

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**PRESIDENTES HONORARIOS:**

**Dr. MIGUEL FACIO-LINCE LOPEZ**

**Dr. CARLOS FACIO-LINCE BOSSA**

**PRESIDENTE DE TESIS:**

**Dr. ALFREDO BETIN VERGARA**

**EXAMINADORES:**

**Dr. JAIME GOMEZ O'BIRNE**

**Dr. ANTONIO ALVARADO CABRALES**

**Dr. VICTOR LEON MENDOZA**

**CARTAGENA-COLOMBIA**



**IMPUTACIONES SOCIALES DEL ABORTO  
SU SITUACION ANTE EL DERECHO PENAL**

**TESIS DE GRADO**

**PARA**

**OPTAR EL TITULO**

**DE**

**DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIAS**

**POLITICAS**

**RESERVA DE  
BIBLIOTECA**

**PRESENTADA POR:**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**RUBY YABRUDY CASTILLA**

**CARTAGENA, JULIO DE 1. 9 7 5**

**31122**

T  
364.151  
.Y11

51

3

**DEDICADA:**

**PADRES**

**HERMANOS**

**" La Facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos emitidos, por los graduados, éstos deben considerarse como propios de los autores" .**

**Art. 63 del Reglamento.-**

CAPITULO I

FUNDAMENTO SOCIOLOGICO DEL ABORTO

La primera manifestación sociológico-económica del delito de ABORTO la encontramos en la fuerza excepcionalista que por sí mismo el delito de marras, a prima fa-  
 ce contiene, ya que por su habitualidad efectiva carece de fronteras sociales. La vergonzante y censurable generalización del aborto criminoso o aborto provocado criminalmente, comprende en el decurso ineluctable del tiempo, desde la horda selvática primigenia hasta la -  
 pudiente familia citadina, asentándose fácilmente en -  
 la pobresía, cargada de todas las dolencias, y en la -  
 riqueza risueña de todas las comodidades y boato. El delito de aborto es, pues, genérico en la aceptación -  
 sociológica y específico en la jurídica palabra, típico y común, popular y característico en cuanto tiene -  
 relación directa con la sorpresiva producción del he -  
 cho social y la frecuencia del acto delictuoso.

Nuestro Código Penal Colombiano, al igual de los otros estatutos represivos del universo, patentiza el sentimiento legalista de una pública sociología, sin distin-

gos ni escalofonamiento sociales; no establece diferencias ni concede deferencias, es justiciero e imparcialmente ecuménico. Si en nuestra nación, quizá como en no pocas civilizaciones semejantes, se topa con viejos resagos de preteritas temporadas de feudalismo y de coloniaje que aún logran desequilibrar el medio social a favor de la influencia monetaria, o gentilicia o racial, obstruyendo, así, la alta finalidad y el noble rumbo de los legisladores vernáculos. Si existen diferenciaciones de hecho en la sistemática punibilidad del delito de aborto, son mínimas y esporádicas debiéndose más que a todo a la falta de denuncias, a la ausencia de responsabilidad cívica, a las vacilaciones ancestrales de nuestra idiosincracia que involuntariamente se constituyen en diarios proxenetas del quebrantamiento a la ley social, a la ley humana y a la ley moral.

El debate jurídico de si al aborto debe o no figurar como delito en las legislaciones penales, es una polémica estudiada honda e intensamente por numerosos señores del penalismo mundial. Profesores de ilustre valía, elevadas mentalidades del derecho criminal contemporáneo se han

declarado convictos y confesos, por la vocería de la abolición del delito y el logro de la liberación del aborto.

Sin embargo, contrarios abogan por la supervivencia del aborto como hecho vituperable, delictuoso y por una mayor sanción punible del mismo.

QUE ES Y EN QUE CONSISTE EL ABORTO? Hacer morir al germen de vida, cancelar la muerte del embrión dar por extinguida una persona que yace en el proceso evolucionista intra-uterino, para adquirir la vitalidad propia que lo distingue dentro de su sexo. Desde fechas de milenios tiene realidad el unánime respeto y consideración la mujer grávida, en la crucialidad germinativa del embarazo y del parto. Las leyes todas, desde el nacimiento del derecho sancionan severamente a la persona que haya infligido la menor falta física a la mujer en gestación, por lo que se colige la veneración y la defensa del feto, del hijo por nacer, es algo perpetuado en su cualesquiera pueblo de incipiente cultura y civilización balbuciente. Además, ese respeto general esa consideración tradicional se ha tornado poderosamente legal e imperiosamente jurídica, pues el estatuto civil positivo declara que

el nacimiento determina la personalidad, pero enantes , el concebido, el embrión, se tiene por nacido para los efectos legales y las consecuencias jurídicas que le conciernen y le favorezcan. De manera, pues, que el ser concebido, que está sufriendo la evolución ultra-uterina, tiene personalidad para todo cuanto sea en favor, es un ente o persona capaz de derechos. Si esto es así, por qué no ha de tener derecho a la vida?

El delito de aborto, por ser la destrucción del embrión, de un ser viable, es un delito contra la vida. La resultante biológico-social del feto, pues ser una criatura, un cooperador en la vida colectiva y ninguna persona, ni su madre, ni su padre, ni sus ascendientes, ni ningún profesional, poseen la facultad ni el derecho de segarle la vida, como ninguno de nosotros puede destruir a un semejante, matar a un prójimo. La sociedad siempre ha permanecido lo mismo, - tiene especial interés en que haya hombres para el sostenimiento y prosperidad de la familia y de la nación. Las normas sociales defienden y protegen la vida en formación y - la persona por nacer. Puede, desde luego, el castigo y la

para presentar modificaciones atenuantes, registrar las diversas fluctuaciones que el legislador quiera imprimirle al delito, pero jamás ni nunca, una madre, sea lícita o no, ilícita o inoble su concepción, podrá tener derecho a matar a su hijo, al ser que lleva muy dentro de sus entrañas feraces.

Uno de los falsos motivos de los sostenedores del libre aborto de la licitud de la muerte del feto, presentan en la vanguardia de sus deleznable argumentos es el de que el nacimiento de su hijo habiendo oscuramente, sub-matrimoniales, causa la deshonra de la madre. Lo que ciertamente deshonra a la madre, ultima moralmente a la mujer, son sus acciones execrables y sus vituperables y censurables hechos. La madre no piensa siquiera en el que dirán, cuando se entrega espontánea y voluntariamente a un hombre, pero sí trata, sobre todo la mujer sin moral de recordar la gloria ciudadana y el comentario social y aniquilan al feto, destruyen el embrión, matan al hijo presunto y viable. Cuan difícil y estrecha moral por la que pugnan los sostenedores de abolir el aborto como delito.

Supremamente relativista la creencia, casi universal, para desgracia social, de que la mujer es por siempre la víctima intensa de la física pujanza y del instinto moral del hombre en la lucha incesante por el vivir. La mujer de hoy, la prehistórica a su guisa y la colonial a su modo y la antigua a su manera, poseen una maravillosa ofensiva y defensiva que las estructuras estratégicamente en el rudo luchar de la vida individual y colectiva. La mujer del sostenedor de la abolición del delito, niña ingenua y encantada, objetivo codiciado del hombre, es cuando ella quiere y por fuerza de la realidad intrínseca, "sugestiva vampiresca consumidora de fortunas y demolidora de hogares; embaucadora elegante de hombres y frío coqueteo de voluntades; es - condite de vicios y defectos", por lo mismo que es parte substantiva y excitante del género humano y nada de lo terrenal le es ignorado. La mujer que ha caído por cualesquiera causa en un caso sexual no ejemplarizante, que aspira a desvirtuar por convencionalismo del mundo a esconder por consentidos rubores familiares, hasta el extremo trágico y delictual de exilar el sentimiento maternal que debe sentir

por el niño que se mueve en sus entrañas constiando un asesinato porque ese ser en embrión no tiene más defensa que la de la madre, es un ente de suma temible y peligroso para la sociedad, suma de temibilidad y suma de peligrosidad— porque sobresitúa una hueca pasión externa y ficticia al verdadero y noble sentimiento de madre, es por lo que el delito de aborto debe estar clasificado en todos los códigos penales de ahora y de siempre, porque es un delito contra la persona indefensa y que ha sido secularmente protegido por la ley en sus distintas manifestaciones.

Existe, pues, en verdad, un potísimo sentimiento y un general fundamento sociológico en el establecimiento, inmutable ya, para segura reivindicación de la sociedad, desde su infantil expresión de clan hasta su sasonada modalidad de familia y la clasificación cierta del aborto como delito tipificado en el código penal colombiano, por vigor antecedente transmitido al través de la vigorosa delictiva de las sociedades humanas en el doble estribamiento del tiempo y del espacio. Mas resulta de forzoso imperio agregar a este capítulo primero, una serie de consideraciones científico-

sociales inspiradas a nuestro legislador por el eminente, desvelado y elogiado médico-legista, doctor Guillermo Uribe Cualla, alto exponente de las investigaciones galeno-jurídicas en nuestro semeletrado medio ambiental y en nuestra cultura pseudo-científica. Redundante nos parece reconocer explícitamente la concomitancia innegable de las siguientes líneas con lo dicho antes, en el contenido del comienzo de este trabajo.

"El aborto no punible, el aborto espontáneo, que es antagónico al biografiado por los abolicionistas, es demasiado frecuente ya que son muchas las causas que, sin fallar jamás, pueden hacerlo realidad. La sífilis, que sólo ella produce mayor porcentaje estadístico registrado, la tuberculosis, en grado descendente, el escofrulismo y la clorosis en caso postrero. Las intoxicaciones marchan paralelas en el cómputo causador de los abortos espontáneos. El alcoholismo, en la vanguardia de ellas, siguiéndole de cerca, las originadas por el plomo, el mercurio y el yodo. Las elevadas temperaturas orgánicas, cuando son índice cierto de intensas enfermedades febriles, quedan incluidas en-

las causas generadoras del aborto no punible. También, para mayor ilustración de las causales emitidas, podemos adherir a las ya conocidas, los discutidos traumatismos psicológicos e impresiones morales que, sin embargo, son inoperantes sino hallan las correspondientes predisposiciones individuales de las personas que las sientan y sufran.

En nuestra sociedad, varias décadas enantes, eran raros y excepcionales los casos de abortos criminales que se sucedían; ahora en cambio, en nuestros días, las costumbres sociales hánse invertido radicalmente, deshauciadas la moral de siempre, al paso firme de los tiempos nuevos y de los imperativos modernistas, se ha incubado el malsano ambiente engénésico para el delito de aborto y para los demás ilícitos comunes. La civilización y la cultura del día parecen consensar en ejercitar los falsos e impudorosos apostolados de los filósofos materialistas, ya que nos regalan la horrisona impresión de que las sociedades humanas para ascender al pináculo de la moral y buenas costumbres deben, primero, caer al abismo del vicio y de la concupiscencia. El clima deletéreo parece minar ya la célula misma de la raza,

asentando reales delictivos en la familia, en el matrimonio y hasta en la misma procreación, función bíblicamente social-biológica que es, por ende, estrado y ruta de la humana especie. Pasan del millar los casos, nacionalmente condenados, de mujeres embarazadas en que, de súbito, el curso de la gestación se detiene y se trunca, resultando un aborto a los tres o cuatro meses de proceso intra-uterino, logrando para la finalidad criminoso, sustancias abortivas-externas maniobras bárbaras, la expulsión violenta del óvulo, solucionando en primera instancia, cruelmente, la pasionaria entrega al hombre aventurero o al claro-oscuro execrable del adulterio. Si a las corrosivas influencias de las costumbres ultra-esnobistas, verbigracia, el desnudismo, el anti-concepcionalismo, el poderío desnaturalizado de profesionales sin conciencia, el influjo degradante de científicos inmorales que trabajan a la paga y para quienes el título nada representa, amén de indignos sacerdotes de la profesión, monederos falsos, sin contextura moral ni noción del deber agregamos el desamparo social, el salario de hambre, la generalización del amancebamiento y el instin

to pan-sexualista del hogar sin matrimonio, tenemos que concluir, triste y necesariamente, que en nuestro país y en nuestra sociedad existen, hoy por hoy, especiales condiciones favorables para la inminente prosperidad del delito del aborto.

## CAPITULO II

### EL DELITO DE ABORTO EN NUESTRO CODIGO COLOMBIANO

La suma de punición, el tratado criminológico, el Código Penal Colombiano, desde el comienzo de su vigencia hasta el momento actual ha incluido, dentro de la clasificación genérica de delitos contra la vida e integridad personal, tipificando el acto ilícito en su Capítulo Cuarto, con el nombre de ABORTO, a toda interrupción gestativa, a toda expulsión fatal, a todo aniquilamiento embrionario, que por sí mismo ejecuta la madre o se haga ejecutar por medio de terceras personas, dando pie a cualesquiera incidencia delictual distinta que pueda familiarizarse con los delitos de lesiones personales o los delitos ultra-intencionales surgidos, claro está, del hecho mismo del aborto provocado, del aborto artificial, del auto-aborto criminal.

El espíritu y la letra y la intención del legislador vernáculo, a ojos vista, en el Código Penal vigente, son nítidas, precisas, taxativas, quizá permitiéndole no más la natural elucubración del juez en cuanto a su relación al aumento o disminu-

ción de las penas por las características procedimentales del acto realizado y la verdad psicológica del agente activo o pasivo o auto-agente que lo realiza, según clarísima prosodia preceptual del Código, en los cuatro artículos sucesivos que tratan del aborto en sentido universal, sacamos en conclusión de que nuestro estatuto penal no se quede atrás salvando, así, el honor de la sociedad colombiana, en la prohibición terminante y en el castigo severo del delito de aborto. La redacción es perentoria, sin vacilaciones, razonable y comprensible para todos y cada uno de los criterios jurídicos que existan o puedan coexistir para la formación y calificación del hecho psicológico o del aborto social.

**CAPITULO IV DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO  
DEL ABORTO**

**Artículo 386:** "La mujer que en cualquier forma aborte o permitiere que otra persona se lo cauce, incurrirá en prisión de uno a cuatro años. En la misma sanción incurrirá el que procure aborto con el consentimiento de la mujer embarazada."

**Artículo 387:** "El que causara el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de uno a seis años. Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasiona la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el ar

título 367".

Artículo 388: "Cuando el responsable de alguno de los delitos previstos en los dos artículos anteriores sea un médico, cirujano, farmacéuta o partera, la pena aumentará hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspensión del ejercicio de la respectiva profesión por dos meses a seis años."

Artículo 389: "Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial".

Nos permitimos hacer una ligera acotación a los artículos 387 y 389. El 387 nos envía al estudio del artículo 367 - de la misma obra, que a la letra dice: "El que eficazmente induzca a otro al suicidio, estará sujeto a la pena de tres meses a dos años de arresto. Cuando el agente haya - procedido por motivos innobles o antisociales, se duplicará la pena.

El 389 nos remite a la lectura y memorias del precepto penal numerado con el 369 que es del siguiente tenor: "La madre - que, para ocultar su deshonra, en el momento del parto o dentro de los ocho días subsiguientes, causare la muerte del - hijo, no inscrito todavía en los registros del estado civil, incurrirá en prisión de dos a seis años. En igual sanción - incurrirá el que cometa el hecho previsto en el inciso anterior, para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana".

## CAPITULO III

## GLOSA HISTORICA-JURIDICA DEL ABORTO

El considerable número de abortos que se ha venido apreciando en algunos países de post-guerra, ha ubicado sobre el terreno de la actualidad este delicado asunto jurídico-social. Adentrarnos en investigaciones sobre las causas generadoras del problema, las opiniones de los hombres de ciencia se hallan divididas cuando se trata de estudiarlos desde la interesante modalidad del derecho penal. Una fuerte corriente de criminalistas, especialmente gala y germánica, ha defendido la impunidad del aborto, alegando entre otros argumentos, el derecho de la mujer a disponer libre y arbitrariamente de su cuerpo, pues el feto durante la vida intra-uterina no es un ser independiente, sino que depende estrechamente de la individualidad de la madre. Fuera de la Unión Soviética donde el aborto no ha tenido por muchos años carácter delictivo, esta tesis ha sido onérgicamente rechazada por todas las legislaciones actuales y ha caído en desuso total, ya que la ley no sólo yace interesada afanosamente en las posibilidades de vida humana que simboliza el producto

de la concepción sino que, además, toma en mucha consideración el peligro que entraña para la salud y vida de la mujer la licitud del aborto, además de que ello resquebraja notoriamente la moralidad individual y social. En la antigüedad los griegos y los romanos creyeron que el aborto era un caso lícito, pero legislaciones posteriores llegaron a imponer penas severas, castigándolo hasta con la muerte. En la evolución del delito de aborto han podido destacarse las mismas facetas absurdas en el delito de infanticidio, de ahí que la tendencia dominante sea la de atenuar el rigorismo y la severidad de las penas primitivas imponiendo sanciones benévolas.

Si nos atenemos privativamente al móvil o acción psicológica pueden distinguirse las siguientes clases de aborto: el aborto honoris causa, el aborto terapéutico, el aborto eugenésico, el aborto sentimental y el aborto por motivos económicos.

El aborto honoris causa es el que se lleva a cabo con el objeto primordial de evitar el deshonor. La ley, tomando

en cuenta la influencia de este sentimiento sobre la conducta humana, atenúa notablemente la sanción correspondiente a este delito, en igual forma que lo hace con el delito de infanticidio.

El aborto terapéutico es el que se practica para salvar la vida o la salud de la mujer en estado de gestación. La general opinión científica está acorde en cuanto a la impunidad de esta clase de aborto, y así lo reconoce la mayoría de las legislaciones, no obstante la doctrina adversa de la Iglesia Católica, condensada en la Encíclica de Pío XI, *Casti Connubi*.

Lo pertinente a la solcitud del aborto sentimental, del aborto eugenésico y del aborto por carencia de recursos económicos ha sido planteada y abusita legislativamente de guisa uniforme y genérica. Algunos códigos admiten la impunidad del aborto cuando el embarazo ha sido originado por un delito de violación o de incesto y se aduce en su defensa que tales casos se trata de una maternidad no deseada -

ni consentida, aunque sí rechazada y despreciable y que el feto de la concepción sólo haría revivir a la mujer, cada momento, el cuadro brutal y doloroso del delito perpetrado. Por fuertes razones eugenésicas a fin de evitar una descendencia tarada y en el caso de miserables situaciones económicas o indigencia total, varias legislaciones de hogar reconocen la licitud de las medidas abortivas. Por ejemplo, en el Código Penal Cubano establece la excepción de responsabilidad cuando el aborto tenga por aspiración única eludir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa de carácter gravísimo. En el ante-proyecto del Código Penal de Checoslovaquia considera la impunidad del aborto económico e higiénico cuando la mujer ha dado a luz y criado tres criaturas que las tiene a su cargo o ha sido madre, por lo mínimo, cinco veces consecutivas y ambos casos, dada su realidad orgánica presente no se puede exigir razonablemente que la gestación a su meta gestativa o al parto. El delito de aborto, en la legislación penal colombiana, está considerada entre los que infieren y afectan directamen-

te a la vida e integridad personales. Muchos países en sus legislaciones penales, lo tipifican entre los delitos contra la familia porque, según las excepciones del caso, el interés tutelable por la ley y por la sociedad, es de orden general y no de carácter particular.

El aborto consiste en la expulsión prematura y voluntariamente provocada del fruto en el vientre de la madre. Desde el punto de vista médico hay exactamente aborto cuando se expulsa o se destruye una criatura no viable, definición enfrentada al parto prematuro, el cual hace referencia a fetos con viabilidad. Legal, jurídicamente, existe el aborto cuando se opera la destrucción del fruto con antelación al término corriente de la gestación, nueve meses, por lo que en derecho es más extenso el concepto de aborto, el cual puede sucederse tratándose de un feto viable, siempre que haya extinción intra-úterina de la vida de la criatura o no sobreviva al nacimiento.

Los elementos integrales del delito de aborto son los siguientes: el hecho de la expulsión prematura o de la destrucción del feto, y el propósito determinado de producir-

lo. En realidad con la primera de las causales debe tenerse presente que el delito puede producirse en cualquier momento del período de gestación, es decir, desde la concepción hasta la expulsión o sea que tenga vida extra-uterina. Cuando se ejecutan maniobras abortivas y el feto es viable y sobrevive al nacimiento, hay un parto prematuro, lo que conduciría al hecho penal de un delito imperfecto de aborto.

En lo que concierne al elemento intencional, propósito determinado, es indispensable, condición sin que en su caso, que se proceda con la voluntad de producir el aborto siendo indiferente, para los efectos de estructuración jurídica del delito naturaleza intrínseca del móvil.

El aborto provocado tiene como medios destinados a suspender, instantáneamente, la vida intra-uterina, vulgarmente, ciertos tóxicos, los cuales no son exclusivamente abortivos sino que pueden traer entre varias consecuencias inmediatas, el aborto. Son conocidos, además, medios preparativos, medios psíquicos y medios quirúrgicos usados los últimos por facultativos.

La gama clasificadora del aborto es múltiple, y se puede-

hablar, precisamente, de abortos espontáneos, abortos provocados, abortos eugenásis, abortos honoris causa. El primero aborto espontáneo es aquél que se produce de manera natural y determinado por causas predisponentes, sin que para nada hayan intervenido decisiones ni factores extraños al hecho mismo. El segundo, o sea el aborto provocado, es aquél que se sucede por cualesquiera de los medios anunciados anteriormente y cuya comisión, casi siempre, es de carácter delictuoso, pudiendo hacer una sub-división, fundada en los motivos determinantes y en orden a establecer su licitud y jurisdicción o su ilicitud o antijuridicidad. El tercero, el aborto eugenásico, es aquél que se produce para evitar una descendencia tarada estando aún en trance polémico su imperiosidad en muchas legislaciones y por no pocos tratadistas, entre aquellas y entre éstos, la colombiana y los colombianos.

El aborto honoris causa es aquél cometido por causas de amor propio, de honra social, de honorabilidad familiar, teniendo a su favor una situación especial de excusa, aún cuando no de justificación plenaria.

Se habla, también, de ciertos abortos ejecutados para ver de evadir el aumento familiar, cuando la concepción depende de un delito, violación carnal o incesto, que carecen de elocuente justificación en la ley penal.

El aborto en lo penal y en el Código Penal Colombiano poseen como figuras de hecho, los siguientes casos: el aborto causado por la propia mujer, o sea el auto aborto; el aborto causado con el consentimiento de la mujer; el aborto que produce la muerte de la mujer; el aborto producido por quienes ejercen profesiones sanitarias.

El aborto causado por la propia mujer, o sea el auto-aborto, tiene su sanción establecida en el artículo 386 del Código Penal Colombiano que dice: "La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años. En la misma sanción incurrirá quien procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada". Cuando el aborto es causado por la propia mujer, únicamente es ella el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito ejecutado. Un caso clásico de auto-delito y auto-delincuente.

Entendido, claro está, que proceda la mujer a sabiendas de su embarazo o presumiéndose en estado y con el determinado propósito de suprimir el feto, amén de accionar libremente, sin inspiraciones ni coacciones de terceras personas, que desviarían, entonces, el hecho hacia la complicidad pre-ejecutiva.

Los términos y la redacción del artículo 386 tienen la claridad y la castellanía suficientes para entender y comprender, a vista rápida, las distintas formas que pueden producirlo, sin olvidar jamás, ni nunca, que el espíritu y la substancia del contenido articular dice relación a las maneras o medios de comisiones del delito y no parana el elemento intencional, a la voluntad, al móvil anímico del comisor criminal.

Para mejor explicarnos, vamos a decir que para que haya delito de aborto será siempre indispensable el propósito determinado de la infracción y que ocurre el acto delictivo cuando se instituye un dolo específico. Si el aborto se ejecuta con el consentimiento de la mujer, pero ejecutado por una tercera persona, tanto quien lo provoca, como la mujer que lo consiente, responden por el delito

en igual graduación. El consentimiento que la mujer pueda otorgar en dichos casos, se interpreta como la libre expresión de su voluntad pues si lo presta por miedo, temor, violencia o cualesquiera otra causa, la responsabilidad recaerá únicamente sobre el tercero que obra como agente del ilícito.

**ABORTO SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER Y MUERTE DE LA MISMA POR CONSECUENCIA DEL ABORTO**

El artículo 387 dice: "El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de uno a seis años. Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasionare la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el artículo 367."

El aborto sin el consentimiento de la mujer, como antes hemos expresado, hace responsable del hecho únicamente a la persona que lo causa y comprende todos aquellos casos en que el agente apela a la fuerza, la intimidación, el engaño, para provocarlo. Igualmente incluye el aborto cometido cuando la mujer embarazada no está en condiciones hábiles para prestar su consentimiento

to, por inconciencia, demencia o cualquiera lesión síqui-  
ca grave. Puede acontecer que la serie de maniobras puer-  
tas en juego para lograr el aborto, traiga como secuela  
inminente la muerte de la mujer, o graves consecuencias.

El artículo que estamos glosando, en su inciso segundo -  
contempla la muerte como consecuencia inmediata de los -  
medios usados para el aborto, no así el caso de lesiones  
que también debió ser previsto por la misma disposición.  
El homicidio sancionado por la regla acotada no es un -  
evento querido por el agente y asume, por la presencia -  
de un dolo específico de aborto, las esenciales caracte-  
rísticas de los delitos ultra-intencionales. El artículo  
nos remite a lo dispuesto en el 367, cita errada en abso-  
luto, pues la disposición debe ser la del artículo 365 ,  
que contempla el homicidio ultra-intencional. La aplica-  
ción de la pena correspondiente al homicidio ultra-inten-  
cional no hace perder al hecho sus peculiaridades del de-  
lito de aborto, únicamente que, en vez de imponer la san-  
ción correspondiente a este ilícito, se aplica la del ar-  
tículo 365.

Tampoco por esta especial modalidad del delito hay lugar al concurso de delito y por lo mismo sería improcedente deducir los cargos de aborto y homicidio, salvo que las violencias o lesiones determinantes de la muerte no hagan parte de los medios recurridos para provocar el aborto.- Así, por ejemplo, si esas lesiones resultan al tratar de vencer la resistencia de la mujer para provocar el aborto y a consecuencia de ellas surge la muerte, habrá delito de homicidio y concurso con el de aborto. Las lesiones que puedan presentarse por causa de las medidas abortivas no están sancionadas por el artículo 387, que comentamos, omisión injustificada por la misma razón habría para el caso de homicidio máxime si se tiene presente que las lesiones puedan secuestrar penas mayores a las del delito del aborto.

El Código Penal Colombiano en el artículo que estudiamos el homicidio consecuencia del aborto como ultra-intencional. Para sostener lo cual, presumo un dolo eventual en el hecho delictual, presunción que no ha sido unánimemente acogida por las legislaciones penales del mundo. Se afir

na, además, que cuando sobreviene la muerte a causa de los medios abortivos, esa muerte es culposa y varios códigos, como el español, sancionan nada más el delito más grave, es decir, el aborto, reprimido con pena mayor a la del homicidio culposo.

La forma del homicidio ultra-intencional, que examinamos, viene a ser el caso adverso del artículo 376, que trata del aborto como secuencia de lesiones, pero en ambas figuras penales, los delitos conservan la denominación del respectivo capítulo y se les atribuye un dolo eventual extraordinario, jamás concreto o específico.

#### ABORTOS COMETIDOS POR PROFESIONALES

El artículo 388, que a la letra dice: "Cuando el responsable de alguno de los delitos previstos en los dos artículos anteriores sea un médico, cirujano, farmacéuta o partera, la pena aumentará hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspensión del ejercicio de la respectiva profesión por dos meses a seis años."

El aborto médico, lo dijimos atrás, no posee carácter de

delito cuando se comete para llenar fines terapéuticos, como salvar la vida de la madre o evitar un parto que pueda causarle la muerte a la mujer. Pero si en ejercicio de la profesión sanitaria o médica, se realiza el delito de aborto, aprovechando el autor, precisamente, sus conocimientos profesionales, el hecho reviste mayor gravedad porque el delito se suma al uso que se hace de la profesión con actos ilegales e inmorales.

Por esta razón potísima el artículo 388 agrava la penalidad del delito cuando quien lo ejecuta es médico, cirujano, farmacéuta o partera, imponiendo, además, como sanción accesoria, la suspensión del ejercicio profesional, reacción altamente benéfica para la prevención de esta clase de delitos.

#### ABORTO HONORIS CAUSA

El artículo 389 dice: "Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial." Assume el delito de aborto en estos ca-

son las mismas condiciones de atenuación ya consagradas - por el delito de infanticidio, pero es tratado con menos rigorismo, como que mayor es la pena del homicidio que la del aborto.

Algunos expositores de derecho criminal sienten y piensan que el infanticidio y el aborto debieran poseer iguales - tratamientos penales, pero esta teoría yace en agonía, ya que es inaceptable e inoperante por el sólo hecho de que - los dos delitos tienen sujetos pasivos diferentes y es mayor el interés de la ley darle protección y defensa a una vida cierta, ya nacida, en el infanticidio, que a una esperanza de vida, como el aborto. Por lo demás, para que exista la atenuación en el delito de aborto por el motivo deban saciarse las mismas exigencias requeridas en la excepción del infanticidio, observando, de paso que para el caso del aborto la ley considere la causal de atenuación - cuando el marido de la abortada es el agente del delito, situación no reconocida nunca para el infanticidio y que el aborto honoris causa está fronterizo para las personas mencionadas taxativamente en los incisos del cánón escrito.

## CAPITULO IV

### INTEGRACION DEL DELITO DE ABORTO Y CONDICIONES DE PUNIBILIDAD

Conforme con todo lo escrito hasta ahora y según lo estudiado, el delito de aborto se integra cuando se produce - la muerte del feto, bien sea por expulsión prematura o por destrucción dentro del claustro materno, habiendo por parte del agente la intención de dar muerte al feto. Dadas - las anteriores circunstancias se puede hablar de delito - consumado, pero además de la consumación del aborto puede reprimirse como delito imperfecto en sus formas de frustración, tentativa y delito imposible, según que los actos - realizados, los medios empleados o las condiciones del sujeto pasivo den margen a cualesquiera de tales figuras delictivas enunciadas. Lo que sí no es sancionable frente - al Código Penal Colombiano es la culpa para el caso del aborto, pues en parte alguna del artículo aparece consagrada la responsabilidad del aborto culposo; cosa que por demás extraña y curiosa, ya que tratándose de culpa de terceros, porque bien puede suceder la comisión del delito -

por impericia, descuido, negligencia, por ejemplo, por falta de facultativo. La culpa propia si se justifica que no brinde responsabilidad penal por las propias características que el hecho reviste en caso sui-generis.

#### SUJETO PASIVO DEL ABORTO

Aún cuando el delito de aborto está incorporado al Título del Código Penal que sanciona los hechos que atentan contra la vida y la integridad personal, precisa situar en luz que la sanción por el aborto no es una protección a la persona, porque el feto es considerado legalmente sujeto de derechos. Lo que se tutela, exactamente, con las represiones, es la futura vida del feto y la integridad física de la madre, en su efecto inmediato y mediata secuela el interés está en proteger el bienestar moral de la familia y de la sociedad, como indirecta e indirectamente lesionada con el delito de aborto, ya que sea en una o en otra manera típica de producirse.

En cuanto dice relación al discutido y vituperable delito del aborto en sus ilícitas expresiones de aborto cri

minal o aborto provocado se ha declamado, incurriendo en excedencia de retórica jurídico-criminal. Los sociólogos han lanzado gritos semi-apocalípticos por el pálido temor de que los países se despueblan y los penalistas coreanpidiendo que se eleven, hasta lo último, los castigos y las penas. La ingenua concepción de que la penalidad severa e inquisitorial disminuiría los abortos, tienen remotos antecedentes legales en la historia de la penología universal. En el año de 1.936, el famoso monarca Enrique Segundo de Francia trató de luchar sin tregua, contra los infanticidios y las interrupciones del embarazo, haciendo dictar, para el efecto un célebre Edicto Real - en donde se conminaba con la fuerte y ruda pena a las mujeres que hubiesen o trataran de esconder su estado de - gravidez. Sin embargo, muy a pesar de tremendo palenque persecutorio, las prácticas abortivas siguieron y siguen su marcha en números crecidos en la tierra gala.

Más de medio siglo después los jueces franceses levantaron argumentos contra el castigo del aborto. Los populares y conocidos alegatos del Licenciado Spiral, transidos

el buen gusto de aquélla época superlativa serán, hoy, difícilmente mantenibles como literatura y técnica jurídica. El miedo a las deshonras, el derecho de la mujer a deshacerse del feto que constituye una porción de su cuerpo han sido, más tarde, en tiempos menos vetustos con mucho menos declamación y con mucho más exactitud y fuerza segura, para lograr de convencer y persuadir. Nace por- entonces, en la materializante escuela penal germano-española del Profesor Jiménez de Asúa y del Médico Klots-Foretz, la insana teoría de que el feto no tiene personalidad. En nuestro ubérrimo lenguaje castellano ha pegado, sin quere por cierto, el criminalista uruguayo Miguel - López de Bengoa, quien ve en la liberación del aborto la única tabla de salvación de la mujer soltera embarazada, masada por el sufragio del destino, del fatum lúgrubre, del sino fatal.

El aborto practicado por médico titulado y con el consentimiento de la mujer embarazada no es punible si se ejecuta para eludir un peligro en la vida o en la salud de la madre y si ese peligro no puede ser obviado por distin

tos medios efectivos, así como si el estado de proleza tiene origen en una violación carnal, en un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente, o incapaz de resistencia, o proviene de un delito de incesto, repugnante en todas sus facetas realistas. Si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal, de su yo jurídico, deberá ser requerido para el aborto. Tampoco tiene punición el aborto comisionado por un médico con la autorización de la mujer encinta, si se realiza con el objetivo de evitar a la mujer en situación de gravidez un peligro inminente de muerte o graves daños perjudiciales para la salud, si no es dudoso que la concepción se deba a un acto contrario al pudor hecho con violencia en la carne, un atentado al respeto femenino, un abuso punible contra una menor de diez y seis años, pues existiendo el temor y la duda fundados de que el niño por nacer traería al mundo taras corporales o mentales graves, si la mujer embarazada ha dado vida a tres hijos que tiene en cuidado, o bien si ha parido ya cinco veces, y no se le puede exigir dentro de la razón la culminación del embarazo.

A pesar de los muchos esquinces penales habidos en favor de la libertad e impunidad del delito de aborto, el fin de ejercitar subrepticamente el embarazo y la supuesta deshonra hace registrado un ascendente progresión diaria desde las grandes ciudades cosmopolitas hasta las aldeas inveteradas logrando su prepotencia y su máximo en la primitiva monosociedad del campo, emergiendo, casi siempre, con fuerte categórica de filosofía antinatural, la oscura influencia neo-malthusiana de que la familia y la humanidad, la raza y la especie naufragan ineluctablemente en la mar de levas de las rudimentarias economías domésticas, alicaídas, flácidas y sin esperanzas de ensanchamiento y de grandesa. Lo que es lo mismo que sustatar, malévolamente la noble necesidad bíblica de la procreación y la condoriana misión social del embarazo, progenie y especie, en la novedosa y surda tesis del materialismo ideológico que pone y propone a la economía en fuero juzgo cabe la vida funcional, sentimental y social del hombre y de sus semejantes. Cuanta persea en la diáfana comprensión histórica de la humana especie, cuanto pecado de lesa sensibilidad social al parangonar, toxuda y bajamente, la epotó

lica creencia católica y el falso amor pagano, a San Agustín y Jesucristo con Engels y Marx.

La cuádruple distinción del aborto puede y, prácticamente - es la siguiente: el aborto justificado por el estado de - necesidad, en que existe conflictos entre la vida o la salud de la madre y la gravidez o el embarazo. Esta hipótesis prevista en numerosos códigos y en no pocos proyectos se contiene en la primera parte de los artículos del proyecto suizo y de las mujeres enfermas en el mismo proyecto y en el proyecto checoslovaco y en el código argentino. El aborto por causas sentimentales aludido al hablar de la mujer violada en los proyectos antes dichos y en el mismo Código de la República Argentina. El aborto autorizado con miras neo-malthusianas contenido en el proyecto checo y en la legislación de los soviéticos.

#### EL ABORTO JUSTIFICADO POR EL ESTADO DE NECESIDAD

Una de las críticas situaciones de necesidad absolutas por un tercero, es el llamado aborto terapéutico. Cuando una mujer grávida se halla sufriendo de dolencia incompatible - con el embarazo, la tuberculosis, las afecciones renales,

los vómitos incoercibles, el médico puede interrumpirla, sin riesgo alguno de responsabilidad posterior, ya que estos casos conocidos por la denominación de estados de necesidad constituyen causas de justificación que se definen - expresando que son realidades de peligro inminente de los intereses protegidos y defendidos por la ley y el derecho, en las que no cabe otra conducta que la inmediata violación de los intereses de otro jurídicamente apearado, pero de menor pujanza propia.

La estimativa de la vida del niño y de la madre, se presenta con rara urgencia en los abortos propiamente dichos, pero adquiere mayores proporciones polémicas en los abortos en sentido lato, aborto en la amplia acepción jurídica - que entraña, incluso, los casos de destrucción del feto - próximo a nacer o en trance de abandonar el claustro materno, destacada en bautizo científico como embriotomía, puesto que estas hipótesis de avanzada interesan al hijo que vive como persona y presto a independizarse del cuerpo de la madre. Los juristas debatieron desde hace epos el caso de la embriotomía, dándoles múltiples planteamientos especia

les. El médico, dice uno de los muchos, se encuentra en presencia de un embarazo peligroso llegando a su término con un parto arriesgado, que no se verifica según las reglas naturales. La vida de la madre y la vida del niño yacen en trance crucial, en peligro se hallan. Qué puede y qué debe hacerse en ese entonces? Destrozarse el feto dentro del claustro materno salvando, así, a la mujer, a la madre, o abrir el vientre maternalicio, como riesgo de existencia, para conservar la del niño, la del hip? El cirujano deberá escoger precisamente, sin titubeo ni preferencia entre la embiotomía o la cesárea, en estos tiempos tan en boga.

Sin duda los argumentos de algunos tratadistas laicos guardan más solidez y más honduras. Ellos exclaman de la guisa siguiente: Estamos en el caso determinado de un conflicto de bienes, entre la existencia de la madre y la vida del niño, una de las dos personas debe ser sacrificada en pro de la supervivencia de la otra, remitiendo la solución indicada a las leyes que regulan esta clase imprevista de problema jurídico-social. La discusión, entonces, continúa y prosigue alentadora en favor y en contra de los dos criterios.

Algunos tratan de excusar el homicidio, ya que los bienes son iguales y hay la urgencia de eliminar uno, o bien el presunto. Varios los atacan, censuran y condena, pero no existe la facultad ni el derecho para la supresión de alguno de los dos seres en litigiosa búsqueda de personalidad vital. Lo que hace el galeno es declarar un estado de necesidad en que no es preciso consentimiento alguno de las partes cuando se salva el interés superior, como lo es la vida de la madre, que prepondera, por siempre, sobre la existencia no segura, del feto.

#### DEL ABORTO LEGITIMADO POR FINES EUGENESICOS

La interrupción del embarazo con aspiraciones eugenésicas persigue una clara noble finalidad, impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con un enorme fardo degenerativo, resultante de la gestación originada en los atentados contra el pudor y el respeto femenino de mujeres idiotas o enajenadas y de uniones incestuosas. Todo parece delatar, espero, que las leyes de Mendel sobre la herencia y las normas freudianas sobre el ancestro y los estudios adheristas sobre el atavismo ofrecen, ya, en base cierta, grandes y nuevos ho-

risontes en la ciencia siempre misteriosa de la biología. Sin embargo, mientras los biólogos, por estudiosos que vivan no totalicen sus investigaciones sería más conveniente, para el buen nombre de la criminología, paralizar las exploraciones jurídicas en la tierra virgen del hombre incógnita de Carrell.

#### EL ABORTO IMPUNE POR CAUSAS SENTIMENTALES

Los motivos sinceramente sentimentales son los exclusivos para formar alegatos en favor de la autorización del aborto de mujeres encintas, por causas de violación en carnes propias. El aborto objetivado por sentimentalismo se duele de varias denominaciones en los distintos códigos y jurisprudencias penales. Ya es aborto por causas sentimentales, ora por motivos sociales, pero cualquiera que sean los términos jurídicos escogidos para distinguirlos entre los demás de su género, esta especie nueva de aborto está plétórica de motivaciones respetables y significa el reconocimiento meridiano del derecho de la mujer a una maternidad noble y consciente.

Introduciéndonos sanamente en la escolástica penal del ilus-

tre criminalista colombiano José Vicente Concha, luego de apreciar y admirar la médula clásica de sus exposiciones y conceptos profundos, nos adelantamos en la parte pertinente del delito de aborto observando y estudiando nada menos, desde el ángulo de la moral y de las buenas costumbres, cabe la vigorosa inspiración agustiniana del credo católico, soberano de la república.

Según la pedagógica del señor Garraud, el aborto es la expulsión prematura, voluntariamente provocada, de producto de la concepción. Las edades infantiles de las sociedades no consideraron el aborto como delito, sino que lo anexaban al infanticidio,teniéndole por hecho inocente. El necesario advenimiento del cristianismo modificó radicalmente, - las susodichas ideas, castigando el hecho, si bien más tarde progresó en la benevolencia de la gravedad punitiva del delito. Ya no es aplicable por legislación alguna y en caso alguno la pena máxima, el castigo de muerte, y en general, la penología en moda es leve y humanitaria, considerando que la viabilidad futura del niño es incierto y propiamente no hay supresión de la vida como en el infanticidio

sino de probabilidades de existencia, por ende, el mal es menor para la familia y para la sociedad.

El Código Penal Colombiano castiga con pena de presidio a quien empleando voluntariamente y a sabienda alimentos, bebidas, golpes o cualesquiera otro medio, procure que aborte la mujer embarazada, sin saberlo y sin consentirlo. La pena aumenta o disminuye si el delito lo comete quien ejerce la medicina, cirugía, farmacia, obstetricia y cuando el hecho se realiza con el consentimiento de la mujer grávida. El castigo será de reclusión si la comisión del delito la ejecuta la misma mujer embarazada, salvo si fuere honrada o de buena reputación anterior y resultare, a juicio de los jueces, que el único móvil que la indujo a ejecutar la acción fue la de encubrir la fragilidad, sin perjuicio de la pena que puede corresponderle por el delito de homicida o lesiones.

Se hace natural y conveniente distinguir el caso en que el aborto se provoca con el consentimiento de la madre y cuando se provoca sin el consentimiento de la misma. El cómplice de la mujer que consiente en provocar el aborto es más

culpable que la misma mujer grávida, porque puede ser el padre de la víctima que abusa, así de la innata debilidad de la mujer seducida o bien un extraño con ambiciones de lograr el acto ilícito fructu pinguis, no hallando justificaciones ninguno de los dos casos posibles. El delito es mayor aún cuando la madre no tiene participación voluntaria en el aborto, porque entonces se lesionan a la vez los derechos del hijo.

Los elementos constitutivos del aborto como figura delictiva son las siguientes: Primero, que se extraiga o expulsa el feto antes del término normal y necesario para el parto natural y espontáneo; segundo, que el aborto se produzca por el uso de alimentos, bebidas, golpes o cualesquiera otros medios adecuados a ese fin; tercero, que el aborto se provoque con intención segura, con propósito determinado de producirlo.

La ley penal no distingue etapas en la preñez para calificar el delito de aborto, el cual es criminoso en cualquier tiempo que se produzca, no siendo la expulsión del feto natural o espontáneo y que se hayan empleado procedimientos

tos críminosos, ya que los elementos legales indicados como formativos son indispensables y substanciales para la vida jurídica del ilícito, para la existencia definida del aborto criminal, previendo el legislador los frecuentes casos de partes prematuras sin que exista entonces ni imputabilidad ni responsabilidad en contra de persona alguna.

El elemento propiamente dicho del aborto, feticidio, se requiere en la voluntad segura y en el propósito determinado de obtener el resultado al ejecutar los actos que lo producen y las medidas que lo generan. Si quien empleó los medios y usó las medidas que ocasionaron el aborto no tuvo una intención o propósito diferente, es responsable de un delito distinto o no tiene responsabilidad alguna. Si a consecuencia de los medios y medidas abortivos y usados y empleados muere la madre, puede surgir doble responsabilidad delictual, por el delito de aborto y por el delito de lesiones o heridas que produjera la muerte, quizá sin verdad psicológica de producirla, pero sí de realizar un daño físico o notorio y sensible en la integridad personal de la mujer grávida.

Por lo general en el delito de aborto existe la premeditación, muy a pesar de que la mayoría son causa cierta súbito arrebató mental. La ley hace caso omiso de las varias circunstancias y castiga el hecho de un mismo modo haya o no haya premeditación. Si la mujer no consiente el aborto, quien entonces lo procura es el autor principal, y si hubo consentimiento en la mujer cooperación modifica la figura-criminosa instantáneamente. Si el extraño se limita a indicar las maniobras o a facilitar las substancias para lograr el cometido, será, sencillamente, cómplice del delito; si él mismo suministra las substancias o interviene materialmente en la configuración del aborto, entonces será complicadamente co-autor del delito.

El distinguido criminalista ecuatoriano, profesor de Derecho Penal en varias Universidades de Bogotá, doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, nos va a servir de guía, por el ignorado continente del aborto delictuoso, marchando de brazo por los abiertos senderos de las encontradas escuelas vivientes del derecho y de la psicología penales. Artículo 386: "La mujer que en cualquier forma causare su aborto o

permitiese que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

En la misma sanción incurrirá el que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada."

Comentando este artículo el Profesor Gutiérrez Anzola dice: "Las antiguas legislaciones de Grecia, Roma y el Oriente consideraban que el producto de la concepción era parte integrante de las vísceras maternas y que por la misma causa pudiendo la madre disponer a su arbitrio de su cuerpo, el aborto que se producía era un acto en sí mismo indiferente y lícito. Más tarde, las cosas cambiaron hasta que se inscribió con penas muy severas en todos los códigos del orbe del delito de aborto. De la ley española de Partidos y del Fuero Juzgo, herencia que nos lograron nuestros antecesores se fue integrando nuestra legislación criolla hasta llegar al muchas veces modificado código de 1.890. En esa obra ya derogada y en la que le sustituyó (Código de 1.936) el aborto sigue siendo considerado como un delito nefando."

"Jurídicamente se entiende por aborto el acto de destruir

el producto de la concepción durante la época del embarazo. Hay más amplitud en la concepción jurídica del delito de aborto que en la propiamente medical, pues, según esta última, por aborto debe entenderse la expulsión violenta del feto provocada, por manifestaciones externas, forma limitativa y contrapuesta a la anterior, porque la jurídica no sólo abarca la expulsión violenta del feto sino su destrucción durante la vida intrauterina."

"La acción ilícita implica naturalmente una manifestación de violencia pues no siempre el aborto, como se verá ahora tiene que ser el resultado de maniobras enderezadas a realizarlo, porque puede ocurrir y ocurre en ocasiones que sin artificio alguno y sólo por desarreglos de carácter biológico, la destrucción del feto se produce".

"Los medios de ejecución de este ilícito son tan variados como en el homicidio. Un aborto puede lograrse por medios físicos, químicos, y aún morales. La determinación del medio es cosa que incumbe forzosamente a la experticia médica."

"El profesor Uribe Cullia (Medicina Legal) explica las causas que pueden determinar el aborto no punible y que -

se presenta en forma espontánea:

"El aborto espontáneo es muy frecuente, ya que son múltiples las causas que pueden producirlo."

"En primera línea debe citarse la sífilis, que produce 90 por 100 de los abortos espontáneos. El escrofulismo, la tuberculosis, la clorosis en grado menor; el alcoholismo es causa frecuente, y entre las intoxicaciones se citan el saturnismo (intoxicación por el plomo) por el sulfuro de carbono; el hidrargirismo (intoxicación por el mercurio); el yodismo (intoxicación por el yodo). En todas o casi todas las enfermedades agudas febriles puede presentarse el aborto, sobre todo cuando existen altas temperaturas. También existen enfermedades locales que ocasionan el aborto, como son la metritis crónica, las adherencias, los tumores fibromatosos y neoplásicos de la matriz, la placenta previa y sus alteraciones patológicas, apoplejía, inflamación, degeneraciones etc."

"En cuanto a la influencia de los traumatismos y las impresiones morales es necesario saber que existen predisposiciones individuales en las mujeres embarazadas; porque así como hay mujeres que en estado de embarazo han sufrido

do violentas vibraciones traumáticas, sin experimentar el menor cambio en el producto de la concepción, otras con un esfuerzo de tos, abortan; igual cosa sucede con las emociones, impresiones morales, que en las mujeres predispuestas pueden ocasionar el aborto" (Hasta aquí el Profesor Uribe Cualla).

"Mirado el problema del aborto desde el punto de vista social y en relación con nuestro pueblo, es preciso advertir que no son conocidas exactamente las cifras a que alcanza este delito. Los casos denunciados son un mínimo razón dentro de la estadística, pues, dado el carácter secreto e inmoral que reviste y la ayuda de médicos criminales e irresponsables, es imposible saber a cuánto alcanza este grave mal con todas sus funestas consecuencias.

"Nadie más autorizado en Colombia para hablar de este modo del asunto que el Médico Jefe de la Oficina Central de Medicina Legal, tantas veces citados en esta obra por su inmensa autoridad científica, doctor Uribe Cualla. Oigamos lo que sobre el particular dice el ilustre expositor:

"En nuestra sociedad eran raros los casos de aborto criminal que se presentaban, pero en los tiempos actuales se

han modificado violentamente las costumbres sociales, y al paso que los vientos de la civilización nos ha traído los adelantos modernos y la amplitud de miras en todo sentido, también están formando un ambiente propicio para que el crimen funesto se aclimate, formándose nocivos gérmenes que, si no se combaten, minarían nuestra raza, en la fuente misma de la vida, como es la procreación".

"Son ya frecuentes los casos que se conocen de mujeres embarazadas en que de pronto se detiene el curso de la gestación, y viene un aborto a los tres o cuatro meses de desarrollo intrauterino. Y cuantos serán los ocultos? Pero no se crea que esta interrupción siempre se debe a influencias del alcoholismo o de la sífilis, que minan la raza, que ya se echa de menos de las sustancias que se consideran abortivas, o se recurre criminalmente a las maniobras externas y brutales, con el fin de que el feto se arroje y pueda de esa manera quedar solucionado el conflicto de un tenorio que sedujo a la muchacha incauta, o lo que es más grave todavía, ponga término a relaciones criminales de salterio. Y es bueno llamar la atención a la sociedad de la gravedad del problema, porque en cierto modo se

explica que en la vieja Europa, sociedades que han llegado a la quinta esencia de la corrupción y que han experimentado las más intensas crisis de una refinada civilización, sea frecuente el aborto criminal. Pero entre nosotros, pueblo joven, cuya vitalidad apenas principia a desenvolverse, cuya población debe ir aumentando progresivamente, si es que queremos entrar en un progreso ascendente, es por lo menos inverosímil y es necesario hablar claro, porque es más fácil prevenir una enfermedad social que curable, cuando ha adquirido cierta virulencia. Es una vergüenza y un descenso profesional, pero hay que tener el valor de decirlo, que en todo tiempo han existido profesionales de conciencia muy elástica que suministran sustancias abortivas y practican maniobras criminales, para quienes el valor moral de una profesión y la consagración científica de un título no vale nada. Indignos representantes de un sacerdocio, que trafican con una profesión dignísima, para la cual no sólo se necesita tener ilustración y dotes especiales, sino más que todo, una contextura moral diamantina y una noción del deber estricta e implacable."

"En nuestro medio actual existen condiciones especiales - para que prospere el aborto criminal: la condición de inferioridad de la mujer ante la ley y el desamparo social que la rodea. Ese medio enteramente nuevo de empleadas, constituido por muchachas incautas, que no ganan sino un salario de hambre, que de luchas tendrá que establecer para no caer en las ruedas de sus patronos que las amenazan con la calle y la miseria; al fin se entregan en su debilidad, y viene el aborto consiguiente para salvar su honor; y quién el responsable? No la pobre mujer que se siente como obnubilada por su caída, sino el cómplice, llámese enfermera, comadróna, practicante o médico, que se presta por una despreciable remuneración a facilitar una solución criminal. Y es tal la influencia del ambiente maléfico, que no es muy rara la consulta médica de la joven que propone, como la cosa más natural que se le administren módicamente o se le ejecuten maniobras que puedan interrumpir el curso normal del embarazo; y se necesita estar muy bien cimentado en el ejercicio honorable de la medicina, para rechazar aquellas insólitas pretensiones. Por eso siempre hemos creído que ante la avalancha de nuevos médicos debería haber cier

ta selección en los claustros universitarios, que controle la honradez profesional y, si es posible, una cátedra de deontología médica, para que aquellos futuros galenos puedan penetrar al santuario de los hogares con patente de honorabilidad y ser los verdaderos representantes de un gremio, de los más distinguidos y honorables por fortuna entre nosotros, pero que tiene que ejercer una sanción contra aquellos pocos que opacan el brillo de la mayoría de sus miembros". (Hasta aquí el Profesor Uribe Cua lla).

"La libertad de abortar y la consiguiente abolición de la condena penal por este hecho, como tendencia que tuvo mucho auge, encuentra como principal iniciador al médico francés Klotz-Forest quien consiguió bastantes seguidores, especialmente autores de nacionalidad alemana. Con posterioridad a la guerra de 1918, aquella tendencia fue tomando cuerpo hasta convertirse en tema de preocupación general, el cual llegó al extremo de provocar mociones sustanciales sobre la materia en la Asamblea Nacional Alemana, sustentadas primordialmente por elementos socialistas. Pero la tendencia abolicionista de ese hecho delic-

tuoso no logró jamás en ningún país resultados efectivos con excepción de Estonia y de Rusia, en donde solamente se sanciona el aborto cuando se ha practicado sin sujeción a unas determinadas regulaciones legales, tal como la obligación de hacerse practicar el aborto por médicos oficiales especializados."

"Los sustentadores de la libertad de abortar, fundamentan su actitud en las siguientes razones:

a) La mujer embarazada es libre para disponer de su cuerpo; como el producto de la concepción forma parte de sus entrañas nadie puede intervenir para impedirle hacer de ello lo que quiera. Como se ve, esta tesis revive los antiguos tiempos de Roma en que el feto se consideraba como *pars viscerum matris*. Semejante opinión se encuentra íntimamente vinculada a la potestad *in se ipsum* de que se habló al tratar sobre el homicidio-suicidio y los mismos fundamentos que se dieron contra esa hipótesis, prevalecen en materia de aborto. Bien sabido es que no existe derecho alguno ilimitado, mucho menos en las sociedades progresistas de hoy. La independencia del elemento humano en sus mutuas relaciones es una obligada realidad que se impone en bene

ficio del bien común. Si se pudiera hablar de la libre disposición de la vida humana, lo que sería absurdo, también se podría concebir que todos los derechos son ilimitables. Los derechos de propiedad, de libre expresión, de reunión de locomoción, de trabajo, etc., están limitados y recordados y seguramente lo estarán más a la medida del progreso humano. Qué no decir entonces de la obligación ciudadana de cooperar a los fines del Estado y del progreso de la nacionalidad no restringiendo sino ampliando el aumento de la población?"

"El producto de la concepción que se desarrolla intrauterinamente, es una esperanza de vida que pronto, al desprenderse definitivamente de la madre, mediante el proceso normal biológico ha de tornarse en una realidad, en una persona. Por esa causa la ley civil protege los derechos del que ha de nacer y al establecer el aborto como delito protege no sólo a la persona por venir sino a la sociedad misma contra el atentado que ha de privarle de un elemento más, digno de cuidado y atención. Por lo tanto, no por estar el feto ligado a la madre en sus entrañas puede sostenerse que ella puede disponer de él ad libitum. Al contrario,

desde el instante mismo de la concepción, el nuevo ser tiene ya arraigados derechos que la ley actualizará cuando sea menester."

b) Se ha dicho también que la sanción legal por el aborto no produce ningún efecto por cuanto este delito se comete siempre de modo subrepticio y oculto, ya por la propia madre, o también por la acción de médicos o enfermeras, interesados todos en mantener el secreto para escapar a la represión penal. La estadística, dicen, no podrá suministrar jamás el dato fidedigno por las razones que acaban de señalarse y sería imposible, por tanto, llegar a probar si el aborto ha sido criminal. En estas condiciones, agregan, la sanción no tiene objeto alguno".

"La reserva con que se mira en la objeción anterior, la eficacia de la sanción penal, no tiene razón alguna de ser si la dificultad radica en una cuestión de prueba, entonces, la misma objeción podría hacerse en relación con los demás delitos. Cuántos homicidios, robos, estupros, etc., se quedan sin sanción debido a la circunstancia de no haberse probado con plenitud? Sin embargo, a nadie ocurriría sostener la abolición de los delitos de homicidio, robo o estupro por la misma causa. La ley no solamente tiene un gran poder intimidativo de carácter general sobre muchísimas personas sino que simultáneamente refleja el estado -

social de un pueblo que lo diferencia de los salvajes o incivilizados".

c) Eugenio Cuello Calón en su obra "Cuestiones Judiciales relativas al Aborto", cita otra nueva objeción que consiste en afirmar que, la vida del feto no es un bien jurídico individual sino un bien jurídico que pertenece a la comunidad y que en estas condiciones la razón de la protección penal contra el aborto, se fundaría en un simple motivo de carácter demográfico."

"En primer lugar, como tantas veces se ha dicho, la vida del feto sí constituye un bien jurídico individual digno de protección por sí mismo. Esa es la razón por la cual las leyes civiles y las penales establecen ciertas prescripciones destinadas a la protección del hijo por nacer y aún a la defensa de su vida desde el instante mismo de la concepción sin que de ella pueda disponer ni la madre ni nadie sin incurrir en un monstruoso delito. Esto no quiere decir que simultáneamente pueda existir también el motivo de orden demográfico según el cual interesa al Estado el aumento de la población y el mejoramiento de la raza para los fines generales de la soberanía y de la na -

cionalidad. Parece inútil recordar aquí por lo reciente, cómo la degeneración propiciada por el aborto, por el uso de los anticonceptivos y por otra serie de perversidades criminales destinadas tan sólo a brindar el placer material y no la proliferación humana, fue una de las causas que llevaron a Francia al estado desastoso de su vencimiento, como oportunamente lo hicieron notar, sociólogos, juristas y políticos muy importantes de aquél pueblo."

d) También hay quienes sostienen, en pro de la libertad de abortar -fundiéndose en antecedentes de índole económico y social- que el aborto provocado criminalmente tan sólo se reprime cuando se trata del ejecutado por mujeres proletarias y pertenecientes a las clases más desvalidas, en tanto que la pena no alcanza a mujeres de suficiente poder económico o de clase más elevada; y, además, que sería inicuo imponer una pena a la mujer que sin poder mantener a sus hijos a la vez se le exige su nacimiento. Agregan los sostenedores de esta objeción que el aborto provocado criminal constituye un alto porcentaje de pérdida de vidas humanas porque las mujeres pobres se ven precisadas a recurrir a personas sin conciencia para que les cause el

aborto y que, el día en que esta libertad estuviera reglamentada permitiéndose el hecho en clínicas especiales y con profesionales honrados, el aborto no representaría alguno para la vida de la mujer".

La anterior objeción ha contestada por Cuello Calón con citas del afamado ginecólogo Summ de nacionalidad alemana. Sobre el particular dice así:

"El aborto artificial, aún realizado por un especialista, conforme a las reglas del arte médico en casa de la abortada y aún en una clínica, representa un grave peligro para la salud y la vida de la mujer. Summ, el gran ginecólogo alemán, rechaza la creencia de que el aborto artificial constituya una intervención nada peligrosa; sus defensores, dice, no tienen noción alguna del peligro que entraña. Aún realizado por especialistas, añade, siempre constituye una grave intervención. La mayor amplitud concebida en los últimos tiempos a la práctica del aborto terapéutico ha dado como resultado que los médicos ejecuten el aborto artificial con cierta frecuencia. De tales prácticas provienen grandes males, entre otros, heridas en el útero, que no constituyen una rareza. Refiere el autor de

doce casos, presenciados por él en los que los médicos perforan el útero con los instrumentos quirúrgicos, y creyendo extraer el huevo extrajeron por la vagina un pedazo del intestino. El número de las pequeñas heridas causadas es aún mucho mayor. Los abortadores profesionales conocen tan graves dificultades, y así, sólo destruyen el huevo, provocan las hemorragias y luego envían las mujeres a las clínicas para que allí sean tratadas conforme a las reglas del arte médico".

"Las dificultades que presenta el vaciado del útero de las mujeres embarazadas, es causa prosigue, de que parte del huevo quede dentro, entrando en putrefacción y produciendo una infección. El 60 por 100 de las mujeres abortadas llegadas a su clínica padecían fiebre; el 5 por 100 se hallaban gravemente enfermas; el 2 por 100 eran casos más graves se refugian en las clínicas y que otros más leves escapan a la observación; pero basado en su experiencia cree Dunn que siempre debe contarse con 10 por 100 de las enfermedades que encadenan al lecho durante largas semanas a las enfermas, las cuales a veces, quedan desistidas para toda la vida; debe contarse también con una mortalidad de -

cerca de 1 por 100. Esto supone para una proporción de 40 abortos sobre 100 mujeres preñadas, 75.000 enfermas y - 7.500 de-funciones anualmente.

"En Rusia, según los datos publicados por Krassilnikian, a pesar de la legislación del aborto, continúan las mujeres acudiendo a los abortadores no médicos, como lo prueba el hecho de que en el año de 1926 fueron condenados - 66 hombres y 805 mujeres curanderos y abortadoras profesionales.

"Con este peligro surgirá otro de no menor gravedad, peligro que los mismos médicos vaticinan la aparición de una clase médica formada por profesionales sin suficiente preparación, por médicos sin clientela y sin escrúpulos que - operarían en cuanto se solicitara su concurso, sin preocuparse de las consecuencias que su intervención pudiese tener para la mujer".

"Lo dicho hasta aquí demuestra cuán profundamente se equivocan quienes creen que el aborto provocado, aún ejercido por médicos expertos no constituye riesgo alguno para la vida y la salud de la abortada. Pero el delito de aborto - no solamente pone en peligro la vida de la mujer sino -

que atenta contra la del que ha de nacer. Ni la mujer ni nadie tiene el derecho de disponibilidad del feto, por eso, ni el asentimiento expresado por la abortada para que el hecho se realice, suprime ni puede suprimir ni atenuar su responsabilidad. La sociedad tiene derecho a que todos sus miembros vivan y se conserven en las mejores condiciones. Y a este propósito cabe observar que las autolesiones deberían estar reprimidas ya que el suicidio no lo está.

e) También se ha dicho que la eliminación de la vida por medio del aborto no es un peligro para los intereses nacionales. Que a la inversa, lo que es un peligro es el nacimiento de seres tarados y anormales.

"Supóngase lo que ocurriría si este argumento prosperara. En una sociedad nueva, con ideas exóticas importadas, todo freno moral habría que desaparecer no sólo en esta materia sino en muchas otras y por este camino se llegaría a que no solamente las mujeres solteras so pretexto de defender su honor, sino las casadas, recurrirían al aborto como solución de problemas económicos y sentimentales en un acto de rebeldía contra imposiciones elementales de la vida natural. Sobre este aspecto, agrega el ya citado Cuello Calón:

"Además, como Grotjann observa, la coacción ejercida sobre las mujeres por sus maridos o novios para que se hagan abortar, sería aún más frecuente en el caso de otorgarse la libertad de abortar. Las observaciones hechas en un país donde de la libertad se reconoce, Rusia, acusan un aumento impresionante del aborto provocado. Según datos y cifras provenientes del Comisariado del Pueblo para Sanidad, publicadas por el doctor Krassilnikian, el número de abortos legales, practicados durante el año de 1923 subió a 52.386; en 1.926 su número había ascendido a 156.324".

La sola exposición de los argumentos que se han indicado - en favor de la libertad de abortar serían suficientes para demostrar la necesidad de mantener la represión por este delito monstruoso y antinatural. Aparte de todos los inconvenientes ya anotados y que se resumen en la consideración de que constituyen un atentado contra una vida que se inicia y que tiene derecho a la protección civil y penal por parte del Estado, había que pensar en el relajamiento absurdo que desde el punto de vista de la moral sexual implicaría en una sociedad tropical como la colombiana expuesta a todos los snobismos, al espíritu de imitación y a la

relajación estimulada por el temperamento, por el clima y por la raza.

Muy acertado es, por consiguiente, el texto penal que contiene la incriminación de este delito. A pesar de todo lo que se diga, él siempre habrá de aportar un fuerte efecto intimidativo contra las mujeres criminales y los abortadores. Por mucho que esta actividad se practique en forma bastante clandestina, siempre es posible a la actividad judicial intervenir frecuentemente es no contados casos contra esta aberración. Sería de esa que la actividad vigilante de los médicos inescrupulosos y criminales que hacen de esta maniobra oscura un medio de vida remunerador" (Profesor Jorge Enrique Gutierrez Anzola, obra "Delitos contra la vida y la integridad personal", páginas 253 y siguientes 1.946).-

**CAPITULO V**

**ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO**

El delito de aborto contiene los elementos constitutivos siguientes:

- a) Existencia de un embarazo;
- b) Suspensión del embarazo producido artificialmente;
- c) Empleo de maniobras destinadas a producirlo, y
- d) Intención de abortar.

**a) EXISTENCIA DEL EMBARAZO.-**

La preñez o embarazo que también se denomina gestación, es según Piffard, el estado funcional particular en el cual se encuentra la mujer durante el período de desarrollo del huevo humano. Y para la mayor parte de los autores del embarazo es el estado de la mujer que ha concebido y que lleva el producto de la concepción.

Es después del aborto cuando nace la necesidad de establecer si hubo o no embarazo para comprobar así el primer elemento establecido por la ley en torno a establecer el corpus criminis. La cuestión correspóndele a definirla el médico. Si el embarazo es reciente y se ha producido el aborto existen ciertas huellas probables que así lo revelan.

El aborto en una mujer primera o primípara, por lo general, dejan signos notorios. Pero en los abortos en los cuales ha habido embarazo de unos, dos o tres meses, es más difícil encontrar huellas notables de este estado. Se trata de abortos producidos con posterioridad a cuatro meses de embarazos y el exámen clínico tiene lugar con prontitud, es posible encontrar los signos de su existencia --reciente, como son la hemorragia distensión en la matriz, dilatación en el cuello del útero, desgarraduras sin cicatrización, los senos abultados con presencia de leche. Pero si dicho examen clínico se hace retardado, es decir con mucha posterioridad al presunto aborto, ya será tarde y harto difícil comprobar que existió la preñez. La prueba del primer elemento del delito de aborto, requiere un exámen detenido y a tiempo para no caer en yerros. No siempre existe embarazo, no obstante la creencia de la mujer o del hombre. Muchas veces suceden casos de embarazos, los llamados nerviosos, que, creyéndose en tal estado, apelan al aborto. En estas situaciones es necesario comprobar primero la presencia real del embarazo. Veamos lo que dice el profesor Gutiérrez Absola, en su obra

"Delitos contra la Vida y la Integridad Personal", a raíz de estos casos excepcionales:

"Cual es entonces la situación jurídica de una mujer que - creyéndose embarazada sin estarlo, se hace practicar el - aborto por un tercero lo se lo practica a sí misma? Es responsable del delito siendo así que no existe la comprobación del embarazo, primer elemento constitutivo del hecho ilícito? El problema lo resuelve la disposición que punibiliza el delito imposible. En efecto, las manipulaciones - ejecutadas por la propia mujer o por abortadores ante la - creencia de un embarazo existente, está revelando en ellos una peligrosidad que la ley tiene en cuenta para imponer la sanción por un delito verdaderamente putativo. No es, claro está, igual la responsabilidad de la mujer histérica o hiperemotiva que creyéndose embarazada, por razones de anomalía psíquica transitoria recurre al aborto, que la de la persona que se lo causa; asimismo no puede ser igual la responsabilidad de la mujer abortada que la del abortador - profesional, porque en el primer caso pueden existir muchas veces motivos honoríficos que la conduzcan a ello. Pero tan poco pueden estar en el mismo grado de falta al dicho abor-

tador profesional ya que es un delincuente habitual, con cualquier otra persona que, movida por un sentimiento de piedad, quiera evitar los males consiguientes al embarazo de una mujer inexperta en trance de poner mancha en su reputación. En este caso el móvil aunque no justifica la acción si por lo menos es suficiente para atenuar la pena."

"Enseñan los expositores de Medicina Legal que existe una sustancia denominada MOLA que presenta aparentemente las características de un feto. Dicha sustancia proviene del útero y no es un producto fisiológico sino patológico. Será delito el obtener su expulsión como si se tratara de un feto? Carrara niega que esta hipótesis la posibilidad de un delito y con perfecta lógica argumenta que no puede existir, pues, si es forzoso que haya un embarazo y éste es el producto de la concepción, -producto orgánico vivo - proveniente de una unión sexual, puede no decirse lo mismo de la MOLA la cual ni es producto de la concepción, ni es una materia viva".

#### B) SUSPENSION DEL EMBARAZO PRODUCIDO ARTIFICIALMENTE.-

El concepto jurídico del aborto es más lato que el concepto ginecológico, ya que el primero no pide, como el segun

do, la expulsión del feto, basta la suspensión del desarrollo durante su vida claustro-maternal. El aspecto principal del aborto en sentido jurídico, pues hacase referencia a la suspensión llevada a la realidad por cualesquiera de los numerosos modos que para ello se han ideado y seguirían ideándose. Para la configuración de este segundo elemento del delito de aborto, basta establecer la suspensión del embarazo por causa química o mecánica o moral.

**c) EMPLEO DE MANIOBRAS DESTINADAS AL ABORTO.**

Los medios que se pueden emplear para lograr el aborto son mecánicos, son químicos y son morales. Los primeros, es decir, los mecánicos, están encaminados a producir el aborto por el empleo de manipulaciones locales, con instrumentos o sin ellos, de modo tal que forzando el organismo materialmente logre con eficacia el resultado abortivo. Los segundos, es decir, los químicos, consisten en el suministro de bebidas fuertes, mezclas químicas, productos farmacéuticos, purgantes y estimulantes prepotentes que logren trastornar la vida del feto o del embrión hasta alcanzar el aniquilamiento y la expulsión. Los terceros, es decir, los morales, operan síquicamente produciendo alteraciones violentas que

llevan al abcto por fuertes emociones y grandes sustos y hondas conmociones, requiriendo, estos últimos medios, una prueba palpable e inequívoca, de oscura y difícil localización, ya que es asamente fácil confundir el aborto provocado y el aborto natural y el aborto fortuito.

d) INTENCION DE ABORTAR.-

El dolo en esta especie de delito contra la vida es requisito esencial para configurar el hecho. Es precisamente, - el dolo específico de abortar, la manifestación volitiva de la propia mujer o de quien lo causa. Los daños a la salud de la mujer grávida consecuentes de maniobras operatorias o químicas no realizadas con la intención de producir el aborto, no constituyen exactamente el delito de - aborto, que sí el delito de lesiones. El delito de aborto debe tener, como los demás ilícitos, una causalidad moral en el sentido de que es la finalidad concretamente buscada de abortar la que conduce al ánimo del delincuente. Resultaría en extremo difícil poder comprobar que ha habido un delito culposo de aborto cuando por descuido o negligencia de la propia mujer, se ha suspendido el embarazo. Por lo generalmente conocidos los abortos que pudieran de

nominarsse culpables tienen verificativo por ignorancia o por descuido de la mujer en estado de preñez, siendo aberrante inculparla de un hecho no sabido o no cuidado.

El segundo inciso de la disposición sobre aborto, se ocupa - del cómplice que concurre a la acción, es decir, del médico, la comadrona, la partera, la enfermera o persona que en su caso, hayan intervenido eficazmente con su ayuda a la pronta consumación del hecho. La circunstancia de que la propia mujer abortada haya prestado su consentimiento no le - quita la gravedad ni intrínseca ni extrínseca al delito con respecto al tercero coadyuvador, porque su asentimiento es - tá probando implícitamente su peligrosidad. Un problema se suscita con el delito de aborto cuando se examina la hipótesis de la tentativa, pues, apesar de admitirse en el derecho la posibilidad de su existencia, en el orden moral - presenta dificultades graves, como el adentrarse en indagaciones que pueden afectar las relaciones de familia causando un mal mucho más grave que el de la represión penal misma.

Artículo 387: "El que causare el aborto en una mujer sin - su consentimiento, incurrirá en prisión de uno a seis años"

Si el aborto por los medios empleados para causarlo, ocasionare la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el artículo 368".

En el primer inciso de este artículo se contempla el delito de aborto, por los medios empleados para causarlo, que haya tenido ocurrencia sin el consentimiento de la mujer, - siendo la pena más fuerte que en el caso de que ocurra con el consentimiento de la mujer. La razón de esta diferencia es bastante clara y demasiado natural. En el primer caso, la propia interesada solicita el servicio criminal y en cierto modo la aceptación o complacencia es activo por la solicitud recibida. Su peligrosidad o perversidad se revela menos enfáticamente debido a la mutua participación en el hecho criminal. Espero, en el detalle segundo, la ausencia de consentimiento de la mujer indica que quien le cause el aborto ha obrado contra los deseos y sentimientos de ella, de manera insidiosa, privándola de la santa ilusión de la maternidad. Cuando no hay consentimiento de la mujer, casi siempre el aborto se produce por sistemas engañosos y traicioneros, situándola en estado de inconsciencia, pretextando un ejercicio distinto y humanitario. La peligrosidad -

de quien practica el aborto sin anuencia de la abortada es  
p  
por tanto mayor que en los otros aspectos, y las personas  
que cooperan en el acto son igualmente responsables confor  
me al grado de participación de cada quien.

Artículo 388.-: "Cuando el responsable de alguno de los de  
litos previstos en los artículos anteriores sean un médi  
co, cirujano, farmacéuta o partera, la pena se aumentará  
hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspen  
sión del ejercicio de la respectiva profesión por dos me  
ses a seis años."

La disposición tiene un efecto puramente penal de agrava  
ción: hace referencia a los médicos o personas que hayan  
ejeacutado el aborto, pero resulta absolutamente benigno  
el que la suspensión del ejercicio de la profesión sea -  
tan sólo por un lapso de dos meses a seis años. La san -  
ción justiciera, para el caso, ha debido ser la prohibi  
ción definitivamente para el ejercicio de la profesión,  
porque la intimidación penal tan leve no tiene consecuen  
cia de ninguna naturaleza con respecto a individuos in -  
morales que practican su funesto oficio de modo clandesti  
no, prevalidos de su profesión los cuales en el supues-

to de que fueren sorprendidos han calculado que la pena correspondiente en caso de imputabilidad no les afectaría demasiado, porque temprano, por lo demás, seguirían en el funesto modus vivendi profesional.

Artículo 389.- Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial.

Por cuanto el aborto se realiza por motivos de honor, Aborto Honoris Causa, la ley considera de modo especial esta situación disminuyendo en sentido favorable la sanción. - Cuando una mujer de vida honesta, en un momento inconfesable de su vida ha quedado embarazada, con la posibilidad próxima del deshonor ante la sociedad y ante sus familiares por una maternidad ilícita, que tratará de negar y esconder por siempre, fruto de sus irresponsables relaciones sexuales no halla otra solución parentoria que el de causarse o hacerse producir el aborto. En este caso la ley mira con loda benevolencia esa acción, sin llegarlo, por eso, a justificarla. El bien jurídico, ofendido, la vida del

que está por nacer, la falta de respeto de la sociedad, trilogía punible del mismo acto repugnante, son simultáneamente estimados y valorados. La defensa de la sociedad no podría tolerar la impunidad porque llegaría, así, a los antos de la degradación y a los mismos extremos bochornosos de la libertad del aborto.

Sin embargo, parece del todo aceptable que una mujer primípara, muy en contra de sus blancos antecedentes de honestidad y vida recta y seria, se ha visto lanzada a la tragedia de una pitanza de sexo, roja escena libidinosa, puede ser perdonada por la sociedad y ubicada el recaudo de la piedad por la ciudadanía. Ahí radica, precisamente, para el in suceso de marras, la vigencia del perdón judicial, que en lapsos tan contados la ley prevee para quien posea una personalidad a todas luces exenta de perversidad e insune a la delincuencia. La favorabilidad de la ley se extiende a todos los miembros de la familia relacionados en la disposición, a quienes también la ofensa sorprende incaustos, quizás, en la interminada noche de la desvergüenza pública. Nada dice el Código Penal Colombiano del aborto terapéutico, bifucándose de muchas legislaciones que sí lo consagran, lo

estudian y lo califican. El aborto terapéutico, de una vez por todas, no puede ser provocado para saciar ansias criminalistas. La situación es adversa y la realidad es distinta. La maternidad, dolorosa felicidad de la madre, presenta, casi siempre, inesperadas vicisitudes imperativas a los médicos, sembrados entonces en el dilema peligroso de la madre o del hijo, de la operación cesárea o de la operación embrioto -  
mía. La defensible omisión del Código sobre el particular - tiene su razón lógica invulnerable, ya que el aborto tera -  
péutico, indicado en casos especiales y urgentes, no puede, no podrá jamás, constituir un ilícito ni estructurar un de -  
lito. La cuestión, el quid, es raizalmente de derecho natu -  
ral, ya que el aborto terapéutico se patentiza en la guerra de dos vidas, en la colisión de dos seres entre la madre -  
y entre el feto, en donde, sin tregua ni armisticio, es pe -  
noso el decirlo y causa tristura el reconocerlo, la muerte y el sacrificio del infante está echada, alicia jacta est, pa -  
ra la vida y supervivencia de la madre.

## CAPITULO VI

**ACTIVIDAD.- TIPICIDAD.- ANTI-JURICIDAD.- IMPUTABILIDAD.-**

**CULPABILIDAD.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.- PUNIBILIDAD .-**

El tema que nos viene preocupando desde la iniciación de estas páginas contiene uno de los más discutidos asuntos del Derecho Penal. En esta ciencia, que apasiona por la diversidad de sus aspectos, luchan enardecidamente dos tendencias, una moderna utilitarista, basada en la sentimentalidad no profundamente generalizada, y en ciertas conclusiones sociológicas, y otras jurídicas, ni antigua ni moderna, real o positiva que examina el caso desde la visual de la defensiva social y de la ofensiva del derecho posponiendo intereses individuales de sea cual fuere, por el bien colectivo, que es la divisa de las nuevas etapas sociológicas.

Qué es el aborto criminal?Cuál puede ser su más exacta definición?. El aborto es la muerte que se produce a un ser que está viviendo su vida intra-uterina. Ha sido definido de miles maneras. Irueta Goyana, bifurcándose de la denominación que a este delito ha dado Carrara, el de FETICIDIO, dice que el aborto es la expulsión seguida de muerte del producto de la concepción a partir de la fecundación.

La definición del famoso penalista uruguayo que acabamos de ver, no se cife al delito, expulsión seguida de muerte, en primer lugar. no quiere decir que sea causada de propósito, porque no todos los abortos son delictuosos, de allí la de nominación itálica de provocato abortus y la española de - aborto criminal, y en segundo lugar porque habla de expul sión, que ya veremos que es vocablo no apropiado, inadecua do e improducente. No es el concepto ginecológico el que - debemos tener en mientes al momento de estudiar este deli cado laberinto delictivo gentiliciado aborto criminal, que sí el concepto jurídico-penal, que no puede ser otro, el - que expresa la figura delictiva que protege la norma de la vida, que ordena respetar al fruto concebido en las entra ñas de la madre. Más exacta y más concreta es la definición que dice que aborto es la expulsión prematura del producto de la concepción violentamente provocada, aún cuando el gi ro violencia, en el caso presente, no delate claridosamen te todos los medios que se pueden utilizar para producir - el fin requerido y aún cuando se hace intervenir la expul sión como elemento de tipicidad del ilícito, cuando ello - no es más que una secuencia natural del delito.

Hay una vulgar creencia de que no es vituperable destruir el producto de la concepción, feto o embrión, en los comienzos de la evolución y ello se debe, sin duda alguna, a las clasificaciones médicas, que son la embrionaria, la fetal, la vitalidad y la madurez. Pero ellas a los hombres de leyes poco les interesa, porque en la denominación genérica de aborto criminal se comprenden esos cuatro períodos y los dos establecidos por la ginecología en sentido lato. No es la edad del feto o embrión la que pueda dar los caracteres en la criminalidad. Es, pues, un yerro notorio pensar que no es aborto provocar la destrucción del fruto materno durante el primero o segundo mes de gestación. Muchos aspectos tienen esta figura del delito, pero el más vital, el que tal vez interesa a un público semi-profano en las diversas teorías del derecho, es el problema planteado en el mundo, que consiste en determinar si es ilícito o no es lícito matar el germen de vida que se desarrolla en la matriz de la madre.

Antes de examinar las teorías en contra o en favor de la legitimidad de este acto, tenemos que expresar que hay dos clases de abortos llamados criminales, uno conocido por el nombre de consensual o viuntario en la madre, el cual se di

vide en dos formas, una, en que la mujer mata ella misma el embrión que ha concebido, y la otra, en que extraña persona, con el consentimiento de la madre, produce el hecho, este último es el propiamente llamado consensual. La segunda, o sea la modalidad postrera, en que el hecho se origina por la acción u omisión de otro, sin intervenir el consentimiento, forma ésta, que por la no intervención del consentimiento, es tenido siempre como delito.

Sobre la vituperabilidad de estos hechos no hay duda, nadie discute su antijuridicidad. Las formas que se discrepan son las que caen en el grupo primero que acabamos de esbozar. No en todos los pueblos, ni en todas las razas se ha tenido el aborto como acto antisocial que merezca punición. Mientras más primitiva es la civilización de un grupo humano, menos repugnancia a esta forma de delinquir. Los esquimales toleran el coito de las mujeres solteras y no admiten, sin embargo, su maternidad y como solución de esta pugna de ideas, se autoriza y fomenta el aborto, que se causan las propias mujeres, haciéndose una punición con una larga espina de pescado. Prácticas análogas se observa en los negaleses al dominio francés, y entre muchas razas ameri-

canas primitivas. Entre los trasmaneses los ancianos golpean el vientre de las jóvenes embarazadas para hacerlas abortar y no sufren condena alguna. Entre los primitivos habitantes formosos no se les permite a las mujeres tener hijos después de los treinta y seis años y para cumplir esa ley se autoriza el aborto. Entre los habitantes de Egipto no hubo jamás represión alguna contra el aborto, que sí la hubo contra el infanticidio. Entre los griegos no hubo nunca el concepto de delito, pudo ser considerado inmoral en varias décadas, en otras hubo apología del acto, como lo delatan las costumbres monumentales aspasianas. Entre los romanos fue arma de las mujeres contra los abusos de los esposos y también se propagó entre algunos como medio efectivo para no dejarse desfigurar el cuerpo por la maternidad, y en los tiempos decadentes, cuando tuvo inmensa grandeza la sensualidad, se practicó para tratar de perpetuar la belleza, haciéndose el aborto en veces para evitar sospechas del esposo si el hijo era del amante. En la antigua China, en la Arabia, en la India, en la Turquía de los primeros días, tenían sanción severa para estas figuras del delito que estamos estudiando.

Desde el advenimiento del cristianismo como religión oficial, el aborto fue considerado como delito en la parte del mundo occidental donde se extendió su predominio, y como en muchos de los postulados teológicos, la iglesia se inspiró esta vez, también en Aristóteles, pues decía que el alma dominaba al cuerpo del feto si era varón, a los cuarenta días, y si era hembra a los ochenta días que precisamente fue el término que daba el ilustre Estagirita, no habiendo en contra sino una sola opinión respetable, la de san Basilio, que expresaba que el alma entraba en el embrión desde el momento de la fecundación. Urureta Goyena estima que la Iglesia sanciona el aborto solamente por motivos religiosos, porque es privaba del agua bautismal de un alma. No negamos que esta pueda ser una razón, pero también lo fue la de matar a un ser que tenía alma y que necesitaba vivir para determinarse en la vida según su libre albedrío, privando a la humanidad y al reino de los cielos, tal vez, seguramente de un santo o de un hombre en el ostentable sentido del vocablo. El mismo criterio tuvo el Decálogo para prohibir el homicidio, fue el que animó la prohibición del aborto en el seno de la religión cristiana. Este-

Es, a grandes rasgos, el desenvolvimiento histórico de este fenómeno social antes que el derecho penal se organizara de guisa definitiva.

El primer gran argumento que exponen los partidarios de la licitud del aborto, es de que la mayor parte de ellos que dan impunes en casi todos los países, y se alega que al ocurrir esto, es porque el pueblo repudia su punición, se señalan copiosas estadísticas y, en verdad, en cuanto a la impunidad, tienen razón. pero a nuestro modo de comprender las cosas, nos parece falsa, de toda falsedad, la conclusión de que ellos presentan como genética del no castigo del delito de aborto, ya que todo aborto produce desagrado, de una manera general, a quien lo conoce. Lo que sucede es que, como se trata de un hecho íntimo y que, además, es oculto para ejecutarlo, pasa desapercibido para los miembros del conglomerado social, y no hay denunciadores porque, ni la madre, ni el operador, que son o pueden ser los directos autores y culpables van a decirlo ni a causarlo.

La impunidad del aborto se debe a una deficiencia de los sistemas de policía, ya que si ellos fueran organizados con todas las acciones humanas fueran conocidas por las

personas encargadas de vigilar y el orden y la armonía sociales, las denuncias se multiplicarían a diario y el delito sería sancionado con lo merecido de manera imparcial y severa.

La otra grande objeción de los voceros de la licitud del aborto es la siguiente: la mujer tiene el derecho de atentar contra su propia existencia, como no ha de poder, entonces, destruir el fruto de su vientre antes del alumbramiento? Si la madre puede amputarse los brazos como no ha de poder, entonces, perforarse las membranas fetales que limitan el proceso de la generación? Fisiológicamente el embrión sólo constituye una víscera más del órgano materno y fisiológicamente puede tener una vida independiente. La madre que opera sobre sí misma, aniquilando y destruyendo el producto de la concepción opera, como decían los antiguos juristas, "in materiam brutam". La vida del embrión no es más que un aspecto, un latido, un episodio de la vida de la madre. El cuerpo del embrión no es más que un órgano en el conjunto de órganos que integran la estructura fisiológica de la mujer. Si fisiológicamente el embrión tiene vida independiente como afirman los postulantes libericidas,

cómo jurídicamente ha de ser una víscera de la madre? Acaso el derecho tiene o nó que fundamentarse en la ciencia y en la realidad de la vida? Puede decirse que una cosa que vive, para el derecho no vive? Acaso el derecho no ha sido - por siempre, la regulación cierta de la vida en todos y ca ca una de las facetas individuales y sociales?

No se ha sopesado demasiado el argumento procedente de los señores liberales del abortismo sin penalidad, el espejismo producido por la idea fija, por el leit-motiv de construir un propósito, no ha permitido ver que si el embrión vive para la ciencia, que es la verdad, que es el axioma, - que es la realidad, tiene, necesariamente, que vivir para - el derecho, que en ningún momento pueda ser contrario, ni adverso a la vida misma. El embrión, negamos que sea un órgano de la madre, nada más diametralmente opuesto a la verdad, ya que un órgano es todo un aparato anatómico, que realiza una función en la economía de la persona que lo ostenta y el embrión no da ninguna fisiológicamente en la organización física de la madre. Los órganos de la mujer-madre, - por el contrario, se ponen al servicio permanente del embrión, en todo aquello cuanto pueda necesitar que, como ve

remos, es bien poco y la economía materna se sacrifica en provecho del ser que evoluciona dentro de su vientre. Este es un nuevo aspecto de la ley de sacrificio que preside la vida. El argumento expuesto por los abortistas carece de base y no resiste la crítica, ya que en estos delicados asuntos debe tenerse excesivo cuidado con los malabares sofisticos y las pirotecnias pseudo-científicas que tratan de decirlo y explicarlo todo, sin decir ni explicar nada.

Otros penalistas en varios documentos trabajados, defienden la libertad del aborto, demostrando que esa acción no puede oponerse a la moral, pero aún cuando estimamos que, a pesar de la enorme confusión que sobre el concepto de la moral ha sufrido el mundo, desde el comienzo de nuestra historia, que hace resaltar con maestría los aludidos escritores, no olvidamos que hay morales circunstancias para cada tiempo y para cada pueblo y que no se puede examinar un hecho a través de las variantes que ha tenido dicho concepto en la humanidad, sino teniendo en cuenta solamente la moral que predomina en el momento en que el examen se realiza y en el país en donde se estudia. Hecho el examen así, el factor moral pierde mucho prestigio para ceder su puesto a o-

tros elementos circunstanciales. Por estas expresadas razones, que nos parecen elocuentes, no creemos que el aspecto moral sea el que nos tenga que dar la solución de este problema, debemos fijar la vista para el análisis del caso en el estudio científico, y si no fuere redundancia, en el aspecto sociológico, que es inseparable, que marcha a la par con todo elemento que se relaciona con los delitos.

Tampoco lo examinaremos desde el punto de vista de la conveniencia de la guerra y de la Iglesia, porque el primer aspecto es circunstancial, depende exclusivamente de la naturaleza de los pueblos, los cuales pueden ser o no ser guerreros y del interés capitalista y comercial de tener hombres para las luchas de las guerras en las levadas formidables de los modernos tiempos y porque carece de sentido lo que expresan los bélicos de que se pueda considerar el deber de la madre, su embarazo a término, como una especie de obligación militar, de la cual es deudora sociedad, pues por sobre toda idea marcial habida con los hombres, yace el mandato de la naturaleza que le ha dado función y procrear y de cuidar de su prole, con instinto de madre, que se distancia de cualesquiera otra razón por los hombres.

La madre de las cavernas, la madre troglodita, procreaba y cuidaba y amaba a sus hijos, porque desde el momento cuando vino al mundo la mujer primera, procreó y cuidó y amó, así como lo hicieran las madres de la ínfima gama zoológica y en las más rudimentarias escalas específicas. No en balde se puede refutar esa aseveración, expresando que si ese punto visual fuera cierto y verdadero, la secuencia debía ser, no que la mujer esté obligada a culminar su embarazo, sino que tome sumo celo en dar un hijo, forzándola, de otra manera, a verificar matrimonio, al recibimiento de la semilla genética, en una frase corta, al coito sexual. Si resultase estéril temporal o definitivamente, después de una especie íntima de consejo médico, sometida sería a un contingente de suplencia análoga al militar. Nos abstenemos de examinarlos en el segundo término, porque la Iglesia se fundamenta en la moral, que ya hemos dicho, acogiendo lo alegado, que tiene escasa médula para sostener la punición del hecho delictivo.

Otras razones que se han creído poderosas se han formulado para ver de sostener la libertad del aborto. La miseria es una de las muchas, que más adelante veremos, que carece de

base y de sentido lógico. La defensa del honor es una de las razones más ha sugestionado a los propulsores de la punición pero dentro del terreno realista y positivo, su base es insegura y deleznable, porque, en el fondo, en su parte abscondita, es un aspecto interesante y sutil de la moral. Se considera a la ligera, que la mujer al ser madre fuera de matrimonio, disminuye o pierde su honra, cosa eventual y sembrada de circunstancias pues depende, sí o nó, de que la idiosincracia y la sensibilidad del pueblo y de la sociedad así lo interpreten y lo sientan y lo codifiquen. Si las leyes saltando las barreras morales no vitalicias, llegan a rehabilitar a la madre soltera, el argumento se viene al suelo, cae a tierra, sin recursos ni defensas. Anotando, como caso curioso de paradoja ideológica, que los mismos que proclaman la liberación del aborto inspirados en que no es inmoral, los mismos son, que predicam la tesis de las deshonras que, como lo anterior, estriba en la moral, que según todos ellos, es mudable y finita. No son consecuentes con sus ideas, y es sencillamente lógico que aquello que la razón no posee, se contradice y se debilita y se diluye.

Los famosos argumentos basados en las teorías metafóricas-

el libre-médico Gregorio Marañón, sobre la maternidad consciente, fuerza tiene tanto más cuanto la mujer no quiere, no desea ser madre, empleando para ello la abstinencia sexual, y tal vez, medios seguros que evitan la concepción, pero no autorizándola a destruir, en sus entrañas, el embrión de un hombre que voluntariamente quiso concebir. La razón que pretende equiparar el aborto con las prácticas anti-concepcionales, que son conocidas y para eludir los nacimientos, con la denominación de malthusianismo, invocando al célebre protestante inglés Malthus, quien formuló la teoría de la superpoblación en pocos años, no tiene carácter ni base científica, porque el malthusianismo no mata a ningún ser: sólo evita que nazca, en tanto que el aborto destruye lo ya concebido, lo que ya tiene vida. Las prácticas anticoncepcionales podrán ser inmorales, expresar que tanto la mujer como el hombre quieren gozar del placer sexual, satisfacer la libido, sin arrostrar las consecuencias que la naturaleza impone a quienes ejecutan la cópula, pero no podrán decir nunca, que este acto, reprobable, desde luego, tenga las impresiones que todo delito requiere. Los campos distintos, no pueden confundirse, sin tener presente la idea especial -

de defender una teoría sin reparar en los medios. Basta, -  
pues, esta rápida refutación para comprender que no es de  
fuerza lógica la argumentación en favor del aborto libre.  
Sin fundarnos en el multiconocido alegato prenántico, que tan  
ta y variada influencia tuvo en el mundo, examinaremos el -  
asunto desde el aspecto delictivo, dentro de la concepción-  
jurídica del mismo.

Los siete aspectos que debe tener todo delito, son los si-  
guientes: la actividad, la tipicidad, la antijuricidad, la  
imputabilidad, la culpabilidad la condicionalidad objetiva  
y la punibilidad. Todos estos aspectos vamos a esbozarlos -  
de una manera sucinta.

#### LA ACTIVIDAD.-

La actividad en el delito se refiere y comprende el acto -  
positivo, la acción y el aspecto negativo, la omisión, toman-  
do el vocablo en su más extenso significado. El acto lo de-  
finimos expresando que es la manifestación de la voluntad,  
que, mediante acción y omisión, produce un cambio en el mun-  
do exterior. El acto es, pues una conducta humana que opera  
un resultado.

La actividad se compone de tres elementos esenciales: mani-

festación de la voluntad, resultado y relación de causalidad. No podemos negar que el aborto es producto, en parte, de la manifestación de la voluntad. El comisor quiere, desea, el acto y pone en movimiento sus músculos para obtenerlo. La voluntad se manifiesta, entonces, por los actos externos, llevado a efecto para lograr el resultado. No hay delito sin resultado. En los antiguos delitos formales sucedía que la voluntad y el resultado surgían, ya aparecidos, coetáneamente. El resultado, en el delito, es la obtención del fin querido, del fin deseado que, en algunos casos, puede ser daño real y, en otros, daño moral. El fin querido en el aborto es la muerte del embrión, con secuenta expulsión. La acción, pues, de haber hecho abortar a una mujer que se encontrare en estado de gravidez, tiene voluntad y posee resultado por consecuencia.

En cuanto dice relación a la causalidad, se discute la primacía numerosas escuelas penales, que sería prolijo enumerar y definir. La relación de causalidad, a nuestro parecer, no es otra cosa que la correlación del acto con el resultado obtenido, es decir, la unión entre ambos. Tenemos, pues, indiscutiblemente que el aborto causado por la madre,

participa de actividad en su trilogía formativa, voluntad, resultado, causalidad, presentando, así vida y carácter en la primera exigencia jurídica de todo delito, ya sea civil o penal.

#### LA TIPICIDAD.-

La doctrina germana distingue dos clases de tipo: el tipo de hecho y el tipo de ley. Existen autores que sólo admiten la existencia del tipo legal. Sin embargo, la fuerza social del tipo de hecho, se impone, ya que el delito es un fenómeno sociológico, que se presenta en las colectividades humanas enantes que la ley lo prevea, lo estudie y lo sancione. La violación de una norma de vida es delito si posee esos caracteres, aún cuando la figura delictuosa no haya surgido en la ley penal. Si el tipo legal o de ley es el resultado de la contemplación del legislador de un hecho antes de haber sido elevado a la figura de delito, tuvo que tener un tipo, que fue lo que conservó el guardián del orden social, al prospectar y fehacer la ley. Pues bien, prescindiendo del tipo legal que el aborto entre nosotros tiene, es inconfundible, que el hecho que nos ocupa presenta un tipo fiel, - cual es, una mujer que en estado de gestación y una máquina

ción de cualesquiera clase para privar de la vida al em -  
brión y la expulsión del mismo o del feto, del ser en forma  
ción viable. También declara otros elementos secundarios, -  
ora de atenuación, ora de agravación, pero no modulares y -  
configurativos. El aborto pues, olvidando la tipología de ley  
tiene su tipo propio, ostentando el segundo elemento sustan  
tivo de todo delito.

#### LA ANTIJURICIDAD.-

He aquí el aspecto más problemático del temario en desarro -  
llo, ya que a su luz podrá determinarse, sin reticencias de  
ninguna clase, si el aborto es o no es delictivo. Vamos a -  
dar nuestro concepto que cosa es lo antijurídico. Parogru -  
llo nos habría contestado que es lo contrario a lo jurídi -  
co, fraternándose a muchos tratadistas que no extralimitan  
este concepto. Lo antijurídico, puede decirse, es algo de lo  
injusto, que es aquéllo que se bifurca o desprende de lo -  
que normalmente debe ser pauta en la convivencia de la socie  
dad.

Se creía de grueso modo, hasta hace muchos años, que el de -  
lito, al cometerse, infringía el derecho penal positivo, y  
por tanto, lo antijurídico era el delito que reñía con la -

ley. Se presupone la vida de la ley para poder definir lo antijurídico. La concepción genérica de las normas vino a esclarecer este ancestral concepto indeciso. El que delinque - no infringe la ley, sino que obra acorde con ella; ni mata, y el tipo de homicidio yace ubicado en la ley, acopla su acto conisor al requisito legal. Lo que infringe o viola el delincuente es la norma de vida que la sociedad tiene para hacer posible la convivencia en su seno.

El decálogo mosaico es un conjunto de normas de vida: no matarás, no robarás, no faltarás a la mujer de tus semejantes. - Las leyes surgieron más tarde en los libros post-mosaicos legales. La norma es la social, la violación es lo antisocial por eso se dice que todo delito es anti-social y anti-jurídico. Las normas de vida son la justicia, la represión de la norma es el derecho la antijuricidad es lo adverso a la norma.

Veamos, ahora, si el aborto es o no es una acción antijurídica, sentadas las premisas que atrás hemos esbozado de manera ligera.

El niño concebido tiene todos los atributos de la persona humana, ya que es una individualidad perfecta. No es una parte

de nada, sino un todo completo. No es un órgano, que sí un organismo. Sabemos que para ser parte de un organismo se requiere concurrir a su constitución y a su sentido anatómico y fisiológico y biológico, cuya conexión no puede extraerse si no hay anastomosis y prolongación de vasos y de nervios, - lo que constituye la identidad de un organismo, además de - la limitación somática, es la comunidad y la especificidad de su medio interior, que ya por sabido se calla, consiste en los humores intercelulares y en el líquido sanguíneo. Jamás un parásito puede formar parte del organismo parasitario. El medio interior materno, jamás se continúa en el fetal, - son dos medios absolutamente individuales y quizá antagónicos. La vida de la madre no se difiere de la vida del hijo más que por el detalle de la respiración, que en ella es áerea y en él es bronquial. La vida se define por las funciones y ni una sola de las que existen en el niño nacido, falta en el niño encerrado en el vientre materno. El hijo desde su mismo origen, es un ser independiente. Esta ley biológica se cumple con la misma inescrutabilidad que se cumple la ley de los movimientos de los astros. Sin la diferencia de los gametos, masculinos y femeninos, fusionados en trance de

células p̄rims y desposeídos de sus elementos prom̄sticos, ja  
nás podría un ser humano . Las dos células forman un sólo -  
ser independiente, que con la misma milagrosa potencia vital  
del grano de trigo encontrado en una tumba faraónica, que,  
a pesar del sueño milenario, fue capaz de germinar, la móru  
la germinativa encerrará, potencialmente, todas las posibi-  
lidades biológicas y anímicas, desde las mayores desformida  
des biológicas, morales, hasta la virtud heroica de Juana -  
de Arco o el genio intertemporal de Goethe. A esta individua-  
lidad antogónica se suma, ipso facto, la individualidad teo-  
lógica o finalista, en cuya virtud el ser empeñará la lucha  
que no podrá cesar jamás para mantener el equilibrio contra  
innúmeros factores internos y externos, que conspiran con -  
tra su integridad individual. Durante toda la vida el ser -  
tendrá que quedar bajo esta fuerza vital creadora y cuando ya  
no pueda resistirse, habrá sonado la hora de la muerte. Es, -  
pues, gracias a esta fuerza finalista que el hijo es y será  
un ser independiente.

El ser embrionario debe, continuamente, ser atravesado por  
corrientes energéticas que constituyan el substratum dinámi-  
co de sus funciones. Apenas es aceptable como una hermosa -

metáfora aquéllo de que el gesto del obstetra que al cortar el vínculo umbilical, multiplica la vida, haciendo de una, un par.

Si el embrión o feto, desde los primeros momentos de la unión del espermatozoide y el óvulo tiene vida independiente, es decir, es un ser distinto a ella; puede la madre, por el hecho de haberlo concebido, matarlo porque le conviene? Es jurídico hacer un daño físico, parcial o total, a una persona distinta? En qué estriba la madre su derecho de suprimir la vida del ser que ella misma, por amor, por lujuria, por debilidad, ha engendrado? Por qué? Porque el acto de provocarse el aborto es antisocial y antijurídico, es un ataque a la vida, es vituperable, porque ya hemos visto su condición biológica. Como hecho, es delito, no puede discutirse su naturaleza antisocial.

El estado tiene el deber de exigir a los miembros de la sociedad la conservación de los niños, sea cual fuere su evolución, sentado este precepto, su muerte violenta sólo podría excusarse concurriendo en la acción un caso de inimputabilidad o de justificación. La imputabilidad es la facultad de atribuir al sujeto el acto que ejecuta, como causa -

eficiente y libre, aún cuando se alegue la responsabilidad del acto voluntario. Los contrapesos de la antijuricidad son las causas de justificación, voluntarias siempre, veamos si es posible hallar alguna, aún cuando no sea la taxativamente señalada por el Código, que nos diga que el acto de la madre no es antijurídico, porque se justifica por cualesquiera causa.

Se ha hablado de la condición económica de la madre, es decir, que se justifica su acto cuando su estado de pobreza no le permita criar un hijo si no tiene ninguno, o un hijo más si tiene varios. Esto no sería una causa eficiente que justifique tal acto en primer lugar, porque todo acto que se justifica tiene que ser no provocado por el agente activo, y aquí la madre con su cópula provocó el embarazo; en segundo lugar, porque no es absolutamente necesario solucionar el conflicto que el nuevo hijo lo presenta, porque para que un delito se justifique, es preciso que sin la realización de él, el daño que se quiere eludir, se presenta. Pero, prescindamos del primer elemento notamente jurídico o de justicia. En cuando al segundo, puede una madre para evadir el suceso de su indigencia matar el fruto de sus entrañas? En todos los-

países civilizados y aún en los que no lo son, hay casas de maternidad, hospicios, albergues, es decir instituciones infantiles que reciben a los recién nacidos que allí sean entregados, sin que siquiera se averigüe quien lo depositó y la manera como fue habido. Los reciben sin límites de número y la madre que desee conocerlos después, puede marcarlos, poner nombres, dar algunas señales disfrutar de su hijo aún cuando no representa carga alguna, que sí un insustituible elemento productor. Sin que se nos quiera convencer con razones lloronas de que sería muy doloroso para la madre desprenderse de su hijo para entregarlo en una casa de talante hospiciario, porque no se puede invocar el amor maternal para juzgar el acto de que no siente restos de matar su embrión. Las razones porque sentimentales se remontan de la madre que brutalmente destruye el ser de sus entrañas, ya que entre el acto de llevarlo a un hospicio y matarlo existe un insondable abismo de pavora, de horripilancia y de crueldad.

Además este elemento de pobreza es falso y es ficticio. En la Rusia, durante el tiempo cuando fue libre el aborto y que permaneció por más de tres lustros, se obtuvo mayor nú-

nero de abortos en las mujeres que devengaban menos sala - rios y en las casadas cuyos maridos tenían elevado esti - pendio. En cuanto a las que teniendo muchos hijos, no pue - den tener más, se encuentra una grande estadística de abor - tos en mujeres que tienen un hijo o ninguno enantes de la abor - tado. lo que acusa que el argumento que se emplea para jus - tificarlo, está inficionado de sentimentalismo, dolido de - sensibilría y no refleja el estudio imparcial de la vida - real, base de todos los problemas jurídicos-sociales. No - se nos endilgue que la justificación por la situación eco - nómica dice referencia al niño ya nacido, sino al período - de gestación, en cuyo caso, sabiéndose que las madres grá - vidas hallan atención en las casas de maternidad, sería pue - ril sólo enunciarlo, porque si la madre pretende abortar - para no pasar el período de gestación, no lo hace por cau - sas económicas, que por sí por otras diversas, y las leyes no pueden proteger caprichos o actos inmorales.

El honor es otra de las causas que se pretenden invocar - para justificar el aborto. Pero qué es el honor? El buen - nombre, la estimación social en que se tiene al individuo, la posición individual en continencia con la sociedad. Se

aspira a que, para que una mujer no pierda su estimación, en la sociedad se autorice el aborto. El honor, elástico y modelable en todos los tiempos, se aplica a la conveniencia del hombre, no ha sido jamás que una causa de atenuación en la mayor parte de las legislaciones. Las ideas que la sociedad basa en una moral falsa, sosteniendo la tesis contraria, no pueden justificar un acto que presenta los caracteres esenciales del delito. La palabra honor sólo tiene una acepción, no dar escándalo, no exteriorizar lo que se hace en intimidad. Se le puede dar a semejante moral fuerza para que en su nombre se permita la muerte de un ser en formación? Si la mujer se dejó engendrar por lujuria, que tenga el valor y el coraje para sostener su caída, si por amor que tenga la rebeldía de proclamar su santa maternidad que la ensalza en lugar de ofenderla. Ya se ha luchado mucho en el derecho civil universal para reivindicar a la madre soltera, concediéndole la ley plenos derechos y diversidad de garantías. Después de las explicadas, qué otras causas de justificación podría alegarse, que no sean las que reconoce la legislación de todos los países, y que no es posible que -

concurran en el aborto? Existe una más: la terapéutica, que es aceptada por muchas legislaciones y tolerada, donde no se ha prescrito expresamente. Consiste en excusar a los médicos, cuando para salvar la vida o la salud de la madre tienen que destruir, necesariamente, el producto de la concepción. Fuera del caso presente, ninguna circunstancia relacionada con los elementos del delito o con el ambiente en donde se desarrolla, puede justificarlo, an no ser que se pretenda por motivos sentimentales, o por ideas contagiadas de modernismo. No habiendo causas que justifiquen el aborto libre, prosigue de pie su antijuricidad. Los rusos, que desde el comienzo del régimen soviético, declararon castigable el aborto, en vista de los resultados deprimentes obtenidos, volvieron a declararlo ilícito desde el punto de vista del derecho criminal.

Es preliminarmente lógico que al suprimirse la función natural de un sexo, culmina en atrofia y pierda su aténtico aspecto, de ahí que por causa del aborto libre haya disminuido, notoriamente, el instinto maternal en la mujer que aborta logrando, además, una psicosis especial de aborto.- Esta es, pues, una degeneración que ha de producir daños -

irreparables en el grupo humano. Refiriéndonos al argumento esgrimido por los abortistas de que tolerándolo se evita la clandestinidad, resulta incierto, porque esta última forma delictiva siempre ha perdurado y aumentado. La vergüenza de la mujer grávida, apenas, naturalmente que quiere abortar, la hace ocultarse aún cuando fuere lícito ejecutarlo, incurriendo, desde luego en el clandestinismo. La licitud del acto podrá no producir sanción, pero no destierra del alma la pena, la vergüenza y, sobre todo, el deseo de buscar la sombra para actuar a espaldas de los vigilantes del orden social o de los interesados en la vida de la criatura.

Por otra parte no hay que olvidar que el clandestinaje vive de la ignorancia o de la poca altura, ya que es legal ejercer la medicina, empero millares de personas acuden a los tregas y curiosos de la profesión.

Según algunos autores, en mujeres sometidas a constantes abortos, se nota un envejecimiento prematuro, frigidez, hipomenorrea o histeria. El aborto les produce, además, disminución del deseo maternalicio, lo cual afecta en sus bases a la femineidad misma, comprobándose una desfeminización progresiva. Prueba de la disminución y desaparición del deseo

de la maternidad, innato en la hembra de todos los animales. es que la mujer que apela al aborto, no ha tenido ningún hijo. Como consecuencia de las facilidades que proporciona el aborto, así como sus efectos, sobre la moral del pueblo, se nota en el relajamiento de las costumbres sexuales, tendientes a desaparecer el matrimonio y la familia monogámicamente concebidos.

El aborto es un trauma biológico y psico-sexual evidente. Numerosas mujeres ya madres, conservan de los resultados de los abortos su salud destruída, una irregularidad pertinaz en la regla menstrual, dolores habituales en los riñones y en el vientre y toda la gama de calamidades que conlleva a una inflamación de la matriz. La gran frecuencia y extrema gravedad de los accidentes posteriores a las operaciones culpables, es un hecho incuestionable, no obstante de las precauciones y cuidados que la clínica suministra al actor criminal.

La brusca interrupción del período de gestación determina súbito desequilibrio orgánico en la mujer grávida, produciendo terribles consecuencias biológicas que trascienden al porvenir de la raza. La moral sexual se quebranta y se hun

de por siempre, ya que la mujer perdería el temor que más fuertemente le retiene fuera del comercio carnal extra-matrimonial, el mismo a los hijos ilegalmente concebidos.

Vendría todo ello a favorecer la difusión de las uniones ilegítimas hasta círculos sociales donde impera una severa modalidad social. La abolición de la penalidad del aborto equivale a despojar al hombre de la responsabilidad de su impulso sexual, y a derribar la barrera cuyo rompimiento es un grave daño para la mujer y para la humanidad.

La impunidad del aborto producirá el debilitamiento de las capas superiores de la sociedad y el acercamiento de las inferiores, además de un retraso considerable en la prosperidad biológica de la nacionalidad y el imperio o resurgimiento de la degeneración racial. La antijuricidad, pues, es una verdad inconclusa. La profilaxia social indica mantener la punición del aborto porque los gobiernos tienen la misión de mejorar la humanidad, y todo cuanto estorbe la tarea profiláctica, es netamente antijurídico.

Pero existe algún aborto que se justifique? Sí, aún cuando no de manera legal, si de modo consuetudinario, cual es el llamado TERAPEUTICO, que el que hace el facultativo para -

salvar la vida o la salud de la madre. La sociedad, estimando que la madre por su vida de relación y sus obligaciones contraídas es más necesaria que el vástago por venir, se decide a favor de la vida de aquélla, aún cuando implique el sacrificio de la del hijo. Un simple estado de necesidad, donde triunfa el derecho del más útil y trascendente. Sin embargo, las ciencias jurídicas y la ciencia médica yacen consensadas en evitar a todo trance el sacrificio del por nacer y cada vez son menos los abortos terapéuticos.

El otro caso de justificación se trata de la VIOLACION creyéndose que un hijo concebido a la fuerza, o por mujer de mente y de padres repugnantes, ha de ser una criatura que amargue por siempre a la madre, neutralizando el instinto maternalicio. No puede condenarse a una mujer a cuidar, querer, etc., de un hijo cuyo padre usó de manera bestial de ella, forzándola y violándola, es la reacción de la sociedad contra el hecho salvaje, del coito brutal y la defensa contra el caso que nos perturba la moral social. El aborto, es, pues, socialmente dañoso y antisocial y que jamás debe ser permitido sin castigo para quien lo ejecuta.

LA IMPUTABILIDAD.-

La imputabilidad fue materia de estudio de la escuela clásica, definiéndola el Profesor Carrera de guisa magistral, que todos sabemos. La teoría germana del concepto jurídico del delito no la incluye, porque sus elementos se llevan a la culpabilidad. La moderna teoría jurídica española sí la estima para ilustrar mejor la concepción de la culpabilidad. El estado peligroso, figuración positivista, es la base de la responsabilidad y consecuentemente de la imputabilidad. La modalidad del estado peligroso que nos interesa en el delito de aborto es la indirecta o mediata. El delito de aborto no es un daño de mucha difundibilidad, aún cuando sea intensamente escocorado, debido a que sólo pueden ser sujetos pasivos los embriones o los fetos, que no tienen otra protección que la de la madre que, generalmente, es la misma que lo mata. Si nos interesa mucho la temibilidad, es decir, la capacidad de quien no reflexiona ni se detiene para ejecutar el acto ilícito. Biológicamente la mujer sirve para procrear y multiplicar el especie. La naturaleza, sabiamente, para procurar la reproducción, ha puesto el placer en la unión de los sexos y el sublime amor maternal en la mujer.

La mujer que mata a su hijo por idea dable, sin base moral, la que destruye el fruto de sus entrañas por temor al desastre económico, la que estrangula al feto por motivo frívolo y necio, es una mujer temible y peligrosa, ya que no es garantía de probidad ni de fidelidad conyugal, ni en sus sentimientos de piedad, sabido como es, por el profesor Garófalo, que la ausencia de todas estas cualidades humanas, engendran los delitos universales, sus actos revelan la temibilidad y la peligrosidad que sitúan el delito dentro del elemento imputabilidad, fomentivo también.

**LA CULPABILIDAD.-**

La culpabilidad es el elemento subjetivo y moral y psicológico del delito, sin el cual el hecho externo material no puede estimarse punible. Se desprenden dos aspectos de la culpabilidad humana, el dolo y la culpa. Sólo nos interesa el primero, es decir, el dolo, que trataremos de configurar plenamente. En un principio y para la escuela clásica, la violación de la ley era elemento imprescindible de la definición del dolo. Von Liest, se expresó así diciendo que el dolo era la intención, es el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de las circunstancias de-

hecho, previstas por la ley. Veamos ligeramente si en la acción de abortar, hay dolo. La naturaleza ha puesto en la mujer la facultad o gracia de la gestación de los nuevos futuros hombres, por lo cual tiene ella el deber natural e inmutable de cumplir su misión. Si ella, por razones masquinas, egoístas o falsas, contraría el deber social de ser madre. La mujer tiene el deber humano y eterno de procrear y si no lo cumple, abortando viola organización ancestral de las sociedades y antepone sus insanos deseos al interés de grupo. Tiene, pues, la mujer al procurarse el aborto uno de los elementos centrales del dolo, el no cumplimiento del deber.

Al examinar la actividad como elemento jurídico del delito, vimos que la mujer se producía el aborto para librarse del hijo, realizando, así, una manifestación determinada de la voluntad.

Pero que se entiende por voluntad? Según la escuela intelectualista es el resultado de un esfuerzo que una representación produce para mantenerse en la conciencia, impidiendo, que otra la desaloje o anteponga. Según la escuela sentimentalista, es el producto del desarrollo de un sentimiento

to especial. La escuela positivista ve en la voluntad un hecho distinto de la representación y de los sentimientos, considerándola de naturaleza especial, que no explica. La escuela materialista mira la voluntad como un hecho fisiológico, producto del fenómeno psíquico. La escuela eclesiástica hace derivar la voluntad del poder impulsivo e inhibitorio de las representaciones, resumiendo, claramente, lo que alegan las diversas teorías, perfilando los actos de conciencia en su doble aspecto, físico y psíquico, cabe, la propia actividad del individuo comisor. Si todo lo definido constituye la voluntad, no es necesario meditar mucho para comprender que la mujer que se ocasiona el aborto, psíquicamente levanta una fuerza, que en el mundo físico, se traduce en una actividad dínamo-générica. La madre, pues, que ejecuta exprimir el fruto de su concepción, tiene otro elemento de base que requiere el dolo, la voluntad determinada o propósito.

**LA CONDICIONALIDAD OBJETIVA.-**

La condicionalidad objetiva, la vamos a definir diciendo que son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no son parte del tipo-

delito, que no condicionan la antijuridicidad, que no caracterizan la culpabilidad. Concepto muy discutido, ya que dichas condiciones parecen fusionarse con los demás aspectos del delito. Sea o no un nuevo elemento del delito, expresa ni tácitamente se presenta en todos los delitos, y en el aborto provocado o criminal, son harto difíciles que podamos afirmar que no concurre ninguna, porque no se ha dado caso que se recuerde en nuestra jurisprudencia.

### CONCLUSIONES

Después de haber concluido este trabajo sobre el Aborto, habiendo hecho un análisis más o menos completo de todas las facetas que comprende este delito; de haber rebuscado estadísticas, comparados conceptos y opiniones contradictorias entre nuestro Código Penal y otros Códigos foráneos, he podido probar que el nuestro es más drástico en la pena que muchos otros o, mejor, que la mayoría de los Códigos Penales de países en desarrollo jurídico.

Sin embargo y a pesar de la fuerte pena establecida en el artículo 388 del C.P. y de la repugnancia y desprecio por parte de la sociedad, este delito ha sido poco ventilado en nuestros tribunales, por lo que la jurisprudencia y la doctrina son harta escasas, no obstante ser un delito perseguible de oficio.

En estos tiempos de descubrimientos científicos y de planeación familiar y de control de la natalidad y de métodos anticonceptivos, el delito de aborto tiende a disminuir, - en virtud de que la mujer, en su mayoría apoya a estos métodos modernos y evita, así, el embarazo y no habiendo éste, no habrá delincuencia como consecuencia.

Si estoy de acuerdo que la pena establecida en el artículo 338 de nuestro estatuto penal sea aumentada cuando el responsable del delito sea un Médico, un cirujano o una parte ya graduados y que la suspensión de la respectiva profesión sea aumentada a diez años.

Creemos, como esperanza del actual estudio, analizados los fundamentos del derecho y de la biología y de la sociología y de la razón, que el aborto criminal o provocado, es un delito que debe sancionarse siempre severamente, ya que no hay base sólida que autorice lo contrario, ni la libertad de su ejecución.

Señores Excmos. señores, profesores y estudiantes: si pensáis - como yo, si estos sencillos razonamientos en todos los períodos del desenvolvimiento humano, han sido analizados y han causado alguna seria impresión en vosotros, unámonos para contribuir decididamente y evitar con nuestra fuerza espiritual y nuestra buena voluntad, que caiga vencido uno de nuestros objetivos de veneración ancestral, la santidad y abnegación de una madre a quién la descomposición social, la post-guerra y de las ideas deletéreas esnobistas, quieren hacer desaparecer como ama y dechado de su sexo.

La mujer, señores, es irresistible porque es bella, fascina porque es hermosa, es amada porque es abnegada y es sublime porque es madre.

## BIBLIOGRAFICA

## NACIONAL :

Código Penal Colombiano... José Antonio Archibol.

Tratado de Derecho Penal... José Vicente Concha.

Delito contra la vida... Jorge E. Gutiérrez A.

Tratado de Medicina Legal... Guillermo - Uribe Cualla.

## UNIVERSAL :

Estudio sobre el aborto. Profesor Irueta Goyona.

Etiología del Aborto... Benigno Di Tulio.

La libertad de amar... Luis Jiménez de Asúa

La personalidad Humana. Delmas Boli

Historia del Derecho Penal. Francisco Carrara.

El Estado peligroso... Sebastián Soler.

**I N D I C E**

<b>CAPITULO I</b>	<b>PAG. 1</b>
<b>CAPITULO II</b>	<b>PAG. 12</b>
<b>CAPITULO III</b>	<b>PAG. 16</b>
<b>CAPITULO IV</b>	<b>PAG. 31</b>
<b>CAPITULO V</b>	<b>PAG. 66</b>
<b>CAPITULO VI</b>	<b>PAG. 78</b>
<b>CONCLUSIONES:</b>	<b>PAG. 115</b>