

1
" UNIVERSIDAD DE CARTAGENA "

REPUBLICA DE COLOMBIA

RECTOR :

Dr. PEDRO PACHECO OSORIO

SECRETARIO GENERAL :

Dr. ALVARO BARRIOS ANGLIO

" FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS "

DECANO :

Dr. EDUARDO HERNANDEZ MALO

SECRETARIO :

Dr. JULIO VARELA ESCUDERO

PRESIDENTES HONORARIOS:

Dr. MANUEL S. GONZALEZ G.

Dr. NUSTORGIO RUNDA GAROBRANT

Dr. RODRIGO CORENA AVILIZ

PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. VIRGILIO ESCANILLA TUÑON

EXAMINADORES :

Dr. VICTOR LEON MENDOZA

Dr. JAIME GOMEZ O'BYRNE

Dr. Carlos Diaz

CARTAGENA + MARZO DE : 1 9 7 3

T
364.185
G643

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE
"DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS"

TITULO :
" EL ABORTO "

Presentada por :

LUIS JOSE GONZALEZ ANAYA.



S C I B
00018214

45529

R E G L A M E N T O :

**" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LOS CONCEPTOS EMITIDOS EN ESTA TESIS
TALES CONCEPTOS SON CONSIDERADOS PROPIOS
DE SU AUTOR " .-**

4

" D E D I C A T O R I A "

A MIS PADRES, EN RECONOCIMIENTO DE SUS GRANDES
ESFUERZOS HOY RECOMPENSADOS,

A MIS HERMANOS: MARY - ANILANDO - PATY - RAMON -
NORDY - VILMA e IRIS;

A MIS TIOS : IRIS - MANUEL - LUCHO;

A LA MEMORIA DE PRIMO EUSTORGIO;

A MI NOVIA: ELIZABETH GONZALEZ CHADI;

A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE EN ALGUNA FORMA
HAYAN CONTRIBUIDO A LA REALIZACION DE ESTE IDEAL.

5

C A P I T U L O I -

DIFERENTES TEORIAS ACERCA DE LA PENALIDAD DEL "ABORTO"

Teorías partidarias de la impunidad del aborto:

Las teorías acerca de la "Impunidad del aborto", se refieren al aborto practicado por la mujer sobre su misma persona, o el aborto practicado por un tercero, pero mediante el consentimiento de la mujer. La otra clase de aborto o sea el aborto cometido contra la voluntad de la mujer, no ha sido jamás considerado desde el punto de vista, de la impunidad, por cuanto los tratadistas han conceptuado que en esta clase de abortos existe un elemento, o sea la violación e concepción ejercida sobre la mujer, que merece ser castigada. El acuerdo alrededor de este punto es unánime en todos los tratadistas.

Las teorías de la impunidad del aborto se basan en los siguientes presupuestos:

- 1o.-) Derecho de toda mujer que se encuentre en cinta, de disponer libremente del fruto de sus entrañas;
- 2o.-) Incapacidad de las disposiciones penales para contrarrestar el delito por la forma clandestina como se comete;
- 3o.-) Razones de orden económico y social;
- 4o.-) Derecho que tiene la mujer de rechazar la maternidad que no desea.-

1o.-) **DERECHO DE LA MUJER DE DISPONER LIBREMENTE DEL FRUTO DE SUS ENTRAÑAS.-**

Sostienen los partidarios de esta teoría, que la madre tiene todo el derecho de disponer sobre su persona, y puede disponer libremente del fruto de la concepción ya que el feto forma parte de la mujer y por tanto le pertenece como sus mismas entrañas. De acuerdo con estas consideraciones, el feto no forma una individualidad independiente de la madre sino, antes por el contrario, madre y feto son una misma composición orgánica. Este principio fue enunciado en tiempos de los romanos; el feto fue considerado por ellos como PARVICORPUS MATRIS.

Basarse en estos conceptos para sostener la impunidad del aborto, significa volver nuevamente a la vieja concepción del derecho romano, superada y revivida desde mucho tiempo. El concepto que primó en aquél entonces en el derecho fue meramente individualista y por tanto, se llegó con ésta teoría a hacer caso omiso de la sociedad en general y más aún del Estado.

Sostener actualmente este pensamiento es considerar que el Estado no debe velar por el bien de la comunidad y que por tanto queda al arbitrio de las mujeres el hecho de parir ó no sus hijos.

Si se trata de un matrimonio, los derechos del padre de familia, quedarían totalmente vulnerados ante el capricho de la mujer que quisiera hacerse abortar. El concepto del matrimonio como contrato se desquiciaría totalmente, ya que uno de los fines de él o sea procrear quedaría totalmente supeditado a la voluntad de la mujer.

Está suficientemente demostrado por la ciencia médica, que el feto no depende de la madre, es decir, que el feto y madre no son un mismo compuesto biológico. "El profesor Alfredo Laband, director del Hospital para mujeres de Berna, en una vibrante publicación contra la libertad del aborto, rechaza fundado en datos científicos, la argumentación de que el feto carece de vida independiente.

El embrión, afirma, desde el momento de la fecundación del huevo, tiene una vida propia, no es una parte de la madre, es un ser que vive dentro de ella y encuentra alimento y protección (A. Berner, el médico católico). Uno de los más violentos sostenedores de la teoría acerca de la impunidad del aborto, es el profesor Irureta Goyena, considera el profesor de la Universidad de Montevideo, y éste se deja ver a través de su pensamiento en relación con este punto, que el feto no es una persona y que por tanto al no serlo no se vulnera ningún derecho ya que el Estado protege con los derechos de la persona humana, como el derecho a la vida de nadie, cuando no se ataca a una persona. Textualmente sostiene su pensamiento de la siguiente manera: "Para ser sujeto de derecho no basta existir en el sentido fisiológico; es necesario existir en sentido jurídico; y para existir en sentido jurídico se requiere la vida de relación"....."el derecho es inseparable de la sociedad como efecto es inseparable de la causa".....(1).-

Si a título de que el aborto constituye un atentado contra la vida se impone un castigo, la misma conclusión debe regir para las prácticas anticoncepcionales que obstaculizan el proceso de la concepción equivalente en puridad a destruirlo; el

que impide la fecundación conspira contra la vida al mismo tiempo que el ataca sus resultados aniquilando el feto o el embrión. Si el argumento vale en el primer caso, debe valer en el segundo.

(1) Irureta Goyena, O. "Delito de Aborto" - Pág. 46 Ed. Montevideo, Barreiro 1.9-

32.

Está por demás decir, que no estamos de acuerdo con el pensamiento del profesor Irureta Goyena- Así cuando se va a realizar la protección de una herencia, los derechos que corresponden al hijo póstumo permanecen en sus-pense hasta cuando éste nazca. Considera la Ley civil que se cometería una flagrante injusticia si no se tuviera en cuenta los derechos del hijo póstumo. En concordancia con lo anterior, la Ley penal tiene que proteger la vida del futuro ser humano. No sería equitativo, ni existiría correlación entre la materia penal y la Civil, si la primera no velara por la vida de una vida futura persona penando a aquellos que atentan contra el feto. De esta suerte, las medidas adoptadas por el derecho civil, quedarían burladas con la impunidad del aborto. Entre nosotros el profesor Antonio Vicente Arenas y Gutiérrez Anzola, están de acuerdo con la punibilidad del aborto; como ya le analizaremos en el capítulo correspondiente.

Por otra parte, el profesor Irureta Goyena, trata de igualar el hecho del anticoncepcionismo con el aborto, al creer que si el uno es considerado como delito, al otro debe tenerse por tal, habida consideración de que militan las mismas razones. Hay que tener en cuenta que con el aborto se ataca un hecho producido como lo es la concepción, mientras que con las prácticas anticoncepcionales no se ataca ningún hecho producido, simplemente se impide que trate de producirse un hecho o sea la fecundación del óvulo, no podemos medir igualmente el aborto y las prácticas anticoncepcionales para catalogarles dentro de la misma calificación penal. El Estado no puede realizar un imposible al tratar de penar el realizar un anticoncepcionismo. Simplemente se limita a impedir que aquellos elementos que sirven para consumar las prácticas anticoncepcionales, vergüenza de determinadas drogas, no tengan una venta libre como cualquiera medicina de uso común y corriente, sino que antes por el contrario, se venden bajo prescripción médica.

20.-) INCAPACIDAD DE LEYES PENALES PARA CONTRAESTAR EL DELITO POR LA FORMA CLANDESTINA COMO SE COMETE:

Para fortalecer e sostener esta teoría afirman los partidarios de ella que debido a la manera clandestina como se consume el delito y debido también al hecho de los que toman parte en él, callan por conveniencias personales; se hacen

per tante en extreme difficil e casi imposible llegar a demostrar la consumación de los hechos.

De ahí la razón para que muchos abortos queden en la impunidad. Entre otras palabras, dicen los sostenedores de éstas teorías "Debe abolirse la punición del aborto, porque un precepto penal cuyo contenido se viola tan repetidamente, no sólo es inútil, sino que también confunde el sentido jurídico popular y hasta es un arma para la comisión de otros delitos como los de Estafa y chantaje". (1)

Las estadísticas sólo registran un escaso número de abortos y éste dice los partidarios de la teoría impunitista, es una razón poderosa para demostrar que la mayoría de los abortos cometidos quedan en la impunidad, siendo por tanto la Ley ineficaz para esta clase de delitos.

Se refuta esta tesis teniendo en cuenta que la consagración del aborto en la Ley Penal como delito, sirve para demostrar el repudio que le merece al Estado, y a la sociedad en general, esta clase de hechos que tienden a destruir en su forma total y absoluta la esperanza de vida que reposa en un feto animado. Si se berra de la lista de los delitos de aborto, llegaríamos a aumentar en proporciones colosales el número de ellos, por la sencilla razón de que al no considerarlos el Estado como ilícitos, cualquiera persona que hoy se encontraría atemorizada por la disposición penal, fácilmente lo consumaría ante la idea de que la Ley no llega ya a considerar su acción como delictuosa. El hecho de que muchos abortos permanezcan en la impunidad, no da pie suficiente para reforsar esta tesis; con el mismo argumento se podrían pedir que fueran borrados los demás delitos por cuanto muchos de ellos quedan impunes. Quién podría asegurar la cantidad de crímenes que no se descubren e que una vez descubiertos no se castigan a los responsables, por cuanto se ignora quiénes son ellos? "La Ley penal reprime los delitos, pero los previene sólo en cierta medida".

Las causas del delito son ajenas al derecho penal en sí. Dichas causas pueden a su vez cambiar, pero en todo caso se ha de recordar que el derecho penal no es más importante respecto al aborto que respecto al homicidio u otro delito. El doctor Cabanellas dice: "Ni la impunidad con que ahora se desenvuelve el aborto es causa suficiente para desterrar de las leyes positivas este género de delito. La impunidad, que no es otra cosa que la costumbre, no puede ir contra la Ley, y menos todavía contra las Leyes penales. El homicidio será delito aún cuando algunos homicidas por fallas de la organización estatal, no puedan ser castigados. La destrucción de un ser vivo, como es el feto, tiene idéntica e parecida significación

al homicidio. Por qué se sanciona un mismo delito en diversas formas ? Porque en el caso del aborto éste ser no ha conocido la existencia, y el daño que se acusa a la sociedad es inferior que cuando se destruye una vida en la plenitud de su desarrollo". (1).

(1) Irureta Goyena José -Ob. Cit. Pág. 49.

(1) Guillermo Cabanellas - "El Aborto" - Pág. 123 - Edit. Uteha - Argentina - 1938. Y, acerca de que esta clase de delito es una arma para que se consumen otros como la estafa y el chantaje, nos basta decir que con cualquier otra clase de ilícitos se podría servir alguna persona para cometer un chantaje o una estafa.

3e) RAZONES DE ORDEN ECONOMICO E SOCIAL

Los abanderados de esta tesis la han sostenido los diferentes partidos socialistas del mundo que después de la primera guerra mundial sostuvieron que la ley que penaba el aborto era una ley de excepción contra las clases trabajadoras, ya que mientras las mujeres de las altas clases económicas pueden abortar escapando fácilmente de la justicia, este castigo duramente con todas sus consecuencias sobre las muchachas proletarias.

Consideran los partidarios de esta teoría que la más de las veces las muchachas proletarias se deciden a prepercionarse el aborto a la miseria en que viven, aguijadas por la tremenda situación económica que no les permite el sostenimiento de un hijo por cuanto su propio sostenimiento cuesta ingentes sudores y lágrimas. Esta teoría fue sustentada en Europa como consecuencia lógica del

(1) Guillermo Cabanellas - "El Aborto" - Pág. 123 - Edit. Uteha - Argentina. estado de miseria y hambre en que vivió el pueblo europeo a raíz de la primera guerra mundial. A nuestra manera de pensar, es ésta una de las teorías más serias de las que hasta hoy se han esgrimido contra la punibilidad del aborto. Es cierto que muchas mujeres se ven impulsadas a cometer éste delito por la miseria en que viven. Desesperadas recurren al aborto como fórmula redentora que las libre de la pesada carga de un hijo. Pero esta no es la razón para tratar de borrar el aborto de la lista

de los delitos, por cuanto la fórmula aconsejable sería el implantamiento de una política económica, por parte del Estado, que logre acabar de un todo con la miseria de las clases trabajadoras. Sostener la teoría de la no punibilidad del aborto con base en la estrechez económica en que vive el pueblo, sería darse por vencido de una vez por todas en la lucha por las reivindicaciones sociales que es necesario sostener a todo trance desde cualquier ángulo político. El Estado debe lograr desterrar la miseria y el hambre por medio de una óptima política económica. En esta forma desquiciaría el sentido de ser de una teoría de esta clase, ya que con la existencia de clínicas oficiales que le proporcionen a la mujer que va a tener un hijo toda clase de atenciones, lo mismo que la creación de auxilios para las madres desamparadas se lograría presentar un panorama más alegre a la mujer que va a ser madre.

4e) DERECHO QUE TIENE LA MUJER DE RECHAZAR LA MATERNIDAD NO DEBE HABERSE.

Se fundamenta esta teoría en el hecho de que no puede imponerse a una mujer la obligación de tener que soportar una maternidad que no desee. Esto, claro está, debe entenderse bajo el supuesto de que la mujer no haya deseado tener las relaciones sexuales que dieron origen a la fecundación y que por lo tanto el coito haya sido obtenido mediante la violencia. No cabe esta teoría dentro de un matrimonio porque desde que la mujer contrae el vínculo con el varón, se entiende que existe un contrato al cual hay que darle cumplimiento. Uno de los fundamentos de este contrato, quizá el más importante, consiste en la procreación.

Se entiende entonces que la maternidad no querida consiste en aquella que tiene origen por medio de la violencia. Es el caso que ocurrió en la segunda guerra mundial, cuando las tropas invasoras entraban al saqueo y a la violación de vírgenes y cometiendo toda clase de daños.

En muchos de esos casos hubo mujeres que quedaron embarazadas de un soldado a quien ni siquiera conocían y al cual no volvieron a ver más. Cabe allí, refiriéndose a esta teoría, decir: "Cuando la mujer ha sido forzada, cuando se ha utilizado con ella la violencia, no contrae por su parte sino una obligación material que puede no reconocerse. Queda esta obligación material librada a su conciencia y a su conciencia, pues la Ley no puede ir más allá de ciertos límites y sería una crueldad excesiva obligar a esa mujer a mantener en sus entrañas a un ser

que le ha sido impuesto sin amor, sin cariño, que viene a recordarle en todo momento la ofensa de que fue víctima, el atropello que la propia sociedad fue impotente para evitar. De una lesión de derecho no puede surgir una obligación". (1)

La tesis anterior, aunque bastante cimentada en presupuestos reales que no puede rebatirse con facilidad, no da margen para que venga a establecerse como regla general, dentro del derecho penal, sino que puede servir para establecer una excepción con respecto a la mujer que se hace abortar en las condiciones descritas anteriormente. Si se estableciera como regla general, se prestaría a abusos y se desvirtuaría totalmente el sentido de una institución jurídica.

(1) Guillermo Cabanella -Ob. Citd. 194.-

II

TEORÍA: EL ABORTO DEBE SER PUNIBLE

Conceptos de distinta índole han operado para que existan diferentes teorías que determinando diferentes razones llegan a una misma meta o finalidad consistente en la necesidad imperiosa de que el aborto se le debe considerar como delito y por ende debe ser punible.

Consideran algunos tratadistas y profesores de derecho que con el aborto se ataca fundamentalmente los cimientos mismos de la nacionalidad y que por tanto él va en contra de la raza y como lógica consecuencia él estimula para que degenerice la organización estatal, como producto del debilitamiento de la nacionalidad. En Alemania, desde hace mucho tiempo se hizo extensible este pensamiento por boca de políticos, sociólogos y profesores de derecho. Feuerbach consideraba que "embrión es también un hombre, y aún cuando el Estado no está a protegerlo, está autorizado para lograr en él un futuro ciudadano". (1)

Como bien puede ver, esta teoría parte desde un punto de vista meramente social, por cuanto tiene en cuenta para condenar, el aborto, a la sociedad sí, desconociendo e ignorando el valor intrínseco del feto mismo, como futura persona que tiene derecho a la vida.-

(1) Eugenio Quelle Colón, Ob. Cit. Pág. 193.

Lo mismo sucedió en Francia, en donde eminentes profesores de do

che consideraban que con el aborto se atacaba directamente la composición demográfica, y de ahí explicaban el por qué de la creciente disminución de la natalidad francesa. Esto, a nuestra manera de pensar, encuentra una explicación en países que — han tenido una tradición generosa y que por tanto necesitan del elemento humano como base fundamental del sostenimiento de su poderío bélico. En Alemania de Adolfo Hitler se premiaba y distinguía a la madre que tenía un fuerte número de hijos, por cuanto se las consideraba grandes servidoras de la patria. Este mismo principio sirvió como causa fundamental para que la Rusia Soviética desviara su política encaminada a hacer lícito el aborto, pues llegaron más tarde los estadistas comunistas a considerar que estaban atacando las raíces mismas de la nacionalidad y que por tanto la natalidad había disminuido notablemente en perjuicio de su poderío bélico como nación que se pretendía rectora de una parte de la humanidad.

Pero al lado de esta teoría de carácter netamente social que mira el problema desde el punto de vista de los intereses de la comunidad y del Estado, se levantan otras teorías cuyos fundamentos tienen origen en principios netamente individuales u individualistas, por cuanto toman como eje fundamental de sus apreciaciones, a la madre y al feto mismo. Afirman estos defensores de la punibilidad del aborto, que con él se ocasionan serios perjuicios a la salud de la madre, y que por tanto, es muy probable que si esta no muere a consecuencia de las maniobras abortivas, pueda quedar lisiada de por vida. Por las lesiones que se producen en la obtención del fin deseado. Otros reducen sus apreciaciones al feto mismo por cuanto consideran ellos que al atacarse el feto se ataca una esperanza de vida.

El Estado está por tanto en la obligación de defender, por intermedio de sus órganos, las esperanzas de vida que palpitan en el vientre de una mujer. Si el derecho civil, por intermedio de normas, deja ver la importancia que le concede el feto, cuando estatuye en diferentes artículos (90 y 91), la defensa del hijo que está por nacer no permitiendo que sus derechos como posible heredero vaya a ser burlados por el hecho mismo de que en el momento de precederse a la partición de la herencia aún no existe la persona humana, el derecho penal debe por su parte defender la vida de ese futuro ente humano y penar a aquellas personas que atentaron contra el normal desenvolvimiento biológico del feto.

En esta forma, además de tener el derecho un sentido de moral — cristiana, guarda cierta armonía y relación entre sus diferentes ramas; la pública y la privada. Claro está que al estatuir la pena para este delito, hay que tener

cuenta múltiples razones de orden social y filosófico ; no es lo mismo vulnerar el derecho a la vida de una persona que ya se encuentra como ente humano formado, es decir, formando parte de una sociedad misma en su vida de relación, que atacar en proceso de desenvolvimiento biológico de un feto; en éste hay apenas una esperanza de vida, no puede llamarse persona por cuanto no ha llegado a obtener la plena madurez que le permita lograr una total independencia en relación con la madre misma, ya que se encuentra ligada a ella por intermedio del cordón umbilical. Esto se presta por tanto a razonamientos de diferentes ordenes como sea el hecho de atacar un feto produciendo su expulsión y llegar más tarde a la conclusión de que dicho feto no hubiera podido sobrevivir por no tener la conformación suficiente, o ser mestruo en su conformación biológica. De ahí el porqué de la pena para un delito de aborto no pueda jamás equipararse con la pena impuesta para el delito de homicidio.

C A P I T U L O II

EL ABORTO EN NUESTRO CODIGO PENAL

ARTICULO 386 : "La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se le cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

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

Como se puede ver, no hay, o mejor dicho, no trae el Código Penal una definición acerca de lo que debe entenderse por aborto; únicamente se contenta nuestro Estatuto con determinar las penas que corresponden a los diferentes casos, teniendo en cuenta la forma como se comete el delito. De

consiguiente, para entrar a definir esta figura jurídica, tendremos que acudir a otras legislaciones y a ilustres tratadistas de la materia.-

1o) DEFINICIONES:

1o.) Francisco Carrara "Aborte ó feticidio es la muerte dolosa del feto en el útero o la violenta expulsión del útero que cause la muerte del feto". (1).

(1) Irureta Goyena José. Ob. Cit. Pág. 90.

Esta definición no abarca el aborte espontáneo, o sea aquel producido sin que hubiese mediado la intención de provocarlo; por lo tanto, a la definición dada por el maestro Carrara, sólo se refiere al aborte criminal, que es el que trataremos en nuestro intento, por cuanto el aborte producido sin intención o sea el espontáneo, no está considerado como no podrá estarlo jamás, como delito.

Mansini : "Todo hecho con el que se causa la muerte del feto antes del parto, fisiológico, con o sin expulsión del útero" (1)

El derecho Canónico lo define así:

"Expulsión del feto humano aun no viable"

El profesor doctor Antonio Vicente Arévalo, autor de los más brillantes de nuestro país y a quien seguiremos muy de cerca en este trabajo, lo define así:

"En derecho penal colombiano debe entenderse por delito de aborte la interrupción ilegítima e intencional del proceso de la gestación". (2)

De las definiciones transcritas se puede deducir que no hay, hoy por hoy, una concordancia acerca de lo que debe entenderse por aborto. Algunos consideran, y éste puede

(1) V. Mansini, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1.951,

Pág. 99.-

(2) Antonio Vicente Arenas, "Delitos contra la Vida y la Integridad Personal"

Pág. 175, ss. Bogotá 1962.

verse a través de las mismas, que el delito de aborto se configurara con la "expulsión violenta" del feto: otros, que hay aborto cuando se produce la muerte del feto aún cuando no hubiere sobrevenido la expulsión.

2e) CLASES DE ABORTO.-----Definiciones.

Todas las legislaciones del mundo han distinguido siempre dos clases principalísimas de aborto: el espontáneo y el provocado, de las cuales, como ya dijimos, nos detendremos en este último por las mismas razones, el cual el doctor Antonio Vicente Arenas, lo subdivide en otros tantos

- 1e) Necesario
- 2e) Terapéutico
- 3e) Honoris Causa (u Honorífico)
- 4e) Sentimental
- 5e) Eugénico
- 6e) Social
- 7e) Culposos.

A continuación, siguiendo nuestro autor, daremos las definiciones correspondientes, sin perjuicio de dedicarnos por separado en su lugar:

DEFINICIONES

1a) Aborte Espontáneo:

"No es constitutivo de delito por que la interrupción del proceso de la gestación no es intencional provocada".

2a) Aborte Necesario :

"Es el que se causa por la necesidad de salvar a la madre de un peligro grave e inmediato, no evitable de otra manera (Art. 25 Crd. 3a)-- El aborte en este caso es provocado e intencionalmente, pero no es delictuoso porque no es ilegítimo. Es un hecho que se justifica y no da lugar a responsabilidad penal".

3a) Aborte Terapéutico:

"El profesor Antonio Vicente Arenas, diferencia esta clase de aborte, del necesario, ya que pueden presentarse casos que estrictamente no constituyan estado de necesidad en los cuales pueda ser aconsejable practicar el aborte aunque no se trate de un mal "inminente" sine future. Para eventos de tal naturaleza existen normas especiales en otros códigos"

4a) Aborte Honoris Causa u Honorífico:

"Es el que se causa para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, art. 389".

./.

5e) Aborte Sentimental.-

"Es el que se provoca para libar a la mujer de un embarazo que ha sido resultado de un delito".-

6e) Aborte Eugénico :

"Es el que se causa con el objeto de interrumpir un embarazo perjudicial para la especie, por ejemplo, cuando a consecuencia del coito carnal ha resultado embarazada una mujer que sufre enfermedades hereditarias".

7e.-) Aborte Social :

"Es el que causa en mujeres que se encuentran en notorio estado de miseria".-

8e.-) Aborte Culposos:

"Es el que se causa cuando el agente no previó las consecuencias nocivas de su acto habiendo podido evitarlas e cuando a pesar de haberlas previstas confió imprudentemente en poder evitarlas". (Art. 12 C.P)

./.

II

DETERMINACION DEL SUJETO ACTIVO

ARTICULO 386.- "LA MUJER....."

El sujeto o sujetos activos del delito de aborto está o están determinados por la clase e modalidades de delito de aborto que se cometen, si el aborto es consentido por la mujer que se encuentra encinta, tendremos que el sujeto activo en este delito está determinado por la madre y la persona o personas que de una manera efectiva contribuyeran a la realización de las prácticas abortivas.

Cosa distinta ocurre, cuando la madre no presta su consentimiento y por tal motivo el aborto se realiza en contra de la voluntad de ella. En este caso la madre deja de ser sujeto activo del delito de aborto para convertirse en sujeto pasivo del flicite. El doctor Antonio Vicente Arenas, dice al respecto "Cuando la mujer se causa a si misma el aborto, ella es sujeto activo del delito y sujeto pasivo indefectiblemente el feto. Pero cuando es otra persona quien le cause el aborto con su consentimiento, entonces ambas son sujetos activos del delito, quedando toda via clara está como sujeto pasivo el feto, y cuando el aborto se le causa a la mujer sin su consentimiento, el sujeto activo es quien provoca la interrupción del embarazo y sujeto pasivo lo son tanto la mujer, como el feto".

III

ELEMENTOS DEL DELITOS DE ABORTO

Para que llegue a configurarse el delito que comentamos, se requieren los siguientes elementos; que el doctor Gutierrez Anzola consagra en su obra de "Los delitos contra la vida"

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

a) Existencia de un embarazo:

"La preñez o embarazo que también se denominan gestación, es, según Pinard el estado funcional particular en el cual se encuen- tra la mujer durante el período durante el desarrollo del huevo humano (1).

Como a simple vista puede observarse, el embarazo es ele- mente primordial para que llegue a configurarse el delito de aborte ya que es necesario la existencia del feto para que pueda hablarse del -- porqué de la intención en la comisión del ilícito. Sin la existencia -- del feto no se ve que exista motivo para cometer el delito porque en -- muchos casos, como tuvimos la oportunidad de analizarlo, el feto sola- mente viene a ser directamente el sujeto pasivo del ilícito. Sin la -- existencia del feto no podría configurarse jamás el delito de aborte. -- hábida consideración de que se carecería del elemento primordial.

"Si la mujer se cree encinta y ejecuta o autoriza la eje- cución de maniobras abortivas para expulsar o dar muerte al producto de la concepción en la convicción equivocada de que existe el embarazo, no comete verdadero delito de aborte, perfecto ni imperfecto, sino deli- te imposible, por inexistencia del sujeto pasivo (embrión o feto), y si es un tercero quien ejecuta maniobras abortivas contra la voluntad de -- una mujer que erróneamente se cree

(1) Gutiérrez Ansola Jorge E. "Delitos contra la Vida y la Integridad- personal" Págs. 269 y ss. Ed. Temis, 3a. Ed. -Bogotá- D.E. 1956.

encinta, también incurre en delito imposible (Art. 18), en este caso no solo por inexistencia de uno de los sujetos pasivos (el feto), sino por falta de inmediatez del otro sujeto pasivo (la mujer) " (1)

A nuestro juicio lo que podría suceder cuando una mujer se cree embarazada y trata de cometer el aborto, es que llegue a configurarse un delito imposible: (Como ya le ha dicho el doctor Antonio Vicente Arenas) en este caso, no es posible considerar a la mujer como sujeto activo del delito, sino como un sujeto portador en sí de cierta peligrosidad social, también punible en nuestro medio.

Hay que tener en cuenta la necesidad del que feto se encuentra con vida, ya que si éste se encuentra muerto, no hay ataque a una esperanza de vida.-

Además, se requiere, amén de que el feto se encuentre con vida, que este sea viable, porque de lo contrario jamás se configuraría el delito de aborto.-

No todos los tratadistas están de acuerdo con todo esto ya que algunos consideran que existe delito de aborto, cuando el feto se encuentra muerto y aún cuando no sea viable, habida consideración de que hasta la configuración del delito la existencia en el sujeto delite activo de la intención dolosa de cometer el ilícito acompañada esa intención el sujeto activo de las maiebrar y idóneas y necesarias para consumar el fin deseado.-

b) SUSPENSION DEL EMBARAZO PRODUCIDO ARTIFICIALMENTE.....

.....
.....causare su aborto.....

El aborto es un delito material o de lesión, pues no se perfecciona jurídicamente sino cuando se produce ese evento, es decir, la muerte del feto, o el aniquilamiento del embrión o la expulsión de los mismos o la interrupción del embarazo, en una palabra, el aborto efectivamente consumado. Cuando las maniobras o el empleo de medios abortivos sobre una mujer embarazada, no ocasionan el aborto, existe solamente una tentativa, la cual es perfectamente admisible por tratarse de una infracción que puede ejecutarse gradualmente. El maestro Carrara, no admite la tentativa cuando las maniobras las ejecuta la pre-

(1) Antonio Vicente Arenas, Ob. Cit. Pág. 177 ss.

(1) Antonio Vicente Arenas, Ob. Cit. Pág. 178 ss.

... para mujer u otra persona con el consentimiento de la misma, no porque teóricamente no son admisibles, sino por que en tales casos los actos ejecutados suelen ser de naturaleza equívoca y no se los puede considerar, como verdaderos actos ejecutivos" (1).

De acuerdo con el comentario que hace el doctor Arenas, a la norma en estudio (Artículo 386), no es requisito necesario e indispensable que se produzca la expulsión del feto para que llegue a tipificarse el delito. La sola muerte del feto en el vientre de la madre configura jurídicamente el delito de aborto. Cosa contraria ocurre en la ciencia médica, ya que en ella sí es indispensable la expulsión del feto para que pueda hablarse de aborto.-

Menos cr dido oportuno en este aparte los conceptos y diferencia que algunos tratadistas han hecho acerca del delito formal y material, para de una vez por todas tipificar la figura jurídica del abarte criminal de que nos ocupamos.-

Delitos Materiales. " Son los que se consuman sine con la produccion del evento propuesto por el agente : verbigracia, la muerte en el homicidio; el daño en el cuerpo o en la salud (art. 371), el apoderamiento en el robo" (1).

(1) Luis Carlos Pérez, Manual de derecho penal, Pág. 79, Parte General, -- Ed. Temis-Bogotá- D.R. 1.962.-

Delitos Formales : " (De mera conducta) "Son los que se consuman por el solo hecho producido, sin necesidad de que se presenten consecuencias anti-jurídicas; Ej., la calumnia....."

"La división entre delitos formales y materiales tenia mayor importancia cuando la Ley distinguia, en la tentativa, la figura del delito intentado de la del delito fallado. La misma, sin embargo, conserva todaviahoy su valor, tambien práctico, además de técnico"(2)

De acuerdo con los sostenidos por nuestros profesores y tratadistas de derecho penal, se entiende por delito formal aquellos en los cuales la sola acción u emisión del culpable es elemento suficiente para la consumación del delito, mientras que por delitos materiales se concibe a aquellos-

que "para la consumación, exigen la verificación de un evento que, no obstante la completa realización de la actividad del culpable, puede no verificarse por circunstancias independientes de su voluntad". -

(2) Vicente Manssini, "Tratado de derecho Penal - Pág. 98, Título---

II.-

De acuerdo con lo dicho en párrafos anteriores--- y atendiendo a los sostenidos por los eminentes tratadistas, el delito de aborto tenemos que encajarlo entre la clasificación de los delitos materiales, ya que en él la actividad del culpable viene hacer la causa posible. Además, el aborto se produce posteriormente-- al último acto o actos ejecutados por el sujeto o sujetos activos -- del delito.-

c) EMPLEO DE MANERAS DESTINADAS A PRODUCIR EL--- ABORTO.-

.....que en cualquier forma.....

"

"Los medios de que se valga el sujeto activo--- para causar el aborto deben ser por lo menos relativamente idóneos,-- No absolutamente idóneos, porque de acuerdo a las enseñanzas de los-- Médicos Legistas "no existen propiamente sustancias abortivas (ucua-- lla) y si se exigiera la completa e absoluta idoneidad de los me--- dios, pasarían a la categoría de imposible (por falta de idoneidad-- relativa en los medios) muchos abortos imperfectos que constituyen-- tentativas punibles". (1)

(1) Antonio Vicente Arenas, Ob. Cit. Pág. 1 y 8.

El profesor Antonio V. Arenas, clasifica los medios abortivos en "morales y materiales" y dice que los morales son los que actúan sobre la síquis de la mujer, como el dolor, la ira y, en general, las emociones fuertes. Los materiales o como, los llama el maestro Francisco Carrara mecánicos que a su vez el doctor Arenas, siguiendo los Medicos Legistas, entre los maestros, al doctor Uribe Qualla en químicos, mecánicos y quirúrgicos.

"Los medios químicos; que consisten en la ingestación de sustancias más o menos tóxicas, de purgantes energicos de bebidas que como la ruda, y otras, se consideran idóneas para provocar el aborto, aunque en conceptos del doctor Uribe Qualla " no existen propiamente sustancias abortivas" ya que una pueden ser eficaces cuando la ingieren mujeres predispuestas al aborto, que son eficaces para interrumpir la gestación en otros casos.-

"Los medios materiales, "Son tan bien los que se aplican mecánicamente o mediante intervenciones quirúrgicas " (1).

(1) Antonio Vicente Arenas, Ob. Cit. Pág. 576.-

A nuestra de ver, no se hace indispensable para la punibilidad del delito de aborto, las clases de medios que utilice el sujeto activo del reato, lo que no quiere decir que el empleo de uno u otros revista en el agente mayor o menor peligrosidad, lo necesario es de que entre el hecho y cualesquiera maniebra o medio que se utilicen exista relación de causa e efecto.-

d) Intención de Abertari:

"Al abecar el estudio de este capítule e mejor dicho de acápite de nuestro trabajo, nos ha parecido a propósito consagrar aún cuando semejantemente lo que se entiende por dolo.

El Doctor Inis Carlos Pérez, ilustre catedrático de vieja data, al respecto del dolo dice : "La Ley no define el dolo, como sí define la culpa. Dolo es el proposito de realizar la acción antijurídica propuesta, a diferencia de la culpa, existente cuando el actor no previó la consecuencia dañosa que, sin embargo, era prevista.-"

Según el texto del artículo 12 del C.P., la intención es el elemento característico del dolo, por que señala el efecto que se propone el agente. Pero contribuyen a configurar la voluntad, que es la actividad a través de la cual se exterioriza la intención y el fin, que es el objetivo específico perseguido: mata para robar ? e para vengarse ? e para encubrir otro delito ?.

"De la intención, la voluntad y el fin, surge la previsión del resultado. Por eso no es necesario mencionarla expresamente."

"Y más abajo continúa diciendo: "El delito doloso es delito intencional e de propósito" (1).

Ahora bien, para que llegue a configurarse el delito de aberte, es necesaria la existencia del dolo, e sea la intención manifiesta de producir el ilícito. Sin la existencia del dolo no podría configurarse el delito de aberte. Podría seguir, mejor dicho, existir un delito culposo, pero nunca un delito culposo, aclarare, "doloso". Ello es lógico y razonable ya que debe buscarse en el sujeto activo la intención.-"

Acerca de este el doctor Jorge Enrique Gutierrez Anzola: Dice "El dolo en esta especie de delito contra la vida, es requisito esencial para configurar el hecho. Y es precisamente el dolo específico de abortar, la manifestación,

(1) Luis Carlos Pérez, Manual de derecho Penal - Pte. General, Pág. 83, Edición Temis Bogotá- 1.962.-

velitiva de la propia mujer de quien le cause el aborto. Los daños a la salud de una mujer encinta, sobreviniente, de maniobras operativas o químicas no realizadas con la intención de producirle el aborto, no constituyen propiamente este delito sino una de lesiones de las que están previstas en el (Artículo 376) del Código Penal.-

"Generalmente, estos delitos tienen lugar precisamente debido a ignorancia o descuido de la mujer, y resultaría excesivamente rigurosa la ley que pretendiera responsabilidad, al ser responsabilizada por un delito culposo".-

A nuestra manera de discernir creemos creemos que en el caso de que se de el delito de aborto por ignorancia o descuido de la mujer típico caso del aborto culposo, no se le debería castigar penalmente; teniendo en cuenta que las mas de las veces este delito no ha sido efectivamente querido y no asumir a la mujer desgracia a la madre que ya bastante ha sufrido con la sintomatología del aborto. Si a ella agregamos una pena, seria agravar más el estado de ánimo de un ser sumido en el dolor.-

En relación con el tema del dolo en el aborto, el maestro Francisco Carrara afirma lo siguiente: "En cuanto a la intención indirecta negativa es sea el aborto culposo, se debe proceder mediante distinciones; si se trata de mujer fecunda lícitamente está bien llamarla Magis Misericordiae digna, y seria

y sería inhumano agregar a sus dolores un proceso criminal. Pare en cuanto a la mujer lícitamente fecundada se encuentran graves controversias"

DETERMINACION DEL SUJETO PASIVO ENTE DEL DELITO

En relación con la fijación del sujeto pasivo en el aborto, acudiremos en principio al concepto de la doctrina de autores extranjeros, y nacionales han expuesto.

Francisco Antelmissi, considera sujeto pasivo, " a la persona ofendida por el delito, a la víctima del delito, continúa el ilustre profesor diciendo: La individuación, o clarame individualización, de tal sujeto que posee notable importancia a los fines de diversas instituciones no resulta siempre fácil, por que, con frecuencia los hechos delictivos— producen un daño a diversas personas.— Un homicidio puede producir daños — (Y ordinariamente los acarrea) a los familiares de la persona muerta.—

Para proceder a tal individualización, recurren muchos escritores al criterio de quien suporta inmediatamente el daño, considerado sujeto pasivo al que suporta las consecuencias inmediatas de la actividad delictiva.—(1)

El criterio no es satisfactorio y consideramos que para alcanzar una nocion exacta se hace preciso indagar el interes, que es el real objeto de la tutela jurídica .—

(1) Francisco Antelmissi, "Manuel de Derecho Penal", parte General, Pág 136- Edit. Utha, Argentina - 1.960.—

El profesor Luis Carlos Pérez dice :

"Sujeto pasivo es el titular del derecho violado. Esto significa que el Estado no puede ser sujeto pasivo sino en determinadas circunstancias, y que es erróneo presentarlo aún como "sujeto pasivo jurídicamente formal" (Ferris) en los casos en que la lesión afecta a los particulares"

"La lesión se dirige contra:

- a) El derecho o el bien de una persona aislada (homicidio)....." (2)

De todo lo anterior deducimos que el sujeto pasivo en el derecho penal, está determinado por la persona o personas que sufren directamente el perjuicio, como consecuencia de la violación de la norma. De esta suerte la sociedad, casi siempre viene a hacer sujeto pasivo, habida consideración de la conexión que sufre ella cuando la norma penal es violada-

(2) Luis Carlos Pérez, Ob. Cit. Pág. 142.-

Pueda que la sociedad de un Estado, con la violación de un precepto de Derecho Penal, no sufra un perjuicio directo, concreto y determinado, pero siempre recibe los impactos de un hecho que va contra del normal desenvolvimiento de la vida.

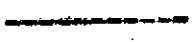
En relación con este problema de determinar el sujeto pasivo en el delito de aborto, ya habíamos adelantado algunos conceptos y decíamos que cuando el aborto se realiza sin el consentimiento de la mujer, ella viene a ser en este caso sujeto pasivo del delito. También lo es la sociedad por el hecho de sufrir ella, con la comisión del ilícito, una conmoción que va en contra del normal desenvolvimiento de sus normas de derecho.

Cosa distinta ocurre cuando se trata de un aborto consentido por la madre. En este caso la mujer junto con la persona que procura la realización del hecho, pasa a ser sujeto activo del delito.

El sujeto pasivo está determinado en este caso por la sociedad. A esto tenemos que añadir el siguiente interrogante: " Podrá el feto ser sujeto pasivo de este delito ? Seguramente este interrogante lo resolverán algunos opinando que no, ya que solo las personas son sujetos pasivos o activos de un delito.

No obstante, a pesar de estimar que un feto no es persona, no es como es lógico, pero pensamos que en delito de aborto viene a ser sujeto pasivo si tiene en cuenta que en él hay esperanzas de vida. Este es precisamente

./.



lo que persigue la tutela jurídica por parte del Estado, proteger las esperanzas de vida que reposa en un feto animado con el objeto de que tengan plena realidad.

Las diferencias que puedan surgir en relación con la determinación del sujeto pasivo del delito de aborto, se deben a la disparidad de criterios que existen en relación con el bien jurídico que se afecta con la comisión de esta clase de ilícitos. En efecto, Maestro Carrara, lo mismo que el Código Penal Argentino, y otros, consideran que el aborto es un delito contra la vida, que también nuestro Código Penal consagra en él (Capítulo IV, título XV, Libro II).

V

ABORTO CONSENTIDO

"....." Si permitiere que otra persona se le 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..... "

" Para efectos penales es indiferente que la mujer cause su aborto o permita que otro se le cause. En ambos casos es sujeto activo del delito, en el primer caso como autora y en el segundo como coautora. Sujeto pasivo en uno u otro caso, es el feto ".

/.

" La persona que procura el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada es cóautora del delito. Esa persona y la mujer consentidora incurrir en la misma sanción, graduable, en su caso, de acuerdo con la - circunstancias de mayor o menor peligrosidad que concurran en uno y otro - de los sujetos activos (Artículo 36 a 38). Sujeto pasivo en el caso previsto en el segundo inciso de la disposición que comentamos es igualmente el feto. En el aborto con el consentimiento de la mujer solo hay cóautora; la mujer no es víctima por que es autora.

Es importantísimo establecer claramente, en cada caso, si la mujer embarazada permitió o no que se le causara el aborto pues el otorgamiento o ausencia del consentimiento dependen en primer lugar de la inocencia e culpabilidad de la mujer, y en segundo lugar, la pena mayor o menor que debe imponerse al autor e cóautor del aborto. Si ésta obra con el consentimiento de la mujer en cinta, incurre en prisión de uno a cuatro años (artículo 386); y si obra sin el consentimiento en prisión de uno a seis años (artículo 387).

" Para que el consentimiento se le puedan reconocer los efectos que señala la ley penal, debe otorgarse por persona capaz. Pero la capacidad para consentir no debe someterse al rígido criterio de la ley civil. La mujer puber aunque sea menor, tiene capacidad para otorgar un consentimiento jurídicamente relevante en materia de aborto. Si la mujer es sana de mente y goza de capacidad de discernir, el aborto debe calificarse de consentido cuando haya permitido que se le cause ".

(1).

(1) Vicente Arenas, Ob, Cit. Pág. 178 y ss.

Como lo hemos dicho ya en páginas anteriores el sujeto activo en esta clase de delito de aborto, está determinado por la mujer que consiente y con la tercera persona que causa el aborto. Pero es necesario decir con el doctor Antonio Vicente Arenas; advertir que para el aborto ser consentido por la madre es indispensable que "Ella" sea "Capaz" de consentir, ya que de otra manera el delito no podría tipificarse jamás dentro de esta modalidad.

De tal suerte, que si el consentimiento otorgado por la madre ha sido obtenido mediante violencia, intimidación amenaza, o engaño, dicho consentimiento carece de valor por el hecho mismo de encontrarse viciada la voluntad de la persona que da.

Lo mismo ocurre cuando la madre se encontraba en estado de enajenación mental, en estado de embriaguez o cualquier otro estado anormal en donde la voluntad de cualquiera persona se encuentra totalmente viciada por fuerzas superiores a ellas, Verbigracia, cuando la madre se encuentra en estado de histerismo o sometida a la intoxicación de cualquier droga. Tal como lo consagra nuestra norma penal (artículo 23), todo lo anterior constituye de inimputabilidad penal para la madre.

Hay que tener también en cuenta, para determinar el consentimiento en la mujer la edad, pues una mujer menor de diez y seis (16) años es incapaz de dar su consentimiento delictuoso.

VI

ABORTO NO CONSENTIDO

ARTICULO 387. - " El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años ".

-29-

" Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasionare la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el artículo 367 ".

" La ausencia de consentimiento por parte de la mujer embarazada puede consistir en que no le ha otorgado en condiciones que vician de invalidas. Si el aborto se practica en la persona de una mujer que se encuentra en estado de incoscienza o que padece de enfermedad mental, hay ausencia de consentimiento. Si se practica en la persona de una mujer cuyo desarrollo mental, físico o síquico, no le permite discernir, hay también ausencia de consentimiento. Y si éste se obtiene por medio de la fuerza física o de la violencia moral, el aborto debe calificarse igualmente como no consentido, porque los vicios que le afectan obligan a admitir que la mujer no le ha otorgado.

" No dice la ley Penal colombiana desde que edad la mujer es capaz de otorgar el consentimiento y por eso se puede presentar la duda de si el aborto causado con el consentimiento de una mujer de doce (12) años, por ejemplo, es bastante para calificarlo de consentido o por el contrario, debe presumirse que se causó sin el consentimiento de la mujer embarazada." (1).

Esta clase de modalidad del delito de aborto a nuestro juicio reviste caracteres de mayor gravedad habida consideración de que el delito mismo de la expulsión prematura del feto es uno que atenta contra la mujer embarazada ya que se obró contra la voluntad de ella.

(1) Vicente Arenas, Obra Cita. Página 179 y es.

El profesor Federico Pait, Peñas, nos trae una mayor ilustración, al respecto cuando dice: " En las frases sin su consentimiento debemos comprender en primer lugar, la fuerza o violencia. En estos supuestos-- si estas constituyeran por sí un hecho punible, podría organizarse un concurso de delitos, en su segundo término, se debe comprender la intimidación, amenaza o engaño y tercer lugar, en su puesto de que se trate de una mujer-- enajenada, idiota, que se halle en estado inciente o sea menor de edad.-- (2).

Hay que establecer, de acuerdo con lo transcrito, que cuando el aborto se realiza sin en el consentimiento de la mujer, se puede presentar un concurso de delitos si se tiene en cuenta que al contrario de la voluntad de ella, se ha tenido que recurrir a la fuerza o violencia.--

Al respecto, el tratadista de Derecho Argentino Sebastian Seler, dice : " La falta de consentimiento agrava considerablemente la infracción, pues en semejantes casos no solo la Ley protege la vida del feto, sino también la libertad y maternidad de la mujer, de modo que ese hecho deja dos víctimas".- (1).-

(1) Sebastian Seler, derecho Penal Argentino, Titulo 3o, Página 118, Edit. Desco. - Buenos Aires, sin fecha,

VII

ABORTO SEGUIDO DE MUERTE

ARTICULO 367.- "Si el aborto, por los medios empleados para causarles, ocasionara la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el articulo 367.-"

"Lo primero que debemos advertir es lo siguiente: " El articulo 386 sanciona el aborto consentido, con pena de prisión y el articulo 387 señala para el aborto consentido, y seguido de la muerte de la mujer,-- pena de arresto. Semajante absurdo obedece a un herrar de cita, pues la que se hace en la disposición, que acabamos de transcribir, no se refiere al articulo 367 (Inducción al suicidio) que es la citada, sino el articulo 365-- (Homicidio preter-intencional) que es la que há de debe citarse.-"

"El pensamiento de la comisión redactora es muy claro. En el acta numero 155 aparece el inciso que acabamos de transcribir así:

(1) Sebastian Selser, Derecho Penal Argentino, Titulo III página 118, Edit.-Dance

Buenos Aires. Sin fecha.-

- 32 -

"Si el aborto o los medios empleados para causarles ocasionan la muerte de la mujer, se aplica lo dispuesto en el artículo quinto (5o)-
 " Este artículo puede verse en el acta número 152. " El que con hechos—
 tendientes a perpetrar una lesión personal, causa la muerte a otro....."
 Y, en el acta 193 se lee " Si el aborto por los medios empleados para cau—
 sarles ocasiona la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el ar—
 tículo (365), el de homicidio preterintencional".-

"Como el error de cita es evidente, los Jueces no deben dar—
 aplicación a lo dispuesto en el artículo 367, sino en el artículo 365".---

"Los segundos que debemos advertir, es que, no obstante ser—
 éste la verdadera referencia, no se trata de un homicidio preterintencio—
 nal, sino de un aborto agravado por la muerte de la mujer, se sanciona —
 lo mismo que el homicidio preterintencional, no ca, bía su naturaleza. El —
 delito sigue siendo aborto y no homicidio. La razón es calísimas: El homi—
 cidio preterintencional requiere, como condición especial, "El propósi—
 to de perpetrar una lesión personal" Artículo 365, y en el caso de que —
 nos ocupa, el propósito del agente no es el de lesionar a la mujer emba—
 razada, sino el de hacerla abortar.-

Esta especie agravada del delito de aborto es similar al de—
 lite de "Violencia Carbal agravada por la muerte de la víctima, pues tag—
 pece allí " Artículo 318), existe el propósito de perpetrar una lesión per—
 sonal, máne que el fallecimiento se debe a "Los actos ejecutados" sobre—
 el sujeto pasivo para vencer su resistencia al acceso carnal.-----

./.

"Demostrado que la sanción para el aborto seguido de muerte para la mujer, es la misma que corresponde al homicidio preterintencional, no obstante seguir siendo aborto, llegamos a la conclusión que para poder deducir la especie agravada que estamos analizando se requiera:

a) Que el sujeto activo pueda imputarse un aborto consumado (Por haberse producido la interrupción del embarazo) o un aborto intentado o frustrado (cuando no se ha consumado por circunstancias ajenas a la voluntad del agente; y

b) Por la calidad de los medios empleados vienen:

b) o por el modo de aplicarlos para causar el aborto se haya ocasionado la muerte. En otras palabras, que entre los medios empleados y la muerte, exista relación de causalidad."

Al llegar a este punto, nos asalta una duda :

La circunstancia que estamos estudiando (muerte de la mujer embarazada) es agravante de todo delito de aborto, o solo del no consentido ? Nos parece que si la agravante fuera aplicable a las dos especies (el aborto consentido y el no consentido) no ha debido incluirse como parte del artículo 387, sino como disposición común a los artículos 386 y 387.

" No sabemos si lo anterior obedece a falta de técnica en la redacción del Código, o a que solo se quiso deducir la agravante para el caso del aborto no consentido.

./.

- 34 -

" Con el objeto de resolver la duda que se nos ha planteado, hemos consultado algunos códigos extranjeros. El italiano de 1.930, por ejemplo, sanciona en el artículo 545 el aborto no consentido y el artículo 546, el aborto consentido, y trae además, otra disposición (el artículo 549) en la cual consagra como agravante común a las dos especies, la muerte de la mujer embarazada, pero con distintas consecuencias, según se trate de la una o de la otra. Sistema análogo se consagra en el Código Penal Argentino, (artículo 85), en el de Brasil (artículo 127), en el Peruano (artículo 160) (161) y en otros, lo mismo que en el proyecto poco (artículo 120) ".

" El sistema de los códigos citados es el que ha debido seguirse en Colombia, pues no encontramos razón ninguna para agravar el aborto no consentido, cuando se ha ocasionado la muerte a la mujer embarazada, y no agravarlo cuando este resultado se ha causado en el aborto consentido. Pero tampoco nos parece razonable que la agravante tenga idénticas consecuencias penales en una y otra especie. El aumento de pena debe ser mayor cuando la mujer ha consentido en el aborto, que cuando se le permitió se lo causara".

Continúa el doctor Antonio Vicente Arenas, afirmando de que - " cuando se trata de aborto consentido la muerte ocasionada a la mujer " por los medios empleados para producir el aborto, no es circunstancia específica de agravación. Entonces qué relevancia tiene la muerte ocasionada en tales circunstancias ? Es un homicidio preterintencional ? O es culpable ? O es apenas un agravante de la responsabilidad ? no la calificamos de homicidio preterintencional porque el agent

./.

no ha obrado " con el propósito de perpetrar una lesión personal" sino con el de causar el aborto que es cosa diferente.

Tampoco de homicidio consentido, porque el consentimiento no lo ha dado la mujer para que se le ocasiona la muerte, sino para que se le practique el aborto. Creemos, por consiguiente, que el aborto consentido y seguido de la muerte de la mujer, concurre con el homicidio cul - poso, ya que el resultado real se debe a culpa del agente, por no haber empleado los medios adecuados para el aborto o por haberlos empleados - mal. Pero si no satifgamos esta solución debe entonce optarse por agrava - var la responsabilidad del agente, teniendo en cuenta la gravedad y ne - dalidades del hecho delictuoso (artículos 36 y 37) (1).

En la presencia de tan contundente, y cesada exposición, que acerca del tema ha expuesto el profesor Antonio Vicente Arenas, nos li - mitamos a no manifestar ningún concepto de fondo por considerar de plane resuelto el problema. Claro está que se nos ocurre por deprente dejar cla - ro que la muerte de la madre consiente en delito de aborto debe ser un re - sultado posterior a las maniobras abortivas y que en este caso no es re - quisito indispensable el hecho de que el feto hubiese sido o no expulsa - do, ya que es bien sabido que el delito de aborto se tipifica aún cuando no se opere la expulsión.-

VIII

ABORTO PRETERINTENCIONAL



Antes de enunciar esta clase de aborto, que entre otras cosas, muestra legislación penal " no la consagra " , es bueno por de prente a -

clarar aún cuando sencillamente lo que se entiende por delito preterintencional .

(1) Vicente Antonio Arenas Obra Ct. Pág. 178 y ss .

El doctor Gutierrez Anzola nos trae en su obra los siguientes conceptos: " El delito preterintencional es forma de dolo indirecto, que a su vez puede ser alternativo y eventual. Indirecto porque la voluntad criminal, el propósito mejor dicho, está dirigida a lograr un determinado daño diferente del acaecido, este es, la relación entre el propósito y el daño efectuado es indirecta; entonces, el resultado que sobreviene se imputa a su autor como si le hubiera querido, aunque con atenuación de la pena por tratarse de una consecuencia diferente de aquella que se pretendía alcanzar. (1) .

A lo anterior creemos necesario aclarar lo que se entiende por dolo " indirecto ", " alternativo " y " eventual ". Ya habíamos observado anteriormente, que " la ley no define el dolo " y que es a la doctrina a donde tenemos que recurrir para contextualizar dichas nociones, entonces : - El dolo indirecto : Se da cuando se ha querido producir un evento preciso, pero el resultado sobrepasa la intención; delitos preterintencionales, como los describen los artículos 376, 383 , 365 y 318 del Código Penal; el dolo alternativo : Se da cuando entre varios efectos posibles el agente mira con indiferencia uno cualquiera. (1)..

Dolo eventual : " Se da cuando entre varios resultados posibles, el agente quiere uno como principal y otro como subsidiario. (3) .

Ya que hemos cumplido, auxiliándonos de los conceptos de los tratadistas citados, el propósito de lo que se entiende por delito -

preterintencional, tramos lo que el doctor Antonio Vicente Arenas entiende por aborto preterintencional :

" El aborto preterintencional es lo que lesiona a una mujer en cinta sin el propósito de hacerla abortar. En la legislación Penal colombiana no esta una especie de delito de aborto, sino una especie agravada del delito de lesiones personales (artículo 376) ".

IX

DISTINCION EXISTENTE ENTRE ABORTO Y PARTO PREMATURO

Hemos estimado oportuno estudiar en forma comparada aún cuando meramente las disposiciones consagradas en los artículos 386 y 376 de nuestro estatuto penal.

ARTICULO 386 .

" La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

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

ARTICULO 376 .

" Si a causa de las lesiones inferidas a una mujer en cinta sobreviniere un parto prematuro, que tenga cen-

cuencias nocivas para la salud de la agridada o del feto, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de presidio.

Si se produjere el aborto, la pena será de dos (2) a siete (7) años de presidio.

En los casos previstos en los dos incisos anteriores se impondrá también multa de ciento a dos mil pesos " .

- (1) Gutierrez Ansola Jorge E.. Obra citada. página 115
- (2) Luis Carlos Pérez. Op. Cit.- 85.
- 93) Samuel Barriente Restrepo, elementos de derecho penal, página 234. Edit. U. Pontificia Bolivariana - 20 Ed. Medellín .- 1.962.

Como se observa, estas disposiciones guardan íntima relación dejando claro está la distinción existente entre lo que es aborto y parte premature.

Acercas de este tema los tratadistas han emitido su opinión - en diferentes maneras :

El profesor M. Iglesias, en su obra (Aborto, eutanasia y fecundación artificial) , ha dicho lo siguiente : " El aborto en todas sus modalidades se consuma cuando se produce la muerte del feto de la concepción, ya tenga lugar mediante su expulsión prematura o en el vientre materno. En el caso de expulsión prematura con ánimo feticida la expulsión de un feto viable (parte acelerado), si después se le causa la muerte, se cometería un delito de parricidio o de infanticidio, pero no un delito de aborto. (1).-

Sobre el mismo punto, y por considerarlo de importancia, transcribimos el pensamiento del doctor Guillermo Cabanellas, escritas en su obra "El Aborto"; dice así el profesor: Conviene distinguir, con el objeto de incurrir en confusiones, entre aborto y parto prematuro; se entiende que ha habido aborto sin la expulsión del feto se ha producido antes de los siete (7) primeros meses de iniciada la concepción, y - parto prematuro pasado dicho término.

Más adelante el mismo autor hace la distinción que obstetricia se consagra: "Se llama parto prematuro cuando la expulsión es de un feto viable, y aborto a la expulsión de un feto no viable". (1).-

En medicina legal, según los tratadistas de esta materia, esta distinción no se utiliza, y recibe el nombre de aborto criminal la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción, ya sea viable o no, ya nazca vivo o muerto. Si las maniobras abortivas se adelanta el parto y la criatura muere, se produce el delito de aborto. El aborto por tanto es la interrupción del proceso fisiológico del embarazo con el objeto de destruir el feto. Si este no se destruye, desaparece el delito de aborto. Si el feto nace vivo y se destruye, el delito es de infanticidio en caso o de homicidio si no se dan las circunstancias del infanticidio.

(1) E. Iglesias - "El aborto Eutanacia y fecundación artificial. Pág. 84 Edit. Desco. Buenos Aires (sin fecha).

El doctor Gutierrez Anzola, refiriéndose al artículo 376 del Código Penal, de que ya hemos hecho mención, considera que el aborto constituye un delito de características propias, pero que cuando se produce como consecuencia directa de lesiones inferidas a una mujer que se encuentra en estado de embarazo, si en propósito de conservarlo, la acción es mayormente punible que si se produjera un parto prematuro, ya que las consecuencias en uno y otro caso, son diferentes y diversas gravedad objetiva .

Es más de una importancia capital determinar en caso de duda, cuando se trata de aborto o de parto prematuro debido a que la pena es mayor si el delito se tipifica como aborto. Esto se entiende teniendo en cuenta el mal que producen los delitos. El aborto ocasiona la pérdida de una esperanza de vida, si ataca según algunos tratadistas, entre ellos Lenardelli, el derecho a la vida según otros, el orden de la familia.

(1) N. Iglesias - Ob. - citada. página 88 . -

./..

Irueta Geyona considera que el supuesto caso de que " El aborto sea un delito, este representa un atentado a las buenas costumbres, con el parto prematuro no llegan a ocasionarse lesiones de orden fisiológico que merezcan castigo " . (1) .

ABORTO TERAPEUTICO

Tratando en lo posible porque nuestro trabajo sea ordenado en los diferentes esceltes penales que nos hemos propuesto discernir en esta tesis, creemos consecuente desarrollar otra interesante modalidad del aborto, en este lugar de todo el cuerpo que constituye nuestro intento.

" El Código Penal Colombiano de 1.890 contenía la siguiente disposición (artículo 640) " .

"No se incurrirá en pena alguna, cuando se procure e efectúe - el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, ni cuando en con feridad con los canes principios de la ciencia médica sea indispensable el parto prematuro artificial " .

(1) Irueta Geyona José - " Delitos de Aborto, Bigamia y Abandono de niños " . Pagina 9 y SS. - Edit. casa Barreiro y Lanes S.A. Montevideo - 1.932.-

La primera parte de la disposición se refería al aborto causado en estado de necesidad; la segunda al propiamente llamado terapéutico .

En la primera hipótesis el aborto es un medio " Absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer " (estado de necesidad) ; en la segunda, es apenas aconsejable " En conformidad con los sanos principios de la ciencia médica " (aborto terapéutico) .

" El artículo 140 del Código Penal Soviético consagra la impunidad del aborto practicado en clínicas o casas de maternidad, " cuando la continuación del embarazo representa un peligro para la vida o graves daños de la salud de la mujer en cinta (aborto terapéutico) .

" En el Código Penal Colombiano vigente, no hay disposición alguna que justifique el aborto terapéutico o que le exima de pena. en nuestro derecho positivo el médico que cause un aborto por considerar que el embarazo represente un peligro para salud de la mujer en cinta comete delito, pues salvo el caso del estado de necesidad no hay ningún otro en que se justifique el hecho o se exima de pena al responsable.

./.

Al contrario, en Colombia " la ley protege la vida del que -
 esta por nacer " (artículo 91 del Código Civil). Y esta protec-
 ción, por el aspecto penal, se dispensa con las disposiciones que
 estamos comentando. Sería un contrasentido legal y jurídico decir
 de una parte, que la ley protege la vida del que esta por nacer -
 y de otra autorizar la muerte del feto cuando a juicio del médico
 es preciso sacrificarlo para que la madre viva.

Además, el artículo 10 del Decreto número 2831 de 1.954 (código de moral médica) , en perfecta armonía con la norma citada -
 del Código Civil , dispone que " El médico no podrá prescribir o eje-
 cutar acto alguno que tienda de manera directa e deliberada , cual -
 quiera que sea el fin perseguido , a destruir la vida humana como el
 aborto, la eutanasia y el empleo de medios anticoncepcionales " .

" Encontramos acertada la actitud del legislador colombiano
 al no consagrar la impunidad y menos aún la justificación del abor-
 to terapéutico, porque aunque el feto no tiene " existencia legal "
 como la persona (artículo 90 del Código Civil) , es un ser viviente
 con derecho a que se le proteja (artículo 91 del Código Civil) y
 si el feto tiene derecho a que se le respete su vida, no se justifi-
 ca el hecho de dar la muerte, cualquiera que sea las razones que
 puedan aducirse en favor del feticidio , egonómicas , sentimentales,
 económicas , etc . la ley puede atenuar el delito, mitigar el rigor
 de las penas, aminorar la responsabilidad y aún otorgar en casos -

excepcionales el perdón judicial, pero nunca justificar el aborto a no ser en caso de necesidad plenamente comprobada, pues en tales eventos no solo se justifica la muerte del feto, sino la destrucción de una vida humana " . (1) .-

El profesor Eugenio Cuella Celón, en su obra " El Aborto " , - también nos ilustra, él dice : " El aborto terapéutico consiste en la interrupción artificial del embarazo con el fin de proteger e salvar a la mujer embarazada " . (2) .

(1) Antonio Vicente Arena, Delitos contra la vida y la integridad personal y Delitos contra la Sociedad. Página 183 y ss. Editada en talleres Antares limitada.- Bogotá D.E.- 1.962 . -

Como lo hemos observado en el recorrido de estas páginas, esta clase de aborto privilegiado no se encuentra consagrada en nuestro Estatuto Penal, a diferencia de lo que si existe en casi todos los códigos americanos, entre ellos el de " Argentina , Brasil, Costa Rica , Cuba , Ecuador , México , Nicaragua , Paraguay , Perú , Uruguay y Venezuela. Dichos códigos penales existen para llegar a configurar esta clase de abortos, tres (3) requisitos :

- 1ª) Que se trate de preservar la vida o la salud de la mujer en cinta;
- 2ª) Que exista de antemano el consentimiento de la mujer ; y
- 3ª) Que , la intervención para procurar el aborto sea practicada por un médico .

1º .- QUE SE TRATE DE PRESERVAR LA VIDA O LA SALUD DE LA MUJER EN CINTA :

Para proceder a realizar el aborto terapeutico, se requiere que esté suficientemente comprobado que la vida de la mujer en cinta pelagra y que dicho peligro revista caracteres de gravedad. Algunas legislaciones van mas allá de este criterio, por ejemplo, en la legislación Sueca se considera que puede procederse a realizar el aborto - terapeutico teniendo en cuenta que en atnción a lascondiciones de vida de la mujer y otras circunstancias, se llega a la conclusión de que las fuerzas corporales y espirituales de la mujer en cinta quedaran - previamente debilitadas por el nacimiento e cuidado del niño.

(2) Eugenio Cuellar Colón - Obra citada página 180. -

- 46 -

**29.- QUE EXISTA DE ANTEMANO EL CONSENTIMIENTO
DE LA MUJER:**

En relación con el consentimiento que debe dar la mujer, algunos juristas opinan que este es indispensable, mientras otros creen lo contrario por considerar que la vida de la mujer tiene un valor social-- mayor que el del feto, valer este que no puede estar supeditado jamás al consentimiento de ella o de su representante legal. Lo que considera que el consentimiento de la mujer es requisito indispensable, - afirman que cuando no es posible obtenerlo de la mujer por encontrar se en estado, comatosa o preagnica, el marido o su representante legal le puede suplir;

30.- QUE LA INTERVENCION PARA PROCURAR EL ABORTO SEA PRACTICADO POR UN MEDICO:

Este requisito es de suma importancia, que el aborto sea practicado, por un medico, ya que se tiene en cuenta la delicadeza de esta clase de intervencion que ándudablemente requieren de los conocimientos de un perito en la materia. A la vez se evita la coyuntura que puede presentarse a los seguras para que ellos se dediquen a realizar abortos-- bajo el pretexto de ser terapeuticos, pues se exigen que la operacion sea practicada por un Medico quien necesariamente tiene que oir la opinion de otros dos facultativos.--

La gran mayoría de los tratadistas de derecho penal están de acuerdo en la no punibilidad de esta clase de abortos y alegan diferentes razones para considerar que no existen fundamentos de ninguna índole para crear en el establecimiento de una pena con respecto a la mujer que permita se le realice el aborto terapéutico. Tampoco para el médico que interviene en la consumación del hecho.-

Una de las razones que se han esgrimido con mayor fuerza es la relativa al estado de necesidad. Consideran los partidarios de esta fundamentación jurídica que existe, por parte de la mujer que se encuentra en peligro su vida, un estado de necesidad que impulsa a obrar de esa manera debido al serio de circunstancias que la rodean.-

En tal caso la mujer si acepta que se le realicen los hechos que dieron origen al aborto, le hace no porque exista cierta peligrosidad social o cierto espíritu dado al crimen o a la consumación de cualquier clase de ilícito, sino porque amenazaba por el peligro de su propia vida, ocurre como última suerte de salvación a la consumación del aborto.-

./.

- 48 -

No todos los penalistas aceptan las tesis expuestas anteriormente porque algunos consideran que en el aborto no puede hablarse jamás del estado de necesidad ya que "evitar un peligro referido a la vida y todavía más aun a la salud, no es exactamente lo mismo que evitar un mal inmediato, por último, el estado de necesidad supone un mal inminente mientras que el aborto terapéutico puede tanto suponerlo como no, ya que puede ser previsto con gran antelación".-

Otros juristas consideran que por parte de la mujer existe un estado de legítima defensa de la vida.

La legítima defensa requiere como requisito indispensable que exista un ataque e inminente que ponga en peligro la vida de una persona y que por tal motivo dicha persona obre de esa manera ante la inminencia del peligro. En el caso del aborto terapéutico no existe en ningún momento un ataque actual e inminente contra la vida de la madre.

Se observa por tanto, que la discrepancia alrededor de este punto existe no en cuanto a la impunidad en sí del ilícito, sino en lo tocante con el fundamento jurídico para considerar que no debe existir pena en relación a las personas que toman parte en la comisión de los hechos que precuran el aborto terapéutico.-

•/•

- 49 -

En conclusión, creemos que el aborto terapéutico no debe ser penado por cuanto en dicho acto se encuentran en juego la vida de la madre y la del feto e indudablemente aquella es para la sociedad de más valer.- máxime si la madre debe subsistir para tutelar la crianza de otros hijos- que aún ni siquiera han salido de la infancia. El feto no tiene por tante, el valer que tiene la vida de la madre, por cuanto no es le mismo -- una esperanza de vida que una vida perfectamente determinada de la cual-- la más de las veces dependen otros seres como son los hijos que ni si- quiera han salido de la infancia y que por tante necesitan como ninguno-- otros, cariño materno.-

II

ABORTO EUGENESICO

Siendo el doctor Antonio Vicente Arenas, que como derrotero- decisivo nos ha sido posible avante nuestro cometido, creemos en lugar, - entrar a estar ha esta modalidad del aborto, traída por el ilustre profe- sor en su obra tantas veces citadas, "Delitos Contra la Vida y la integri- dad personal".-

Dice el doctor Arenas, "lo que acabamos de decir en contra- de la impunidad del aborto terapéutico, es aplicable con mayor razón al- aborto eugenésico, e sea el que autoriza el Código Penal Soviético "

"Cuando existan graves enfermedades hereditarias en los padres".

"La autorización del aborto cuando según falible juicio del médico, es aconsejable a fin de conjurar supuestos o reales peligros para la vida o la salud de la mujer encinta, equivaldría a abolir el delito de aborto, al menos en su forma más grave, o sea el practicado por los médicos. -- a quienes les bastaría para justificar o excusar sus sanción excusarse en un diagnóstico más o menos acertado que serviría no pocas veces para dejar en la sombra verdaderos crímenes contra la especie humana".-

"Y la autorización del aborto eugenésico sería más grande aún. En primer lugar por que es muy difícil, por no decir imposible, señalar -- las tasas de que puede adolecer la criatura si se le permite nacer, y en -- segundo lugar, porque se justificará e excusará el aborto eugenésico, habría también que justificar e excusar para ser lógicos, el homicidio cometido -- en personas que nacen contrahechas, deformes, enfermas o con defectos físicos que ofenden más la vanidad de los padres que los intereses extirpe".--
(1).-

Al respecto del aborto terapéutico y eugenésico, queremos adelantar algunos conceptos consagrados en el pensamiento de la Iglesia Católica, sin perjuicios de que en capítulos separados comentamos ampliamente sus principios.-

La Iglesia ha considerado que todo aborto voluntario constituye un crimen y por tanto viene hacer pecado mortal la consumación de él. En los primeros tiempos de la Iglesia se estableció entre los autores católicos la distinción entre feto animado y feto inanimado. Esta distinción— fué posteriormente consagrada aún cuando sutilmente, con el objeto de calificar el delito y su gravedad, ya que cuando se trataba del aborto de un feto animado se consideraba como si se hubiera cometido un homicidio, gravedad que no era tenida en cuenta cuando la expulsión en el aborto era de un feto inanimado. Ahora bien, para resolver el problema de saber cuando el feto era animado e inanimado, se acudía al concepto de la penetración del alma en el cuerpo humano, que según los dogmáticos y canonistas se incorporaba en el varón a los cuarenta días de gestación, mientras que en la hembra se producía la posesión del alma a los ochenta días.

(1) Antonio Vicente Arenas, Ob. Cit. Pág. 180 y ss.

La iglesia Católica no solo se contentó con establecer en sus postulados la condena del aborto, sino que también estableció penas con el objeto mismo que sus enseñanzas encontraran acátere en la vida real; así encuentran las recomendaciones del concilio de Elvira, cánen 63/1588— el aborto terapéutico está condenado por la Iglesia en el Decreto del Santo Oficio del 24 de Julio de 1.895; la doctrina condenatoria del aborto, sugénico, se halla en las respuesta del Sagrada Congregación de Propaganda de la fé al Arzobispo de Cambray el 19 de Agosto de 1.889, también en la Enciclica Casti Connubi de Pío XI del 31 de Diciembre de 1.930; quien en uno de sus apartes dice: Ya hemos dicho como sentimos piedad por la madre que en cumplimiento del deber material espone a graves peligros su salud y hasta—

-52-

su vida. Más qué causa podría bastar para justificar en alguna manera el asesinato directo de un inocente ?

Dice más adelante, el Pontífice: "Salvar la vida de una madre es una finalidad muy noble, pero matar directamente al niño, como medio para lograrla, está por demás prohibida la destrucción directa de la llamada vida sin valor nacido o sin nacer aún, no puede justificarse de ninguna manera".-

Respetamos el criterio eminentemente jurídico del ilustre tratadista de derecho penal Antonio Vicente Arenas, conagrado al principio de este aparte, lo mismo que las enseñanzas de la Iglesia Católica, pero discrepamos a nuestra pesar de ello, habida consideración de que el fin que se persigue con la práctica e la realización del aborto terapéutico y eugénico, no pueda considerarse delictuoso si se tiene en cuenta la no existencia del feto. Antes por el contrario se persiga obtener un resultado satisfactorio frente a los ojos de la sociedad y del Estado. No puede ser de otra manera cuando se trata de preservar por medio del aborto terapéutico la vida de la madre, la cual forma parte del conglomerado social de una manera determinada y específica, en contraposición de las esperanzas de vida que reposan en un feto.

En relación con el aborto eugénico, podríamos decir entre tanto si se tiene en cuenta que con el se tiende a evitar el calvario y sufrimiento para un futuro ser tarado que va a ser motivo de escarnio por una sociedad, aclaro por parte de una sociedad que mira, hoy por hoy con ojos de frialdad, los sufrimientos y males del prójimo.-

ABORTO AGRAVADO

ARTICULO 388.—“Cuando el responsable de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores sea un médico, cirujano, farmacéuta, o partera, la pena se aumentará hasta en la tercera parte y se impondrá además la suspensión del ejercicio de la respectiva profesión por seis (6) meses a seis (6) años”.

“ Se consagra aquí una circunstancia específica de agravación del delito de aborto, fundada en la calidad del sujeto activo ”.

“ Los fundamentos de estos agravantes son obvios; los médicos, los cirujanos, los farmacéutas y parteras son las personas más — especialmente obligadas por razón de su profesión u oficio, a proteger la vida del que será un ser viviente, y si en vez de ampararla — de acuerdo a sus deberes, la aniquilan, esa apenas justo que la infracción penal por ellos consentida despierta mayor alarma social y constituye pernicioso ejemplo para las personas inclinadas a convertir actividades de esta índole en fuentes de negocios e ingresos”.

“ El doctor Lozano propuso en la comisión redactora se dijera por ser más comprensivo, una profesión médica para abarcar también a las parteras, comadronas y al estudiante de medicina que ejerce una profesión médica, aunque no sea médico” . Se optó, sin embargo, por la enumeración taxativa; médico, cirujano, farmacéuta o partera”.

- 54 -

Trata la disposición del artículo 388 de combatir a los profesionales de la medicina y ramas afines, cuando olvidándose ellos del verdadero sentido de la profesión se dedican a la práctica por demás ilícita e inmeral del aborto. Indudablemente que estos delincuentes son, podríamos decir, unos de los más directamente responsables en la comisión de este ilícito, por cuanto el número bastante crecido se dedica en una forma continua y permanente al ejercicio de esta clase de acciones. Con ellas ocasionan un perjuicio directo a la raza y como lógica consecuencia a la nacionalidad. Son atentados contra la vida, ya que por lo imperativo de su trabajo diariamente atentan contra las esperanzas de la vida que reposan en un feto.-

La desimetría de la pena señalada, en la disposición en mención para esta clase de delinquentes blancos, " resulta excesivamente benigna " habida consideración de que la suspensión en el ejercicio de la profesión sea tan solo de dos meses a seis años, cuando habida ha debido prohibirse en forma definitiva, ya que la intimidación penal tan suave no tiene efectos de ninguna naturaleza con respecto a los individuos inmerales que practican su funesto oficio de modo clandestino".-

XIII

ABORTO ETICO

El llamado aborto ético se origina como consecuencia directa de aquellos embarazos considerados como inmerales^y que atentan por tanto contra las buenas costumbres de la sociedad. Estos embarazos a que hemos hecho alusión son los siguientes : " Violación, Incesto, Estupro, etc. consideran los partidarios de esta clase de abortos, que no es posible imponerle a una mujer una maternidad que no desea porque las relaciones sexuales que tuvieron por causa del embarazo, fueron prénuptas

- 55 -

no hubo consentimiento por parte de la mujer para acceder al coito. De tal suerte que mal puede imponerle una mujer una maternidad que no sea y que antes por él contrarie a servirle de - constante martirio por cuanto va a recordarle el momento infeliz de su vida en que fué objeto de un agravio de tal magnitud.-

La tesis del aborto ético tomó fuerza después de la primera guerra mundial, en donde se ocasionaron muchos casos de violencia - por parte de los ejércitos invasores y contra las mujeres de los países vencidos.-

El doctor Guillermo Cabanella, en su libro titulado (El aborto) trae una cita del profesor Marañón acerca de la violencia ejercida en - la guerra contra las mujeres de los países vencidos.--

Se expresa así el doctor Marañón : " La función sexual en el - hombre, breve y pasajera, de unos minutos y de un minuto. Pero en la mujer esos minutos no son sino el comienzo de una larga serie de fenómenos complicados y molestos en cuyos largos meses de transcurso todo el organismo materno, hasta a la última de células se modifica profundamente para cultivar el pronto desarrollo del alumbramiento, y seguir - en el período dilatado de la lactancia. Un soldado ebrio vió a su paso por la ciudad conquistada a una mujer desmayada de terror y siguió su camino sin conservar tal, ni el recuerdo de la pobre hembra pasiva a la que la naturaleza ordena, sin embargo, la misma esclavitud al ciclo sexual que la madre fecunda en una hora de amor consciente y entrañable.-

De acuerdo con lo que hasta aquí hemos expresado, llegamos a considerar que teniendo como fundamento el aborto ético el hecho de la vie

lasterio ejercida sobre la mujer, que viene a originar una maternidad no voluntaria, no se justifica dicho aborto en los embarazos en donde no ha operado la violencia, como sería en el caso del incesto o del estupro. A pesar de que dichos embarazos ocasionan a la sociedad cierta repugnancia, no es posible considerarlo como excusante para realisar el aborto.-

El aborto ético tiene muchos partidarios pero es un punto discutido en la doctrina y por tante los enemigos de él argumentan que el origen criminal de una vida, no legitima éticamente a su aniquilamiento que la sociedad se coupara de los hijos cuyo cuidado no puede imponerse a la mujer, pero especialmente se inciste en los multiples abusos a que se prestaría la impunidad a causa de la dificultad de comprobación de un pretendido delito contra la honestidad, que no es facil poner en claro se originarian, por tante, muchos abusos, podría suceder que un gran número de embarazos no deseados fueran atribuidos a la violencia y engaño, originandose de esta manera gran cantidad de denuncias falsas.

Estos puntos de vista han sido combatidos por Naocke, Radbruch, Oetker Lang Raiter, también le fué la Sociedad Ginecológica Suiza, y recientemente por Maurach Altavilla, quien rechaza la argumentación de Manini en cuanto supuesta autorización para remover las consecuencias del delito, argumenta que la ley protege siempre la vida humana aún en estado embrional, cualquiera que sea su origen, de lo contrario, añade, el aborto cometido por el marido sobre su mujer adúltera para remover la inmediata consecuencia del delito, no solo sería excusado sino por completo exento de pena.--

- 57 -

Indudablemente que llegar a determinar que el aborto practicado no debe ser punible por cuanto debe tenerse como aborto ético, ya que obró la violencia como medio inmediato para que se sucedieran las relaciones sexuales, es bastante difícil. De esto se han percatado los partidarios de esta clase de aborto privilegiado y al efecto han ideado diversas formulas que tienden a solucionar el problema.-

Opinan por tanto que el aborto se autorizaría si aparecen señales evidentes de que el embarazo es resultado directo de una violación. En este caso se tendría que demostrar la violencia carnal ejercida sobre la mujer que está dispuesta hacerse realizar el aborto, - para que pueda otorgarse la autorización debida. Otros consideran que no es indispensable demostrar que se ha iniciado el proceso contra el violador por el delito cometido, sino que basta pedir la autorización y que esta se dé para que se pueda realizar el aborto.-

XII

ABORTO SOCIAL

El mismo constituye a la hora actual uno de los aspectos más importantes del aborto. De un lado tenemos la terrible realidad de la pobreza y aún miseria de la mayoría de los hogares en los cuales el aumento de la prole constituye un serio problema económico; de otro lado se haya el interés de proteger, la vida humana.-

La familia e interés demográfico. Así, simplemente ex-
puesto los términos de la cuestión la propuesta es por no pocas es-
timadas como fácil, pero simplicidad en las cuestiones no significa
que ellas no sean en verdad e que puedan ser respendidas .(López
Roy Arroyo). (1).-

Como el nombre le indica, esta clase de abortos tiene por
causa no solo motivos de factores económicos sino también una serie de
elementos sociales, culturales, económicos, educativos,

Para combatirlo sería necesario implantar una serie de me-
didas tendientes a combatir las causas anotadas anteriormente y que -
según los tratadistas de derecho penal, dan por consecuencia la consu-
mación del aborto. Por tanto, no somos partidarios de la realización
de esta clase de abortos habida consideración de que él debe ser com-
batido en sus raíces e fundamentos. Lo contrario sería aumentar el pro-
blema sin encontrarle soluciones definitivas.-

Lopez Roy y Arroyo, El Aborto "-
Página. 198 - Editado Buenos Ai-
res - 1.945.

ABORTO HONORIS CAUSA U HONORIFICO

ARTICULO 389

" Cuando el aborto se haya causado para salvar el ho-
ner propio e el de la mujer descendiente, hija adop-
tiva e hermana la sanción puede disminuirse de la mi-
tad hasta las dos terceras parte, e concederse el per-
don judicial "

- 59 -

" El propósito de ocultar la deshonra (dele específico), ha sido previsto como circunstancia de atenuación del homicidio intencional (artículo 369) del abarte (artículo 389) y del abandono e exposición - niño (artículo 395)".-

Para que el abarte se atende por este aspecto es necesario que se cometa " para salvar el honor", y "honor" es según Maggiore " el estado de indignidad y estimación de que se goza en la sociedad por una - conducta irreprochable". Son sus contrarios la desestimación, la vergüenza, el vituperio. Es evidente que no se puede salvar el honor quien lo - ha perdido irremediabilmente por lo cual esta atenuante no ampara a la - mujer depravada, a la adúltera, a la meretriz, a la notoriamente conocida como madre ilegítima y a la reincidente etc. etc.

Sujeto activo de los delitos de : Infanticidio, abarte y abandono y exposición de niños cometidos honoris causa, u honoríficos, son las mismas personas, o sea, la mujer ilícitamente fecundada que se propone ocultar su propia deshonra, el hijo que obra con intención de ocultar la - deshonra de su madre; los ascendientes que obran con igual propósito respecto de sus descendientes, a los padres adoptivos con relación a la hija - adoptiva y al hermano respecto de la hermana.-

El marido puede ser sujeto activo del delito honoris causa (artículo 389) y de abandono e exposición de niños cometidos con el mismo propósito (artículo 395) pero no puede serlo, en cambio, falta la lógica como ya tuvimos la oportunidad de observarle al comentar la disposición últimamente comentada " .

Esta forma privilegiada del aborto, llamado también honoris causa y honorífico, es desconocida totalmente en los códigos germánicos y en las legislaciones sajónicas. Solamente se halla establecida en los códigos penales de Italia, Portugal, Cuba, Chile, Guatemala, Ecuador, Uruguay, Honduras, Venezuela, Nicaragua, Bolivia y en nuestro país Colombia. Como se ve en esta figura jurídica es producto de las legislaciones latinas, naciones estas en donde el concepto del honor es el mismo, lo que en estas concepciones se identifican las legislaciones germanas y sajonas. En los pueblos latinos el concepto que se tiene de la virginidad; con acepciones centadas, es extremo, - absoluto, habida consideración de que en ella se funda la virtud de la mujer celtera, es decir, no haber tenido ayuntamiento carnal con el varón, seguida de la desfloración.-

En los pueblos Germánicos y Sajones incluyendo la mayoría de los países Europeos, el concepto de la virtud de la mujer no es - triba en el hecho de que esta se encuentre o no en estado de virginidad, en ellas no se establece el tabú que se encuentra en nuestros pueblos latinos. Como sus nombres lo indican, la causa de este aborto son los motivos de honor que tenga la madre de la futura criatura para renegar a él.-

Observamos también de la lectura de la disposición contenida en el artículo 389 que no tiene en cuenta en la mujer encinta su - estado civil, únicamente estatuye los motivos de honor, por lo tanto en esta disposición quedan comprendidos, lo mismo una mujer vírgen - que una mujer casada que haya quedado embarazada por su amante en ausencia de su marido.-

Con respecto al sujeto pasivo de esta modalidad del aborto, como ya le ha aclarado el doctor Antonio Vicente Arenas " Son las mismas personas o sea la mujer ilícitamente fecundada, el hijo, - los ascendientes, o los padres adoptivos o el hermano. A nuestro juicio, este punto sepuede prestar a muchas interpretaciones y discrepancias, el legislador debió ser mas explicito por tratarse de un tema sumamente delicado en cuanto a su interpretación y aplicación.-

Nos preguntamos si una mujer que se encuentra en estado de virginidad queda embarazada como consecuencia de relaciones sexuales clandestinas y su hermano procura la realización del aborto contra la voluntad de ella, porque conceptúa que obra por motivos de honor, convencido que en su forma defiende la honrrades de su hermana; en este caso podría considerarse este aborto como Honoris Causa u Honorífico?

A nuestra manera de pensar debe existir de antemano el consentimiento de la mujer, por cuanto de otra manera aparece la violencia de parte de una tercera persona, que habría, aclare que haría desaparecer de inmediato el beneficio que la ley concede habida consideración de que en agente activo no existe gran peligrosidad social, por el hecho de obrar por motivos de honor.

Pero como el punto a nuestro juicio no se encuentra suficientemente claro en la norma que comentamos, algunos consideraran con criterio distinto el análisis de la misma.-

Nosotros consideramos esta clase de aborto sin rasón de ser dentro del Código Penal, por cuanto ella se presta a diferentes interpretaciones, debido a lo dudoso y confuso del caso mismo.-

Muchas veces el hecho de encontrarse la mujer encinta es conocido por terceras personas aún cuando no se haya hecho público el acontecimiento en una forma absoluta.-

También hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos el tercero que obró en esa forma, lo hizo con el objeto de tratar de salvar el honor propio, por cuanto el de la persona que se encuentra encinta, poco le interesa la fama de ser honrada y este tercero que esfuerza por todos los medios inclusive optando por el aborto para mantener ese buen nombre.-

En este caso no se podría hablar de legítima defensa del honor, por cuanto el honor subjetivo y no puede por tal rasón compararse.-

Esta forma privilegiada del aborto honorífico se presta para que a la sombra de ella se consuman innumerables abortos, sobre todo por personas de las altas clases sociales, que tienen mayores medios para poder consumar el ilícito.-

- 63 -

En relación con la tipificación de la figura que analizamos hay que tener siempre presente que la mujer que se ampara en esta clase de aborto goza de una conducta irreprochable, es decir, que sea tenida por todos, como mujer honrada y que el embarazo se ignore en forma general a excepción de sus familiares mas proximos. Ante esta circunstancia que la mujer que se encuentra encinta, teme horriblemente a las criticas de su medio social y desesperada ante el desprecio que pudiera pasar de sus amigos y demás personas que forman su círculo social, recurre al aborto como medio directo y efectivo para ocultar la falta ya que en esta forma cree salvar su patrimonio moral.-

Se produce, pues, dentro del fuere interno de la mujer que se hace abortar, una crisis psicológica en relación con la forma como va a ser juzgada su conducta por una sociedad que ignorara su falta sino llega a conocer el de sus relaciones ilícitas.-

XVI

EXISTENCIA O NO DEL DELITO DE ABORTO EN
LOS CASOS DE GRAVIDEZ EXTRAUTERINA.

El embarazo extrauterino; tiene lugar * cuando óvulo no es fecundado dentro de la matriz sino que se hace en la trompa uterina (conducto que comunica el ovario con el útero), se implanta allí el óvulo fecundado, desarrollándose el embrión.

- 64 -

En este caso como se hace una dilatación anormal en la trompa uterina, conducto relativamente estrecho, que no está dedicado para contener el embrión puede venir una ruptura de sus paredes, produciéndose una verdadera hemorragia peritoneal cataclísmica, que seguramente produce la muerte, sino se interviene de urgencia. Otras veces puede el cuerpo del feto momificarse enquistándose pudiendo permanecer el feto muerto dentro del abdomen de la madre por muchos años.
(1).

(1) Guillermo Uribe Cualla, medicina legal y psiquiatría
página 445- Et. Temis, 8 edición Octava Bogotá 1.964.-

Rememoremos en páginas anteriores que es indispensable para que llegue a configurarse el delito de aborto que el feto se encuentre con vida.-

Además de esto creemos que al encontrarse el feto con vida este debe ser viable. Es decir, que el feto se encuentra vivo que tiene y tendrá un desarrollo intrauterino normal, habida consideración de que el embarazo es perfectamente normal, todo esto se acierta a nuestra manera de pensar, en el hecho de que un embarazo anormal no tendrá el feliz éxito que ha de esperarse en aquellos embarazos que se desarrollan dentro de las reglas estipuladas en la ciencia médica.-

De esta suerte, cuando el embarazo es anormal caso que se presenta en la posición intrauterina es decir fuera del útero.-----

- 65 -

Creemos que no es el caso de que se vulneran las esperanzas de la vida que reposan en feto animado, ya que este no llegará a la madurez deseada, seguramente que al cabo de cierto tiempo de desarrollo un medio inadecuado perecerá irremediablemente. En conclusión, creemos que cuando el aborto se realiza sobre un feto extrauterino no llega a configurarse el delito.

XVII

ABORTO DOLOSO

Ya en páginas anteriores tuvimos la oportunidad al hablar de la intención del aborto, adelantar algunos conceptos sobre la doctrina, aclarar sobre lo que la doctrina entiende por dolo.-

Ahora lo que hacemos será ubicar dicha institución al aborto.-

El aborto doloso, es aquel en que, como es lógico, existe la configuración del dolo o sea la intención manifiesta de cometer el delito, para lo cual el sujeto activo recurre a todos los medios idóneos con conocimiento claro y completo de los hechos (manejros) son ilícitos porque van en contra de nuestras normas de derecho.-

Ahora bien, si la persona que comete el ilícito desconoce las normas de nuestro Estatuto Penal que determinan la represión por el ilícito cometido, también existirá el dolo siempre y cuando que aparezca demostrada la intención de producir la consumación del hecho.--

Todo lo anterior, teniendo en cuenta el principio general de derecho de que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa.- (artículo 23, inciso 3º del Código Penal).-

XVIII

ABORTO CULPOSO

En contraposición al aborto doloso se encuentra el culposo que es aquel en donde no interviene para nada la intención manifiesta de cometer la infracción penal, pero que debido a la figura de la culpa, o sea la falta de previsión necesaria e a pesar de existir la previsión se confía imprudentemente de poder evitar el resultado final se produce la consumación del aborto. En este caso el delito de aborto culposo se presenta cuando la madre ingiere drogas e bebidas no con la intención de producir el aborto sino con fines, curativos por ejemplo, pero resulta que las drogas bebidas fueron elementos primordiales, significativas, en la consumación del hecho, o sea la muerte y extinción del fruto de la concepción. En este caso la madre no tenía la menor intención de producirse el aborto pero si tiene culpa - en que este hubiere sobrevenido si tiene en cuenta que ella ha debido tener todo el cuidado del caso al ingerir drogas y medicamentos por encontrarse en estado de embarazo. Caso este que tendrá mayores repercusiones por el galeno facultativo, si las drogas e medicamentos han sido ingeridas por la grávida, y a consecuencia sobreviene el aborto. Creemos que también en este supuesto caso nuestro, se dá el aborto culposo, comprendiéndose plenamente la irresponsabilidad del médico por negligencia e falta de previsión.

Otro caso parecido al primero sería el de la grpavida - que realiza trabajos pesados, (fuera de lo rutimariamente tenidos) (como domesticos) y a consecuencia de ellos sobreviene la expulsión del feto sin haberlo, claro está deseado, reafirmamos, no querido, - en esta hipótesis nos encontramos ante un aborto culpese.-

XIX

CAPITULO III -

LA PARTICIPACION Y EL CONCURSO EN EL DELITO DE ABORTO.

La participación en el delito de aborto está determinada por los autores y el concurso por los cómplices. Se entiende por autores no solo los que realizan las maniobras u operaciones abortivas sino aquellos que directamente y de común acuerdo cooperan a la realización del aborto. También los que inducen de una manera directa a la ejecución del ilfcoite.-

(La Jurisprudencia considera como cómplices a los que practican actos de cooperación e de auxilio no necesario para la perpetración del delito tales como suministrar medios, indicar el domicilio de la abortadera, acompañar este a la mujer encinta, etc.--

La doctrina sentada en este punto, ha sido censurada pues unos fallos declarar responsables en concepto de autores y en otros como cómplices a personas que han ejecutado los mismos hechos.-

El doctor Antonio Cuella Colón, dice en su Obra " El Aborto " la nueva actividad pasiva no constituye participación este delito (2)

En la misma Obra acabada de citar se lee lo siguiente; en relación con los cómplices y los auxeres " son autores el que busca la abortada y lleva a su casa a la embarazada y a la abortadora, más entre ellos hubo acuerdo previo y unidad de acción y todos coadyugados de modo eficaz al fin perseguido " . (3)

-
- (2) Eugenio Cuella Colón, tres (3) temas penales " El Aborto Criminal, El problema de la Eutanasia y el Aspecto Penal de la Fecundación Artificial " . Capítule 6 página 115 editorial Bosch, edición siete (7) Barcelona 1.965.-
 - (3) Eugenio Cuella Colón Obra. cita. página 114.-

Más adelante el mismo autor dice lo siguiente : En relación con los cómplices; " el que facilita a la embarazada una goma rígida, el que proporciona una sonda y busca a la abortadora, el que proporciona a la embarazada instrucciones sobre el modo de utilizar una herquilla para abortar, el que indica el domicilio de la abortadora y acompaña a esta, el novio de la embarazada que la acompaña a casa de la abortadora y paga a esta, el novio que le proporciona un abortivo que no causó efecto y busca una mujer que prevea el aborto "

(1) .-

- 69 -

Como puede apreciarse fácilmente de las citas hechas anteriormente, la determinación del cómplice y de los autores es sumamente difícilmente, aclarar difícil, habida consideración de que el punto se presta a confusiones hasta con la determinación de los sujetos activos esenciales y no esenciales ya que un sujeto activo se confunde notablemente con autor y un autor con un cómplice. Al Juegador le toca determinar en cada caso el grado de responsabilidad que le cabe a cada persona, es decir, si se trata de un sujeto activo esencial o si antes por el contrario no es un sujeto activo esencial sino es un cómplice o un autor.-

XX

TUTELA JURIDICA DEL FETO DURANTE
EL PARTO.

El derecho ciencia jurídica, como producto mismo de la sociedad, tiene con sus normas, el normal desenvolvimiento de la vida del hombre (artículo 50 y 91 del Código Civil) ello se explica por el hecho mismo de que la vida del hombre en sociedad tiene que estar reglamentada y dirigida con el objeto de que la coordinación y el orden sean los fundamentos necesarios de la vida de los pueblos. Es este el fin perseguido por las normas de derecho penal, civil y las demás ramas de la ciencia jurídica. De acuerdo con lo anterior se explica y justifica el hecho de la tutela jurídica del feto durante el parto.

./.

No sería justo ni equitativo que el derecho e ciencia jurídica desamparacen la vida y el desarrollo del feto, con la creencia de que este no era persona y el derecho solamente se atenía a la vida de los sujetos de él. En esta forma se desquiciaría el orden jurídico, la vida misma sufriría rudo golpe ante los mesquinos intereses de los hombres, ya muchas veces se vulneraría el derecho a la vida de un feto por simple intereses de orden patrimonial.-

El doctor Cuervo Celón dice al respecto: El objeto de la tutela penal no es la persona pues el feto no lo es aún, sino el futuro ser humano. La vida y la salud de la mujer que las maniobras abortivas ponen en grave peligro son también de modo secundario objeto de la protección penal en este delito.-

XXI

DELITO IMPOSIBLE DE ABORTO

Existe la modalidad del delito imposible de abortar cuando este no pueda consumarse por ser físicamente imposible su realización. En este caso no se han dado los elementos necesarios e indispensables para que llegue la realización y consumación de las prácticas abortivas. El delito imposible del abortar se da en dos oportunidades :

- 1ª.- Cuando no existe objeto material para la realización del hecho, ejemplo, El caso de la mujer que no se encuentra encinta pero creyendo estarlo realiza maniobras con el objeto de consumir el delito de abortar.--

2º.- Cuando la mujer encontrándose encinta realiza prácticas o maniobras abortivas ingiriendo líquidos o drogas que no tienen el carácter de medicinas abortivas.-

En este caso los medios empleados para la consumación del hecho no son idóneos y por tal razón no se produce la consumación del delito de aborto.-

En nuestro Código Penal no está comprendido en una forma determinada y concreta esta figura jurídica es decir, en el Capítulo relativo al delito de aborto no existe disposición de ninguna clase que contemple los casos que hemos tratado en relación con la configuración del delito imposible de aborto.-

El profesor Eugenio Cuello Colón en su Obra "El Aborto" dice en relación con la configuración del delito imposible de aborto, por falta de objeto material, es decir, no encontrarse la mujer encinta, a gran mayoría de los autores y tratadistas de derecho penal, están de acuerdo en que no se deben penar si se tiene en cuenta el embarazo es uno de los elementos indispensables para la configuración del delito de aborto

XXII

LA - TENTATIVA DEL DELITO DE ABORTO

Esta ha sido una de las cuestiones más discutidas en el derecho penal, pues existe discrepancia en la doctrina, en la jurisprudencia y en mismo derecho positivo, por tal razón tenemos que acudir a la figura jurídica general del artículo 16 del Código Penal.-

El artículo 16.-

" El que con el fin de cometer un delito, di-
re principio a su ejecución pero no le con-
sumare por circunstancias ajenas a su volun-
tad, incurrirá en una sanción no menor de
mitad del mismo, ni mayor de las dos tercer-
partes del maximo señalado para el delito
consumado?-

Del contexto del artículo anterior se excluye, aclaro se con-
cluye que la tentativa del delito en el Código Penal Colombiano, debe es-
tar integrada por estos factores :

a.- Propósito de cometer un delito determinado (aborte) el
propósito supone el concepto intencional de realizar por medio de actos
externos e idéneos, un delito previamente tipificado en el Código, en es-
t caso el aborte (artículo 386).-

b.- Actos de ejecución en orden a realizar el fin propuesto
(expulsión muerte del producto de la concepción), es decir, traducción
e prolongación de la voluntad criminal al mundo exterior por medios de
actos de ejecución que concretan el fin dentro de la esfera de consumación
del delito; y

c.- Falta de realización material del acto criminoso, no de-
pendiente del agente activo del delito, sino de circunstancias ajenas,
(ejemplo, un ejercicio violento que le produce a la grávida simplemente
un desfallecimiento, no el aborte) a su voluntad.

" Cuando en la realización de un hecho determinado se llenan
los factores que se dejan expuestos, surge

441-----

(1) Eugenio Cuello Galén. Obra Cit. Página. 114

XXXIII

-EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE ABORTO,
EN EL DERECHO COMPARADO Y LA DOCTRINA.-----

"El maestro Carrara sostiene que el aborto tiene tentativa, pero agrega, asimismo, que existen razones de órden político que justifiquen su impunidad cuando se trata del aborto realizado por la mujer sobre sí misma, o del aborto efectuado por un tercero con consentimiento de la-- mujer.-

"Las razones que el maestro aduce son dos, y pueden formularse -- así: " En primer término, los actos que generan la interrupción del embarazo son por su propia naturaleza, de carácter equívoco. Actos en sí mismos inocentes, como un ejercicio violento, un baño, una comida copiosa, etc. pueden dar ese resultado. Si en esas condiciones se declara-- punible la tentativa de aborto realizada por la mujer sobre sí misma o de un tercero con su consentimiento, los jueces se exponen a incurrir-- en error, con grave perjuicio del órden y la justicia social"

"En segundo lugar, resulta evidente que el daño que le produzca -- a la sociedad la impunidad de la tentativa, es mucho menor del que pueda derivarse de investigaciones que ponen término a la violabilidad del hogar, y que le exponen al atisbe y al espionaje de gente sin moral y-- sin escrúpulos".-

"Entre los criminalistas italianos que se oponen a esta doctrina-- figuran Steppatt y Paglia. A Juicios de ellos, no existen razones valederas para que la tentativa deje de castigarse en todos los casos, -- incluso los dos contemplados y amparados por el insigne maestro.-----

Fundamentan su convicción en la aplicación técnica de los principios de la tentativa del al delito de aborto demostrando su absoluta compatibilidad. Si de juristas como Estepate pasamos a los escritores italianos más modernos descubrimos ante ellos un antagonismo semejante mientras el aborto tiene tentativa bajo todas las modalidades, doctrina que si es aceptada por la casación italiana reiteradas veces; otros autores, entre los cuales pueden citarse Hajne y Giccia, pretenden que la tentativa sine de Jure condenada de jure Condite resulta imposible .

Las consideraciones que formulan en apelo a sus tesis son de diversa índole, dicen en primer término, lo cual es cierto, que el Código Italiano contempla una disposición que castiga el empleo de medios abortivos por un tercero sin consentimiento de la mujer. Si el legislador agregó reprimiere expresamente la tentativa en este caso se deriva lógicamente de ello, la impunidad en todo los otros, que son solamente dos; la tentativa de aborto de la mujer sobre si misma y la tentativa de aborto ejecutada por un tercero con consentimiento de la mujer.-

La disposición del Código italiano a que aluden esos autores es idéntica a la que reviste nuestro Código en el artículo 343, el cual dice así : " El que hiciere uso de medios directos para causar el aborto sin consentimiento de la mujer o empleando violencia, será castigado, si el aborto se realiza, la pena será aumentada en un grado. A ese argumento se puede contestar, es contestado por los autores italianos estableciendo que el legislador no ha pretendido con esa disposición castigar la tentativa abortiva realizada por terceros sin el consentimiento de la mujer sino anticipar solamente como resulta de los precedentes establecidos en la legislación. Respecto a esta modalidad del delito el momento consumativo del delito es el mismo.-

El aborte se consuma con la interrupción de la preñez, o, como quieren algunos maestros con la expulsión del producto de la concepción, cuando el delito se intenta por un tercero sin consentimiento de la víctima, entonces basta el simple empleo de los medios conducentes a ese fin aunque no se produzca el aborte. Si no hay interrupción del embarazo, se castiga con una pena y si la hay con otra mas severa.-

Si de Italia pasamos a Francia notamos la misma variedad de opiniones. No debe extrañar por ello que en este País la doctrina y la Jurisprudencia marchan constantemente por caminos diferentes.-

La doctrina de la casación puede sintetizarse en los siguientes principios :

- a .- No tiene tentativa el aborte de la mujer sobre si misma
- b.- Tiene tentativa pero se castiga como delito común las maniobras efectuadas sobre la mujer, por el médico, por el farmacéuta, etc.-
- c .- Se castigan los delitos consumados, las maniobras abortivas ejecutadas por un particular sobre una mujer sin el consentimiento de ella.-
- b .- Cuando el hombre no es el autor de las maniobras, sino cómplice de la mujer que reviste el carácter de agente principal, no se castiga.-.-

En cambio, como la doctrina sostiene, casi unánimemente que el delito de aborte de acuerdo con el derecho francés carece de tentativa en todos los casos. Esa es la opinión de Clarus, de Dalles, de Garzón de Chaveau, et dichos autores, para arribar a esa conclusión, se basan en los antecedentes legislativos del actual Código Francés, los cuales pueden reducirse a dos:

18.- En el Consejo de Estado alguien hizo mención para que se estableciese expresamente la impunidad de la tentativa ante la indicación tomó la palabra Berlier y dijo " - que esa manifestación era necesaria porque se daba a - entender bien claramente que el aborto estuviese con - sumado para que pudiese castigarse.-

21.- Poco después el orador del cuerpo legislativo, explicando de el delito ratifica esa interpretación diciendo: " ex - te un delito muy grave que es el delito de aborto res - pte del cual, sin embargo, por circunstancias particu - lares la comisión cree que la tentativa no debe ser cas - tigada ". Esos dos antecedentes ciertamente bien preci - sados y concluyentes, han inducido a los penalistas a sostener la impu - nidad general de la tentativa .-

La tentativa en el delito de aborto se determina desde el mo - mento mismo en que se comienza a realizarse las prácticas abortivas co - el objeto de conseguir la expulsión y muerte del feto. Este punto como - le hemos observado ha sido motivo de serias controversias ya que algu - nos propugnan por la impunidad, mientras que los otros, por fortuna la - gran mayoría, por la punibilidad de la tentativa del delito de aborto, - es forzoso colegir que la tentativa a nuestro modo de ver sea punible. - Ya que esta es una demostración clara y palpable que por los agentes a - ctivos de la infracción son portadoras de cierta peligrosidad social.

XXIV

EL ABORTO EN EL DERECHO PROCESAL

- 77 -

Antes de concluir este capítulo que he considerado ver-
tebral en este trabajo de tesis, creemos precedente ubicar el delito
de abarte dentro del derecho procesal penal, y que a mi juicio le haré
dando algunos conceptos sobre la querrela y obligatoriedad como prin-
cipio que rige en el derecho procesal.-

LA QUERRELLA -

Es un acto formal procesal por el cual el ofendido con
el delito o persona legitimamente autorizada denuncia el hecho ante
la autoridad competente con la solicitud de que el delito se inves-
tigue y se le imponga al responsable la sanción correspondiente (ar-
tículo 15 del Código de Procedimiento Penal).-

La querrela es un presupuesto o condición indispensable
para el ejercicio válido de la acción penal, en los delitos no perse-
gibles de oficio, de allí que los expositores la denominen "condición
de procedibilidad". Es una institución de excepción por cuanto la re-
gla general es que los delitos sean investigables oficiosamente (1)

PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD

Del principio de necesidad del derecho sustancial, o sea,
el de ser realizado indudablemente por los órganos de la jurisdicción
penal, emana de la obligatoriedad del mismo que se manifiesta en la ofi-
ciosidad, es decir, los órganos del Estado a los cuales se le ha atribuido
de la función de iniciar y desarrollar la investigación penal, aún si a
solicitud de parte, cuando tengan por cualquier medio conocimiento de que
se ha cometido una infracción penal.-

(1) Luis Eduarado Mesa Velasquez. Derecho Procesal Penal página 45 Edit.
Universidad de Antioquia, tomo I, Medellín 1.963.-

ESTADAMENTO DE
DIRECCION
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

De lo anteriormente transcrita deducimos que el estado por medio del derecho o ciencia jurídica, como producto mismo de la sociedad, tiende con sus normas al normal desenvolvimiento de la vida del hombre, obligación esta consagrada en la Constitución Nacional en el artículo 16 que transcribimos: " Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas honras y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.-"

Ello se explica, aún más por el hecho mismo de que la vida del hombre en sociedad, tiene que estar reglamentada y dirigida con el objeto de que la armonía, la paz el orden sean los fundamentos necesariamente de la vida de los pueblos civilizados, aunque cosa distinta se presente en la esfera de la realidad, cuando el delito y las guerras son las que reinan, y todo ello por esta descomposición en que se encuentra la sociedad moderna.-

El delito de abarte es investigable de oficio y de competencia de los Jueces Superiores según el artículo 34 del C.de P.P. , numeral tercero (3º) .

(1).-- Luis Eduardo Meza Volantes, Derecho Procesal Penal página 22, Edit. Universidad de Antioquia. Teme 1 Medellín .--

.....

./.