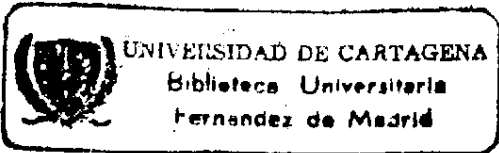


T  
364.151  
P83

" UNIVERSIDAD DE CARTAGENA " 1

- REPUBLICA DE COLOMBIA -



RECTOR :

Dr. MANUEL RAMON NAVARRO PATRON

SECRETARIO GRAL. :

Dr. ALVARO BARRIOS ANGULO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS :

DECANO :

Dr. PEDRO PACHECO OSORIO DEPARTAMENTO DE

SECRETARIO : Dr. JULIO VARELA ESCUDERO BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

PRESIDENTE DE TESIS :

Dr. PEDRO PACHECO OSORIO

EXAMINADORES :

Dr. ANTENOR BARBOZA AVENDANO

Dr. GUILLERMO GOMEZ LEON

Dr. \_\_\_\_\_



CARTAGENA - COLOMBIA - 1. 9 7 2 -----

24222

T  
364.15  
P83

2

TESIS DE GRADO PRESENTADA POR :

CARLOS PUELLO GONZALEZ.

TITULADA :

" E L A B O R T O "

---

DEDICATORIA

---

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

A LA MEMORIA DE MI ESPOSA,

A MI HIJA ,

A MI HERMANA,

---

4

I N D I C E

---

CONTENIDO :

CAPITULO I -

---

I

- 1) - DERECHO DE LA MUJER DE DISPONER LIBREMENTE DEL FRUTO DE SUS ENTRAÑAS; .....Pág. 1 a 6
- 2) - INCAPACIDAD DE LEYES PENALES PARA CONTRARRESTAR EL DELITO POR LA FORMA CLANDESTINA COMO SE COMETE. ....Pág. 6 " 9
- 3) - RAZONES DE ORDEN ECONOMICO O SOCIAL. .... " 9 " 11
- 4) - DERECHO QUE TIENE LA MUJER DE RECHAZAR LA MATERNIDAD NO DESEADA. .... " 11 " 13

II

TEORIA, EL ABORTO DEBE SER PUNIBLE. .... " 13 " 16.

---

CONTENIDO :

CAPITULO II -

---

EL ABORTO EN NUESTRO CODIGO PENAL.

I

- 1) - ALGUNAS DEFINICIONES DE ABORTO. .... " 17 " 19

✓ 2) - CLASES DE ABORTO - DEFINICIONES. .... Pág. 19 a 22

II

DETERMINACION DEL SUJETO ACTIVO..... " 22 " 23

III -

✓ ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO :

a) EXISTENCIA DE UN EMBARAZO..... " 23 " 26

b) SUSPENSION DEL EMBARAZO PRODUCIDO  
ARTIFICIALMENTE..... " 26 " 29

c) EMPLEO DE MANIOBRAS DESTINADAS A  
PRODUCIR EL ABORTO..... " 29 " 31

d) INTENCION DE ABORTAR..... " 31 " 34

IV -

DETERMINACION DEL SUJETO pasivo en " 34 " 39  
EN ESTE DELITO. .... " " "

V -

EL ABORTO CONSENTIDO. .... " 39 " 42

VI -

EL ABORTO NO CONSENTIDO. .... " 42 " 45

VII-

EL ABORTO SEGUIDO DE MUERTE..... " 45 " 51

VIII

EL ABORTO PRETERINTENCIONAL.....Pág. 51 a 53

IX

DISTINCION EXISTENTE ENTRE ABORTO Y PARTO PRECOCITURO

..... Pág. 53 a 58

X

EL ABORTO TERAPEUTICO - REQUISITOS : " (58 a

1o) Que se trate de preservar la vida o la salud de la mujer encinta; (

2o) Que exista de antemano el consentimiento de la mujer; (

3o) Que la intervención para procurar el aborto, sea practicada por un médico. ( 66

XI

EL ABORTO EUGENESICO..... " 66 " 71

XII

EL ABORTO AGRAVADO..... " 71 " 73

XIII

EL ABORTO ETICO..... " 73 " 77

XIV

EL ABORTO SOCIAL..... " 77 " 78

XV

EL ABORTO "HONORIS CAUSA" U HONORIFICO.....Pág. 79 a 85

XVI

EXISTENCIA O NO DEL DELITO DE ABORTO EN LOS CASOS DE GRAVIDEZ EXTRAUTERINA..... " 85 " 86

XVII

ABORTO DOLOSO..... " 87 " 88

XVIII

ABORTO CULPOSO..... " 88 " 89

CONTENIDO :

CAPITULO III -

I

XIX

LA PARTICIPACION Y EL CONCURSO EN EL DELITO DE ABORTO. .... " 90 " 92

XX

LA TUTELA JURIDICA DEL FETO DURANTE EL PARTO" 93 " 94

XXI

DELITO IMPOSIBLE DE ABORTO....." 94 " 96

XXII

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE ABORTO....." 96 " 98

XXIII

EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD DE LA  
TENTATIVA DE ABORTO, EN EL DERECHO COMPARA-  
BO Y LA DOCTRINA. .... Pág. 99-105

XXIV

EL ABORTO EN EL DERECHO PROCESAL..... " 105-107  
LA QUERELLA..... ( "  
PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD..... (" " "





C A P I T U L O I -

CONTENIDO :

"EL ABORTO" - DIFERENTES TEORIAS  
ACERCA DE LA PENALIDAD DEL ABORTO.



10

## CAPÍTULO I -

----

### DIFERENTES TEORIAS ACERCA DE LA PENALIDAD DEL ABORTO

----

#### ① Teorías partidarias de la impunidad del aborto:

Las teorías acerca de la "Impunidad del Aborto" se refieren al aborto se refieren al aborto practicado por la mujer sobre su misma persona, o al aborto practicado por un tercero, pero mediando de antemano 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 aborto existe un elemento, o sea la violación o coacción ejercida sobre la mujer, que merece ser castigada. El acuerdo alrededor de éste punto es unánime en todo los tratadistas.

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

- 1o) Derecho de toda mujer que se encuentre encinta, de disponer libremente del fruto de sus entrañas;
- 2o) Incapacidad de las disposiciones penales pa-

ra 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 ésta 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 tiempo de los romanos; el feto fue considerado por ellos como PARVICERUM MATRIS.

Basarse en estos conceptos para sostener la impunidad del aborto, significa volver nuevamente a la vieja concepción del derecho romano, superada y revaluada 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 quiciara 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 Alfredd 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 indepen--diente.

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 para encontrar alimento y protección (A. Bonnar, el médico católico).

Uno de los más fervientes 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 persona y que por tanto al no serlo no se vulnera ningún derecho ya que el Estado protege son los derechos de la persona humana, como el derecho a la vida de nadie, por cuanto 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 el 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, obstaculizar el proceso de la concepción equivalente en paridad a destruirlo; el que impide la fecundación conspira contra la vida al mismo tiempo que el que 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, Ob. "Delito de Aborto" - Pág. 46, Edit. Montevideo, Barreiro 1.932.

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 suspenso 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 futura persona penando a aquellos que intentan 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 Gutierrez Anzola, están de acuerdo con la punibilidad del aborto; como ya lo 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 tenersele 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. Por tal razón, no podemos medir igualmente el aborto y las prácticas anticoncepcionales para catalogarlos dentro de la misma evaluación 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 consumir las prácticas anticoncepcionales, betwigracia determinadas drogas, no tengan una venta libre como cualquiera medicina de uso común y corriente, sino que antes por el contrario, se vendan bajo prescripción médica.

20) INCAPACIDAD DE LEYES PENALES PARA CONTRA-  
RRESTAR EL DELITO POR LA FORMA CLANDESTINA  
COMO SE COMETE

Para fortalecer o sostener ésta teoría afirman los partidarios de ella, que debido a la manera clandestina como se consuma el delito y debido también al hecho de que los que toman parte en él, callan por conveniencias personales; se hacen por tanto en extremo difícil o 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 ésta teoría : "Debe abolirse la punición del aborto, porque un precepto penal cuyo contenido se viola tan repentinamente, no sólo es inútil, sino que también confunde de 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 ésto dicen los partidarios de la teoría impuenista, es una razón poderosa para demostrar que la mayoría de los abortos cometidos quedan en la impunidad, siendo por tanto la ley ineficaz en la mayoría de estos 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 una forma total y absoluta la esperanza de vida que reposa en un feto animado. Si se borra de la lista de los delitos el aborto, llegaríamos a aumentar en proporciones colosales el número de ellos, por la sencilla razón de que al no considerarlo el Estado como ilícito, 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 reforzar esta tesis; con el mismo argumento se podría pedir que fueran



borrados los demás delitos por cuanto muchos de ellos que dan impunes. Quién podría asegurar la cantidad de crímenes que no se descubren o 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 solo 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 o 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 causa 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. Uthna - 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.

### 3o) RAZONES DE ORDEN ECONOMICO O 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, esto cae 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 proporcionarse el aborto debido a la miseria en que viven, aguijoneados 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 - E dit. 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 recurrén 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 se 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 desesperadas se lograría presentar un pano

rama más alagüeño a la mujer que va a ser madre.

4o) DERECHO QUE TIENE LA MUJER DE RECHAZAR  
LA MATERNIDAD NO DESEADA

----

Se fundamenta esta teoría en el hecho de que no puede imponersele a una mujer la obligación de tener que soportar una maternidad que no desea. Esto, claro -es tá, 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 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 sobre 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 desafueros.

En muchos de esos casos hubo mujeres que queda-

ron embarazadas de un soldado a quien ni siquiera conocían y al cual no volvieron a ver más. Cabanella, refiriéndose a ésta teoría, dice : "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 reconocer. Queda ésta obligación librada 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

TEORIA : 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 da estímulo para que se desquie la organización estatal, como producto del debilitamiento de la nacionalidad. En Alemania, desde hace mucho tiempo se hizo ostensible este pensamiento por boca de políticos, sociólogos y profesores de derecho. Feurbach consideraba que "el embrión es también un hombre, y aún cuando el Estado no está obligado a protegerlo, está autorizado para lograr en él un futuro ciudadano". (1)

Como bien se puede ver, esta teoría parte desde un punto de vista netamente social, por cuanto tiene en

---

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

cuenta para condenar, el aborto, a la sociedad en sí, desconociendo o ignorando el valor intrínseco del feto mismo, como futura persona que tiene derecho a la vida.

Lo mismo sucedió en Francia, en donde eminentes profesores de derecho 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 genera y que por tanto necesitan del elemento humano como base fundamental del sostenimiento de su poderío bélico. En la 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 disminuído 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 al problema desde el punto de vista de los intereses de la comunidad y del Estado, se levantan otras teorías cuyos basamentos tienen origen en principios netamente 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, puede 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 atage 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 sus normas, deja ver la importancia que le concede al 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 vayan a ser burladas por el hecho mismo de que en el momento de procederse 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 á aquellas personas que atentan 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 en 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 formando parte de una sociedad misma en su vida de relación, que atacan el 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 ligado a ella por intermedio del cordón umbilical. Esto se presta por tanto a razonamientos de diferentes ordenes como son 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 monstruo en su formación 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.

---

CAPITULO II -

EL ABORTO EN NUESTRO CODIGO PENAL

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

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

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 "Aborto 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) Irurita Goyena José. Ob. Cit. Pág. 90.

Esta definición no abarca el aborto 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 aborto criminal, que es el que trataremos en nuestro intento, por cuanto el aborto producido sin intención o sea el espontáneo, no está considerado como no podrá estarlo jamás, como delito.

Manzini : "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 Arenas, autor de los más brillante 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 aborto 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 esto puede

---

(1) V. Manzini, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1951, 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 configura con la "expulsión violenta" del feto; otros, que hay aborto cuando se produce la muerte del feto aún cuando no hubiere sobrevenido la expulsión.

2o) CLASES DE ABORTO. Definiciones.

Todas las legislaciones del mundo han distinguido siempre dos clases principalísimas de aborto: el espontáneo y el provocado, de los 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:

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

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

DEFINICIONES

- 1o) Aborto Espontáneo: "No es constitutivo de delito por-

29

que la interrupción del proceso de la gestión no es intencional provocada".

2o) Aborto Necesario :

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

3o) Aborto Terapéutico :

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

4o) Aborto 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".

5o) Aborto Sentimental:

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

6o) Aborto Eugénico :

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

7o) Aborto Social:

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

8o) Aborto Culposo:

"Es el que se causa cuando el agente no previó las consecuencias nocivas de su acto habiendo podido preverlas o cuando a pesar de haberlas previsto 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 o modalidades de delito de aborto que se cometa, 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 contribuyeron 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 delito. El doctor Antonio Vicente Arenas, dice al respecto "Cuando la mujer se causa a sí misma el aborto, ella es sujeto activo del delito y sujeto pasivo indefectiblemente el feto. Pero cuando es otra persona quien le causa el aborto con su consentimiento, entonces ambas son sujetos activos del delito, quedando todavía claro está como sujeto pasivo el feto, y cuando el aborto se le cau

sa 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 DELITO 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 denomina gestación, es, según Pinard el estado funcional particular en el cual se encuentra la mujer durante el período del desarrollo del huevo humano" (1).



Como a simple vista puede observarse, el embarazo es elemento primordial para que llegue a configurarse el delito de aborto 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 solamente viene a ser directamente el sujeto pasivo del ilícito. Sin la existencia del feto no podría configurarse jamás el delito de aborto, húbida consideración de que se carecería del elemento primordial.

"Si la mujer se cree encinta y ejecuta o autoriza la ejecución 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 aborto, perfecto ni imperfecto, sino delito 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) Gutierrez Anzola Jorge E., "Delitos Contra la Vida y La Integridad Personal". Págs 269 y ss. Edt. 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 idoneidad 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 lo ha dicho el Dr. 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 de que el feto se encuentre 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 basta para la configuración del delito la existencia en el sujeto activo de la intención dolosa de cometer el ilícito acompañada esa intención en el sujeto activo de las maniobras 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 pro

---

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

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

plia mujer u otra persona con el consentimiento de la misma, no porque teóricamente no sea admisible, sino porque en tales casos los actos ejecutados suelen ser de naturaleza equívoca y no se les puede considerar como verdaderos actos ejecutivos" (1). De acuerdo con el comentario que hace el Dr. Arenas, a la norma en estudio (Art.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.

Hemos creído oportuno traer en este aparte los conceptos y diferencias que algunos tratadistas han hecho acerca del delito formal y material, para de una vez por todas tipificar la figura jurídica del aborto criminal, de que nos ocupamos.

**Delitos Materiales.** "Son los que se consuman sino con la producción 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, Edit. Temis - Bogotá, D.E. - 1962.

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 tenía mayor importancia cuando la ley distinguía, en la tentativa, la figura del delito intentado de la del delito fallado. La misma, sin embargo, conserva todavía notable valor, también práctico, además de técnico" (2)

De acuerdo con lo sostenido por nuestros profesores y tratadistas de Derecho Penal, se entiende por delitos formales aquellos en los cuales la sola acción u omisión del culpable es elemento suficiente para la sola acción u omisión 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) Vincenzo Manzini, - Tratado de Derecho Penal - Pág. 98, Título II.

De acuerdo con lo dicho en párrafos anteriores y ateniéndonos a lo sostenido por los eminentes tratadistas, el delito de aborto tenemos que encasillarlo entre la clasificación de los delitos materiales, ya que en él la actividad del culpable viene a ser 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 MANIOBRAS 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 (ucualia) y si se exigiera la completa o absoluta idoneidad de los medios, pasarían a la categoría de imposibles (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 llaman el Maestro Francisco Carru y mecánicos, que a su vez el Dr. Arenas, siguiendo los médicos legistas, entre los nuestros, al Dr. Uribe Gualta en químicos, mecánicos y quirúrgicos.

"Los medios químicos; que consisten en la ingestión de sustancias más o menos tóxicas, de purgantes enérgicos de bebidas que como la ruda, y otras, se consideran idóneas para provocar el aborto, aunque en conceptos del doctor Uribe Gualta "no existen propiamente sustancias abortivas" ya que unas pueden ser eficaces cuando las ingieren mujeres propensas al aborto, pero son ineficaces para interrumpir la gestación en otros casos.

"Los medios materiales, "son también los que se aplican mecánicamente o mediante intervenciones quirúrgicas"  
(1).

---

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

A nuestra manera 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 unos u otros revista en el agente mayor o menor peligrosidad, lo necesario es de que entre el hecho y cualesquiera maniobra o medio que se utilicen exista relación de causa o efecto.

d) Intención de Abortar:

"Al abocar el estudio de este acápite de nuestro trabajo, nos ha parecido a propósito consagrar aún cuando someramente lo que se entiende por dolo.

El doctor Luis Carlos Pérez, ilustre catedrático de vieja data, al respecto del dolo dice: "La ley no definió el dolo, como sí define la culpa. Dolo es el propósito 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, porque señala el efecto que se propone el agente. Pero contribuyen



a configurarlo 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? o para vengarse? o para encubrir otro delito?

"De la Intención, la Voluntad y el fin, surge la provisión del resultado. Por eso no es necesario mencionarla expresamente."

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

Ahora bien, para que llegue a configurarse el delito de aborto, es necesario la existencia del dolo, o sea la intención manifiesta de producir el ilícito. Sin la existencia del dolo no podría configurarse el delito de aborto. Podría existir un delito culposo, pero nunca un delito doloso. Ello es lógico y razonable ya que debe buscarse en el sujeto activo la intención.

Acerca de esto el Dr. Jorge Enrique Gutierrez Anzola dice: "El dolo en ésta especie de delito contra la vida, es requisito esencial para configurar el hecho. Y es precisamente el dolo específico de abortar, la manifes

---

(1) Luis Carlos Pérez, Manual de Derecho Penal - Pto. General, Pág. 83, Edit. Temis Bogotá - 1962.

tación volitiva de la propia mujer o de quien le causa el aborto. Los daños a la salud de una mujer encinta, sobrevinientes de maniobras operatorias o químicas no realizadas con la intención de producirle el aborto, no constituyen propiamente este delito, sino uno de lesiones de los que están previstos en el (Art. 376) del Código Penal.

"En aquel caso, la intención del agente es bien diversa de la de producir un aborto. Este delito debe, como todos, tener una causalidad moral en el sentido de que es precisamente la finalidad concretamente buscada de abortar, la que produce el ánimo del delincuente. Resultaría en extremo difícil poder comprobar que ha habido un delito culposo de aborto, cuando por descuido o negligencia de la propia mujer, se interrumpe el embarazo."

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

A nuestra manera de discernir creemos que en el caso de que se dé el delito de aborto por ignorancia

o descuido de la mujer típico caso de aborto culposo, no se le debería castigar penalmente; teniendo en cuenta que las más de las veces este delito no ha sido efectivamente querido y no sumir a la mayor desgracia a la mujer (madre) que ya bastante ha sufrido con la sintomatología del aborto. Si a ella agregamos una pena, sería 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 o sea el aborto culposo, se debe proceder mediante distinciones; si se trata de mujer fecundada lícitamente está bien llamarla *Magis Miseratione digna*, y sería inhumano agregar a sus dolores un proceso criminal. Pero en cuanto a la mujer ilícitamente fecundada se encuentran graves controversias"

#### DETERMINACION DEL SUJETO PASIVO

#### EN ESTE DELITO

-----

En relación con la fijación del sujeto pasivo en el delito de aborto, acudiremos en principio al

concepto que la doctrina de autores extranjeros y nacionales han expuesto.

Francisco Antolisei, considera sujeto pasivo, "a la persona ofendida por el delito, a la víctima del delito. Continúa el ilustre profesor diciendo: "La individualización de tal sujeto, que posee notable importancia a los fines de diversas instituciones, no resulta siempre fácil, porque 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 soporta inmediatamente el daño, considerando sujeto pasivo al que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad delictiva. (1) El criterio no es satisfactorio y consideramos que para alcanzar una noción exacta se hace preciso indagar el interés, que es el real objeto de la tutela jurídica.

---

(1) Francesco Antolisei, "Manual de Derecho Penal", parte General, Pág. 136, Idit, Uthá, Argentina-1960.

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 aun como "sujeto pasivo jurídicamente formal" (Ferri) en los casos en que la lesión afecta a los particulares"

"La lesión se dirige contra :

a) El derecho e 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 ser un sujeto pasivo, habida consideración de la conmoción 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 en 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 éste interrogante lo resolverán

algunos opinando que no, ya que sólo las personas son sujetos activos ó pasivos de un delito.

Nosotros, apesar de estimar que un feto no es persona, como es lógico, pero pensamos que en el delito de aborto viene a ser sujeto pasivo si se tiene en cuenta que en él hay esperanzas de vida. Esto 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 pueden 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 ilícito. En efecto, el 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 el (Cap. IV, título XV, Lib. II).

## ABORTO CONSENTIDO

-----

".....O permitiere que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de una 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 otra se lo 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 y otro caso, es el feto."

"La persona que procura el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada es coautora del delito. Esa persona y la mujer consentidora incurrirán en la misma sanción, graduable, eso sí, de acuerdo con las circunstancias de mayor ó menor peligrosidad que concurran en uno y otro de los sujetos activos (Art. 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 coautores; la mujer no es víctima porque es autora."



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

"Para que al consentimiento se le puedan reconocer los efectos que le 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 púber, 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 la capacidad de discernir, el aborto debe calificarse de consentido cuando ella 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 delitos de aborto, está determinado por la mujer que conciente y por la tercera persona que causa el aborto. Pero es necesario decir con el Sr. Antonio Vicente Arenas; advertir que para que el aborto sea 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 lo dió.

Lo mismo ocurre cuando la madre se encontraba en estado de enajenación mental, en estado de embriaguez o en cualquier otra clase de estado anormal en donde la voluntad de cualquiera persona se encuentra totalmente viciada por fuerzas superiores a ella, verbigracia, cuando la madre se encuentra en estado de hipnotismo o sometida a la intoxicación de cualquier droga. Tal como lo consa-

sagra nuestra norma penal (Art. 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 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".

"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 lo ha otorgado en condiciones que vician de invalidez. Si el aborto se practica en la persona de una mujer que se encuentra en estado de inconciencia o que padece de enfermedad mental, hay ausencia de consentimiento. Si se practica en la persona de una mujer cuyo desarrollo mental, físico ó psíquico, no le permite discernir, hay también ausencia

de consentimiento. Y si éste se obtiene por medio de fuerza física o de violencia moral, el aborto debe calificarse igualmente como no consentido, porque los vicios que lo afectan obligan a admitir que la mujer no lo ha otorgado.

"No dice la ley penal colombiana desde qué 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 años, por ejemplo, es bastante para calificarlo de consentido o si por el contrario, debe presumirse que se causó sin el consentimiento de la mujer embarazada." (1)

Esta clase o 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 se une el atentado contra la mujer embarazada ya que se obró contra la voluntad de ella.

---

(1) Vicente Arenas, Ob. Cit. Pág. 179 y ss.

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

Hay que establecer, de acuerdo con lo transcrito, que cuando el aborto se realiza sin 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, Sebastián Soler dice : "La falta de consentimiento agrava considerablemente la infracción, pues en semejantes casos no solamente 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) Sebastián Soler, Derecho Penal argentino, Título III, Pág. 118, Esit. Mosco - Buenos Aires, sin fecha,

VII

ABORTO SEGUIDO DE MUERTE

ARTICULO 387.- "Si al aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasionare la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el "Art. 367".

"Lo primero que debemos advertir es lo siguiente : "el artículo 386 sanciona el aborto consentido, con pena de prisión, y el artículo 387 señala para el aborto consentido, y seguido de la muerte de la mujer, pena de arresto. Semejante absurdo obedece a un error de cita, - pues la que se hace en la disposición que acabamos de -- transcribir, no se refiere al Art. 367 (inducción al sui cidio) que es la citada, sino el artículo 365. (Homici-- dio preterintencional) que es la que ha debido citarse.

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

---

(1) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Título III  
Pág. 118, Edit. Desco  
Buenos Aires. Sin fecha.

"Si el aborto o los medios empleados para causarlo ocasionan la muerte de la mujer, se aplica lo dispuesto en el Art. 50., "Este artículo puede verse en el Acta No. 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 causarlo ocasiona la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el Art. (365) el del homicidio preterintencional".

"Como el error de cita es evidente, los jueces no deben dar aplicación a lo dispuesto en el Art. 367, sino en el Art. 365".

"Lo segundo que debemos advertir es que, no obstante ser ésta la verdadera referencia, no se trata de un homicidio preterintencional, sino de un aborto agravado por la muerte de la mujer, se sanciona lo mismo que el homicidio preterintencional, no cambia su naturaleza. El delito sigue siendo aborto y no homicidio. La razón es clarísima: el homicidio preterintencional requiere, como condición esencial, "el propósito de perpetrar una lesión personal" Art. 365, y en el caso que nos ocupa, el

propósito del agente no es el de lesionar a la mujer embarazada, sino el de hacerla abortar.

Esta especie agravada del delito de aborto es similar al delito de violencia carnal agravada por la muerte de la víctima, pues tampoco allí (Art. 318), existe el propósito de perpetrar una lesión personal, sino 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 de la mujer, es la misma que corresponde al homicidio preterintencional, no obstante seguir siendo aborto, llegamos a la conclusión de que para poder deducir la especie agravada que estamos analizando se requiere:

"a) Que al sujeto activo pueda imputarsele 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) Que por la calidad de los medios empleados



37

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 de la mujer, 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 (al aborto consentido y el no consentido) no ha debido incluirse como parte del Art. 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.

"Con el objeto de resolver la duda que se nos ha presentado, hemos consultado algunos códigos extranjeros. El italiano de 1930, por ejemplo, sanciona en el Art. 545 el aborto no consentido y el Art. 546, el aborto consenti-

do, y trae además, otra disposición (el Art. 549) en la cual consagra como agravante común a los 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, (Art. 85), en el de Brasil (Art. 127), en el Peruano (Art. 160 y 161) y en otros, lo mismo que en el proyecto peco (Art. 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 no consintió en el aborto, que cuando permitió se le 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 circunstancias específica

de agravación. Entonces qué relevancia tiene la muerte ocasionada en tales circunstancias? Es un homicidio preterintencional? O es culposo? O es apenas un agravante de la responsabilidad? No la calificación de homicidio preterintencional porque el agente 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 culposo, ya que el resultado leal se debe a culpa del agente, por no haber empleado los medios adecuados para el aborto o por haberlos empleado mal. Pero si no satisface esta solución debe entonces optarse por agravar la responsabilidad del agente, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso (a rt. 36 y 37)" (1).

En la presencia de tan contundentes y cesuda



60

exposición , que acerca del tema ha expuesto el profesor Antonio Vicente Arenas, nos limitamos a no manifestar ningún concepto de fondo por considerar de plano resuelto el problema. Claro está que se nos ocurre por de pronto dejar claro que la muerte de la madre consiente en delito de aborto debe ser un resultado posterior a las maniobras abortivas y que en este caso no es requisito indispensable el hecho de que el feto hubiese sido o no expulsado, 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, nuestra legislación penal "no la consagra", es bueno por de pronto aclarar aún cuando someramente lo que se entiende por delito preterintencional.

---

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

El doctor Gutiérrez Anzola nos trae en su obra los siguientes conceptos : "El delito proterintencional es forma del 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, esto es, la relación entre el propósito y el daño efectuado es indirecta; entonces, el resultado que sobrevino se imputa a su autor como si lo 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 comportar dichas nociones; entonces :

El dolo indirecto : Se da cuando se ha querido producir un evento preciso, pero el resultado sobre pasa la intención; delitos proterintencionales, como los descritos en 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".

(2).

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

Ya que hemos cumplido, auxiliandonos de los conceptos de los tratadistas citados, el propósito de lo que se entiende por delito preterintencional, traemos lo que el Dr. Arenas entiende por aborto preterintencional:

"El aborto preterintencional es el que lesiona a una mujer encinta sin el propósito de hacerla abortar. En la legislación penal colombiana no es ésta una especie de delito de aborto, sino una especie agravada del delito de lesiones personales (Art. 376)".

## IX

### DISTINCION EXISTENTE ENTRE ABORTO Y PARTO PREMATURO

Hemos estimado oportuno estudiar en forma comparada aún cuando someramente 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 permitiera que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

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

ARTICULO 376. : Si a causa de las lesiones inferidas a una mujer encinta sobreviniere un parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o del feto, la pena será de dos a cuatro años de presidio.

Si se produjera el aborto, la pena será de dos a siete años de presidio."

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

---

(1) Gutierrez Anzola Jorge E. Ob.Cit. Pág. 115.

(2) Luis Carlos Pérez. Op. Cit. - 85.

(3) Samuel Barrientos Restrepo, elementos de Derecho Penal, Pág. 234. Edit. U. Pontificia Bolivariana - 20. Edi. Medellín 1962.

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

Acercas de éste 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 (parto 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 no incurrir en confusiones, entre aborto y parto prematuro; se entiende que ha habido aborto si la expulsión del feto se ha producido antes de los siete (7) primeros meses de ini-



ciada 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, ésta distinción no se utiliza, y recibe el nombre de aborto criminal la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción, ya sea viable ono, 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 éste 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) M. Iglesias - "El aborto Eutanasio y fecundación artificial. Pág. 84 Edit. Descó Buenos Aires (sin fecha).

60

El doctor Gutierrez Anzola, refiriendose 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, sin el 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 de diversa gravedad objetiva.

Es pues, de una importancia capital determinar en caso de dudas, 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, se ataca según algunos tratadistas, entre ellos Lanardelli, el derecho a la vida según otros, el orden de la familia.)

---

(1) M Iglesias - Ob. Cit. Pág. 88 .-

Irureta Goyena considera que el supuesto caso de que "el aborto sea un delito, éste 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 escollos 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 (Art. 640)".

"No se incurrirá en pena alguna, cuando se procure o efectúe el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, ni cuando en con

---

(1) Irureta Goyena José - "Delitos de Aborto, bigamia y abandono de niños". Pág. 9 y SS. - Edit. Casa Barreiro y Ramos S.A. - Montevideo 1932.

formidad con los sanos principios de la ciencia médica sea indispensable el parto prematuro artificial".

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 Art. 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 en la salud de la mujer encinta (aborto terapéutico).

"En el Código Penal Colombiano vigente, no hay disposición alguna que justifique el aborto terapéutico o que lo eximan de pena. En nuestro derecho positivo el médico que cause un aborto por considerar que el embarazo representa un peligro para la salud de la mujer encinta, comete delito, pues salvo el caso del estado de necesidad no hay ninguno 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 está por nacer" (art. 91 C.C.). Y esta protección, 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 está 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 Art. 10 del Decreto 2831 de 1954 (Código de Moral médicos), en perfecta armonía con la norma citada del Código Civil, dispone que "el médico no podrá prescribir o ejecutar acto alguno que tienda de manera directa o deliberada, cualquiera 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 aborto terapéutico, porque aunque el

feto no tiene "existencia legal" como la persona (Art. 90 del C.C.), es un ser vivo con derecho a que se le proteja (Art.91 C.C.) Y si el feto tiene derecho a que se le respete su vida, no se justifica el hecho de darle muerte, cualesquiera que sean las razones que puedan aducirse en favor del feticidio, eugenésicas, 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 casos de necesidad plenamente comprobadas, pues en tales eventos no solo se justifica la muerte del feto, sino la destrucción de una vida humana". (1)

El profesor Eugenio Cuervo Colón, 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 o salvar a la mujer embarazada". (2)

(1) Antonio Vicente Armas, Delitos contra la Vida y la integridad personal y Delitos contra la Sociedad. Pág. 183 y ss. Edit. Talleres de Antares Ltda.-Bogotá, D.E. 1962.

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 sí 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 exigen para que llegue a configurarse esta clase de aborto, tres requisitos:

- 1o) Que se trate de preservar la vida o la salud de la mujer encinta;
- 2o) Que exista de antemano el consentimiento de la mujer; y
- 3o) 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 ENCINTA :**

Para proceder a realizar el aborto terapéutico, se requiere que esté suficientemente comprobado que la vida de la mujer encinta peligra y que dicho peligro revista caracteres de gravedad. Algunas legislaciones van más allá de este criterio, por ejemplo, en la legislación Sueca se considera que puede procederse a realizar el aborto

---

(2) Eugenio Cuello Colón - Ob. Cit. Pág. 180.

el aborto terapéutico teniendo en cuenta que en atención a las condiciones de vida de la mujer, y otras circunstancias, se llega a la conclusión de que las fuerzas corporales y espirituales de la mujer encinta quedarán previamente debilitadas por el nacimiento o cuidado del niño.

2.- 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, valor este que no puede estar supeditado jamás al consentimiento de ella o de su representante legal. Los que consideran que el consentimiento de la mujer es requisito indispensable, afirman que cuando no es posible obtenerlo de la mujer por encontrarse en estado comatoso o prodrómico, el marido o su representante legal lo puede suplir;

3.- 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 médico, ya que se tiene en



en cuenta la delicadeza de esta clase de intervención que indudablemente requiere de los conocimientos de un perito en la materia. A la vez se evita la coyuntura que puede presentarse a los teguas para que ellos se dediquen a realizar abortos bajo el pretexto de ser terapéutico, pues se exige que la operación sea practicada por un médico, quien necesariamente tiene que oír la opinión de otros dos facultativos.

La gran mayoría de los tratadistas de Derecho Penal están de acuerdo en la no posibilidad de esta clase de aborto y alegan diferentes razones para considerar que no existen fundamentos de ninguna índole para creer en el establecimiento de una pena con respecto a la mujer que perrita se lo 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 impulse a obrar de esa manera debido a la serie de circunstancias que la rodean.

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

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 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 es un estado de legítima defensa de la vida. La legítima defensa requiere como requisito indispensable que exista un ataque actual 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 mo-

mento un ataque actual e inminente contra la vida de la madre.

Se observa por tanto, que la discrepancia al rededor 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 procuran el aborto terapéutico.

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 valor, 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 tanto, el valor que tiene la vida de la madre, por cuanto no es lo 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 siquiera han salido de la infancia y que por tanto necesitan como ninguno otros, cariño materno.

XI

ABORTO EUGENESICO

-----  
Siguiendo al doctor Antonio Vicente Arenas,

que como derrotero decisivo nos ha sido posible sacar  
avante nuestro cometido, creemos en lugar, entrar a  
estudiar ésta modalidad del aborto, traída por el ilus-  
tre profesor en su obra tantas veces citada, "Delitos  
Contra la Vida y la Integridad 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 Eugénésico, o sea  
el que autoriza el Código Penal Soviético" "Cuando exis-  
ten graves enfermedades hereditarias en los padres".

"La autorización del aborto cuando según fa-  
lible 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 excu-  
sar su sanción escudarse en un diagnóstico más o menos  
acertado que serviría no pocas veces para dejar en la som-  
bra verdaderos crímenes contra la especie humana".

"Y la autorización del aborto Eugénésico se-  
ría más grande aún. En primer lugar porque es muy difícil,  
por no decir imposible, señalar las taras de que puede

adolecer la criatura si se le permite nacer, y en segundo lugar, porque se justificará o excusará el aborto Eugenesico, habría también que justificar o 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 de la estirpe". (1)

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

La Iglesia ha considerado que todo aborto voluntario constituye un crimen y por tanto viene a ser 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 fue 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 ho-

---

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

cidio, gravedad que no era tomada en cuenta cuando la expulsión en el aborto era de un feto inanimado. Ahora bien, para resolver el problema de saber cuándo el feto era animado o 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 80 días.

La Iglesia católica no sólo se contentó con establecer en sus postulados la condena del aborto, sino que también estableció penas con el objeto mismo de que sus enseñanzas encontraran asidero en la vida real; así encontramos las recomendaciones del Concilio de Elvira, cánón 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, eugénico, se halla en la respuesta de la Sagrada Congregación de Propaganda de la fé al Arzobispo de Cambray el 19 de Agosto de 1.889, también en la Encíclica Casti Conubi de Pío XI del 31 de diciembre de 1930; quien en uno de sus apartes dice: "ya hemos dicho cómo sentimos pi-dad por la madre que en cumplimiento del deber material, expone a graves peligros su salud y hasta 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, es tá 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, consagrado al principio de este aparte, lo mismo que las enseñanzas de la Iglesia Católica, pero discrepamos a nuestro pesar de ellos habida consideración de que el fin que se persiguen con la práctica o la realización del aborto terapéutico y eugenésico, no puede considerarse delictuoso si se tiene en cuenta la no existencia del solo. Antes por el contrario, se persigue 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 otro tanto si se tiene en cuenta que con él se tiende a evitar el calvario y sufrimiento para un futuro ser tarado que va a ser motivo de escarnio por parte de una sociedad que mira, hoy por hoy con ojos de frialdad, los sufrimientos y males del prójimo.

### XII

#### 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 dos meses a seis años".

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

"Los fundamentos de los agravantes son obvios; los médicos, cirujanos, farmacéuticos y parteras son las personas más especialmente obligadas, por razón de su profesión u oficio, a proteger la vida del que está por



nacer, y si en vez de ampararla de acuerdo con sus deberes, la aniquilan, es 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 negastos ingresos."

"El doctor Lozano propuso en la comisión redactora se dijera por ser más comprensivo", una profesión médica para abarcar también a la parteta, comadrona y al estudiante de medicina que ejercen una profesión médica, aunque no sean médicos". Se optó, sin embargo, por la enumeración taxativa : médico, cirujano, farmacéuta o parte-  
ra".

Trata la disposición del artículo 388 de combatir a los profesionales de la medicina y ramas afines, cuando olvidándose ellos del verdadero sentido de su profesión se dedican a la práctica por demás ilícita e inmoral del aborto. Indudablemente que estos delincuentes son, podríamos decir, uno de los más directamente responsables en la comisión de éste ilícito, por cuanto en número bastante crecido se dedican en una forma continua y permanente al ejercicio de esta clase de acciones. Con ello ocasionan un perjuicio directo a la raza y como lógica conse-

cuencia a la nacionalidad. Son atentados contra la vida, ya que por lo lucrativo de su trabajo, diariamente atentan contra las esperanzas de vida que reposan en un feto.

La docimetría de la pena señalada, en la disposición en mención para esta casta de delincuentes blancos, "resulta excesivamente benigna" habida consideración de que la suspensión en el ejercicio de la profesión "sea tan sólo" de dos meses a seis años, cuando ha debido prohibirse en forma definitiva, ya que "la intimidación penal tan suave no tiene efectos de ninguna naturaleza con respecto a los individuos inmorales 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 inmorales y que atentan por tanto contra las buenas costumbres de una sociedad. Estos embarazos a que hemos hecho alusión, son los siguientes: "violación, incesto, estupro, etc. Consideran los partidarios de esta clase de aborto, que no es posible imponerle a una mujer una

maternidad que no desea porque las relaciones sexuales que tuvieron por causa el embarazo, fueron producto de la violación, no hubo el consentimiento por parte de la mujer para acceder al coito. De tal suerte que mal puede imponerle a una mujer una maternidad que no desea y que antes por el contrario a servirle de constante martirio por cuanto va a recordarle el momento infeliz de su vida en que fue objeto de un agravio de tal magnitud.

Esta 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, contra las mujeres de los países vencidos.

El doctor Guillermo Cabanellas, en su libro intitulado "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 profesor Marañón : "La función sexual en el hombre, breve y pasajera, de unos minutos o de uno. Pero en la mujer esos minutos no son sino el comienzo de la larga serie de fenómenos complicados y molestos en cuyos largos meses de transcurso todo el organismo materno, hasta la última de sus células se modi-

fica profundamente para cultivar el tronco doloroso del alumbramiento, y seguir en el período dilatado de la lactancia. Un soldado ébrio viola, a su paso por la ciudad conquistada, a una mujer desmayada de horror y sigue 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 ontrañable.

De acuerdo con lo que hasta aquí hemos expresado, llegamos a considerar que teniendo como fundamento el aborto ético, el hecho de la violencia ejercida sobre la mujer, que viene a originar una maternidad no voluntaria, no se justifica dicho aborto en los embarazos en que no ha operado la violencia, como sería el caso del incesto o del estupro. A pesar de que dichos embarazos ocasionan a la sociedad cierta repugnancia, no es posible considerarlos como excusante para realizar el aborto.

El aborto ético tiene muchos partidarios, pero es un punto discutido en la doctrina y por tanto los enemigos de él argumentan que "el origen criminal de una vida, no legitima éticamente su aniquilamiento",

que la sociedad se ocupará de los hijos cuyo cuidado no puede imponerse a la mujer, pero especialmente se insiste en los múltiples abusos a que se prestaría la impunidad a causa de la dificultad de comprobación de un pretendido delito contra la honestidad, que no es fácil poner en claro; se originarían, por tanto, muchos abusos, podría suceder que un gran número de embarazos no deseados fueran atribuidos a violación o engaño, originándose de esta manera gran cantidad de denuncias falsas. Estos puntos de vista han sido combatidos por Naecke, Radbruch, Oetker, Lang, Raiter, también lo fue la sociedad ginecológica Suiza, y recientemente por Maurach Altavilla, quien rechaza la argumentación de Manzini en cuanto a la supuesta autorización para remover las consecuencias del delito, argumenta que la ley protege siempre la vida humana, aún en su 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 sólo sería excusado sino por completo exento de pena.

Indudablemente que llegar a determinar que el aborto practicado no debe ser punible por cuanto debe tenerse solo 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 fórmulas 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 existencia del delito de violencia carnal ejercido sobre la mujer que está dispuesta a 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 ésta la dé, para que pueda realizar el aborto.

#### XIV

#### 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 halla el interés de proteger, la vida humana,

la familia o un interés demográfico/ Así, simplemente expuestos los términos de la cuestión, la respuesta es por no pocos estimada como fácil, pero simplicidad en las cuestiones no significa el que ellas no sean en verdad o que puedan ser respondidas simplemente. (López Rey y Arroyo). (1)

Como el nombre lo indica, esta clase de aborto tiene por causa no sólo motivos o factores económicos, sino también una serie de elementos sociales, culturales, económicos, educacionales. Para combatirlo sería necesario implantar una serie de medidas tendientes a combatir las causas anotadas anteriormente y que según los tratadistas de derecho penal, dan por consecuencia la consumación del aborto. Por tanto, no somos partidarios de la realización de esta clase de aborto habida consideración de que él debe ser combatido en sus raíces o fundamentos. Lo contrario sería aumentar el problema sin encontrarle soluciones definitivas.

---

(1) López Rey y Arroyo. "El Aborto" - Pág. 198 - Edit. Buenos Aires - 1945.

88

ABORTO "HONORIS CAUSA" U HONORIFICO

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

"El propósito de ocultar la deshonra (dolo específico), ha sido provisto como circunstancia de atenuación del homicidio intencional (Art. 369) del aborto (Art. 389) y del abandono o exposición de niños (Art. 395)."

"Para que el aborto se atenúe por este aspecto, es necesario que se cometa "para salvar el honor", y "honor" es según Maggiore, "El estado de dignidad 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 puede salvar el honor quien lo ha perdido irremediablemente. por lo cual ésta atenuante no ampara a la mujer deprecada, a la adúltera, a la meretriz, a la notoriamente cojocida como madre ilegítima, a la reincidente. etc.

"Sujeto activo de los delitos de : "Infanticidio, aborto y abandono o exposición de niños cometidos Honoris



Causa, u "Honoríficos", son las mismas personas o sean, 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, o los padres adoptivos en relación con la hija adoptiva, o el hermano respecto de la hermana.

"El marido puede ser sujeto activo del delito de Aborto Honoris Causa (Honorífico) Art. 389 y de abandono o exposición de niños cometidos con igual propósito (Art. 395), pero no puede serlo, en cambio, falta de lógica como ya tuvimos oportunidad de observarlo al comentar la disposición últimamente citada."

"Esta forma privilegiada de aborto, llamado también "Honoris Causa" y Honorífico", es desconocido totalmente en los Códigos Germánicos y en las legislaciones sajonas. 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, esta figura jurídica es producto de las legislaciones latinas, Naciones estas en donde el concepto del honor es el mismo, lo que

en este concepto se identifican las legislaciones Germanas y Sajonas. En los pueblos latinos el concepto que se tiene de la virginidad; con acepciones contadas, es extremo, absoluto, habida consideración de que en ella se funda la virtud de la mujer soltera, es decir, no haber tenido ayuntamiento carnal con el varón, seguido de la desfloración. En los pueblos Germánicos y Sajonas, incluyendo la mayoría de los países Europeos, el concepto de la virtud de la mujer no estriba en el hecho de que ésta se encuentre o no en estado de virginidad, en ellos no se establece el tabú que se encuentra en nuestros pueblos latinos. Como su nombre lo indica, la causa de este aborto son los motivos de honor que tenga la madre de la futura criatura para someterse a él.

Observamos también de la lectura de la disposición contenida en el Art. 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 virgen, que una casada, que haya quedado embarazada por su amante en ausencia de su marido.

Con respecto al sujeto pasivo en esta modalidad de aborto, como ya lo ha aclarado el doctor Arenas,

"son las mismas personas o sean la mujer ilícitamente fecundada....., el hijo....., los ascendientes....., o los padres adoptivos....., o el hermano. A nuestro juicio, este punto se puede presentar a muchas interpretaciones y discrepancias, el legislador ha debido ser más explícito 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 un 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 honradez de su hermana; en este caso podría considerarse este aborto como "honorífico" ? . A nuestra manera de pensar debe existir de antemano el consentimiento de la mujer, por cuanto de otra manera aparece la violencia por parte de una tercera persona, que habría desaparecer de inmediato el beneficio que la ley concede, habida consideración de que en el agente activo no existe gran peligrosidad social, por el hecho de obrar impulsado por motivos de honor.

Pero como el punto a nuestro juicio no se en--

cuentra suficientemente claro en la norma que comentamos, algunos considerarían con criterio distinto el análisis de la misma.

Nosotros consideramos que esta clase de aborto debe desaparecer de nuestro 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 esta forma, lo hizo con el objeto de tratar de salvar su propio honor, por cuanto el de la persona que se encuentra encinta, poco le interesa la fama de ser honrada y este tercero se esfuerza por todos los medios inclusive optando por el aborto para mantener ese buen nombre.

En este caso no podría hablarse de legítima defensa del honor, por cuanto el honor es subjetivo y no puede por tal razón compartirse.

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 consumir el ilícito.

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, goce de una conducta irreprochable, es decir, que sea tenida por todos, como una mujer honrada y que el embarazo se ignore en forma general a excepción de sus familiares más próximos. Ante esta circunstancia pensamos que la mujer que se encuentra encinta, teme horriblemente las críticas de su medio social y desesperada ante el desprecio que pudiera pasar de sus amigos y demás personas que forman su círculo social, recurra al aborto como medio directo y efectivo para ocultar su falta; ya que en esta forma cree salvar su patrimonio moral.

Se produce, pues, dentro del fuero 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 ignoraría su falta si no llega a co

nocer el de sus relaciones ilícitas. X

XVI

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

"El embarazo extrauterino": tiene lugar "cuando el óvulo no es fecundo 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. En este caso como se hace una dilatación anormal de 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 si no 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 Siquiatría"  
Pág. 445 - Et. Tercera, 8 Ed. Bogotá 1964.

Hemos sostenido 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 de encontrarse el feto con vida éste debe ser viable. Es decir, que el feto se encuentra con vida, 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 es 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 proñez extrauterina, es decir, fuera del útero, creemos que no es el caso de que se vulneran las esperanzas de vida que reposan en un feto animado, ya que éste no llegará a la madurez deseada, seguramente que al cabo de cierto tiempo de desarrollo en un medio inadecuado, perecerá o 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 de Aborto, adelantar algunos conceptos sobre lo que la doctrina entiende por dolo.

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

El Aborto Doloso, es aquél 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 que los hechos (maniobras) 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 princi-



pio general de derecho de que "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa". Art. 23, inciso 3 del Código Penal".

### XVIII

#### ABORTO CULPOSO

En contraposición al aborto "doloso" se encuentra el culposo, que es aquél 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 provisión necesaria o apesar de existir la provisión se confía imprudentemente en poder evitar el resultado final se produce la consumación del aborto. Este caso de delito de aborto culposo se presenta cuando la madre ingiere drogas o bebidas no con la intención de producir el aborto, sino con otros fines, curativos por ejemplo, pero resulta que las drogas o bebidas fueron elemento de primordial significancia en la consumación del hecho, o sea la muerte y expulsión del fruto de la concepción. En este caso la madre no tenía la menor intención de producirse el aborto, pero sí tiene culpa en que este hubiere sobrevenido si se 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 éste que tendrá mayores repercusiones por el galeno facultativo, si las drogas o medicamentos han sido ingeridas por la grávida, y a consecuencia sobreviene el aborto. Creemos que también en este supuesto caso nuestro, se dé el aborto culposp, comprobándose plenamente la irresponsabilidad del médico por negligencia o falta de provisión. Otro caso parecido al primero sería el de la grávida que realiza trabajos pesados, (fuera de los rutinariamente tenidos como domésticos) y a consecuencia de ellos sobreviene la expulsión del feto, sin haberlo, claro está deseado, reafirmamos no querido, en ésta hipótesis nos encontraríamos ante un aborto culposp.

---

XX

TUTELA JURIDICA DEL FETO DURANTE EL PARTO

---

El derecho o ciencia jurídica como producto mismo de la sociedad, tiende con sus normas, al normal desenvolvimiento de la vida del hombre (Arts. 50 y 91 C. C.) 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 de 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 o ciencia jurídica desamparase la vida y desarrollo del feto, con la creencia de que éste 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 simples intereses de orden patrimonial.

El Dr. Cuello Colón 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." (1)

## XII

### DELITO IMPOSIBLE DE ABORTO

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

---

(1) Eugenio Cuello Colón. Ob. Cit. Pág. 100.

1) Cuando no existió 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 consumar el delito de aborto.

2) Cuando la mujer encontrándose encinta realiza prácticas o maniobras abortivas ingiriendo líquidos ó 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 de que hemos tratado en relación con la figuración del delito imposible de aborto. Claro está, que cuando se dan los elementos que configuran el delito imposible de aborto es necesario recurrir a la figura jurídica general del delito imposible, contenida en la parte general del Código Penal (Art. 18).

102

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 "La gran mayoría de los autores y tratadistas de Derecho Penal, están de acuerdo en que no debe ser penado si se tiene en cuenta que el embarazo es uno de los elementos indispensables para la consumación del delito de aborto". (1)

XIII -

LA TENTATIVA EN EL 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 el mismo derecho positivo, por tal razón tenemos que acudir a la figura jurídica general del Art. 16 del C.P.-

ARTICULO 16.- "El que con el fin de cometer un delito, diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mismo, ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado."

"Del contexto del Art. 16 del C.P., se concluye que la tentativa de delito en el Código Penal Colombiano, debe estar integrada por estos factores:

- (a) - Propósito de cometer un delito determinado (aborto); el propósito supone el concepto intencional de realizar por medio de actos externos e idóneos, un delito (aborto), previamente tipificado en el Código (Art. 386);
- (b) - Actos de ejecución en orden a realizar el fin propuesto (expulsión - muerte del producto de la concepción); es decir, traducción o prolongación de la voluntad criminal al mundo exterior por medio de actos de ejecución que concretan el fin dentro de la esfera de consumación del delito; y
- (c) - Falta de realización material del acto criminal, no dependiente del agente activo del delito, sino de circunstancias ajenas, (ejemplo, un ejercicio violento que le produce a la grávida simplemente un desmayo, no el aborto) a su voluntad.

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

---

(1) Eugenio Guello Colón. Ob. Cit. Pág. 114.

104

la figura jurídica de la tentativa, pero cuando falta uno de ellos, el pensamiento delictuoso puede transformarse o el hecho puede salirse de la órbita penal, ni el propósito o la intención criminal, ni los actos de ejecución en orden al fin propuesto, si la falta de realización del perseguido por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, independientes unas de otras, constituye tentativa, es necesario que los tres factores se encuentren unidos para que se profile esa figura (tentativa de aborto).

Un paso más avanzado se da para constituir el delito frustrado, cuando los elementos de la tentativa antes descritos se agregan los actos de consumación, sin que el fin propuesto se realice por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. (1)

---

(1) Casación, 24 Junio 1947, LXIII, 754. Jorge Ortega Torres, Comentarios al C.P. y de Procedimiento Penal, Pág. 32 y ss. Edit. Temis 9 Ed. Bogotá. 1.958.



105

XXIII

EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTA-  
TIVA DE ABORTO, EN EL DERECHO COMPARADO Y  
LA DOCTRINA

---

"El Maestro Carrara sostiene que el aborto tie-  
ne tentativa, pero agrega, asimismo, que existen razo-  
nes de orden politico que justifican su impunidad cuan-  
do se trata del aborto realizado por la mujer sobre si  
misma, o del aborto efectuado por un tercero con consen-  
timiento de la mujer.

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

"En segundo lugar, resulta evidente que el daño

106

que le produce a la sociedad la impunidad de la tentativa, es mucho menor del que puede derivarse de investigaciones que ponen término a la violabilidad del hogar, y que lo exponen al atisbo y al espionaje de gente sin moral y sin escrúpulos".

"Entre los criminalistas italianos que se oponen a esta doctrina, figuran Stoppato y Puglia. A juicio de ellos, no existen razones valideras 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 al delito de aborto, demostrando su absoluta compatibilidad. Si de juristas como Stoppato pasamos a los escritores italianos más modernos, descubrimos entre ellos un antagonismo semejante. Mientras que al aborto tiene tentativa bajo todas sus modalidades, doctrina que ha sido aceptada por la legislación italiana reiteradas veces; otros autores, entre los cuales pueden citarse a Majno y Gioia, pretenden que la tentativa, sino de jure condenado, de jure conditio resulta impunible. Las consideraciones que formulan en apoyo de sus tesis son de diversa índole. Dicen en primer término, lo cual es cierto, que en el Código Italiano existe una disposición que castiga el empleo de los



107

medios abortivos por un tercero, ~~sin~~ consentimiento de la mujer. Si el legislador agregan, reprime expresamente la tentativa en este caso, se deriva lógicamente de ello, la impunidad en todos los otros, que son solamente dos; la tentativa de aborto de la mujer sobre sí 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 registra nuestro Código en el artículo 343, el cual dice así: "El que hiciera uso de medios directos para causar el aborto sin el consentimiento de la mujer o empleando violencia, será castigado", etc., "y si el aborto se realiza, la pena será aumentada de un grado". A ese argumento se puede contestar, y se contesta por los maestros italianos, estableciendo que el legislador no ha pretendido con esa disposición castigar la tentativa de aborto realizado por terceros sin consentimiento de la mujer, sino anticipar solamente, como resulta de los precedentes legislativos, respecto de esta modalidad del delito, el momento consumativo del mismo. El aborto se consuma por la interrupción de la proñez, o, como quieren algunos maestros por la expulsión del producto de la concepción, cuando el delito se intenta por un tercero sin consentimiento de la víctima, entonces hasta el simple empleo de los me-

dios conducentes a ese fin, aún cuando no se produzca el aborto. Si no hay interrupción del embarazo, se castiga con una pena, y si la hay, con otra más severa.

El otro argumento que formulan los maestros mencionados en defensa de su tesis, se basa en un precedente legislativo, que es el siguiente : El profesor Brussa propuso ante la comisión que se declarase expresamente que la tentativa del delito de aborto no era punible. A este observaron Luchini y Tolomei que se adoptase esa medida, era necesario hacerla extensiva a otros delitos que tenían las mismas características, figurando entre ellos las infracciones de carácter político. De este antecedente, Majno y Gioia arrancan la conclusión de que el legislador al desestimar la proposición de Brussa, no desestimó la doctrina de la impunidad, sino que se limitó a reconocer, por razones de técnica, la inconveniencia de una formulación expresa. Esta interpretación no es aceptada ni por Manzini, ni por Impallomeni, ni por Alimena ni por Giuratti, ni por ninguno, creo, de los otros maestros italianos. Según ellos, no sólo de ese antecedente, sino de otros antecedentes legislativos concordantes, se desprende la conclusión de que la mayoría de la Comisión era favorable a la supresión de la tentativa.

109

Si de Italia pasamos a Francia, notamos la misma anarquía 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 aborto de la mujer sobre sí misma;
- b) Tiene tentativa, pero se castiga como delito común las maniobras efectuadas sobre la mujer, por el médico, farmacéutico, etc.; y
- c) se castigan como delito consumado, las maniobras abortivas ejecutadas por un particular sobre una mujer sin consentimiento de ella; y
- d) 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, la doctrina sostiene, casi unánimemente, que el delito de aborto, de acuerdo con el derecho francés, carece de tentativa en todos los casos. Esa es la opinión de Clarus, de Dalloz, de Garzón, de Chauveau, etc.-Dichos autores, para arribar a esa conclusión, se basan en los antecedentes legislativos del ac-

110

tual Código Francés, los cuales pueden reducirse a dos : Primero : en el Consejo de Estado alguien hizo moción para que se estableciese expresamente la impu- nidad de la tentativa. Ante la indicación tomó la palabra Berlier y dijo: que esa manifestación era ne- cesaria, porque con las palabras "quinconque aura procuré L."avortement", se daba a entender bien cla- ramente que era necesario que el aborto estuviese con- sumado para que pudiese castigar, segundo: poco des- pués el orador del Cuerpo Legislativo, explicando el delito, ratificaba esa interpretación diciendo: "Exis- te un delito muy grave, que es delito de aborto, res- pecto del cual, sin embargo, por circunstancias parti- culares, la comisión cree que la tentativa no debe ser castigada". Esos dos antecedentes, ciertamente bien precisos y concluyentes, han inducido a los pena- listas a sostener la impunidad general de la tentativa" (1).

---

(1) Irureta Goyena José, Ob. Cit. Págs. 43 y ss.

La tentativa en el delito de aborto se determina desde el momento mismo en que comienza a realizarse las prácticas abortivas con el objeto de conseguir la expulsión y muerte del feto. Este punto como lo hemos observado, ha sido motivo de serias controversias, ya que algunos propugnan por la impunidad, mientras que otros por fortuna la gran mayoría por la punibilidad de la tentativa del delito de aborto. Si se tiene en cuenta que el aborto es un delito, es forzoso colegir que la tentativa o nuestro modo de ser sea punible. Ya que esta es una demostración clara y palpable de que el Agente activo en esta infracción, es una persona portadora en sí de cierta peligrosidad social.

#### XXIV

##### EL ABORTO EN EL DERECHO PROCESAL

Antes de concluir este capítulo que hemos considerado vertebral en nuestro trabajo de tesis, creemos procedente ubicar el delito de aborto dentro del Derecho procesal Penal, y que a nuestro juicio haremos primero dando algunos conceptos sobre la querrela, y obligatoriedad como principio que rige el Proceso Penal.

LA QUERRELLA : "Es un acto formal procesal por el cual es ofendido con el delito o persona legitimamente autorizada denuncia el hecho ante la autoridad compe-

tente, con la solicitud de que el delito se investigue y se imponga al responsable la sanción correspondiente. (Art. 15 del C. de P.P.)

"La querrela es un presupuesto o condición indispensable para el ejercicio válido de la acción penal, en los delitos no perseguibles de oficio. De ahí que los expositores la denominan "condición de procedibilidad" Es una institución de excepción, por cuanto la regla general es que los delitos se investigan 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 el de la obligatoriedad del mismo, que se manifiesta en la oficialidad, es decir, los órganos del Estado a los cuales se ha atribuido la función de iniciar y desarrollar la investigación penal, aún sin solicitud de parte (querrela) cuando tengan por cualquier medio conocimiento de que se hacome tido una infracción a la ley penal. (1)

---

(1) Luis Eduardo Mesa Velásquez - Derecho Procesal Penal, Pág. 45, Edit. Universidad de Antioquia, Tomo I, Medellín 1963



De lo anteriormente transcrito 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 ésta consagrada en la Constitución Nacional en el Art. 16 que transcribimos : "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra 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 y el orden sean los fundamentos necesarios en 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 encuentran la sociedad humana.

El delito de aborto es investigable de oficio y de competencia de los jueces superiores según el Art. 45 del C. de P.P.-

---

(1) Luis Eduardo Velásquez, Derecho Procesal Penal, Pág. 22. Edit. Universidad de Antioquia. Tomo I, Medellín.