García Laguardia, Jorge Mario.
Constitución y Orden Democrático.
Primera Edición. Editorial Universitaria.
Guatemala, 1,984. página 122.
- (2) García Laguardia, Jorge Mario.
Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985.
Segunda edición. Serviprensa Centroamericana.
Guatemala, 1,994. página 47.
- (3) Sagastume Gemmell, Marco Antonio.
Curso Básico de Derechos Humanos.
Primera Edición. Editorial Universitaria.
Guatemala, 1,991. página 1.
- (4) Balsells Tojo, Edgar Alfredo.
Algo Sobre Derechos Humanos.
Talleres de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Guatemala, 1,985. página 7.

Constitución Política de la República de Guatemala. 1,985.

Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 del Congreso de la República.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

CAPITULO II

EL ABORTO

2.1. Breve Reseña Histórica:

El problema del aborto es tan antiguo como pueda serlo la vida del hombre, constituye quizá, uno de los temas mas fecundos del Derecho Penal, ya que por su propia naturaleza siempre ha revestido matices de polémica y actualidad; su práctica y regulación han sido tan diversas, según sea la época y lugar de que se trate, así en unas épocas fue objeto de severas sanciones y en otras fue consentido.

Según Lawrence Lader, citado por los Licenciados De León Velasco y De Mata Vela (1) "los datos mas antiguos que se conocen de prácticas abortivas se encontraron 3.000 años antes de Cristo en los archivos reales de China. Un papiro egipcio conteniendo datos de medicina, del año 1.550 antes de Cristo, menciona otros métodos abortivos que semejan tanto un contraceptivo como un abortivo". En los Libros Vedas el aborto considerado como un pecado fue equiparado al asesinato de el marido o de un Brahaman sabio. Posteriormente, las leyes de Manú lo enjuician como una ofensa proferida por la mujer al marido, sancionándola con la expulsión de la ciudad. En Egipto no fue castigado el aborto, haciéndolo con dureza, sin embargo, con el infanticidio. En Grecia, según Cabanellas (2), Aristóteles y Platón aconsejaron el aborto por razones demográficas, cuando era excesivo el número de habitantes. En Lacedemonia el aborto se prohibió, ya que este pueblo tenía como principal preocupación, contar con el mayor número posible de guerreros y atletas.

En Roma el aborto siempre fue considerado una inmoralidad, pero ni en la época republicana, ni en los primeros años del

Imperio fue calificado como delito, residiendo la razón de su impunidad, durante el derecho romano clásico, en que suponía al feto como parte de las visceras de la madre, estimando que al abortar la mujer no hacía más que disponer libremente de su cuerpo.

En España, el Fuero Juzgo castiga con la pena capital, la ceguera, azotes y penas pecuniarias, tanto a las mujeres que toman abortivos, como a quienes los proporcionan y a quienes hieren a las mujeres preñadas, haciéndolas abortar. En el derecho penal azteca, fue castigado el aborto con pena de muerte, tanto para la mujer, como para quien la ayudaba; en el incaico, el aborto fue reputado como un delito dirigido contra los intereses de la comunidad, castigándolo con la pena de muerte, ello en virtud del valor económico que tenía la prole, llegando incluso a utilizar los hijos para el pago de deudas.

Respecto al Derecho Penal indiano, según la Enciclopedia Jurídica OMEBA (3) "es extremadamente difícil llegar a una conclusión sobre la manera como el aborto era sancionado durante el largo periodo de la colonia", aunque admite sin embargo, que el aborto era un delito poco frecuente en la época pre-colonial y comienzos de la colonial, aumentando después debido a los cambios sociales, económicos y políticos ocurridos durante el coloniaje.

Trascendental importancia ha tenido a lo largo de la historia del aborto, la polémica surgida en torno a la animación del feto, diferenciándose dos puntos de vista: uno que señala que, el feto adquiere alma y por lo tanto es animado a partir de los cuarenta días siguientes a la concepción para los varones y ochenta días para las hembras, este es el parecer de Aristóteles, para quien antes de transcurrir este tiempo, el feto será al principio vegetativo y luego sensitivo; el otro punto de vista a su vez, indica que el feto tiene alma y es animado desde el

momento de la concepción, llamándole feto formado, este es representado por lo padres de la Iglesia. Santo Tomás de Aquino, mostrándose partidario de la idea aristotélica, consideraba la existencia de un alma vegetativa, una sensitiva y otra espiritual, esta última adquirida a los cuarenta u ochenta días de la concepción, según sea varón o hembra, respectivamente, reconociendo no obstante, que el embrión dotado de vida vegetal o animal, si no es un "homo perfectus", si es un "homo in potentia". Esta diferenciación reviste importancia por cuanto que, según Montañés del Olmo (4) "el aborto de un feto "no formado" no merecía la calificación de homicidio, ya que, al no tener alma, no se le podía considerar como hombre".

El Derecho Canónico también se ocupó del aborto, apunta Montañés del Olmo (5) que la traducción correcta de la Biblia, del hebreo al griego, en el Exodo 21 (22-23-24-25) es "(22) Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndola parir y el niño naciere sin mas daño, sea multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y digan los jueces; (23) pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, (24) ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, (25) quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal".

En la edad moderna, los teólogos orientales mantienen la consideración de que el feto es animado desde el momento de la concepción; los occidentales por el contrario, siguiendo la orientación aristotélica consideran solamente el aborto del feto animado como homicidio en todas las ocasiones.

En el campo médico Tomás Fienus entendía que, el semen coagula en tres días la sangre menstrual y esto es el comienzo de una nueva vida, fijando en esos tres días la unión del alma el embrión. Johannis Marcus, por su parte, lleva el tiempo de

animación al momento del nacimiento, con lo que ningún aborto sería calificado como homicidio. Hipócrates, señala ya en su juramento: "me abstendré igualmente de aplicar a las mujeres pesarios abortivos", no obstante ello, Tertuliano, citado por Montañés del Olmo (6), habla de una aguja de bronce llamada embriosphacto, que habría sido utilizada por Hipócrates y otros para provocar el aborto.

En resumen, el aborto ha atravesado por diversas etapas durante su historia, desde su impunidad, pasando por su sanción severa y llegando finalmente a una sanción moderada, atendiendo en cada etapa a los mas variados fundamentos, ya sea de su impunidad o castigo.

2.2. Definición:

La palabra aborto, según Cabanellas (7) "procede del latín abortus, de ab y ortus, nacimiento. Equivale a mal parto, parto anticipado, lo nacido antes de tiempo" y agrega que "generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo".

En el estudio del aborto confluyen para su comprensión tanto las definiciones de orden jurídico como de orden médico: para las primeras, según Bajo (8) el aborto es "toda interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o la muerte del fruto de la concepción", las segundas a su vez lo consideran como "la interrupción espontánea o inducida del embarazo antes de que el feto haya alcanzado un grado suficiente de desarrollo como para poder sobrevivir fuera del útero" (9). Ambas definiciones hacen referencia a la vida, la cual tiene inicio al momento que las células germinales se unen, ya sea como producto de relación sexual natural o por procedimientos artificiales, que es protegida dentro del vientre materno y

naliza en el momento que cesan las funciones vitales del organismo.

El Código Penal guatemalteco en su artículo 133 establece: "El aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". Este concepto genérico del delito, comprende necesariamente dos elementos a saber: la existencia del embarazo en la mujer, la preñez y, que el producto de la concepción haya tenido vida previamente, es decir se le provoque la muerte, no importando cual sea la causa por la que ésta se produzca.

3. Clases de Aborto:

La legislación penal guatemalteca distingue dos clases de aborto: los punibles y los no punibles, así:

Abortos Punibles: comprende el causado por la propia mujer o por un tercero con su consentimiento; el practicado por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada; el aborto preterintencional y el aborto culposo realizado por un tercero con conocimiento del estado de preñez;

Abortos No Punibles: comprende el aborto terapéutico, siempre que cumpla los requisitos exigidos por la ley; el aborto culposo practicado por la mujer embarazada y su propia tentativa.

El informe de la Comisión designada para la Revisión del anteproyecto de Código Penal, para la República de Guatemala, presenta tendencia a la atenuación de la pena en algunas modalidades, distinguiendo, a diferencia del actual Código, los casos en que la mujer viviere en estado de extrema pobreza y atendiendo los casos de impunidad a aquellos en que el embarazo proviniera de una violación o una inseminación forzada o fraudulenta. De lo que se deduce la tendencia guatemalteca a la

atenuación de la sanción del aborto y en algunos casos a su legalización.

2.4. Sujetos del Delito de Aborto:

Los sujetos del delito de aborto pueden ser tan variados, dependiendo de la clase de aborto que se trate, por lo que es necesario tratar por separado dichas clases, a efecto de deslindar con precisión quienes concurren en el delito como sujetos activo y pasivo del mismo.

a) Sujeto Activo: en el aborto procurado (causado por la propia mujer) o por un tercero con su consentimiento, lo es en el primer caso, la propia mujer y en el segundo, ella y el tercero que lo practica. En el realizado por un tercero sin consentimiento de la mujer, es solamente la persona que lo causa. En el preterintencional, es la persona que ocasiona el daño sin intención de provocar el aborto, pero con conocimiento del estado de embarazo de la mujer y, en el culposo provocado por un tercero, lo es quien realiza los actos que a título de culpa causan el aborto.

La denominación de tercero, aquí utilizada comprende a toda persona extraña a la mujer embarazada que experimenta el aborto, por lo que en ella pueden incluirse, al médico, al marido, a los padres de la mujer y a toda persona distinta de ella.

b) Sujeto Pasivo: Mucha polémica ha causado la determinación de quien debe ser considerado sujeto pasivo del delito de aborto, mencionándose a la madre del feto, en los casos de aborto sin su consentimiento; a la sociedad, en todo caso; al padre del feto, en los casos que se realiza sin su consentimiento o contra su voluntad, no faltando quienes, incluso, han llegado a considerar sujeto pasivo del delito al feto, cuyo desarrollo es

interrumpido fatalmente.

Entiendo que en la forma indicada, es sujeto pasivo del delito de aborto la madre del feto, por cuanto que aparte de ver truncadas sus aspiraciones de ser madre, no en pocas ocasiones se ve amenazada o alterada su salud y vida, bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. El padre a su vez, ve lesionado su derecho a la descendencia y familia que le garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su artículo 47 dice: "El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos" (el subrayado es mío). Es decir, igual derecho al que tiene la mujer sobre los hijos, en cuanto a su número y espaciamiento tiene el marido, por lo que disponer de ellos sin su consentimiento, conlleva una lesión a su derecho. La sociedad, por su parte, es criterio generalizado, que constituye sujeto pasivo, por la repugnancia que causa atentar contra un ser indefenso, provocando impacto social y enervando el respeto a la vida, necesario para la convivencia pacífica de la sociedad.

2.5. El Bien Jurídico Tutelado:

Asegura Bajo (10) que "El bien jurídico directamente protegido en el delito de aborto es la esperanza de vida del producto de la concepción" y agrega "Se puede decir que es opinión dominante aquella que reconocemos también como bienes jurídicos secundariamente protegidos la vida e integridad física de la madre y el interés demográfico del Estado".

El Código Penal guatemalteco incluye el delito de aborto, en el título que denomina "De los Delitos contra la vida y la integridad de la persona", de lo que se desprende que protege tanto la vida del producto de la concepción, como la de la madre. lo primero se deduce de la incriminación de lo que el Código llama Aborto Procurado (causado por la propia mujer), y no puede ser de otra forma, puesto que si se estuviera con ello, protegiendo la vida o salud de la mujer, de la misma manera se castigaría la tentativa de suicidio de esta, lo que obviamente cae en el absurdo. Pero el Código en mención si protege la vida de la madre en otras modalidades de aborto, tal el caso de lo que denomina Aborto Calificado, en que castiga con mayor severidad al responsable si a consecuencia del aborto consentido o de las maniobras abortivas consentidas o del aborto o maniobras no consentidas resultare la muerte de la mujer, es decir que, el legislador previo la razonable posibilidad de que un procedimiento abortivo pueda llevar consigo la muerte de la mujer embarazada, por lo que aumentando la sanción ha perseguido la adecuada protección de su vida. También en el artículo 137 del mismo Código Penal se protege la vida de la madre, al indicar que no es punible el aborto que tiene por fin evitar un peligro para la vida de la madre, siempre que se cumpla con los requisitos por el exigidos.

2.6. El Elemento Interno del Delito de Aborto:

Entendido el elemento interno, como la culpabilidad del sujeto en el delito, puede decirse que el Código Penal guatemalteco admite para el aborto la forma dolosa, la culposa y además la preterintencional, y atendiendo a este criterio gradúa la pena, considerando impune incluso, algunas de sus modalidades, como sucede con el culposo provocado por la propia mujer

embarazada y el doloso también realizado por ella, cuando se pueda en grado de tentativa.

Lo anterior significa que el aborto puede causarse por cualesquiera formas de culpabilidad del agente, y que ello naturalmente incide en su punibilidad, de manera que no puede castigarse con la misma fuerza un aborto culposo que un preterintencional, ni un preterintencional igual que un doloso, debido a la particular peligrosidad que puede revelar cada uno de ellos.

4.7. Semejanzas y Diferencias con otros Delitos:

El aborto presenta similitudes con varios delitos, sin embargo, por considerar que solamente dos son los que mayor parecido tienen, se expondrán únicamente el Infanticidio y el arricidio.

4.7.1. Infanticidio:

Comete infanticidio "La madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración síquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido tres días" (Artículo 129 del Código Penal de Guatemala).

Esta figura jurídica presente bastante semejanza con lo que el mismo Código llama Aborto Procurado (realizado por la misma mujer) y principalmente cuando dice: "si lo hiciere impulsada por motivos que ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración síquica, la sanción será..." (Artículo 134 Código Penal guatemalteco). La redacción empleada por el legislador es la misma, sin embargo, su diferencia se encuentra en el elemento temporal, sumamente difícil de determinar, sobre todo en cuanto se refiere a "durante el nacimiento", la diferencia entre terminación del estado de preñez y comienzo del

nacimiento, que exigen aborto e infanticidio, es apenas sutil, mientras que la punibilidad para uno y otro es sustancial (de seis meses a dos años de prisión para el aborto y de dos a ocho años de prisión para el infanticidio).

En tal sentido, considero que, tratándose de dos fenómenos biológicos, preñez y nacimiento, presentándose un caso de tal naturaleza, de suma importancia será el auxilio de la ciencia y la Medicina Forense, a efecto de establecer con la mayor certeza si el hecho es constitutivo de aborto o de infanticidio.

2.7.2. Parricidio:

Aunque en menor grado que el infanticidio, por la variedad de sujetos activos que pueden concurrir, el parricidio presenta caracteres que lo asemejan con el aborto; quien conociendo el vínculo, matare a cualquier ascendiente o descendiente, a su cónyuge o la persona con quien hace vida marital, será castigado como parricida, reza el Código Penal de Guatemala, sancionándolo incluso con pena de muerte. Obviamente, esta similitud se da únicamente cuando el delito es provocado por un ascendiente que conoce la relación de parentesco, presentándose mayor problema cuando dicho ascendiente no es la madre, puesto que su tipificación oscilaría entre aborto, con una pena atenuada y parricidio, castigado con la mayor severidad que conoce nuestro Derecho Penal. En el caso de ser la madre el sujeto activo, su conducta podría, sin embargo, ser considerada como infanticidio si se ajusta a ese tipo penal, siendo mas remota la confusión entre aborto y parricidio. La diferencia en este caso, radica en el momento en que debe considerarse el hecho del nacimiento, y es aquí donde cobra vigencia la polémica respecto al nacimiento, incluso lo relativo al corte del cordón umbilical.

La realidad guatemalteca en el ámbito rural, principalmente, ilustra casos en que por emergencia o falta de personas especializadas, es el marido quien atiende a la mujer embarazada, por lo que en una situación, en que el marido aprovechando esa circunstancia, matare al producto de la concepción durante su extracción, luego de sufrir la mujer dolores, probablemente de parto, la duda saltaría acerca de cual de los dos delitos ha sido cometido.

Esta situación como tantas, es ejemplo de la dificultad que puede presentar para el juzgador, la tipificación de uno u otro delito, por lo que al igual que con el infanticidio y, a falta de criterios en la ley acerca del momento del nacimiento, considero importante la función que puede desempeñar la Medicina Forense, a efecto de determinar el delito que ha de tipificarse y aplicar así una sanción acorde con la conducta del sujeto activo del delito.

2.8. Principales Formas de Provocar el Aborto:

El número de maniobras y sustancias abortivas suele ser tan variable como imaginación tenga el ser humano, regularmente el método es elegido atendiendo tanto a la edad del feto, como al tamaño del útero, entre los métodos empleados pueden mencionarse:

- El Raspado o Legrado: se realiza mediante la dilatación del cérvix e introducción de una cureta para raspar el feto de la pared uterina, su uso es recomendado durante las primeras doce semanas de gestación, en que el feto es muy sensible al tacto, al calor, al sonido, a la incomodidad, al dolor y en que se forman las cuerdas vocales, experimentando el movimiento del llanto.

- Extracción al Vacío: utilizado también durante el periodo de gestación del anterior, consiste en dilatar el cérvix para

introducir un tubo de vidrio unido a un poderoso aparato de succión que mediante la fuerza ejercida en el vacío, atrae al feto, convirtiéndolo en una masa fluida de sangre, cartilago y tejido que es arrojada por la parte inferior del tubo. Cuando la cabeza es demasiado grande, ésta puede descomponerse en varias partes o triturarse con fórceps para facilitar su salida.

- Amnioinfusión: aplicada cuando el período de gestación excede las doce semanas, para este efecto la madre debe esperar la acumulación de suficiente fluido amniótico -decimoquinta o decimosexta semana-, llegado el momento, el abdomen y útero son perforados con una aguja larga, hasta penetrar al saco del feto y extraer el fluido amniótico en que éste flota; posteriormente, en lugar del fluido es inyectada igual cantidad de una potente solución salina que, como indica Paul Marx (11), instantáneamente escabecha vivo al bebé. Es durante ese período de gestación en que el feto se vuelve mas activo, dando puntapiés y moviendo los dedos de los pies o se chupa el pulgar mientras descansa. Una vez realizado el procedimiento, puede ser que el feto se agite, pero luego muere; seguidamente, -unas veinticuatro horas después- la madre experimenta trabajo normal de parto, para expulsar el feto muerto y con la parte exterior de la piel completamente quemada. No obstante ello, existen casos en que los niños han sobrevivido a la crisis y nacen vivos.

- La Histerotomía: es una especie de cesárea utilizada cuando la preñez se encuentra avanzada -últimos tres meses-, por la cual se llega a la matriz a través de una incisión en la pared abdominal y se extrae el feto, a su salida este regularmente se retuerce, moviendo brazos y piernas, tratando de respirar y en ocasiones logra dar un grito débil. A menudo su corazón continúa funcionando durante varias horas, luego parece o es matado en un acto indirecto.

demás de los métodos expuestos, son utilizados entre otros, las prostaglandinas, sustancias similares a las hormonas encontradas tanto en personas como en animales y, la violación del endometrio. Obviamente, pueden presentarse situaciones en que el método empleado no sea lo suficientemente eficaz y provoque complicaciones, evitando llegar a la conclusión del procedimiento abortivo.

.9. Corrientes relativas a la Punibilidad del Aborto:

Como afirman los Licenciados De León Velasco y De Mata Vela (12), "en los últimos tiempos existe viva polémica acerca de la punibilidad o impunidad del aborto consentido de la madre", es así como existen los autores que propugnan por la punibilidad del aborto consentido y los que abogan por su abolición como delito.

Los primeros, exponen entre otros, los siguientes argumentos: es cierto que las personas tienen determinados derechos sobre su cuerpo, pero estos tienen por límite los derechos de los demás, al abortar la madre no solo dispone de su cuerpo, sino además del cuerpo de su hijo concebido, que es una perfecta individualidad y cuya unidad con la madre tan solo tiene una relación de dependencia en razón a los elementos nutritivos que esta le facilita, situación que sigue y continua después del aborto con la lactancia (13); la amenaza de represión penal si constituye un disuasivo, puesto que si bien es cierto que aun con ella siguen existiendo abortos, ignoramos cuantas mujeres se han sostenido por dicha amenaza; la sanción impide la despoblación de las naciones; el aborto representa un peligro para la vida y salud de la madre.

Los partidarios de la abolición del delito de aborto consentido, exponen a su favor lo siguiente: el feto forma parte

del cuerpo de la mujer embarazada, por lo que al abortar, dispone libremente de su cuerpo, o como se consideró en Roma "el feto como portio viscerum matris" (14); la sanción penal es ineficaz, pues la práctica demuestra que aún existiendo, el número de abortos no disminuye, siendo además, escaso el número de condenas por tal delito; las causas del aborto no son jurídicas, sino económicas, por lo que en lugar de castigar a la mujer que aborta, debería erradicarse la extrema pobreza que campea en la población; si la punibilidad del aborto tuviera por objeto proteger el interés demográfico, también debería castigarse el uso de anticonceptivos y contraceptivos, que el Estado por el contrario estimula y finalmente, que no puede protegerse a una persona en contra de su propia voluntad.

Particularmente, me adhiero a la corriente que aboga por la punibilidad del aborto procurado, pues el hecho que la ley reconozca la vida humana desde el momento de la concepción, rompe totalmente el viejo argumento de que tanto la mujer como el feto, forman parte de un todo y consecuentemente aquella puede libremente disponer de éste. Súmase además la circunstancia de que no puede alegarse que la punibilidad contemplada en la ley tenga escasa aplicación práctica haciendo inútil su incriminación penal, puesto que ello significaría tanto como reconocer la impotencia del Estado, para hacer efectivas las sanciones por él establecidas. La equiparación entre aborto y anticonceptivos carece de fundamento, toda vez que como se indicó en el capítulo I del presente trabajo, en tanto no haya concepción (caso de los anticonceptivos) no hay vida, y en tanto no haya vida no hay aborto. Finalmente, la referencia a que las causas del aborto son económicas y no jurídicas, no justifica la falta de punibilidad toda vez que resulta imposible sobreponer causas económicas a la vida de un ser humano, principalmente si se toma

en cuenta que además del feto, existen otros sujetos que se ven afectados como consecuencia de ello.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

CITAS DEL CAPITULO II

- (1) De León Velasco, Héctor Anibal y De Mata Vela, José Francisco.
Curso de Derecho Penal Guatemalteco.
Segunda edición, Talleres Edi-Art.
Guatemala. 1,989. página 345.
- (2) Cabanellas, Guillermo.
El Aborto, su Problema Social, Médico y Jurídico.
Talleres Gráficos "La Mundial".
Buenos Aires, Argentina. 1,945.
- (3) Enciclopedia Jurídica OMEBA.
Editorial Bibliográfica Argentina.
Buenos Aires. 1,954. Tomo I, páginas 81 a 84.
- (4) Montañés del Olmo, Enrique.
Polémica y Realidad del Aborto.
Colección Bolsillo Mensajero, Gráficos Loroño.
Bilbao, España. 1,975. página 24.
- (5) Ibidem.
página 23.
- (6) Ibidem.
página 15 y 16.

- 7) Cabanellas, Guillermo.
El Aborto, su Problema Social, Médico y Jurídico.
Talleres Gráficos "La Mundial".
Buenos Aires, Argentina. 1,945.
 - 8) Bajo Fernández, Miguel.
Manual de Derecho Penal. Parte Especial.
Ceura.
Madrid, España. 1,986. página 121.
 - 9) Enciclopedia Mosby de Medicina y Enfermería.
OCEANO, Tomo I.
Página 3.
 - 10) Bajo Fernández, Miguel.
Manual de Derecho Penal. Parte Especial.
Ceura.
Madrid, España. 1,986. página 121.
 - 11) Marx, Paul.
Comerciantes de la Muerte.
Universidad Saint John's.
1,972. página 34.
 - 12) De León Velasco, Héctor Anibal y De Mata Vela, José
Francisco.
Curso de Derecho Penal Guatemalteco.
Segunda edición. Talleres Edi-Art.
Guatemala. 1,989. página 347.
-

(13) Seminario El Aborto Provocado una Violación al Derecho a la Vida. Instituto Normal para Señoritas de Occidente. Quetzaltenango. 1,990. página 9.

(14) Cuello Calón, Eugenio.
Derecho Penal, parte Especial, tomo II, Volumen 2o.
Decimocuarta edición, Editorial Bosch.
Barcelona, España. 1,980. página 528.

Constitución Política de la República de Guatemala. 1,985.

Código Penal de Guatemala, Decreto No. 17-73 del Congreso de la República.

Código Civil de Guatemala, Decreto Ley número 106.

CAPITULO III

LA TENTATIVA

3.1. Definición:

Antiguamente conocida como "Conato", la palabra tentativa deriva del latín temptatus, que significa acción que se intenta, experimenta, prueba o tantea una cosa.

La tentativa es el comienzo de la ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor. En consonancia con tal definición, el Código Penal guatemalteco indica en su artículo 14: "Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente".

3.2. Elementos:

Se consideran elementos de la tentativa los siguientes

- a) Uno Objetivo o Material, consistente en los actos externos de ejecución, idóneos, de carácter fragmentable, dirigidos a la consumación del delito. Los actos deberán ser idóneos, puesto que es ello lo que la diferencia de otras figuras, como se verá adelante.
- b) Uno Subjetivo o Moral, constituido por la intención, el dolo del agente para cometer el delito, en virtud de la imposibilidad del grado de tentativa en delitos culposos. Esta intención, para ser considerada elemento de la tentativa, deberá ser inequívoca, que permita establecer con certeza el delito que pretende consumir el agente.

c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto, significa que el agente, poniendo todo su empeño para la consumación del delito deseado, no logra su propósito, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o cualesquiera otra causa que no emane de su voluntad. Esta circunstancia permite distinguir esta figura de otras, como la preterintencionalidad, ya que en la tentativa, deseado el resultado dañoso, éste no llega a producirse, en tanto que en la preterintencionalidad, el sujeto no desea que el resultado se produzca en esa dimensión y por causas ajenas a su voluntad (concausas), se produce con esa gravedad.

3.3. Breve Referencia a los actos preparatorios y de ejecución:

La definición de la tentativa se encuentra estrechamente ligada a la referencia a actos de preparación y actos de ejecución del delito, toda vez que, tanto la doctrina como las legislaciones, encuentran como su principal característica ser el comienzo de la ejecución. A efecto de establecer líneas diferenciadoras entre la preparación y la ejecución, han surgido innumerables doctrinas, entre las cuales pueden mencionarse

a) Doctrinas Negativas: Sus exponentes se dividen en dos grupos, por una parte los que niegan la posibilidad de fijar los puntos de diferenciación entre la preparación y la ejecución del delito y, por la otra parte, quienes reconociendo la existencia de dicha diferencia, le restan importancia, posición que es respaldada por el Positivismo Penal, para el cual, frente a la peligrosidad del delincuente, la diferenciación entre actos de preparación y de ejecución, debe pasar a ocupar un segundo plano.

b) Doctrina de la Univocidad: Expuesta por Carrara, según Fontán (1), encuentra como criterio de distinción que, en los actos preparatorios únicamente el agente conoce el fin que

persigue -son equivocados-, de manera que pueden encontrarse dirigidos, tanto a un acto inocente como a un delito, mientras que en los actos de ejecución, constitutivos por ello de tentativa, existe univocidad -son inequívocos-, puesto que revelan por sí mismos la intención del autor de cometer el delito, de manera que es posible a los terceros conocer el fin al cual se encamina la actividad del agente.

c) Doctrina del Ataque al bien Jurídico: Según esta, son actos preparatorios aquellos que nacen y permanecen en la esfera del sujeto activo, en tanto que los actos de ejecución, por el contrario, son aquellos que trascienden la esfera personal del sujeto activo y se trasladan a la del sujeto pasivo. Es decir que la ejecución comienza, cuando los actos del agente alcanzan a caer dentro de la esfera de protección del bien jurídico. Se le critica a esta doctrina, la dificultad de precisar la llamada esfera del sujeto pasivo.

d) Doctrina del Comienzo Típico de Ejecución: Esta doctrina parte de la heterogeneidad en la modalidad de todos los delitos, considerando que el deslinde entre la preparación y ejecución resulta objetivamente, del contenido de cada tipo-delito en cada caso. Fija su atención en la relación entre el acto del agente y la actividad descrita en el verbo núcleo del tipo, e indica que son actos de ejecución, aquellos en que se comienza a realizar el verbo núcleo del tipo (ejemplo, comenzar a tomar cosa ajena sin autorización del dueño, en el hurto), y actos preparatorios aquellos que se ubican fuera de la concretización de dicho núcleo. El comienzo de la realización del verbo núcleo del tipo, según esta doctrina, puede en ocasiones no llevarse a cabo en forma directa por el sujeto activo, sino que puede auxiliarse de complementos como el transcurso del tiempo, que contribuyen a la efectiva realización del núcleo indicado.

siendo en todo caso, no obstante, actos de ejecución.

3.4. Limites:

La figura jurídica de la tentativa, se encuentra comprendida en una posición intermedia respecto a otras, de donde nace la teoría de sus límites; por una parte, como límite inferior se localizan los actos preparatorios que, como se indicó, se encuentran sutilmente separados de los actos de ejecución, de los cuales forma parte la tentativa, cabe destacar que la separación de estos actos es, en algunos casos, de orden cronológico, de manera que unos suceden a los otros; por la otra parte, como límite superior se localiza la consumación del delito, en aquellos casos que no se presentan las causas ajenas a la voluntad del sujeto y éste consigue su propósito criminal, concurriendo todos los elementos de la tipificación del delito.

3.5. Fundamento de la Tentativa:

Las principales teorías que tratan de explicar la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, son dos: las objetivas y las subjetivas. Las primeras a su vez, se dividen en dos ramas, unas que encuentran el fundamento en el riesgo corrido, señalando que aun cuando la tentativa no provoca un daño real inmediato, sino un daño inferior e incluso ninguno, sí pone en peligro bienes jurídicamente tutelados, por lo que corresponde al Estado proveer la salvaguarda, a través del castigo de quien exterioriza la intención criminoso y que solo por causas ajenas a su voluntad no logra consumarse, toda vez que como indica Carrara (2) "al pensar que tan solo un mero accidente, cuya repetición no es fácil de prever salvo a la víctima del mal que le amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado" y agrega "si

en la idea de peligro radica la razón de castigar la tentativa, como es de evidencia que un riesgo por grande que sea, jamás iguale en gravedad al mal efectivamente realizado, piden de consuno la lógica y la justicia que la tentativa no sea imputable como equivalente al delito consumado".

La otra corriente dentro de las teorías objetivas, encuentra el fundamento en la real violación del mandato contenido en la norma que considera el peligro como un delito. Las teorías subjetivas por su parte, fijan su atención en la intención criminal, prescindiendo de la distinción de los actos de preparación y ejecución, dentro de esta tendencia se sitúa el positivismo penal, que concede mayor importancia a la peligrosidad que revele el agente, para el fundamento de la sanción.

3.6. Forma de Punibilidad de la Tentativa:

Tradicionalmente la forma de sancionar la tentativa, ha girado en torno a tres criterios: uno que fundamentado en razones de justicia y política criminal, señala que la tentativa debe ser sancionada con una pena inferior a la que corresponde a los delitos consumados, en virtud de la menor gravedad de la tentativa, en relación al delito consumado, puesto que no puede ser justo equiparar el peligro de un mal con el mal mismo, afirmando además, que la atenuación de la pena en la tentativa, conduce a que su autor se aparte de la ejecución de nuevos actos encaminados a consumir el delito.

Otro criterio indica que la tentativa debe ser sancionada con pena igual a la del delito consumado, considerando que la violación de la ley es de idéntica gravedad, y es solo por causas ajenas a la voluntad del autor que en la tentativa no logra

consumar su intención criminosa. razón esta que justifica la sanción en la misma magnitud al autor de tentativa que al autor de delito consumado.

Finalmente, el criterio de influencia positivista, hace derivar la punibilidad de la tentativa, de la peligrosidad del sujeto. En tal sentido, considera que cuando en la tentativa concurre igual peligrosidad que la existente en el delito consumado, ambos deberán sancionarse en la misma forma. Dentro de este mismo criterio, Florián, citado por Pavón Vasconcelos (3), "considera conveniente la equiparación de sanciones, en forma facultativa, solo en casos excepcionales, en atención a la extrema peligrosidad exhibida por el autor."

La legislación penal guatemalteca por su parte, indica que al autor de tentativa se le impondrá la pena señalada en la ley para los autores de delito consumado, rebajada en una tercera parte (artículo 63 Código Penal). Tal regulación requiere la necesaria determinación del delito que se pretendió cometer, por cuanto que de la sanción correspondiente al delito consumado, se hace derivar la que se aplicara al autor de tentativa. Ello significa que la legislación guatemalteca se adhiere a la orientación que reconoce menor gravedad a la tentativa que al delito consumado y, consecuentemente, atenúa su sanción.

3.7. Semejanzas de la Tentativa con otras Figuras.

La tentativa, en tanto figura propia de los delitos dolosos, presenta parecido con otras dos figuras penales a saber:

a) Con la Tentativa Imposible:

Esta existe, según el Código Penal guatemalteco (artículo 15), si se efectuare "con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulta

absolutamente imposible...". En común, presenta con la tentativa (posible), el haber iniciado la ejecución del delito y no haberlo consumado por causas ajenas a la voluntad del agente. Sin embargo, como su nombre lo sugiere, es la falta de probabilidad de conseguir el resultado deseado, lo que da fisonomía propia a la tentativa imposible, diferenciándola de la tentativa (posible).

La imposibilidad puede operar en dos sentidos: uno respecto al medio empleado, el cual puede a su vez ser totalmente idóneo, (ejemplo: uso de sustancias inofensivas para provocar el aborto) o insuficiente, (ejemplo: propinar una sustancia abortiva, pero en cantidad menor a la necesaria para producir el aborto). En cuanto al objeto, la imposibilidad radica en la naturaleza de este, de manera que se constituye en el obstáculo que impide la consumación del delito, (tratar de provocar el aborto a una mujer no embarazada).

Doctrinariamente llamada también "delito imposible", el Código Penal guatemalteco considera a la tentativa imposible como índice de peligrosidad del sujeto y lo somete a medidas de seguridad.

Con el Desistimiento:

Hay desistimiento, según el Código Penal guatemalteco, cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo...". Tiene en común con la tentativa (posible), que el sujeto habiendo iniciado la comisión del delito, utilizando medios idóneos y sobre objeto que por su naturaleza permita la consumación del delito, no llega a consumarlo. Su diferencia con la tentativa (posible) estriba en el elemento intencional, es decir que, distinto a lo que sucede en la tentativa, en esta

figura la consumación se trunca por voluntad del agente, quien teniendo posibilidad razonable de concluir su propósito criminal, abandona su ejecución.

Manifiesta Ezaine (4), que existen dos clases de desistimiento, el espontaneo o voluntario y el arrepentimiento activo o eficaz, el primero donde la voluntad de receso del agente obra antes que se haya cumplido la acción y el segundo, cuando la voluntad del que esta delinquiendo, obra ya cumplida la acción, logrando solo impedir el resultado" y citando a Maggiore señala que "el que desiste de una acción delictuosa, incoada o completa, demuestra menor maldad y ciertamente menor peligrosidad que el que persiste en ella". En lo que respecta al arrepentimiento activo o eficaz, la legislación penal guatemalteca lo contempla como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, al indicar en el inciso 4 del artículo 26 del Código Penal: "Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias".

CITAS DEL CAPITULO III

- 1) Fontán Balestra, Carlos.
Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II.
Segunda edición. Editorial Abeledo-Perrot.
Buenos Aires, Argentina. 1,970. página 379 y 380.
 - 2) Carrara, Francisco.
Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la
Fuerza Física del Delito. (vertida al castellano por Vicente
Romero Girón).
Segunda edición, Centro Editorial Góngora.
Madrid, España. 1,926. página 60.
 - 3) Favón Vasconcelos, Francisco.
Breve Ensayo Sobre la Tentativa.
Tercera edición, Editorial Porrúa.
México. 1,982. páginas 98 y 99.
 - 4) Ezaine Chávez, Amado.
Iter Criminis.
Quinta edición. Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
Lima, Perú. 1,987. página 85.
- Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 del Congreso de la
República.
-

CAPITULO IV

CONSIDERACIONES GENERALES

1. De las consecuencias del Delito:

Uno de los principales deberes del Estado, es el garantizar los habitantes la seguridad (artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala), ello explica el porqué, Estado, haciendo uso de su facultad punitiva, contempla una serie de sanciones aplicables a aquellos sujetos que, mediante la manifestación de una conducta antisocial, violentan el denamamiento jurídico, a través de la lesión de los bienes jurídicos protegidos de sus semejantes. Frecuentemente, los Estados acostumbran a regular dos clases de consecuencias de la infracción penal: la pena y las medidas de seguridad.

1.1. La Pena:

Afirma Antolisei (1), que "el vocablo "pena" es sinónimo de castigo": en general indica dolor, el sufrimiento que se inflige quien ha violado un mandato". En tal sentido, define a la pena como "el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante un proceso a quien viola un mandato esa misma ley".

El carácter esencial de la pena es la afflictividad, de manera que no puede concebirse la existencia de una pena, cuya aplicación no se traduzca en un castigo que implique sufrimiento para quien la padece.

En cuanto a la función (eficacia) de la pena, adicionalmente se distinguen tres teorías: a) las absolutas, según las cuales, se castiga al sujeto porque ha cometido un delito; b) las relativas, que señalan que se castiga para evitar

que en el futuro se cometan otros delitos; c) las mixtas, por su parte, tratando de conciliar los puntos de vista de las anteriores, aseguran que se castiga porque se ha delinquido y para que no se delinca.

Modernamente, la pena suele recaer por lo común, sobre tres bienes: la vida, la libertad y el patrimonio. Si bien conserva su carácter aflictivo, la pena cumple también la función de combatir las causas individuales de la delincuencia y tiende a la rehabilitación del delincuente, a efecto de hacerlo una persona útil a la sociedad, convirtiendo las cárceles en establecimientos con carácter de institutos de disciplina constructiva y correccional.

El Código Penal guatemalteco, clasifica las penas en: principales y accesorias. Son principales, (según el artículo 41), la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa. Accesorias son (según el artículo 42), la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, el comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, el pago de costas y gastos procesales, la publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen. No obstante ello, el mismo cuerpo legal, acogiendo la tendencia a reducir el ámbito de aplicación de la mas común de sus penas (prisión) y sus perniciosas consecuencias, contempla los llamados sustitutivos penales que, constituyen un claro indicativo de la actual crisis que atravieza la pena (de prisión principalmente), como método para el adecuado control del delito.

4.1.2. Las Medidas de Seguridad:

— Previo a desarrollar el tema relativo a las medidas de seguridad, resulta necesario conocer someramente el tema de la peligrosidad, en vista de que es atendiendo precisamente a ésta,

que se crean aquellas.

Apunta Ulises Zúñiga (2), que "peligro es el riesgo inminente de que suceda algún mal." Este es el concepto en torno al cual gira la teoría de la peligrosidad, estructurada por los positivistas, especialmente Rafael Garófalo, para quien la temibilidad era la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer de parte del mismo delincuente.

Donna (3) citando a Grispigni señala que "desde el punto de vista psíquico, por tanto la peligrosidad criminal es un modo de ser del sujeto, es un atributo, una cualidad de una persona y mas precisamente, es la condición psíquica de una persona en cuanto probable causa del delito" y agrega "desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad criminal es el estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación a él de una sanción criminal".

La dificultad se presenta en cuanto a la determinación de los antecedentes o circunstancias que servirán de patrón para emitir el juicio de peligrosidad. para ese efecto se han considerado los criterios siguientes: la personalidad del sujeto en su triple aspecto, antropológico, psíquico y moral; su vida antes del delito o actos de manifiesto peligro; su conducta posterior a la comisión del delito o hecho revelador de peligro; la calidad de los motivos; la clase de delito cometido o hecho constitutivo de peligro. Sin embargo, el concepto de peligrosidad es tan relativo como tiene que ser una noción construida sobre una probabilidad.

La noción de estado peligroso no es exclusiva de quien ha delinquido, puesto que también existe en aquellos que aún cuando no han delinquido, presentan caracteres de delinquentes en potencia. En cuanto a los primeros, la misma comisión del

delito revela una mayor o menor peligrosidad, sin embargo, en cuanto a los segundos, el problema es mayor, por cuanto que de un modo definitivo y en forma anticipada, ni los juristas ni los psiquiatras, ni los pedagogos, son capaces de formular un juicio valedero sobre la peligrosidad de una persona.

La legislación penal guatemalteca opta por la solución mas práctica, enumerar los índices de peligrosidad (artículo 87 del Código Penal), cita nueve casos que considera constitutivos de estado peligroso, ellos son: la declaración de inimputabilidad; la interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado; la declaración de delincuente habitual; el caso de tentativa imposible de delito: la vagancia habitual; la embriaguez habitual; cuando el sujeto fuere toxicómano: la mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena y, la explotación o el ejercicio de la prostitución.

Las medidas de seguridad son, según los Licenciados De León Velasco y De Mata Vela (4), "medios de defensa social utilizados por el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes, que tienen por objeto la prevención del delito y la rehabilitación del sujeto con posibilidades de delinquir (peligrosos sociales o peligrosos criminales).

La creación de las medidas de seguridad, es obra de la Escuela Positiva del Derecho Penal, la que llegó a considerarlas como el complemento de la pena, en contraposición a los postulados de la Escuela Clásica, que durante muchos años permanecieron incólumes, considerando a la pena como única consecuencia del delito, y dejando un vacío insalvable en caso de inimputabilidad moral, tal el caso de los menores y anormales. Su naturaleza esta intimamente ligada al concepto de peligrosidad que, fue uno de los puntos sobre los cuales giró la estructuración de la Escuela Positiva.

Doctrinariamente, los autores acostumbran distinguir entre medidas predelictuales o medidas de prevención, aplicables a peligrosos sociales, es decir a quienes sin haber delinquido, manifiestan tendencia a la comisión de delitos y, medidas posdelictuales, que son propiamente las medidas de seguridad, orientadas a peligrosos criminales que, habiendo sido condenados por delito, presentan predisposición a renovar su conducta delictiva. En todo caso, su principal finalidad se dirige a la prevención de nuevos delitos, imponiéndose siempre, atendiendo a la personalidad de cada individuo en particular.

Aún cuando las medidas de seguridad, regularmente son enfocadas como un tratamiento destinado a la rehabilitación y reeducación del sujeto, su carácter impositivo las equipara a un castigo, por cuanto que nadie puede ser "obligado" - aún en beneficio de la sociedad - a someterse a un régimen de tratamiento, sin que ello implique privación o limitación de los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen.

El Código Penal guatemalteco admite únicamente las medidas posdelictuales, al indicar en su artículo 86 "Las medidas de seguridad previstas en este título, solo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta..."

1.2. La Tentativa de la Mujer para Causar su Propio Aborto.

Existe tentativa de aborto, cuando iniciada su ejecución este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, que puede ser la propia mujer embarazada o un tercero.

Al igual que en las otras figuras delictivas, la tentativa de aborto puede ser posible o imposible. La primera lo será cuando sea ejecutada sobre una mujer efectivamente en estado de

preñez. y con maniobras o sustancias idóneas para obtener el resultado deseado. La segunda, cuando exista alguna circunstancia que impida la consumación del aborto, ya sea por virtud de la inidoneidad de las maniobras o sustancias empleadas, o por la condición de la mujer, por ejemplo, no estar embarazada.

Provieniendo de un tercero la tentativa de aborto, la legislación penal guatemalteca hace derivar diferente consecuencia según se trate de tentativa posible o tentativa imposible. En el primer caso contempla la misma pena que corresponde al delito consumado, rebajada en una tercera parte (artículo 63 del Código Penal), en tanto que para el segundo caso, establece que su autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad (artículo 15 del Código Penal), señalando mas adelante (artículo 92), que por considerarse índice de peligrosidad, según sea el grado de ésta, se someterá al sujeto a régimen especial de trabajo en algún establecimiento educativo o de tratamiento especial.

Cuando la tentativa de aborto proviene de la propia mujer embarazada, sin embargo, el artículo 139 del Código Penal preceptúa: "La tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto culposo propio, son impunes...". Esta impunidad no solo conlleva la falta de imposición de una pena, sino también de una medida de seguridad, en virtud de que el artículo 86 del citado cuerpo legal, circunscribe el ámbito de aplicación de estas, a aquellos casos en que el órgano jurisdiccional emite sentencia condenatoria o absolutoria, por delito (entendiendo que consumado) o falta.

La tentativa de la mujer embarazada para causar su propio aborto, puede verse desde varios ángulos a saber: a) como manifestación de peligrosidad del sujeto, b) como probabilidad, aún remota, de daños de cualesquiera naturaleza al ser en

gestación y, c) como un mal inferido por la mujer embarazada contra sí misma, que se traduce en posibles lesiones provocadas por las sustancias o maniobras utilizadas para el procedimiento abortivo.

El periodo de gestación es un estado de naturaleza muy especial, durante él la mujer experimenta diferentes sensaciones que pueden considerarse naturales, que pueden inclinarla al aborto, sumado a ello las condiciones de orden externo que se conjugan y acompañan a la mujer durante su embarazo, como la paternidad irresponsable, la falta de apoyo de la familia, la escasa existencia de recursos económicos para hacer frente a otra carga familiar y otros, explican con frecuencia por qué la mujer presa de la incertidumbre y la desesperación decide deshacerse del ser que habita en sus entrañas; sin que ello excluya, obviamente, la paternidad irresponsable, casos en que deliberadamente la mujer se entrega a una vida sexual desordenada, previendo de antemano que en caso de fecundación acudirá a procedimientos abortivos con el fin de conservar su status y, el caso de la mujer casada que contando con todo el apoyo moral y económico, acude al aborto con el solo fin de espaciar los hijos.

El estado de impunidad de la tentativa de la mujer para causar su propio aborto, presenta tanto ventajas como desventajas, las primeras pueden resumirse en dos: la conservación de la unidad familiar y, la falta de agravación, por virtud de la pena, del daño tanto físico como moral ya sufrido por la mujer a consecuencia de la tentativa. Como desventajas presenta: la libertad en que deja a la mujer para iniciar nuevamente la ejecución del delito tentado, por la ausencia de una sanción contra tal conducta y, la protección de la familia y la salud de la mujer, a costa de la exposición a peligro de la

vida e integridad del ser ya concebido.

El castigo de la tentativa de la mujer para causar su propio aborto, en el ámbito guatemalteco, implicaría necesariamente la imposición de una pena o de una medida de seguridad. La pena conllevaría mas perjuicio que beneficio en la protección del bien jurídico, por cuanto que sería injusto castigar a una mujer que ya ha sufrido las consecuencias perjudiciales de su conducta, experimentando el dolor y la aflicción que ello acompaña y provocando además, la ruptura de la unión familiar que debe prevalecer. Por otra parte, ocurriendo la mera intención criminal que se traduce en hechos que, por si solos no lesionan ningún bien jurídico, la regulación de una pena contravendría el principio de legalidad contenido en el artículo 1 del Código Penal, en virtud de que según éste, "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración"

Las medidas de seguridad por su parte, (aún cuando la legislación penal guatemalteca no contempla las llamadas predelictuales), actualmente son objeto de serias criticas por la doctrina, debido a la ausencia de garantías para su imposición, que crea un conflicto entre la prevención del delito y los derechos de la persona. En efecto, a las medidas de seguridad se les niegan ciertas garantías que suelen reconocérsele a la pena, lo que provoca que por virtud de su aplicación, pueda privarse o limitarse los derechos de una persona, atendiendo únicamente a una probabilidad de que pueda convertirse en delincuente en el futuro, situación que rife con el régimen del Estado de derecho, toda vez que resulta injusto castigar a una persona por lo que es, y no por los hechos que realiza. La peligrosidad del sujeto es, además, una circunstancia extremadamente difícil de establecer con certeza, lo que impide la proporcionalidad de la

medida con la peligrosidad existente.

Suele criticársele también a las medidas de seguridad, su indeterminación en el tiempo, que las priva de la certeza jurídica que garantiza el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que señala, es deber del Estado, garantizar la seguridad (jurídica) a sus habitantes.

Las medidas de seguridad predelictuales, en tal virtud, parecen condenadas a desaparecer en los Estados democráticos, dado que castigar a quien no ha cometido un hecho ilícito, implica violación a las normas que protegen los derechos humanos, consecuentemente, permiten amplio margen de arbitrariedad de las autoridades encargadas de impartir justicia.

En tal sentido, soy partidario de la regulación de la impunidad de la tentativa de la mujer para causar su propio aborto, es decir ausencia de pena y de medidas de seguridad, en virtud de que no existiendo delito o falta, la aplicación de una pena resulta imposible jurídicamente, además de violar otros derechos de la persona, igualmente protegidos por el Estado y, las medidas de seguridad, aplicadas únicamente atendiendo a la peligrosidad que representa la personalidad del sujeto, resultan en demasía violatorias del ordenamiento jurídico, puesto que nadie puede asegurar que una persona que ha intentado infructuosamente cometer un delito, persistirá en su propósito, principalmente en el caso de la mujer que intenta su propio aborto, si se tiene en cuenta que en la mayoría de casos se debe a causas naturales o sociales que producen desesperación a la mujer y la hacen actuar precipitadamente.

La ausencia de punibilidad de la tentativa no fomenta la criminalidad, en virtud de que la tentativa no constituye en sí un fin. Generalmente la actividad del sujeto se orienta a la consumación del delito, sin que le sea posible conocer que causas

ajenas a su voluntad le impedirán obtener el resultado deseado.

Es cierto que, aunque remota, la posibilidad de daños al feto como consecuencia de la tentativa de aborto existe, sin embargo, la dificultad de establecerlos con precisión oportuna, implica que la sanción se fundamente en presunciones, toda vez que, en tanto no se produzca el nacimiento, los efectos de la tentativa no han de establecerse con certeza, por lo que ante dicha incertidumbre respecto a la existencia de daños al feto, o que el sujeto activo reanude su propósito criminal, la lógica aconseja que es mejor absolver a un culpable que castigar a un inocente.

Por tal razón, estimo que a efecto de otorgar la debida protección al producto de la concepción, sin limitar por ello los derechos del sujeto activo de la tentativa, la actividad del Estado deberá encaminarse a la implementación de medidas no penales, dirigidas a la eliminación de su tendencia al delito, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, ya que si bien es cierto que la moderna tendencia a sustituir el Derecho Penal de autor por el de acción, implica la ausencia de sanción al sujeto por su sola peligrosidad, ello no justifica que el Estado desproteja los derechos de los demás, dejándolos sometidos a la voluntad de aquel. Así por ejemplo, el Estado puede ofrecer asistencia psicológica a aquellas mujeres que, presas de la desesperación que produce la recriminación de la sociedad, acuden al aborto sin conseguirlo, permitiéndole, en caso de ser necesario, entregar el hijo una vez nacido, a instituciones encargadas de favorecer su adopción por terceras personas.

Una atención como la indicada, permitiría a la mujer concluir el embarazo, y al Estado garantizar el nacimiento del nuevo ser protegido por el derecho, sin que ello implique

privación o limitación a los derechos de ambos, toda vez que la misión del Estado moderno debe orientarse a la eliminación de las causas del delito, mediante el ofrecimiento de satisfactores que le permitan la realización del bien común.

CITAS DEL CAPITULO IV

- 1) Antolisei, Francesco.
Manual de Derecho Penal. Parte General.
Traducción Jorge Guerrero y
Mario Ayerra Redín.
Octava edición. Editorial Temis.
Bogotá, Colombia. 1,988.
 - 2) Zúñiga Morales, Ulises.
La Tentativa: Su Configuración en los Delitos de Peligro.
Primera edición, ILANUD. Escuela Judicial.
San José, Costa Rica. 1.990.
 - 3) Donna, Edgardo Alberto.
La peligrosidad en el Derecho Penal.
Editorial Astrea.
Buenos Aires, Argentina. 1.978.
 - 4) De León Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco.
Curso de Derecho Penal Guatemalteco.
Segunda edición. Talleres Edi-Art.
Guatemala. 1,980. página 273.
- Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 del Congreso de la República.

CONCLUSIONES

- 1.- La persona física es sujeto de derechos humanos desde su concepción, y el Estado tiene obligación de proteger y garantizar su vida desde ese momento.
 - 2.- Los métodos de planificación familiar encaminados a evitar la fecundación del óvulo por el espermatozoide, carecen de trascendencia para el Derecho Penal, no así los que una vez realizada la concepción, tienden a la destrucción del husvo, embrión o feto, constituyendo delito de aborto.
 - 3.- La imposición de una pena, en el caso de tentativa de delito que no produce daño por sí misma, y es solamente reveladora de peligro, viola el principio de legalidad contenido en el artículo 1 del Código Penal guatemalteco.
 - 4.- La influencia del Positivismo Penal hace que la legislación guatemalteca contemple las medidas de seguridad, cuando el sujeto es revelador de peligrosidad.
 - 5.- La legislación penal guatemalteca no permite la imposición de medidas de seguridad predelictuales en caso de estado peligroso del agente, reservándolas únicamente a los casos en que el sujeto ha delinquido (posdelictuales).
 - 6.- La imposición de medidas de seguridad, atendiendo a la sola peligrosidad del sujeto, violaría los derechos humanos de éste, en virtud de que resulta injusto castigar a la persona persona por lo que es y no por lo que hace;
 - 7.- La indeterminación en el tiempo, de las medidas de seguridad.
-

contraviene el precepto constitucional que establece como deber del Estado, garantizar la seguridad (jurídica) a sus habitantes;

8.- El Código Penal guatemalteco excluye la aplicación, tanto de pena como de medidas de seguridad en caso de tentativa de la mujer para causar su propio aborto.

9.- La regulación del Código Penal guatemalteco, de que la tentativa de la mujer para causar su propio aborto no es punible, se encuentra acorde a la moderna tendencia doctrinaria de no castigar al sujeto por su sola predisposición al delito;

10.- La protección del producto de la concepción, en caso de tentativa de aborto, deberá realizarse a través de medidas ajenas al Derecho Penal.

RECOMENDACIONES:

En virtud de las conclusiones antes expuestas, recomiendo, que al emitirse una nueva legislación penal para Guatemala, se regulen los siguientes aspectos:

- a) Castigar la conducta del sujeto, en atención al daño efectivamente producido y no a la intención que de él se presume.
- b) Excluir la tentativa imposible del ámbito del derecho penal, en virtud de que la misma se fundamenta en la sola probabilidad de que el sujeto en el futuro delinquirá.

BIBLIOGRAFIA

- Antolisei, Francesco.
Manual de Derecho Penal, Parte General.
Traducción de Jorge Guerrero y
Marío Ayerra Redín.
Octava edición. Editorial Temis.
Bogotá, Colombia. 1.988.
- Ajo Fernández, Miguel.
Manual de Derecho Penal, parte especial.
Madríd, España. 1.986.
- Corja Mappelli Caffarena.
Lecciones No. Privativas de Libertad.
Exposición al Congreso sobre el nuevo Código Penal.
Madríd, España. 1.997.
- Abanellas, Guillermo.
El Aborto, Su Problema Médico, Jurídico y Social.
Madríd, España. 1.947.
- Arrara, Francisco.
Historia de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la
Fuerza Física del Delito. (vertida al castellano por Vicente
Comero Girón).
Segunda edición, Centro Editorial Góngora.
Madríd, España. 1.926.
- Calón, Eugenio.
Derecho Penal II, Volumen 2o.
Quincuagésima edición, Editorial Bosch.
Barcelona, España. 1.980.

De León Velasco, Héctor Anibal y De Mata Vela, José Francisco.
Curso de Derecho Penal Guatemalteco.
Segunda edición, Talleres Edi-Art.
Guatemala. 1,989.

Donna, Edgardo Alberto.
La Peligrosidad en el Derecho Penal.
Editorial Astrea.
Buenos Aires, Argentina. 1,978.

Enciclopedia Mosby de Medicina y Enfermería.
OCEANO, Tomo I.

Enciclopedia Jurídica OMEBA.
Tomo I.
Editorial Bibliográfica Argentina.
Buenos Aires. 1,954.

Ezaine Chávez, Amado.
Iter Criminis.
Quinta edición. Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
Lima, Perú. 1,987.

Fontán Balestra, Carlos.
Tratado de Derecho Penal, parte general.
Segunda edición, Editorial Abeledo-Perrot.
Buenos Aires, Argentina. 1,970.

García Laguardia, Jorge Mario.
Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1,985.
Segunda edición. Serviprensa Centroamericana.
Guatemala. 1,994.

- Jiménez de Asúa, Luis.
El Estado Peligroso, Nueva Formula para el Tratamiento Penal y Preventivo.
Imprenta de Juan Pueyo.
Madrid, España. 1,922.
- Marx, Paul.
Comerciantes de la Muerte.
Universidad Saint John's.
1,972.
- Montañés del Olmo, Enrique.
Polémica y Realidad del Aborto.
Colección Bolsillo Mensajero, Gráficos Lorofío.
Bilbao, España. 1,975.
- Pavón Vasconcelos, Francisco.
Breve Ensayo Sobre la Tentativa.
Tercera edición. Editorial Porrúa.
México. 1,982.
- Sagastume Gemmell, Marco Antonio.
Curso Básico de Derechos Humanos.
Primera edición. Editorial Universitaria.
Guatemala. 1,991.
- Seminario El Aborto Provocado una Violación al Derecho a la Vida.
Instituto Normal para Señoritas de Occidente.
Quetzaltenango, Guatemala. 1,990.
- Vásquez Martínez, Edmundo y García Laguardia, Jorge Mario.
Constitución y Orden Democrático.
Primera edición. Editorial Universitaria.
Guatemala. 1,984.
-

Zúñiga Morales, Ulises.

La Tentativa: Su Configuración en los Delitos de Peligro.

Primera edición. ILANUD. Escuela Judicial.

San José. Costa Rica. 1.990.

Constitución Política de la República de Guatemala. 1.985.

Código Penal de Guatemala, Decreto No. 17-73 del Congreso de la República.

Código Civil de Guatemala, Decreto Ley No. 106.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.-

