

403449A

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA JURIDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCION

DERECHO PENAL 960.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ASPECTOS JURIDICOS DEL ABORTO

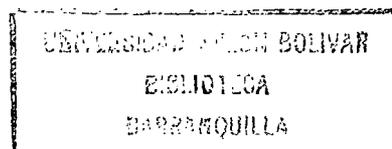
GEORGINA ISABEL CONSUEGRA SALCEDO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BARRANQUILLA, 1986



T
364.185
C. 717

ASPECTOS JURIDICOS DEL ABORTO

GEORGINA ISABEL CONSUEGRA SALCEDO

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al título
de Abogado

Directora : SONIA M.SANCHEZ P.
Abogado.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BARRANQUILLA, 1986

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 1986

DEDICATORIA

A mí hijo, a mí esposo, a mis padres y hermanos con todo mi esfuerzo
voluntad, constancia y amor.

GEORGINA ISABEL CONSUEGRA S.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por lo que soy

A las Salesianas por mi formación moral

A mis profesores por sus empeños en enseñarme sus conocimientos y hacer de mí una mujer culta, capaz de realizarme en el campo amplio del Derecho.

Barranquilla, Junio 28 de 1986

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD "SIMÓN BOLÍVAR"

E. S. D.

En mi condición de Directora de Tesis de la egresada GEORGINA ISABEL CONSUEGRA SALCEDO, me permito rendir el siguiente concepto:

Trabajó la señorita CONSUEGRA SALCEDO sobre un tema de gran importancia social y moral como es el Aborto. El cual enfocó desde los puntos de vista histórico, jurídico, médico y estadístico.

Merece especial atención el capítulo que la egresada destinó al estudio del aspecto médico, donde presenta algunos de los procedimientos para llegar a la realización del aborto.

Con relación al aspecto jurídico toca un punto que suscita grandes discusiones entre los juristas y doctrinantes, por no haber sido esclarecido de manera expresa por el Legislador: es el Aborto seguido de muerte.

Trae a colación la egresada las dos corrientes predominantes que pretende poner fin al problema jurídico, las cuales son: la que considera que existe un Homicidio Preterintencional y la tesis acogida en forma mayoritaria por la Corte Suprema de Justicia donde se considera que existe un concurso de delitos: Aborto y Homicidio Culposo.

Como ambas tesis tienen fundamentos de derecho de-

gran trascendencia que impiden el triunfo rotundo de una de ellas, y tratándose de las normas de derecho que no son absolutas ni axiomas, la Srta. CONSUEGRA SALCEDO se inclinó precisamente por la que considera que es un homicidio preterintencional, donde el resultado excedió el fin perseguido por el agente. Criterio muy respetable pero del cual disentimos.

Otro punto de especial importancia, que pone de presente en su trabajo, es lo relacionado con la actividad ejecutada por un profesional de la medicina para salvar la vida de la madre, la adecuación típica que debe dársele. Sostiene que esta conducta se haya amparada por una causal de justificación y se apoya en el concepto de tratadistas tan eminentes como el doctor ALFONSO REYES ECHANDIA.

Aadiciona igualmente a su trabajo, datos estadísticos que permiten conocer cual es la frecuencia con que se comete este ilícito y sus implicaciones.

De todo lo anterior debe, necesariamente colegirse que el trabajo titulado "ASPECTOS JURIDICOS DEL ABORTO" presentado por la Srta. GEORGINA ISABEL CONSUEGRA SALCEDO reúne los requisitos exigidos por la Ley y las Directivas de la Universidad. Para ser aprobada y por consiguiente así se lo comunico.

Del señor Decano, Cordialmente;


SONIA MARIA SANCHEZ PEREZ
Director de Tesis.



TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	12
0.1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	xiv
0.1.1. El tema	xiv
0.1.2. Justificación	xiv
0.1.3. Objetivos	xv
0.1.4. Marco Jurídico	xvi
0.1.5. Marco Histórico	xix
1. ASPECTOS JURIDICOS DEL ÁBORTO	21
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS	21
1.1.1. Derecho Romano	21
1.1.2. Derecho Germano	22
1.1.3. Derecho Canónico	22
1.1.4. Derecho Español	23
1.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN COLOMBIA	23
1.2.1. Código de 1837	23
1.2.2. Ley 109 de 1922	24

1.3.	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN COLOMBIA	25
1.3.1.	Código de 1890	25
1.3.2.	Código de 1936	27
1.3.3.	Código de 1980	27
2.	DEFINICIONES DE ABORTO	28
3.	ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO	33
3.1.	ABORTO CONSENTIDO	33
3.2.	ABORTO NO CONSENTIDO	34
3.3.	CULPABILIDAD	41
3.4.	PUNIBILIDAD	42
3.5.	ANTI JURICIDAD	43
4.	EL ABORTO EN NUESTRA LEGISLACION	80
4.1.	ELEMENTOS TIPIFICADOS DEL DELITO	81
4.1.1.	Existencia del embarazo	81
4.1.2.	Interrupción del Embarazo	83
4.1.3.	Existencia de Dolo	85
4.1.3.1.	Teoría de la Representación	85
4.1.3.2.	Teoría de la Voluntad	86
4.1.3.3.	Teoría Finalista	86
4.1.3.4.	Concepción Unitaria	86

4.1.4.	Relación de Causalidad entre la actividad del Agente y la Interrupción Violenta del Embarazo	87
4.1.4.1.	Teoría de la Causa Unica y Absoluta	88
4.1.4.2.	Teoría de la Equivalencia de Condiciones	88
4.1.4.3.	Teoría de la Causa Adecuada y Adecuación	89
4.1.4.4.	Teoría de la Acción Finalista	89
4.2.	SUJETOS DEL DELITO	90
4.2.1.	Sujeto Activo	90
4.2.2.	Sujeto Pasivo	91
4.2.3.	Medios Comisivos	92
4.3.	CLASIFICACION	93
4.3.1.	Médios Físicos	93
4.3.2.	Medios Mecánicos	93
4.3.3.	Medios Químicos	94
4.3.4.	Medios Morales	94
4.4.	EFICACIA E IDONEIDAD DE LOS MEDIOS	95
5.	FORMAS DE ABORTO	96
5.1.	ABORTO ESPONTANEO O NATURAL	96
5.2.	ABORTO PROVOCADO O INDUCIDO	98
5.2.1.	Aborto Consentido o Propio	99
5.2.2.	Aborto No Consentido	101
5.2.3.	Aborto Honoris Causa	102

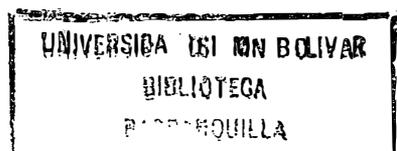
5.2.4.	Aborto Terapéutico o Necesario	103
5.2.5.	Aborto Eugenesico	105
5.2.6.	Aborto Preterintencional	107
5.2.7.	Aborto de Carácter Económico	109
5.2.8.	Aborto Etico	112
6.	PROCEDIMIENTOS ABORTIVOS	113
6.1.	EVACUACION VAGINAL	113
6.2.	ESTIMULACION DE CONTRACCIONES UTERINAS	116
6.3.	CIRUGIA MAYOR	118
7.	LEGISLACION DEL ABORTO	126
7.1.	INCIDENCIA DEL ABORTO Y POLITICAS PERTI- NENTES	126
7.2.	AMERICA	129
7.2.1.	Estados Unidos	129
	CONCLUSIONES	136
	BIBLIOGRAFIA	138

INTRODUCCION

Las circunstancias de pertenecer la criatura humana, a cualquiera de los sexos, tiene profunda repercusión jurídica, durante toda la existencia y aún antes de nacer. Así vemos que el Estado protege la vida y la integridad de las personas existentes, que están bajo su tutela.

De la misma manera se esmera por su propia conservación, y para cumplir con este requisito es necesario que una vez producida la concepción, surgida del germen de una vida humana, la Sociedad y el Estado, deben empezar a velar por ella, es decir, amparar la esperanza de vida cierta e independiente del ser humano.

Esta protección que el Estado ofrece a la colectividad, lo hace con el fin de no permitir su debilitamiento, ya que de no ser así, llegaría a destruirse él mismo, pues sabemos que el factor principal para la existencia de un estado es el personal. No podemos imaginar la existencia de esta persona jurídica, sin tener el elemento esencial, que



como hemos dicho, son las personas .

En el mundo, son muchos los países que han consagrado el derecho que tiene el feto a la vida, porque consideran que esta debe ser respetada y merecedora de protección, independientemente de toda consideración de la familia, pues no entran a cuestionar la posibilidad que tiene el feto de una vida futura; de todas maneras, para estas legislaciones, quien extingue esta posibilidad, comete la infracción .

Otros países, sin tener en cuenta estos argumentos han consagrado la impunidad del aborto, pues se atienden más que todo a las razones de tipo social, económico y político.

El abolicismo en favor del aborto no ha logrado prosperar en nuestra legislación penal actual, pues ésta lo consagra como infracción penal en sus artículos 343 al 345.

En el estudio que he realizado sobre esta figura, ha sido enfocado desde el punto de vista jurídico, entrando a cuestionar las distintas formas de aborto y los diversos métodos empleados; al analizarlos encontré muchas contradicciones las cuales fueron objeto de críticas.

0.1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

0.1.1. EL TEMA

El tema escogido para desarrollar en el trabajo investigativo correspondiente al anteproyecto de tesis llevará por títulos: ASPECTOS JURIDICOS DEL ABORTO.

0.1.2. JUSTIFICACION

El ser humano constituye el sujeto de Derecho; la extinción ilegal de éste durante su desarrollo fetal, impide el normal progreso de un estado social, por esto es necesario el estudio minucioso del fenómeno "ABORTO", como el comienzo de un plan de concientización que va desde el conocimiento del delito mismo hasta la sanción correspondiente a este.

La sociedad colombiana de hoy, concibe el aborto como un a forma

práctica de resolver un perjuicio social; por lo cual exponen muchas vidas y fomentan la corrupción.

La juventud se presenta como el núcleo más propenso a la comisión del delito del aborto .

La falta de la debida ilustración sobre este tema y el ambiente de desorden social en que vivimos genera en la juventud la facilidad de cometer este hecho que jurídicamente es sancionable en nuestra legislación .

0.1.3. OBJETIVOS

Profundizar la estructura jurídica social del aborto; con miras a establecer pautas de prevención, e ilustrar a la persona jurídica, las consecuencias penales y morales que se derivan del aborto.

Analizar estadísticamente, el índice de mortandad de fetos, mundial y nacionalmente; estableciendo la diferencia en cifras que se presenta en países donde el aborto es legal y en países que lo conciben como una forma de infringir la ley penal.

Diferenciar las consecuencias sociales, políticas, económicas y jurídicas que se presentan en países donde existe la legalidad del aborto y en

países donde es ilegal.

Desarrollar históricamente las etapas evolutivas del aborto desde su libertad de ejecución hasta su forma restringida de realizarse.

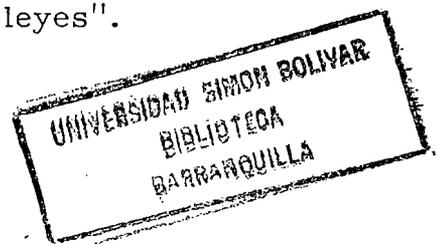
0.1.4. MARCO JURIDICO

En nuestro código penal, libro 2o., título XIII y bajo la denominación de "Delitos contra la vida y la integridad personal", el legislador agrupó : El Homicidio, las lesiones personales, EL ABORTO, el duelo y el abandono y exposición de niños . Como podemos apreciar claramente, los bienes jurídicos tutelados son la vida y la integridad personal.

Veamos en seguida algunos conceptos sobre la palabra vida

El diccionario de la real academia de la lengua nos dice : VIDA: fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee: tiempo desde el nacimiento hasta la muerte de un ser orgánico, modo de vivir, relación de hechos notables de una persona

A. OPARIN en su libro "El origen de la vida" nos dice "La vida no es más que una forma especial de existencia de la materia, que se origina y se destruye de acuerdo con determinadas leyes".



En el Derecho penal esta palabra tiene dos aceptaciones de diversos alcances :

1. Amplio: Que abarca tanto la embrionaria y fetal como la existencia real e independiente de la persona, es decir, se inicia con la concepción y termina con la muerte. Es este el sentido que le dió el legislador colombiano al Título XIII incluyendo en él figuras como el aborto, el homicidio, lesiones personales, etc.

2. Restringido : Se usa para señalar la existencia real e independiente de la persona, lo que ocurre en el homicidio, ya que suspende la vida autónoma del sujeto pasivo.

INTEGRIDAD PERSONAL : A pesar de ser la vida el bien jurídico tutelado en forma genérica por este título, y que toda agresión de la integridad personal conlleva un ataque contra aquella, esta es considerada por legisladores y doctrinantes de manera independiente.

La integridad personal suele tomarse en dos sentidos:

1. En sentido amplio, comprende la integridad corporal y psíquica del individuo como la moral honra, honor, dignidad y aún la sexual.

2. En sentido restringido, que contiene solo la integridad del cuerpo

y la salud.

Es importante aclarar que la integridad personal tutelada por el Código es la poseída por el titular al momento de cometerse el atentado.

Conocidos los conceptos de vida e integridad personal, veamos la clasificación que de los delitos contemplados en el título XV hace el tratadista Pedro Pacheco Osorio .

1. De daño .

a. Contra la vida : Aborto y homicidio

b. Contra la integridad personal: lesiones personales

2 . De peligro: Contra los bienes jurídicos tutelados:

a. Abandono y exposición de niños

El mismo tratadista nos dice más adelante que el bien jurídico especialmente amparado por la incriminación del aborto, es la vida del feto o, lo que es igual, la esperanza de una vida cierta e independiente de un ser humano . Pero el delito lesiona además otros intereses, como son: el derecho de maternidad y la salud e integridad personal de la madre, cuando no se trata del aborto propio o del consentido, el del padre a tener descendencia, el demográfico de la sociedad y del Estado y el de la integridad y sanidad de la estirpe .

0.1.5. MARCO HISTORICO

En el marco histórico nos limitaremos a hacer un sonoro recuento de las principales legislaciones que desde la antigüedad se han dado sobre el aborto.

1. DERECHO ROMANO : Sobre la punibilidad de este delito en Roma hay que distinguir dos etapas:

a. Epoca Republicana : En esta época no fué castigada en Roma la expulsión del feto (abatio partus)

b. Epoca imperial: Durante esta etapa se reprimió el aborto, graduando las penas de acuerdo a la clase social, así los plebeyos que cometían este delito eran condenados a trabajos en las minas, cuando se trataba de un patricio el castigo consistía en destierro y confiscación de la mitad del patrimonio. En caso de muerte de la paciente se aplicaba la pena capital.

2. DERECHO GERMANO : El Derecho Germánico exigía la punibilidad de este delito que el feto se hubiera formado ya in lineamento corporis (en su lineamiento corporal) y equiparaban al homicidio la destrucción del feto animado y lo sancionaban con penas muy rigurosas, entre las que era frecuente enconral la capital.

3. DERECHO CANONICO : Los canonistas pretendieron que el feto estuviera ya animado, -y siguiendo las opiniones de Aristóteles y de Plinio- Admitieron una presunción de vida cuando habían transcurrido cuarente días para los varones y ochenta para las mujeres . Estos principios dominaron la jurisprudencia y la legislación aún durante el derecho intermedio . De spués ya se hicieron distinciones entre feto animado o inanimado, y se castigó con la muerte, tanto a la madre como a su copartícipe .

4. DERECHO ESPAÑOL: En España el fuero juzgo castigaba a las mujeres que se produjeran el aborto, a las embarazadas que tomaban yerbas abortivas, a quienes se las suministrara o hiriéndolas las hicieran abortar, con la pena de muerte , la ceguera, los azotes y penas pecuniarias.

Las partidas -Ley 8o ., Tft.VIII, partida VII - distinguen entre feto animado e inanimado, para sancionar el aborto del primero con pena capital y del segundo destierro .

1. ASPECTOS JURIDICOS DEL ABORTO

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

En este capítulo nos limitaremos a hacer un somero recuento de las principales legislaciones, que desde la antigüedad se han dado sobre el aborto.

1.1.1. Derecho Romano

Sobre la punibilidad de este delito en Roma hay que distinguir dos etapas:

A. Epoca Imperial : Durante esta etapa se reprimió el aborto graduando las penas de acuerdo a la clase social, así los plebeyos que cometían estos delitos eran condenados a trabajos en las minas, cuando se trataba de un patricio el castigo consistía en el destierro y confiscación de la mitad de sus bienes; en caso de muerte de la paciente se aplicaba la pena capital.

B. Epoca Republicana : En esta época no fué castigada en Roma la expulsión del feto.

1.1.2. Derecho Germano

El Derecho Germánico exigía para la punibilidad de este delito que el feto se hubiera formado ya in lineamiento corporis (en su lineamiento corporal) y equiparaban al homicidio la destrucción del feto animado y lo sancionaban con penas muy rigurosas, entre las que eran frecuentes encontrar la capital.

1.1.3. Derecho Canónico

Los canonistas pretendieron que el feto estuviera ya animado, y siguiendo las opiniones de Aristóteles y de Plinio - admitieron una presunción de vida cuando había transcurrido 40 días para los varones y 80 para las mujeres. Estos principios dominaron la jurisprudencia y la legislación aún durante el derecho intermedio.

Después ya se hicieron distinciones entre feto animado o inanimado y se castigó con la muerte, tanto a la madre como a los copartícipes.

1.1.4 . Derecho Español

En España el fuero juzgo castigaba a las mujeres que se produjeran el aborto, a las embarazadas que tomaran hierbas abortivas, a quienes se las suministraran o hiriéndolas las hicieran abortar, con la pena de muerte, la ceguera, los azotes y penas pecuniarias.

Las partidas -ley 8 título VIII partida VII - distinguen entre feto animado e inanimado, para sancionar el aborto del primero con pena capital y del segundo con destierro .

1.2 . ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN COLOMBIA

1.2.1. Código de 1.837

En este código el legislador incluyó el aborto entre los "Delitos contra los particulares". Distinguiendo entre los consentidos y no consentidos para reprimir más rigurosamente los primeros y todavía con mayor rigor si sobrevenia el aborto.

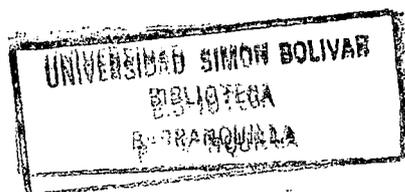
Si el agente era médico, cirujano, boticario, comadrón o partera se aumentaba la pena, pero dejaba impune el cometido por uno de los dos primeros cuando no hubiera otro medio para salvar la vida de la mujer.

Se reprimía también a la mujer encinta que procurara o se causara su propio aborto; se tenía como circunstancia atenuante la de que lo cometiera "Mujer honrada y de buena fama anterior" para "encubrir" su fragilidad, y castigaban como figura privilegiada el aborto preterintencional.

Este sistema fué seguido por los códigos Colombianos de 1873 y de 1900.

1.2.2. Ley 109 de 1922

Dispuso esta Ley que se sancionara a la mujer que se provocara el aborto o cinsintiera que otro se lo provocara, y con pena mayor al que éste hiciera, y con pena todavía mayor si la mujer no había prestado su consentimiento. Si a consecuencia del aborto o de los medios usados se producía la muerte de la mujer, se aumentaba la pena, tanto para el consentido como para el otro, lo mismo si el autor del no consentido por la abortada era el esposo de ésta. En uno de sus artículos aumentaba la sanción del agente que ejerciera una profesión relacionada con la salud de las personas. También se completó en esta ley el aborto honoris causa como figura atenuada.



1.3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN COLOMBIA

1.3.1. Código de 1890

Este código sancionaba incluso, en forma independiente, y en la parte especial, la tentativa de aborto, en el artículo 638, así:

"El que empleando voluntariamente y a sabiendas bebidas, alimentos, golpes o cualquier otro medio, procure que aborte una mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá la pena de tres a seis años de presidio. Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será el presidio de uno a tres años".

En el artículo siguiente tipificaba el aborto consumado:

"Si resultare, efectivamente el aborto, sufrirá el reo de cinco a diez años de presidio en el primer caso, y de cuatro años de presidio en el segundo" (Artículo 639).

El artículo 640 consagraba una especie de causal de justificación, con una curiosa excepción.

"Si el que administra, facilita o proporciona, a sabiendas, los medios

para el aborto fuere el que ejerce la medicina o cirugía, o boticario, comadrón o partera, sufrirá respectivamente las penas señaladas en los artículos anteriores, con aumento de seis meses a un año .

No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica sea indispensable el parto prematuro artificial.

"No por eso debe creerse que la ley aconseje el empleo de esos medios que generalmente son condenados por la iglesia. Unicamente se limita a eximir de pena al que, con rectitud y pureza de intenciones se crea autorizado para ocurrir a dichos medios".

El artículo 642, contenía una especie de infanticidio por causa de honor así:

"Pero si fuere mujer honrada y de buena fama anterior y resultare a juicio de los jueces, que el único móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se impondrá solamente la pena de tres a seis meses de prisión si el aborto no se verifica; y cinco a diez meses si se verifica"

1.3.2. Código de 1936

Contempla las siguientes clases de aborto:

- a. Consentido (Art. 386)
- b. No consentido (Art. 387)
- c. Aborto para salvar el honor (Art. 389)

En el caso del aborto no consentido seguido de muerte de la mujer, remitía la pena a la prevista para el homicidio preterintencional. Igualmente aumentaba la pena cuando el hecho era cometido por "médico, cirujano, farmaceuta o partera (Art. 388).

1.3.3. Código de 1980

Contempla también el aborto provocado por la propia mujer o por otra persona sin consentimiento de la mujer, o el de mujer menor de catorce años, con pena superior.

Y en vez del aborto para "salvar el honor" menciona con pena benigna de cuatro meses a un año de arresto el aborto causado por la propia mujer o por otra persona con su anuencia, cuando el embarazo haya sido el resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. En la misma sanción incurre quien cause el aborto en estas circunstancias.

2. DEFINICIONES DE ABORTO

Antes de analizar el tema que nos ocupa, es conveniente conocer algunas definiciones acerca de él.

Así, en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo definen de la siguiente manera :

ABORTO : Expulsión del feto, fracaso, mal parto.

Los doctores, S. JACOB Y C. FRANCONI, en su anatomía y fisiología humana nos dicen que ABORTO es la interrupción del embarazo antes del período en que el feto sea viable. Se considera al feto viable cuando pesa quinientos gramos o más y el embarazo excede de 20 semanas de duración.

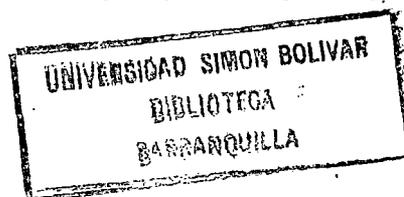
En los informes sobre población, planificación familiar los doctores CRISTOPHER TIETZ Y DEBORAH DAWSON, nos manifiestan que en medicina el término aborto se refiere a la terminación de un emba-

razo antes de que el feto haya alcanzado su viabilidad, o sea, capacidad de vida extrauterina independiente. La viabilidad se define en términos de la duración del embarazo o el peso fetal. De acuerdo con la tradición, se alcanza viabilidad a las 28 semanas de gestación, contadas a partir del primer día del último ciclo menstrual normal, lo cual corresponde a un peso fetal aproximado de mil gramos. Esta definición se basaba en el hecho observado de que las criaturas con peso inferior tenían poca posibilidad de sobrevivir, mientras que la mortalidad de los infantes con peso superior a mil gramos, descendía rápidamente a medida que el peso aumentaba.

En años recientes muchos textos médicos, especialmente entre los publicados en Estados Unidos, han rebajados el límite superior del aborto a 20 semanas de gestación o peso fetal de 500 gramos, debido a que algunas de estas diminutas criaturas han logrado sobrevivir. El término "parto prematuro" se utiliza para describir el parto de un "feto que pesa entre 500 y 1.000 gramos.

Desde el punto de vista clínico se puede establecer otra demarcación del tiempo de aborto, separando los abortos de doce semanas o más, o que se encuentran en el segundo trimestre.

Luego de los anteriores conceptos médicos, veamos las definiciones.



que sobre el aborto han formulado algunos tratadistas:

RANIERI :

Nos dice que el aborto es la interrupción violenta e intencional, además ilegítima del proceso fisiológico de la gravidez, con destrucción del embrión o muerte del feto.

CARRARA :

Lo define así: "Muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, lo cual haya derivado la muerte del feto".

JIMENEZ DE ASUA :

"Expulsión del embrión o feto antes de los seis meses, o sea, antes del término de viabilidad o la muerte del feto dentro del cuerpo de la madre".

GUISEPE MAGGIORE:

Aborto es la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno.

Observamos que las definiciones médicas del aborto coinciden al afirmar que es la interrupción del embarazo antes del período en que el feto sea viable, lo que no sucede en el campo jurídico, ya que para unos es la expulsión del embrión o del feto, o su muerte en el vientre materno.

Por nuestra parte, opinamos que la configuración del aborto debe estar íntimamente ligada a la viabilidad del feto.

3. ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO

3.1. ABORTO CONSENTIDO

El delito de ABORTO CONSENTIDO, está tipificado en los siguientes términos en el artículo 343 del Código Penal.

"La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

"A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior".

Sujeto activo puede ser la mujer, o el particular que con el consentimiento de ésta cause el aborto. En ambos casos es necesario que exista el estado de embarazo en la mujer. Si la mujer creyéndose embarazada, se practica ella misma las maniobras "abortivas" o permite que otro lo haga, estaríamos en presencia de una "tentativa inidónea" que como vimos no es punible en el nuevo código. En el anterior, se

trataría de una tentativa imposible; en el actual, el fenómeno que se daría sería el de atipicidad por falta del objeto material: el feto, la conducta, entonces en estas condiciones quedaría fuera de la sanción penal. Es frecuente el caso de jóvenes que ante la creencia equivocada sobre su estado de preñez, se "apresuran" a realizar maniobras abortivas, si en proceso respectivo se establece que el embarazo nunca existió, el juez debe reconocer la atipicidad del hecho.

Sujeto pasivo es el feto, ya que es su "esperanza de vida" lo que se quiere proteger.

El objeto jurídico como lo expresé, es la protección de la vida del que está por nacer.

La conducta consiste en causar el aborto es decir, la interrupción del proceso de gestación. Se trata de un tipo compuesto alternativo, ya que comprende las siguientes modalidades:

- A. Causar el aborto propiamente
- B. Permitir que otra persona cauce el aborto
- C. Causar el aborto, con el consentimiento de la mujer.

Es un tipo de acción, en cuanto a dos de sus modalidades, puede decirse que en cuanto a "permitir" habría una conjunción de acción (del

tercero) y de omisión (no impedir) por parte de la mujer.

Igualmente es un tipo de resultado, pues para que se estructure se requiere la destrucción del feto. Si el feto "sobrevive" no puede hablarse de aborto, sino de parto prematuro.

Precisamente por ser un tipo de resultado es concebible la tentativa, siempre que se haya dado principio a la ejecución del hecho "mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación"(artículo 22).

Cuando la mujer permite que otra persona le cauce el aborto, ambos son coautores. Puede darse también la complicidad, si un tercero presta ayuda a la mujer para la práctica del aborto.

3.2. ABORTO NO CONSENTIDO

El artículo 344 tipifica esta modalidad del aborto:

"El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en menor de catorce años (14), incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años.

Por el aspecto de la tipicidad, los elementos de la figura, en su mayoría son iguales a los ya explicados. Solamente que en este caso, la

mujer no puede ser sujeto pasivo, ya que el hecho se produce precisamente contra su voluntad. Este sería el llamado aborto sin consentimiento propio.

Hay una especie que no figuraba en el estatuto anterior, que bien podría denominarse aborto sin consentimiento impropio o presunto, vinculado a la edad de la mujer. Cuando se trata de una mujer menor de catorce años, no importa si está prestó o no el consentimiento, pues en todo caso la ley le dá el tratamiento jurídico del aborto sin consentimiento; la razón es explicable, pues así como el legislador ha partido el título XI de la presunción- ficción- de que la mujer menor de esa edad no puede consentir válidamente en materia sexual, en esta hipótesis considera que la misma mujer no puede "válidamente" prestar su consentimiento para el aborto.

En este caso además, la mujer menor de catorce (14) años, no es sujeto activo del delito de aborto, aún cuando haya prestado el consentimiento. Aún aceptando que si podría ser sujeto activo el problema se resolvería en el plano de la imputabilidad (artículo 34).

Pero lógicamente para darle el tratamiento de aborto no consentido, el legislador partió de la base de que el prestado por la mujer no tenía ningún efecto jurídico; y si no lo tenía para convertir el aborto en consentimiento, tampoco lo podría tener para considerar a la mujer

como sujeto activo de aborto consentido.

Esta figura inicialmente fué consagrada en el anteproyecto de 1974, como circunstancia específica de agravación. Como aborto calificado, se considera la siguiente hipótesis.

"Si la mujer es menor de dieciseis años (16) o cuando por razones distintas a la edad no estuviere en capacidad de consentir.

En el curso de las discusiones se varió el tratamiento, y se consideró entonces esa circunstancia -reduciendo la edad- como supuesto de un tipo compuesto alternativo. El comisionado DARIO VELASQUEZ, brevemente explicó el sentido de la nueva norma: "Como todas estas formas, excepto la referida a la edad, se traducen en proceder sin consentimiento por inexistencia de éste o por vicios en el mismo, se acordó mantener de dicho artículo solamente lo referente a la presunción de ausencia de consentimiento por edad, tomando como límite los catorce (14) años como lo hace para el delito de violencia carnal el código vigente en su artículo 316, límite que, desde luego, será revisado después frente a las demás disposiciones que se ocupen de materia similar. Este aspecto que se mantiene del artículo 3° de la ponencia queda formando parte del artículo que describe el aborto sin consentimiento.

La muerte de la mujer como consecuencia del aborto.

Que sucede cuando como consecuencia de las maniobras abortivas se produce la muerte de la mujer? Este problema ha sido tratado diversamente por la legislación penal Colombiana. En el código de 1936, se regulaba el caso, exclusivamente para la hipótesis del aborto no consentido. El artículo 387 disponía:

"El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento incurrirá en prisión de uno a seis años.

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

La referencia se entendió siempre el artículo 365 que regulaba el homicidio preterintencional, y no al 367 que se ocupaba de la inducción al suicidio, situación que nada tenía que ver con el aborto.

Como esta norma estaba después del aborto consentido, obviamente no podía aplicarse. Tratándose de aborto consentido seguido de muerte, se admitió entonces, que surgía un concurso entre aborto consentido y homicidio culposo, si en este último caso el agente en posibilidad de preveer el resultado. Aparentemente existía una incongruencia en el hecho de darle el tratamiento del concurso a la muerte seguida del aborto consentido (menos grave) y de un solo delito (homici-

dio preterintencional) a la muerte seguida de aborto no consentido (más grave). Sin embargo, al analizar el aspecto punitivo se observa que la pena para el concurso era mucho menor (lo que resulta apenas lógico) que para el homicidio preterintencional; para este último la sanción oscilaba entre los cuatro años y los 9 años y 4 meses de presidio y para el concurso entre homicidio culposo y aborto, dieciocho (18) meses de prisión como mínimo.

El nuevo código eliminó para las dos especies de aborto, la circunstancia de agravación derivada del resultado muerte, es decir, que no existe ya el tipo de "aborto agravado por el resultado".

La solución para el caso planteado (muerte de la mujer como consecuencia de las maniobras abortivas) es la del homicidio preterintencional (artículo 325). En efecto, el nuevo código varió la definición de esta especie de homicidio, pues ya no exige como el anterior el propósito específico de causar una "lesión personal". Solamente emplea la fórmula siguiente: el que preterintencionalmente mate a otro. El artículo 38, dice que hay preterintención cuando el resultado de la conducta "siendo previsible, excede la intención del agente.

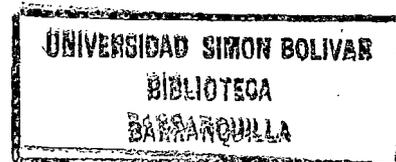
En el evento estudiado se darían todos los elementos de la preterintención:

- a. Intención de realizar un hecho punible, que en este caso sería el aborto, en sus modalidades de consentido o no consentido. Por este aspecto se descarta la posibilidad del delito culposo simplemente que como se vió supone la realización de una conducta que aisladamente considerada no es punible.
- b. Producción de un resultado típico más grave. Este resultado vendría a ser aquí la muerte de la mujer sobre quien se practican maniobras abortivas. Respecto de este "segundo resultado" es necesario establecer que su ocurrencia estaba-teniendo en cuenta el concreto-contexto temporoespacial -dentro de las posibilidades de previsión del agente. En otras palabras, debe determinarse, si al realizar la maniobra abortiva el agente podría "esperar" como posibilidad la muerte de la mujer. Normalmente, la realización de este tipo de acciones, está casi necesariamente unida a la posibilidad de la muerte, sobre todo cuando el aborto se realiza en condiciones precarias. Sin embargo, no es algo que pueda predicarse de manera general, sino que debe ser analizado por un Juez frente a cada situación.
- c. Homogeneidad de los bienes jurídicos protegidos. Es indudable que en este evento (aborto seguido de muerte) los bienes jurídicos tutelados son prácticamente los mismos. La vida en el homicidio, y la vida e integridad personal en el aborto.
- d. Relación casual. Si la muerte se produce como consecuencia di-

recta de las maniobras abortivas, es claro que el "resultado" le es imputable al agente (artículo 21). Desaparecería el homicidio preterintencional - como cualquier otra forma de homicidio- si se demuestra que la mujer no murió como consecuencias de las "maniobras abortivas", sino por factores diversos. Tal sería el caso de la mujer que muere mientras se le practica el aborto, por un infarto cardíaco, no vinculado en forma alguna a la "operación".

Cierto que el artículo 39 establece que "la conducta preterintencional o culposa, solo es punible en los casos expresamente determinados por la ley". Este es precisamente uno de los casos "expresamente determinados", ya que al describir el homicidio, se emplea precisamente la expresión "el preterintencionalmente mate a otro". Dándose los requisitos ya mencionados para la preterintención, no encuentro dificultad alguna para sostener la tesis plantada.

Ha cambiado entonces el código el tratamiento jurídico de la figura, pues de delito agravado por el resultado (aborto seguido de muerte) ha pasado a considerarla como delito autónomo (homicidio preterintencional).



3.3. CULPABILIDAD

El delito de aborto solamente admite la modalidad dolosa. No es punible en consecuencia la conducta de la madre que por imprudencia causa la interrupción del proceso de gestación. Tal sería la hipótesis de la madre que sabiendo la situación de embarazo realiza actividades más o menos peligrosa para la conservación del feto como la equitación, el ciclismo, levantamiento de pesas, etc. Esta acción no podría sancionarse por la imprudencia, a menos que logre establecerse el dolo eventual.

Existe también, pero ya no como delito de aborto, un tipo especial agravado en razón del resultado, que es el de lesiones personales seguidas de parto prematuro o aborto. Dispone el artículo 338:

"Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nócivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos procedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad".

Se trata en verdad de un tipo agravado por el resultado, pero aún esta hipótesis para aplicar la circunstancia de agravación se requiere el

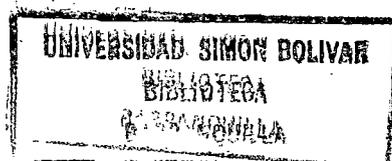
conocimiento por parte del agente de la situación de embarazo de la mujer, en virtud del principio de culpabilidad consagrado en el artículo 5° del Código Penal.

Dado el sistema adoptado por el código (artículo 39) no es posible el "aborto preterintencional".

3.4. PUNIBILIDAD

La pena para el aborto consentido es de uno a tres años en comparación con la de uno a cuatro años del código anterior. Para el aborto no consentido la sanción es la prisión de tres a diez años, frente a la de uno a seis años del estatuto anterior.

Se eliminó la circunstancia específica de agravación punitiva derivada de la calidad del sujeto agente (médico, partera, enfermera). Encuentro acertada la supresión ya que es mayor la posibilidad de daño para la salud de la mujer cuando el aborto lo ocasiona un "inexperto" que en la hipótesis en que lo realiza un médico o cualquier persona que ejerza una profesión "paramédica". El problema del reproche debe plantearse en este caso, no en el plano penal, sino en el disciplinario de la respectiva profesión (leyes sobre ética médica por ejemplo).



3.5. ANTIJURIDICIDAD

La interrupción violenta del proceso de gestación, puede estar amparada por una causal de justificación, lo que enervaría su ilicitud.

Recordemos que en el código de 1890 se incluía en la parte especial una expresa causal objetiva de exclusión del delito, equivalente más o menos al estado de necesidad. El código de 1936, no disponía nada sobre el particular en la parte especial, por tanto se aplicaban los principios de la parte general (artículo 25).

En el anteproyecto de 1974, se incluyó una norma sobre el aborto necesario, en los siguientes términos:

"No será responsable el médico que causare el aborto con la excusiva finalidad de salvar la vida de la mujer de in grave y actual o inminente peligro que no haya podido evitarse por otros medios, y siempre que ésta no se opusiere (artículo 369).

El autor de la propuesta, HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ, la explica así en la comisión:

"Aborto terapéutico. Es el llamado también aborto por indicación médica. Al contrario de los anteriores, no ha tenido mayor resistencia

en la doctrina y ha sido incorporado a un buen número de legislaciones en todo el mundo. Consiste en la interrupción artificial del embarazo con el fin de salvar y proteger la vida y la salud de la madre que no pudiere evitarse por otros medios.

"Quienes defienden la impunidad del aborto por esta clase de indicación, lo hacen con varias clases de argumentos, como el de la no exigibilidad de otra conducta, la legítima defensa, por considerar la vida e integridad personal de la madre, tesis por los demás estrofa-laria y absurda. Pero la mayoría de la doctrina ubica dicho comportamiento dentro del clásico estado de necesidad, en la cual no dejan de existir razones poderosas. Desde CARRARA, se dijo que si para la vida de la madre, fuere inevitable el sacrificio del feto, el jurista no podría hallar en esta decisión elementos de dolo ni culpa, pues la prohibición de dar muerte está subordinada a la excepción de necesidad. Pensamiento este que traducido al lenguaje jurídico penal contemporáneo, constituiría una causa de exclusión de culpabilidad. Sin embargo, creo que dentro de los principios que tipifican el estado de necesidad y cuya elaboración se ha hecho ya en la parte general, no podría adecuarse correctamente esta conducta. En efecto, para el estado de necesidad se requiere la presencia de un peligro actual e inminente, cuando en el aborto terapéutico dicho peligro puede ser también futuro. Fuera de que no se ve como podría soslayarse la exi-

gencia de que ese peligro ' no se haya causado intencionalmente o por imprudencia del agente'.

"Estas circunstancias aconsejan entonces considerar dicha situación en la parte especial, tal como lo ha hecho el Código Penal Tipo para Latinoamérica (C.P.T.L.), cuyo artículo pertinente he acogido en la ponencia, por considerar que reúne a entera satisfacción todos los requisitos que se deben exigir para declarar impune dicha conducta así esta pueda con mucha frecuencia verse amparada por el principio de exclusión de culpabilidad, como se insinuó atrás, ya que el derecho penal moderno, cuando el médico sin dolo ni culpa interrumpe el embarazo porque en su concepto de continuar la gestación peligraría gravemente la vida y la salud de la madre, no cometería delito alguno sino que sería el fiel cumplimiento de sus deberes profesionales o el ejercicio de una actividad lícita".

Lo anterior desde luego no quiere decir que la conducta no pueda justificarse a través de las normas de la parte general.

Artículo 29 del Código Penal establece: "El hecho no se justifica cuando se comete".

"... Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente

no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tengan el deber jurídico de afrontar".

Si el médico para salvar la vida o la salud de la mujer causa el aborto, su comportamiento encaja plenamente dentro de esta causal de justificación. Se trata de un estado de necesidad a favor de tercero. El peligro actual se mira desde luego al momento de causar el aborto. No es válida la objeción de que se trata un futuro, por cuanto éste surge precisamente, si continúa el proceso de gestación. Podría decirse -desde luego si se dan los demás requisitos- que se trata de un peligro permanente actual. El dictamen médico legal establecerá si existía o no otra manera de salvar simultáneamente el feto y la madre.

Si el único camino era el de la destrucción del feto, puede decirse entonces que el "peligro" (para la vida o la salud de la madre) era inevitable.

Tampoco es válida la objeción que planteaba el Doctor LONDOÑO JIMENEZ en el seno de la comisión de 1972 (ya transcrita) en el sentido de que no había manera de obviar el requisito de la no causación de la situación de peligro "intencionalmente o por imprudencia" por parte del agente. Ello tendría sentido, si el estado de necesidad lo alegará la propia madre; pero como quien alega la justificante es el médico

(estado de necesidad a favor de tercero) resulta claro que él no ha tenido nada que ver con la situación causante del peligro (el embarazo de la mujer por ejemplo).

Luego en verdad, no era absolutamente indispensable que en la parte especial se incluyera una norma sobre aborto necesario, como se hacía en los proyectos, e incluso en el ya comentado de la representante CONSUELO LLERAS. Creo que la inclusión en la parte especial tenía una explicación más desde el punto de vista "didáctico", que en el plano de la estricta y pura dogmática jurídica.

Más o menos a la misma conclusión llega el profesor REYES ECHANDIA, cuando al ocuparse del fenómeno de la "embriotomía" (aborto necesario o terapéutico), expresa:

"Nos parece que es esta una hipótesis de estado de necesidad en la que un tercero decide ciertamente entre dos bienes en conflicto, y en relación con la cual debe primar el de la madre en cuanto titular de interés jurídico integral a la vida que no solo disfruta plenamente sino que generó el que ahora le disputa primacía, frente al interés jurídico del feto a una real vida intrauterina y a una mera expectativa de vida extrauterina.

Sobre esto la Jurisprudencia ha dicho:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad en virtud de la cual condenó a Conrado de Jesús Noreña Tamayo a la pena de cinco años de prisión y la correspondientes accesorias, por el delito de homicidio preterintencional, a la vez que absolvió a Aldemar González Montoya. Contra esta determinación interpuso el defensor del condenado el recurso extraordinario de casación, el que oportunamente fué concedido y luego declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se declaró ajustada a las prescripciones formales previstas en el ordenamiento procesar, se procede a resolver.

RESULTANDO:

I. Se sindicó al farmacéutico Conrado de Jesús Noreña Tamayo de haber realizado maniobras abortivas en Carmen Eugenia Salazar González. Esta enfermó luego de dichas maniobras, motivo por el cual fué llevada a un centro hospitalario en donde falleció al siguiente día. Los hechos tuvieron ocurrencia en Manizales en el mes de agosto de 1981.

Con fundamento en los anteriores hechos el Juzgado Noveno de Instru-

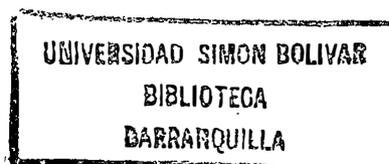
cción Criminal dispuso la apertura de la investigación por medio de auto del 17 de agosto de 1981.

El Juzgado de Instrucción recibió las diligencias de indagatoria de los sindicados Aldemar González Montoya, novio de la víctima y del farmacéutico Conrado de Jesús Noreña Tamayo el 20 de agosto de 1981. Este mismo despacho judicial dictó auto de detención en contra de los citados sindicados, el 25 de los mismos mes y año.

El Juzgado Primero Superior de Manizales dispuso la clausura de la etapa investigativa el 27 de noviembre de 1981. El 25 de enero de 1982 este Juzgado calificó el mérito del sumario al disponer el enjuiciamiento de Conrado de Jesús Noreña Tamayo y de Aldemar González Montoya por el delito de homicidio preterintencional, en calidad de autor y cómplice, respectivamente.

Apelado el auto de proceder fué confirmado en forma integral por el Tribunal Superior de Manizales en providencia fechada el 21 de Abril de 1982.

Tramitada la causa y verificada la diligencia de audiencia pública el 7 de julio de 1982, el jurado de conciencia afirmó la responsabilidad de Conrado de Jesús Noreña Tamayo y declaró que Aldemar González



Montoya no era responsable por el delito que había dado lugar al enjuiciamiento. El Juez del conocimiento acogió el veredicto del jurado y en la sentencia del 13 de julio de 1982 condenó a Noreña Tamayo a la pena de cinco años de prisión y las accesorías correspondientes como autor del delito de homicidio preterintencional en la persona de Carmen Eugenia Salazar González; así mismo absolvió al procesado Ademar González Montoya.

El Tribunal Superior de Manizales al revisar la sentencia aludida por cuanto contra ella se interpuso el recurso de apelación, la confirmó en su integridad el 23 de septiembre de 1982.

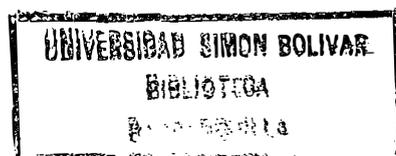
II. En la demanda el señor representante judicial del condenado invoca la causal cuarta de casación, pues estima que la sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, por cuanto en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, y a que el aborto seguido de la muerte de la mujer no puede calificarse como homicidio, sino como aborto sin que tal calificación descarte su probable concurso con el homicidio, en la medida en que este hecho pueda imputarse culpablemente a su autor.

El Código Penal de 1936 al tipificar el aborto seguido de muerte se remitió, pero sólo para los efectos de la determinación de la pena, a la

disposición legal que consagraba el homicidio preterintencional; no obstante esta remisión tenía el limitado alcance señalado, pues sustancialmente las figuras del homicidio preterintencional y del aborto seguido de muerte eran diversas, pues aún cuando el resultado en las dos previsiones legales era la muerte, el propósito en cada una de esas infracciones era diverso: ánimo de ocasionar lesiones personales en el homicidio preterintencional, intención de interrumpir el proceso de la gestación del aborto.

El nuevo estatuto penal, dice el censor, modificó el criterio de la responsabilidad objetiva que para el homicidio preterintencional consagraba la anterior legislación ya que en la codificación vigente el resultado antijurídico mayor -la muerte- no puede atribuirse al agente por su simple acaecimiento, sino en cuanto le hubiese sido previsible al momento de cometer las lesiones que intencionalmente quiso causar.

No es pues acertado decir que el aborto seguido de muerte constituya en la actualidad un homicidio preterintencional, pues a diferencia de otras legislaciones en las cuales el resultado mayor no querido pero previsible da lugar a que el hecho se califique siempre como preterintencional, en la legislación colombiana la preterintención es una de las tres formas de la culpabilidad que no tiene alcance general, sino que opera solo en los casos expresamente determinados por la ley



conforme lo tiene consagrado el artículo 39 del Código Penal.

Considera equivocada la apreciación que se hizo en la sentencia que impugna en el sentido de que desaparecida la figura del aborto seguido de muerte, tal hecho queda ahora recogido por el homicidio preterintencional, pues tal postulado llevaría a la tesis generalizante, pero inaceptable, de que siempre que el resultado mayor sea la muerte de una persona, sería aplicable el artículo 325 del nuevo ordenamiento. La muerte como segundo resultado podría presentarse en los casos de incendio, art. 189; daño en obras de la defensa común, art. 190; provocación de inundación o derrumbe, art. 191; siniestro o daño de nave, art. 193; pánico, art. 194; disparo de arma de fuego contra vehículo, art. 195; tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos, art. 197; obstrucción de obras de defensa o de asistencia, art. 200; violación de medidas sanitarias, art. 203; propagación de epidemia, art. 204; contaminación de aguas, art. 205; corrupción de alimentos y medicinas, art. 106; contaminación ambiental, art. 247; secuestro extorsivo, art. 268; entre otros. En estos casos nadie osaría calificar como homicidio ultraintencional la muerte resultante, aún bajo las condiciones genéricas del artículo 38; en estos eventos, el segundo hecho podría atribuirse a título de culpa, siempre que estén demostrados los elementos de esta forma de culpabilidad.

Afirma que el nuevo código al definir la preterintención en el art. 38 y señalar como único evento preterintencional el homicidio contemplado en el art. 325, no modificó la esencia del homicidio preteintencional, sino la esencia misma de la preterintención, pues esta forma de delito contra la vida solo tiene cabida cuando la muerte ocurre como consecuencia de un delito de lesiones personales, tal como ocurría al amparo de la derogada legislación.

Si la esencia del homicidio preterintencional no ha variado, mal puede deducirse esta infracción a quien no ha tenido el propósito de ocasionar lesiones personales. Si solo se tuvo la intención de ocasionar un aborto, la imputación debe hacerse por este delito y el resultado más grave que supera la intención del agente deberá analizarse a la luz de las normas generales de la culpabilidad, de modo que si resulta probada alguna de las formas de la culpa, el homicidio resultante deberá atribuirse a este título. Si ninguna modalidad de la culpa se estructura, la responsabilidad quedará limitada al aborto.

Como el proceso fue calificado por el delito, de homicidio ultraintencional con desconocimiento del delito de aborto, así esta haya concurrido con un homicidio culposo, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral quinto del artículo 210 del C. de P. Penal.

Finalmente solicita que se acoja la interpretación más genigna para el procesado dando aplicación al artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que dispone que los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna y que, encaso de que prospere la acusación, se conceda a su cliente el beneficio de libertad provisional.

III. En su respuesta a los cargos de la demanda, el señor Procurador Primero Delegado en lo penal luego de precisar el alcance del delito preterintencional, sostiene que en materia de delitos agravados por el resultado, el nuevo Código adoptó varios criterios de acuerdo con la naturaleza del primero. Así el homicidio preterintencional que se tipifica no solo cuando el agente quiere lesionar y ocasiona la muerte, sino cuando este resultado ocurre como consecuencia de maniobras abortivas, en otros casos opta por el concurso de delitos, en otros remite la pena a la consecuencia punitiva más gravosa, en algunos casos consagra el delito complejo y, finalmente, en algunos eventos se orienta por un tratamiento más benigno para el procesado.

El aborto seguido de la muerte de la mujer está comprendido en forma exacta en el artículo 325 del C. Penal, no solo por la específica supresión del artículo 387 del Código Penal de 1936, sino porque en este caso se dan todos los elementos del homicidio preterintencional; además, si el legislador hubiese querido dar un tratamiento particu-

lar al aborto seguido de muerte, lo habría hecho en forma expresa.

La nueva forma como está concebido el homicidio preterintencional recoge el caso ahora planteado, pues el sujeto tuvo la intención de realizar un hecho punible, se produjo un resultado típico más grave, los bienes jurídicos tutelados son homogéneos y entre el delito querido y el resultado producido existe el necesario nexo causal. Se trata en este caso justamente de uno de los eventos consagrados expresamente como preterintencionales, pues el homicidio preterintencional tiene un radio de acción más amplio en la nueva codificación. No se da un concurso de infracciones por cuanto por mandato legal los dos hechos se integraron en una sola figura delictiva.

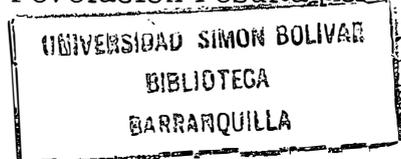
Señala que no hay lugar a la aplicación de la norma legal más favorable porque la situación fáctica se acomoda sin duda a la previsión del artículo 325 del Código Penal. Además, en caso de que se aceptara el planteamiento del recurrente, no cambiaría la genética denominación jurídica de la infracción, pues igualmente es homicidio el culposo como el preterintencional. Pide, en consecuencia, que no se case el fallo recurrido.

CONSIDERANDO

1. La demanda de casación presentada plantea el tema de los delitos

preterintencionales y los delitos calificados por el resultado, cuya clara delimitación ha sido empeño no siempre logrado en el campo doctrinal. Destácase que entre estas dos clases de infracciones existe la común característica de que se pretende la comisión de hecho cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley, pero con la diferencia de que en el delito de carácter preterintencional el segundo resultado constituye el comportamiento que representa la conducta punible, mientras que en los delitos agravados por el resultado, éste no adquiere tal carácter sino que es, apenas, una consecuencia del hecho inicial, que merece un mayor reproche por la mayor intensidad del daño, por la generación de un peligro o la materialización de un provecho.

Como ejemplos de delitos calificados por el resultado podrían citarse los siguientes: la hostilidad militar, que se agrava cuando como consecuencia de la conducta se pone en peligro la seguridad de la nación o sufren perjuicio sus bienes o las Fuerzas Armadas (art.112); la traición diplomática, que contempla un incremento punitivo cuando su comisión produce perjuicio (art. 113); la instigación a la guerra, que da lugar a pena mayor cuando se producen las hostilidades (art. 114); el abuso de autoridad por revelación de secretos, que contempla consecuencia punitiva mayor cuando de la revelación resulta per-



juicio (art.154), el pánico económico, reprimido con más severidad cuando se da la producción de los resultados previstos (art.232); la violación de reserva industrial sancionada más rigurosamente cuando se obtiene provecho propio o de tercero (art. 238), la violación de la libertad de trabajo y el sabotaje que dan lugar a aumento de pena cuando como consecuencia de esas conductas sobreviene la suspensión o cesación colectiva del trabajo (arts. 290 y 291); los delitos contra la libertad y el pudor sexuales, que se agravan cuando como consecuencia de ellos la víctima queda embarazada o se produce contaminación venérea (art. 306 numerales 3º y 4º); las lesiones personales, cuya pena se incrementa cuando dan lugar a parto prematuro o aborto (art. 338) y, el abuso de circunstancias de inferioridad, que se sanciona con pena más severa cuando se ocasiona perjuicio (art. 360).

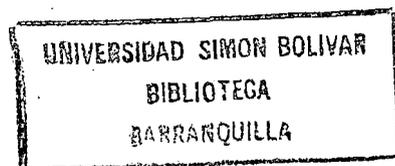
Los hechos anteriormente relacionados a más de estar expresamente contemplados en la ley tienen en común la descripción de una conducta reprimida penalmente que se agrava cuando se presenta un segundo resultado, sin que, por sobrevenir éste, la adecuación típica de la conducta sufra modificación alguna, pues sigue siendo la misma aún cuando mayormente sancionada.

En el plano de la culpabilidad y habida cuenta de que el artículo 5º del ordenamiento penal proscribió toda forma de responsabilidad ob-

jetiva, es evidente que el segundo resultado ha debido ser querido o por lo menos ser considerado como posible para el agente, pues si se presenta de manera fortuita, no le será imputable.

2. El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta definición legal (art. 38) parecería que ninguna diferencia existe entre los delitos calificados por el resultado y los delitos preterintencionales; no obstante, la doctrina ha señalado que estas son características del delito preterintencional: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) la producción de un resultado delictivo mayor que el pretendido por el agente; c) la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) la identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) la calificación legal del hecho según resultado.

De lo anterior resulta, como ya se ha advertido, que la diferencia específica entre los delitos calificados por el resultado y los delitos ultraintencionales, estriba en el hecho de que en los primeros el segundo resultado, aun cuando descrito en la norma, no es el que tipifica el ilícito, mientras que en los otros ese segundo resultado pasa a ser la conducta punible en la norma penal.



Son muchas las respuestas que la doctrina ha dado sobre la culpabilidad en el delito preterintencional, pues mientras algunos teorizantes estiman que el segundo resultado debe imputarse a título de responsabilidad objetiva, otros consideran que el delito preterintencional debe atribuírse a título de dolo, bien sea indirecto o eventual; algunos afirman que el delito preterintencional constituye una forma especial de la culpa, mientras que hay quienes, siguiendo la concepción carrariana, consideran que en ésta clase de delitos se presenta una mezcla de dolo y culpa.

El vigente ordenamiento penal colombiano permite al intérprete escoger entre dos de las anteriores variadas concepciones doctrinarias al señalar que el resultado final que excede la intención del agente debe ser previsible consecuencia de la conducta inicial, de manera, pues que es necesario que respecto del ilícito querido por aquél se establezca su actuar doloso directo y que con relación al resultado se pueda afirmar, bien su proceder doloso indirecto o eventual, ya una actividad culposa.

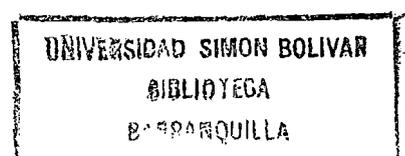
3. Se prohíje una u otra tesis, lo cierto es, sin embargo, que no existe diferencia sustancial en el tratamiento que al delito preterintencional dieron los códigos penales de 1936 y el Decreto 100 de 1980, que rige en la actualidad, salvo en que la derogada legislación penal

no empleó en parte alguna la expresión con que doctrinariamente se conoce esta clase de conductas punibles y, por lo tanto, no existía de ella una definición legal.

La doctrina, empero, dio una noción de delito preterintencional, determinó sus elementos y señaló los casos en que tenían ocurrencia tales infracciones. Concretamente se señalaron como formas preterintencionales el homicidio ultraintencional (art. 365), el aborto seguido de muerte (art. 387) y el abandono y exposición de niños seguido de muerte (art. 396), si bien la única que reunía todos los presupuestos exigidos por la ley y por la propia doctrina era la de lesiones seguidas de la muerte como resultado de ellas.

Como puede observarse de la anterior relación, solo en dos de los delitos calificados como preterintencionales por la doctrina el segundo resultado era la muerte del sujeto pasivo, que a la vez era objeto material de la conducta y, por ende, del resultado ilícito finalmente producido, (la muerte del mismo lesionado, la del propio abandonado o expuesto), pues en el aborto el segundo resultado no era la muerte del sujeto pasivo, el embrión, sino la de la madre y no era ésta, tampoco, sino el hijo, el objeto material de la conducta.

Cabe observar, sin embargo, que durante la vigencia de la anterior



codificación penal, por homicidio preterintencional solo era considerado el comportamiento de quien pretendía ocasionar lesiones personales, incluídas como tales las maniobras violentas abortivas, si como resultado de ellas se producía la muerte, que por esta consecuencia la conducta era descrita en el Capítulo I, del Título XV del Libro 2° (Delitos contra la vida).

4. El nuevo Código Penal no da tratamiento diverso a la entidad jurídica que se estudia, salvo por cuanto da de ella una noción jurídica y establece, de otra parte, que el delito preterintencional requiere consagración expresa.

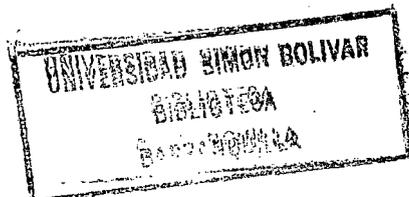
Un repaso cuidadoso de la parte especial del ordenamiento penal lleva a la conclusión de que solamente en el artículo 325 se hace alusión a un delito preterintencional y concretamente al homicidio preterintencional. Debe por tanto, establecerse si en esta fórmula legal cabe únicamente el tradicional homicidio ultraintencional o sí, por el contrario, este precepto tiene un campo de acción menos limitado. En otras palabras, si la disposición hoy vigente contempla solo el caso de quien con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de alguien o si también se refiere a la realización de otros comportamientos delictivos que conducen a la muerte de la víctima.

Para resolverla cuestión basta considerar que, siguiendo los mandatos de la vigente codificación, los elementos del delito preterintencional son los siguientes:

- a) El propósito de cometer un delito determinado. Este aspecto no ofrece controversia alguna; no obstante, permite ratificar que la inicial conducta del agente debe estar tipificada en la ley y realizarse dolosamente (propósito de lesionar, de interrumpir el desarrollo de la vida embrionaria, de abandonar o de exponer al desvalido a su propia suerte).
- b) La producción de un resultado delictivo que exceda la intención del agente, que le pueda ser atribuido a título de dolo indirecto o eventual o, según algunos, a título de culpa. Se trata, en consecuencia, de la producción de un resultado mayor, que es el contemplado en la ley como delito, lo que se repite, permite diferenciar al delito preterintencional de los delitos de doble resultado o delitos calificados por el resultado (homicidio del lesionado, de la madre, de la persona desvalida).
- c) La existencia de una perfecta relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido. Este aspecto tampoco ha dado lugar a controversia, (relación lesiones-muerte, abandono o exposición-muerte); por ello debe precisarse que la ruptura de tal

nexo impediría la atribución al agente del final evento, que, en tal caso, antes que de la conducta del sujeto, sería consecuencia de lo fortuito y advertirse, además, que la ocurrencia de una relación indirecta, como en el aborto (relación maniobras abortivas-expulsión del feto-muerte de la madre) excluye el factor de causalidad directa requerido para el delito preterintencional.

d) Que el objeto material sobre el cual se realiza la conducta sea el mismo material que padece el resultado mayor. Es elemento fundamental de la preterintención la homogeneidad entre el delito pretendido y el delito cometido, vale decir, que los dos tutelen genéricamente los mismos bienes jurídicos, requisito tanto doctrinario como de orden legal, pues existe un criterio inequívoco que permite diferenciar unos bienes jurídicos de otros, de manera que la distribución de los hechos punibles en títulos y capítulos obedece a criterios rigurosos y no a situaciones azarosas o dejadas al capricho o a la arbitrariedad del legislador. Por esta razón debe predicarse la necesidad de que en el delito preterintencional el objeto material es uno, pues de un solo delito se trata, exigencia ésta que emerge del texto legal que a ella se refiere (muerte del lesionado, del desvalido). Como es obvio, si se trata de conducta que afecte objetos diferentes, (muerte del feto y lesiones o muerte de la madre) la solución se encuentra a través de las normas del concurso.



e) La expresa consagración legal de la figura. Así lo exige el artículo 39 del Código Penal, norma conforme a la cual es preciso concluir que en el vigente ordenamiento sólo el artículo 325 consagra el delito preterintencional.

Uno de los elementos del delito preterintencional es el propósito de cometer un delito determinado. La ley no precisa qué clase de delito es el que se pretende cometer, de manera que siguiendo un arraigado criterio hermenéutico y ya que el ordenamiento no distingue, debería aceptarse que, legalmente, ese primer delito puede ser de cualquier índole; sin embargo, doctrinariamente sólo puede serlo el que reúna a cabalidad todos los demás requisitos señalados en precedencia, que únicamente se dan en el de lesiones seguidas, de la muerte de la víctima; sólo en este caso: a) se pretende la comisión de un hecho delictivo (lesiones), b) se produce un resultado mayor (muerte) que excede la intención del agente, c) se presenta una perfecta relación de causalidad entre la conducta inicial del agente y el resultado producido, d) el objeto material sobre el cual se realiza la conducta es el mismo que padece el resultado mayor y e) la figura está expresamente consagrada en el artículo 325 del Código Penal.

No ocurre lo propio en relación con el delito de aborto como consecuencia del cual se produce la muerte de la mujer encinta, infracción en

la que la intención del agente no está, en modo alguno, encaminada a producir un daño en el cuerpo o en la salud de la madre, (que no pocas veces se pretende evitar con el aborto), la expulsión del feto no le causa a ésta deformidad física ni perturbación funcional de sus órganos o miembros, ni perturbación funcional de sus órganos o miembros, ni perturbación psíquica (que en no contadas ocasiones se quiere evitar, por el contrario, con la suspensión del embarazo), ni pérdida de ninguna de las funciones de sus órganos o miembros ni, finalmente, pérdida anatómica de ellos.

La actividad del agente ataca directamente la vida, legalmente protegida, del nuevo ser y, de obtener la interrupción de su desarrollo intrauterino, es éste el delito que comete y el derecho que quebranta, de su suerte que si como resultado de las maniobras abortivas ocasiona daño en el cuerpo o en la salud de la madre o su muerte, este segundo resultado no es ultraintencional, porque la acción inicial no estaba dirigida contra la mujer sino contra su hijo, lo que hace que quede rota la relación de causalidad directa entre lo pretendido y lo producido.

Tampoco se da en el delito de aborto la identidad del objeto material que padece el resultado mayor, porque en él no se pretende causar un daño al embrión sino su muerte, por manera que sí, además de oca-

siona la de la madre y este hecho debió ser considerado como posible por el agente, a la acción dolosa directa tendiente a suspender la vida intrauterina, es preciso sumar la actividad dolosa indirecta o eventual o, cuando menos culposa, a virtud de la cual se suspende también la existencia de la madre, (concurso de aborto y homicidio), como ocurrió en el asunto en estudio.

Por esta razón el legislador suprimió en la actual codificación la referencia expresa que la anterior hacía el delito preterintencional en el aborto no consentido seguido de la muerte de la madre.

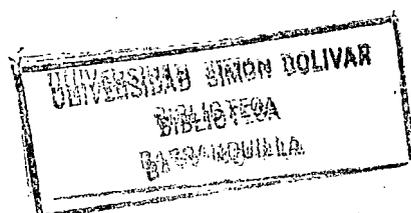
No constituye, tampoco, delito preterintencional el abandono seguido de lesión o muerte del desvalido, lo primero porque, como queda visto, las lesiones no admiten preterintención y lo segundo porque la muerte sobreviniente está expresamente consagrada en el artículo 348 como agravación del delito de abandono de menores y de personas desvalidas y no porque sobrevenga el deceso de éstas cambia la denominación jurídica de la infracción, que sigue siendo la misma, agravada, apenas, por el resultado.

5. Las consideraciones precedentes llevan a reconocer la validez del cargo formulado por el recurrente, pues la conducta que se atribuye al procesado no constituye, como atrás quedó demostrado, un homici-

dio preterintencional sino un concurso de hechos punibles (art. 26), y es, por tanto, procedente la nulidad invocada.

Obsérvese, sin embargo y para responder un planteamiento del impugnante, que no es acertado afirmar que existe delito preterintencional cuando como consecuencia de un delito de peligro común (incendio dañado en obra de defensa común, etc.) o de un delito contra la salud pública (propagación de epidemia, contaminación de aguas, corrupción de alimentos y medicina, etc.), se ocasiona la muerte a una o varias personas, pues si el resultado muerte debió ser previsto o lo fue por el agente, necesariamente tendrá que predicarse el concurso, porque el objeto material sobre el cual recae cualquiera de aquellas conductas es diverso de la persona sobre quien se produce el resultado no querido, como también ocurre en el aborto. Si, por el contrario lo que se pretende por dichos medios es dar muerte a una persona, la respuesta se encuentra en el numeral 3º del art. 324 del Código Penal.

6. Solicita, finalmente, el casacionista que con fundamento en el inciso final del artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que dispone que "Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna", se acoja su tesis que se traduce en consecuencias más favorables para el procesado.



Reiteradamente ha señalado la Sala que el principio de aplicación de la ley penal más favorable consagrado en la Constitución y desarrollado en los artículos 6° del Código Penal y 6° del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene aplicación cuando se presenta el fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo. De modo que las distintas apreciaciones que existen sobre un punto jurídico, en manera alguna obligan al juzgado a que aplique la que no comparte. Tampoco puede invocarse el in dubio pro reo para buscar una interpretación benigna, pues este principio consagrado en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, se aplica durante las instancias y en casos de vacíos probatorios, cuando no haya posibilidad de eliminarlos. En consecuencia, la norma invocada por el recurrente no es de recibo en casación.

Por cuanto se solicitó a favor del procesado el beneficio de libertad por pena cumplida, se procederá a la calificación de la delincuencia, según los lineamientos anteriores de la Sala.

De conformidad con el artículo 44 de la Ley 2° de este año, por medio del cual se subrogó el 453 del Código de Procedimiento Penal, salvo en los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a su excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere

lugar a ella:

"... Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido (...) en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele..."

Los delitos por los que se procede son los de aborto consentido sancionado en el artículo 343 del Código Penal, con pena de uno (1) a tres (3) años, en concurso con el de homicidio culposo reprimido en el artículo 329 ibidem con prisión de dos (2) a seis (6) años, de donde se infiere que la pena aplicable, según el artículo 26, también del mismo código, es la señalada para el delito más grave, dos (2) a seis (6) años, aumentada hasta en otro tanto y, en el caso concreto en estudio, en seis (6) meses más, para un total de dos (2) años y seis (6) meses de pena imponible.

Como el procesado se halla detenido por razón de este asunto desde el día 15 de agosto de 1981, quiere decir que ha descontado de la pena que podría imponérsele dos (2) años, siete (7) meses y veintisiete (27) días, superior a la que debería pagar.

La concesión del beneficio es, pues, procedente.

Para disfrutar de su libertad provisional, el procesado deberá suscribir acta en la que se obligue al cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo 47 de la misma ley (460 del Código de Procedimiento Penal) y para asegurar su observancia, prestar caución prendaria equivalente a dos (2) salarios mínimos, esto es, por la suma de veinticinco mil pesos (\$25.000.00), salvo que compruebe plenamente la imposibilidad absoluta en que se encuentra para reunir esta cantidad mínima, en cuyo caso podrá concedérsele caución juratoria.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

1° CASAR, como casa la sentencia del 23 de septiembre de 1982, dictada por el Tribunal Superior de Manizales dentro de la causa que por delito de homicidio se adelantó contra el procesado Conrado de Jesús Noreña Tamayo;

2° DECLARAR, como declara la NULIDAD del proceso desde al auto de calificación del sumario, inclusive, para que se reponga la actuación y

3° CONCEDER, como concede al procesado Noreña Tamayo, el beneficio de la libertad provisional, por pena cumplida, a que es acreedor, previo el cumplimiento de las condiciones que se señalan en la parte motiva de esta providencia.

SALVAMENTO DE VOTO

Aun cuando compartimos algunos de los planteamientos que se hacen en la providencia de la cual disentimos, con el mayor respeto consignaremos a continuación las razones que nos llevan a salvar voto.

1. Si bien es verdad que la mayoría de las instituciones jurídicas tienen un alcance universal o por lo menos uniforme dentro de sistemas jurídicos afines, no es menos cierto que el alcance y sentido de algunos puntos en particular están determinados por peculiaridades de la legislación que tiene un ámbito de aplicación restringido al territorio en donde ella impera. En otras palabras, es la normatividad vigente el necesario punto de partida para la respuesta a los problemas en particular y, en consecuencia, toda modificación legislativa puede traer distintos modos de resolverlos, con los obvios, distanciamientos o aproximaciones a las soluciones que a esos problemas se da en ordenamientos que rigen en otras latitudes.

Uno de los temas que tiene diversa respuestas en las legislaciones es el del delito preterintencional, que representa una modalidad de los delitos calificados por el resultado y que bien puede ser considerado como forma delictiva independiente; como la concurrencia de dos hechos punibles, uno de ellos querido por el agente y otro vinculado al primero pero que sobrepasa el querer del autor; así mismo la forma preterintencional puede estimarse como modalidad agravada del hecho pretendido, o como una especie atenuada del hecho que finalmente se produjo; en fin, puede el ordenamiento no consagrar solución alguna sobre este aspecto a fin de que el intérprete resuelva los casos que se presenten, con apoyo en los principios que orienten esa codificación.

El Código Penal de 1980 contempla en forma expresa la preterintención como una forma de culpabilidad (art. 35) y da de ella una definición al señalar que "La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente" (art. 38). Dispone, además, que el delito preterintencional debe tener consagración expresa (art. 39).

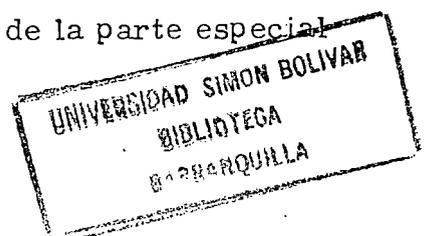
2. En la sentencia de la cual nos apartamos se hace una afirmación que desconoce el mandato legal y toma un rumbo radicalmente opuesto al consignado en las actas de la comisión redactora. En efecto, se

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

lee en la sentencia: "... es necesario que respecto del ilícito querido por aquél (por el agente) se establezca su actuar doloso y que con relación al resultado se pueda afirmar, bien su proceder doloso indirecto o eventual, ya una actividad culposa" y más adelante puntualiza entre los elementos y del delito preterintencional: "b) La producción de un resultado delictivo que exceda la intención del agente, que le pueda ser atribuído a título de dolo indirecto o eventual, o según algunos, a título de culpa". (Los subrayados son del texto citado).

Las anteriores afirmaciones contradicen el querer de la comisión redactora del proyecto de 1974, que fue acogido por las comisiones designadas posteriormente. En efecto, en el Acta N°52 el Comisionado Reyes Echandía sintetizó la idea directriz del nuevo ordenamiento en relación con el tema que nos ocupa, en los siguientes términos.

"Acepto, al igual que el doctor Romero, con relación a la preterintención, que no se trata de una forma diversa de culpabilidad, pues este fenómeno se presenta en los tipos de doble resultado, el primero de los cuales debe ser imputado a título de dolo y el segundo a título de culpa. Con el anterior planteamiento encuentro aceptable la fórmula propuesta por el doctor Gaitán, máxime si se tiene en cuenta que si el Código define los conceptos de dolo y de culpa, debe definir también el de preterintención, que existe en varios tipos de la parte especial del vigente estatuto".



No se trata, sin embargo de la voluntad de la comisión redactora, sino del texto legal que en la actualidad rige, pues del tenor de sus disposiciones conclúyese que los apartes de la sentencia que se dejaron transcritos desconocen claros mandatos legales. En efecto, existe una señalada diferencia entre el dolo eventual y la culpa, pues mientras en esta forma de dolo el sujeto acepta la realización del hecho previendo como probable el resultado, en la llamada culpa con previsión, el agente se representa el resultado, pero actúa en la confianza de poder evitarlo.

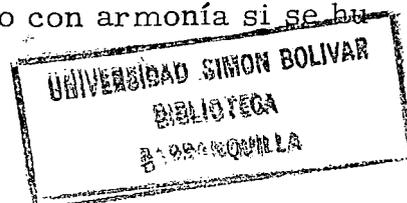
Cuando el artículo 38 del C. Penal señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente, está por supuesto descartando toda forma de resultado que pueda atribuirse a caso fortuito, pues éste siempre es imprevisible o inevitable y descartando igualmente un resultado que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esta forma de dolo el resultado no excede la intención del agente, sino que se acepta o asume, una vez que, advertida la probabilidad de su acaecimiento, el sujeto de todas maneras actúa. Para efectos de la imputación a título de dolo, tanto da querer directamente el evento, como saber que se puede producir si no se hace nada para evitarlo.

De suerte que, a nuestro entender, la decisión de la Sala contiene un

notorio error conceptual, derivado de la afirmación de que en el delito preterintencional el segundo resultado puede atribuirse a título de dolo indirecto o eventual. Esta aseveración no solo desconoce los antecedentes y preceptos citados; llega también a la contradictoria conclusión de que una conducta dolosa en su integridad, no sea dolosa, con todas las consecuencias punitivas que de ello se derivan, sino de carácter preterintencional. De aceptarse este planteamiento la regulación expresa de la preterintención carecería de sentido.

3. También discrepamos con la solución que se da el caso planteado por el recurrente. En verdad que frente a un aborto seguido de muerte pueden ser acogidas dos posiciones diferentes: o se trata de un concurso de hechos punibles (aborto doloso en concurso con homicidio culposo), o constituye un homicidio preterintencional.

Las dificultades que ofrece el vigente texto legal tienen como punto de partida el defectuoso desarrollo que en la parte especial se dio a los delitos preterintencionales en particular, habida cuenta de que no es explicable que se haya omitido la expresa referencia al aborto seguido de muerte (trátase de aborto consentido o no consentido, pues la muerte puede ser el resultado de uno cualquiera de esos comportamientos) y en cambio se haya regulado el abandono de menores y personas desvalidas seguido de muerte. Se habría procedido con armonía si se hu-



bieran consagrado todas las formas preterintencionales, como lo hacía el proyecto de 1978, o si se hubiera tipificado solo el homicidio ultraintencional, en el entendido de que todos los demás casos en que se pretende la comisión de un delito menor que da lugar a la muerte del sujeto pasivo, quedarían cobijados por esta genérica regulación.

Una interpretación restringida de la institución llevaría a considerar que las únicas formas preterintencionales, en virtud de las exigencias de su expresa regulación, solamente serían la muerte ocasionada por quien sólo quería lesionar y el abandono de menores y de personas desvalidas, seguido de muerte, por cuanto a pesar de que allí no se hace referencia a la concreta denominación de esta forma de culpabilidad, corresponde a la noción que de la preterintención se da en la parte general y tiene una expresa consagración en la ley. Sin embargo, el entendimiento restrictivo de la institución no se compe- dece con el criterio generalizante que en esta materia se adoptó en la parte general, a más de que conduciría a disímiles e inequitativas respuestas en el ámbito de la punibilidad.

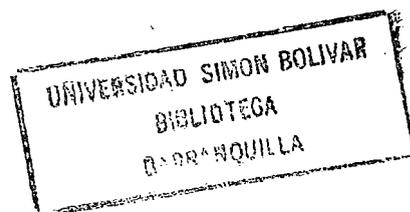
En efecto, de aceptar una interpretación restricta, tendría que concluirse, que mientras las lesiones y el abandono seguidos de muerte son formas prterintencionales, el aborto seguido de muerte, representa un concurso de delitos en donde el primer hecho (aborto) se atri-

buiría a título de dolo y el segundo (homicidio) a título de culpa, siempre que se den los presupuestos para la existencia de ésta.

Esta solución que aisladamente considerada resulta inobjetable, conduce como se dijo, a dar un tratamiento fraccionario y diverso a hechos que son sustancialmente equivalentes, con desconocimiento del criterio generalizador que a la preterintención dio el legislador en la parte general, y con la consecuente disparidad con que serían tratados, en el campo de la pena, hechos de muy similares características.

Es evidente que la regulación que a la preterintención da el nuevo ordenamiento penal es diversa de la que a esa institución daba la legislación de 1936, pues mientras en la derogada codificación ni siquiera se empleaba esta expresión -lo que no indica que no tuviera un desarrollo doctrinario y jurisprudencial- el Decreto 100 de 1980 la define y señala sus notas esenciales. Es cierto, repetimos, que el desarrollo que se le dió en la parte especial no fue el más afortunado, pero deben ser estos textos legales el punto de partida para cualquier respuesta.

El artículo 325 define el homicidio preterintencional en forma bien diversa de como lo hacía el código anterior, pues mientras en aquella



codificación el sujeto debía actuar con el propósito de ocasionar una lesión personal, para la vigente codificación este hecho punible se comete cuando preterintencionalmente se mata a otro.

Ahora bien, como de conformidad con lo dispuesto en la parte general la conducta que da lugar a esta forma de delito puede ser de cualquier clase, bajo la condición de que esté tipificada, es obvio que en la ley que hoy rige habrá homicidio preterintencional cuando se quiere un delito distinto del homicidio y se produce la muerte del sujeto pasivo, siempre que se den en su totalidad los demás elementos que integran la figura.

En consecuencia, en nuestra opinión la forma genérica como hoy aparece redactado el homicidio preterintencional, permite subsumir dentro de esa figura no solamente las lesiones seguidas de muerte, sino también el aborto seguido de muerte, pues también en este caso se quiere la comisión de un hecho delictivo y de su realización se deriva la muerte no querida, pero previsible, del objeto material personal sobre el que ha recaído el comportamiento del sujeto agente.

Además, es evidente la similitud que en el plano de la realidad presenta el delito de lesiones personales y el de aborto, pues también en este hecho punible se ocasiona un daño en el cuerpo o en la salud de la mujer embarazada. Si en los dos casos se presenta la muerte como

resultado no querido, pero previsible, es obvio que la conclusión jurídica para ellos no puede ser diferente.

De no aceptar este planteamiento tendría que concluirse que toda la teorización del nuevo ordenamiento se hizo para una sola posibilidad fáctica, lo que contraría el carácter generalizante que se dio a la institución.

Finalmente cabe observar que cuando en la sentencia de la cual nos apartamos se señalan los elementos del delito preterintencional, se ejemplifica en tres diversas ocasiones con el aborto seguido de muerte; no obstante, en el momento de la conclusión, la respuesta se encamina sorpresivamente en otra dirección.

4. EL ABORTO EN NUESTRA LEGISLACION

Como quiera que deseamos examinar detenidamente en este capítulo, los elementos que conforman la estructura penal del tipo que nos ocupa, y por razones de metodología lo hemos clasificado así:

A- Elementos tipificadores del delito

- Existencia del embarazo
- Interrupción del embarazo
- Existencia de dolo
- Relación de causalidad entre la actividad del agente y la interrupción violenta del embarazo.

B- Sujetos

- Activos
- Pasivos

C- Medios

- Materiales

Físicos

Mecánicos

Químicos

Morales

Veamos ahora cada uno de estos puntos.

4.1. ELEMENTOS TIPIFICADORES DEL DELITO

4.1.1. Existencia del embarazo

Recordaremos que la inexistencia del objeto material de delito en el momento en que se desarrolla la conducta del actor, y aunque el comportamiento desplegado sea idóneo, conlleva a la tentativa imposible. En el delito que nos ocupa, si se ejecutan prácticas abortivas sobre una mujer que equivocadamente se cree en estado de gestación, por muy adecuados que sean los medios empleados para la consumación del delito, ésta es imposible por inexistencia de la pretendida víctima -feto-, mal podría abortar que la gravidez es condición esencial para la existencia del delito de aborto, y una vez comprobada su preexistencia por medio del dictamen médico pericial, tendremos demostrado el cuerpo del delito.

Sin embargo hay un producto patológico del útero, conocido con el

nombre de "mola o mola matriz", que presenta características muy semejantes a las del feto y que crece en forma que presente todas las manifestaciones de la gravidez. Pero como no es un ser vivo ni producto de la concepción, su presencia en las entrañas de la mujer no implica embarazo; por lo cual su expulsión, aunque se cause mediante el empleo de abortivos, no constituye este delito, a pesar de que el agente proceda en la creencia de que elimina un feto.

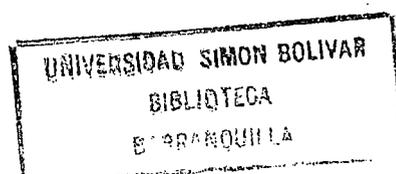
Existen otras manifestaciones conocidas con el nombre de embarazo nervioso o psicológico consistentes en la suspensión de la menstruación, en la dilatación del vientre y en todas las demás que presenta la mujer realmente grávida. Pero como tales manifestaciones tampoco constituyen preñez, el uso de maniobras abortivas encaminadas a suprimir el feto, en cuya existencia erróneamente se cree, tampoco entraña aborto consumado ni imperfecto. En los casos anteriores la conducta del agente se sanciona como tentativa imposible, a pesar de que, como lo dijimos anteriormente, si la conducta del agente es inidónea para producir el resultado previsto en el tipo legal o si se verifica sobre objeto material inexistente, en uno y otro caso tal comportamiento no encuadra en la descripción típica, es un dispositivo amplificador del tipo, porque nuestro legislador, siguiendo el pensamiento positivista de la peligrosidad social, sanciona el autor de tal acción con una pena que partiendo de la prevista para el delito que quiso consumar, puede

ser discretamente disminuida e incluso prescindir de ella, siempre que sean favorables los factores señalados en el Código Penal. Es pues otro caso en que el Legislador, apartándose del criterio dogmático en virtud del cual la aplicabilidad de una sanción está supeditada al hecho de que alguien efectivamente haya realizado conducta típica que lesione o ponga en peligro el bien jurídico que se pretendió defender, irrogasanción a persona que apenas en conciencia delinquirió pero realmente no podía hacerlo.

Hoy esta figura no tiene ninguna justificación y afortunadamente ha sido suprimida en anteproyecto del Código Penal.

4.1.2. Interrupción del embarazo

A cerca de la configuración del aborto existe disparidad de criterios entre los tratadistas; es así como algunos consideran esencial la expulsión del feto, aunque el producto de la concepción muera, mientras para otros no, entre los que está Rendón Gaviria quien afirma "el delito de aborto se integra cuando se produce la muerte del feto, bien sea por expulsión prematura o por destrucción dentro del claustro materno, habiendo por parte del agente la intención de dar muerte al feto". En el mismo sentido Maggiore nos dice "Decimos "Interrupción de la preñez" y no "expulsión del producto de la concepción",



porque en sentido legal puede haber aborto sin expulsión, dando muerte al embrión o al feto dentro del útero materno, sin expulsarlos. No importa que el feto sea expulsado ya muerto o que muera después de haber sido expulsado vivo, como consecuencias de las prácticas abortivas. Pero si estas hubieran recaído sobre un feto ya muerto en el útero materno, no habrá delito por falta de objeto, y si a pesar de dichas prácticas, el feto sobrevive, no habrá tampoco delito, por falta de daño.

Referente al momento de la interrupción del embarazo, nuestra legislación contempla que puede ocurrir desde el momento de la gestación, cuando el embrión se está formando. Lo importante en ellas es la interrupción de la gestación sin importar el momento en que se produzca.

La interrupción debe ser violenta, pues si el aborto es espontáneo no existe delito alguno. Además debe ser ilegítima y voluntaria. Esta violencia puede ser por medios materiales o morales. Mientras en la interrupción espontánea o natural surge por causas patológicas o por caso fortuito.

La interrupción del embarazo es ilegítima cuando es contraria al derecho. Lo que no sucede si se tiene por objeto salvarle la vida a la

madre, que se halle en peligro. Caso este contemplado en el artículo 25, ordinal 3º del Código Penal Colombiano y que es llamado "Estado de necesidad".

La interrupción además debe ser voluntaria, ya que si no se quiere el resultado, el delito carece de elemento moral y entonces no se puede hablar de aborto provocado, siendo indispensable la intención, porque nuestro ordenamiento jurídico no sanciona la culpa para el caso de aborto.

4.1.3. Existencia de Dolo

La culpabilidad se manifiesta a través de dos formas extremas y una intermedia, las primeras son el dolo y la culpa y la segunda, la preterintención. Alfonso Reyes Echandía.

Existen cuatro teorías sobre el dolo que son: la de la representación, la finalista, la de la voluntad y la unitaria.

4.1.3.1. Teoría de la Representación

Consideran los partidarios de esta teoría que para la existencia de dolo es suficiente una representación mental del resultado de la propia conducta.

4.1.3.2. Teoría de la Voluntad

Constituye la doctrina clásica del dolo y sostienen sus seguidores que lo determinante es la intención, la voluntariedad del resultado. Así lo define Carrara como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley"¹.

4.1.3.3. Teoría Finalista

Los finalistas plantean que se trata de un hecho psicológico caracterizado por la intención de llevar a cabo el resultado de la conducta.

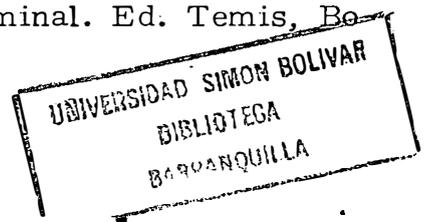
4.1.3.4. Concepción Unitaria

Recoge las ideas centrales de las anteriores teorías y define el dolo como "La voluntad de realizar un hecho típico y antijurídico, previsto y querido por el agente. De lo que se deduce dos aspectos o momentos que integran el dolo:

- A- El cognoscitivismo o intelectual
- B- El volitivo o intencional.

Uno de los requisitos indispensables para la configuración del aborto

1. CARRARA, F. Programa de Derecho Criminal. Ed. Temis, Bogotá 1957.



es el elemento moral o psicológico del delito, o sea la intención de interrumpir el embarazo. En el agente debe existir el ánimo de producir el aborto conociendo el estado de preñez de la mujer y empleando los medios que sabe idóneos para la obtención del resultado de - seado-muerte del feto.

Otra de las formas de manifestación de la culpabilidad es la culpa y de ella nuestro código penal se ocupa en el artículo 37 diciendo "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder de evitarlos".

Respecto de la culpa en materia penal nuestro Legislador optó por determinar de manera expresa los casos respecto de los cuales se puede deducir responsabilidad penal a título de culpa y dentro de ellos no aparece el aborto.

4.1.4. Relación de causalidad entre la actividad del agente y la interrupción violenta del embarazo

Entre el acto humano y el resultado delictuoso producido debe existir una relación de causalidad; sin ésta no existe jurídicamente la acción. De igual manera para que el resultado dañoso producido pueda increi-

minarse a un sujeto determinado, debe existir el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido en ella.

Dentro de las teorías planteadas para explicar la relación de causalidad, se destacan:

4.1.4.1. Teoría de la causa única y absoluta

Esta teoría se anuncia en los siguientes términos "Los golpes y las heridas son o no son mortales de suyo; cuando lo son, el que las ha causado es verdadero reo de homicidio, aunque la muerte no sea inmediata sino que tarde en venir, cuando no lo son, no puede tenerse como tal, aunque por descuido o mala asistencia o por imprevistos ocurra una desgracia, no debiendo responder de ello, quienes no lo han causado.

4.1.4.2. Teoría de la equivalencia de condiciones

Se explica esta teoría diciendo que todo efecto tiene pluralidad de condiciones causales y que en el nexo, cada una de éstas condiciones es igualmente necesarias para un resultado haciéndose necesario para el derecho, considerar como causa cualquiera circunstancia sin la cual el resultado no se hubiera producido, esto es, que suprimida mental-

mente, de como resultado la no producción del efecto dañoso.

En los delitos de omisión se tiene la condición cocausal cuando agregada mentalmente a la acción omitida, elimina el resultado.

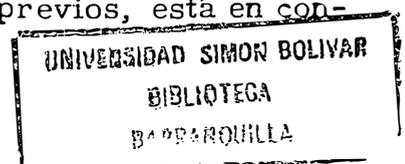
4.1.4.3. Teoría de la Causa adecuada y adecuación

Es expresada así: "Toda condición debe ser adecuada para que cause el resultado, condición adecuada es aquella generalmente apropiada para producir un determinado efecto o resultado de acuerdo al orden natural ordinario de las cosas"

4.1.4.4. Teoría de la acción finalista

HANS KELZEL, la sintetiza así: "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es por lo tanto, un acontecer finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede proveer en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse de diversas índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos.

Sobre la base de estos conocimientos causales previos, está en con-



diciones de dirigir el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo determina así de modo finalista. La finalidad no es actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, sino que es resultante de los componentes causales circunstanciales ocurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente" y la causalidad es "ciega".

4.2. SUJETOS DEL DELITO

En toda conducta humana existe la presencia de dos sujetos, el que actúa y aquel en relación con el cual la conducta produce un determinado efecto jurídico; el primero se llama sujeto activo y el segundo sujeto pasivo.

4.2.1. Sujeto Activo

Se conoce con este nombre el autor de la conducta típica llamado también agente, actor o sujeto-agente.

Sujeto activo del delito de aborto puede ser:

1. La mujer gestante

Cuando es ella misma la que ejecuta las prácticas abortivas, así como cuando consiente en que otro las realice, caso en el cual ambos son responsables.



2. Un Tercero

Que puede ser cualquier persona, familiar o no de la mujer, un médico o un partero. El tercero es responsable haya o no prestado la mujer su consentimiento; si no media el consentimiento la pena se agrava.

3. Ambos a la vez

Cuando la mujer consiente en que otro lo realice. Para los casos de coautoría y complicidad en la comisión del delito se aplica lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Código Penal.

4.2.2. Sujeto Pasivo

Entendemos por sujeto pasivo la persona titular del bien jurídico que el legislador quiso proteger en el respectivo tipo legal y que resulta afectado por la conducta del sujeto agente.

El sujeto pasivo de este delito:

1. El feto vivo

Es sujeto pasivo del delito de aborto en todas sus modalidades.

2. El feto y la mujer embarazada

Sucede esto cuando la mujer grávida no presta su consentimiento, caso este en que ella se constituye sujeto pasivo secundario y el feto sujeto primario.

4.2.3. Medios Comisivos

Para obtener el fin propuesto por el actor, este debe valerse de ciertos medios, que han de ser idóneos y adecuados, es decir, que conduzcan indefectiblemente al resultado querido. En materia de abortos y debido a la antigüedad de estas prácticas el hombre ha empleado desde los métodos rudimentarios-bebedizos, ganchos, agujas, etc.-hasta los más sofisticados - curetajes, inyecciones, etc. - para obtener la interrupción del embarazo.

4.3. CLASIFICACION

Debido a la diversidad de los medios empleados para provocar el aborto, éstos se han clasificado en: Materiales que a su vez pueden ser físicos, mecánicos, químicos y conductas omisivas del agente, y en morales que actúan directamente sobre el ánimo de la mujer embarazada.

4.3.1. Medios Físicos

Lo constituyen los objetos de que se vale el agente para provocar el aborto, y esta clase de medios denominaron "drásticos" los romanos por su efectividad.

Entre los medios físicos de mayor uso está la ingestión de purgantes que administrados en alta dosis y a mujeres predispuestas producen resultados muy efectivos. Sobre ésto nos dice Uribe Cualla "La mayoría de estas sustancias vegetales producen -fenómenos inflamatorios gastrointestinales y congestione en la mayor parte de las vísceras, debiendo a su acción congestiva localizada en la matriz, contribuir a la producción del aborto.

4.3.2. Medios Mecánicos

La utilización de dispositivos materiales para golpear u oprimir violentamente el vientre de la mujer grávida y así obtener el aborto, es quizás el método más antiguo y rudimentario usado por el hombre para interrumpir el proceso fisiológico de la gestación.

Hoy día y a pesar del gran avance científico de la humanidad, son muchas las mujeres que se practican o permiten que se les practique un

aborto mediante opresión violenta del vientre, perforación del útero o similares, trayendo como consecuencia, en la mayoría de los casos, la muerte de la paciente o la aparición de complicaciones posteriores.

4.3.3. Medios Químicos

Durante la gestación el organismo femenino goza de un equilibrio hormonal que puede ser alterado mediante la administración de ciertas sustancias químicas o fármacos; constituyéndose así otro medio para provocar el aborto.

La omisión de ciertos cuidados a los que debe someterse la mujer embarazada también puede ser causa de aborto.

4.3.4. Medios Morales

Como dijimos anteriormente, de dos clases son los medios utilizados para interrumpir el embarazo: Materiales, que actúan directamente sobre el cuerpo de la mujer grávida y Morales que lo hacen sobre su psiquis.

Es sabido por todos y está demostrado científicamente que una fuerte impresión puede ocasionar un choque emocional capaz de alterar el

equilibrio hormonal que posee la mujer durante el proceso fisiológico de la gestación.

Este medio se hace más eficaz cuando la mujer es fácilmente impresionable, situación ésta que conoce y aprovecha el sujeto activo.

4.4. EFICACIA E IDONEIDAD DE LOS MEDIOS

Para que el agente obtenga el resultado deseado, debe desarrollar una conducta adecuada, lo que comprende necesariamente la utilización de los medios idóneos y eficaces.

La idoneidad se refiere a la disposición o suficiencia del medio, para producir el resultado antijurídico, la eficacia a la fuerza para obrar y hacer efectivo el propósito.

Tenemos entonces que la idoneidad es global y la eficacia debe analizarse para cada caso particular, ya que depende no solo de la actividad desplegada por el agente, sino también de las condiciones sicosomáticas de la mujer encinta.

5. FORMAS DE ABORTO

El aborto puede ser espontáneo o natural y provocado o inducido.

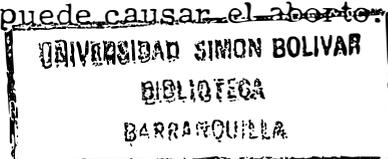
5.1. ABORTO ESPONTANEO O NATURAL

Aunque este carece de relevancia jurídica, creemos conveniente estudiarlo a grandes rasgos.

Recibe este nombre cuando se produce por alguna causa en la madre o en el huevo-feto, placenta y membrana.

Las causas maternas pueden ser:

a- Locales, vale decir, del aparato genital, como son inflamación de la mucosa uterina por sífiles, tuberculosis, blenorragia o diversas enfermedades infecciosas, o por alteraciones de las secreciones internas, en especial secreción insuficiente del cuerpo amarillo del ovario, o inflamaciones de las vécinidades del útero. Otras veces un defecto en el desarrollo o posición del útero puede causar el aborto.



b. Generales: Son también múltiples, infecciones agudas o crónicas intoxicaciones, enfermedades del corazón, de la sangre, del hígado, del aparato urinario, etc. También pueden causarlo traumatismos o accidentes, ejercicio violento, coito muy violento, especialmente en el tiempo en que habría tenido que aparecer la menstruación. A veces un susto o una impresión muy grande bastan para provocarlo.

Causas en el huevo

Las intoxicaciones, traumatismos o infecciones de la madre puede lesionar el feto provocando el aborto. Si la placenta sufre infartos (obstrucción de los vasos), o las vellosidades degeneran tomando el aspecto de granos de uva (mola hidratiforme), se provoca a menudo la expulsión prematura del huevo. Son también una causa importante del aborto la presencia de un exceso de líquido amniótico (líquido que rodea el feto), exceso a menudo ligado a embarazo gemelar; ciertas anomalías del cordón umbilical, etc.

El aborto espontáneo ha sido clasificado así:

1. Aborto completo: cuando todo el producto de la concepción ha sido expulsado.
2. Aborto diferido: Si entre la muerte del feto y la expulsión existe algún tiempo.

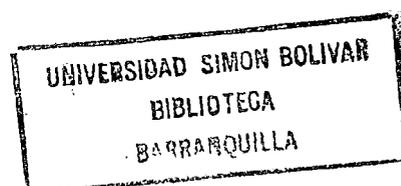
3. Aborto ovular: Cuando tiene lugar durante los dos primeros meses del embarazo.
4. Aborto embrionario: Si ocurre durante el tercero y cuarto mes.
5. Aborto embrionario: Si ocurre después del cuarto mes.
6. Aborto habitual: Consiste en una sucesiva producción de abortos en cada período de embarazo, y
7. Aborto incompleto: Si el producto de la concepción no es expulsado totalmente.

5.2. ABORTO PROVOCADO O INDUCIDO

Es el producido voluntariamente con el objeto de dar fin al embarazo

Se clasifican así:

- Aborto Consentido
- Aborto no Consentido
- Aborto honoris causa
- Aborto terapeutico
- Aborto eugenésico
- Aborto preterintencional
- Aborto de carácter económico



- Aborto ético.

Estudiemos detenidamente cada uno.

5.2.1. Aborto Consentido o Propio

Es una forma privilegiada y se caracteriza por que en ella media permiso, autorización, manifestación de voluntad por parte de la mujer grávida.

Respecto del consentimiento nos dice el Doctor Pedro Pachecho Osorio que debe ser prestado por persona capaz, o sea, que haya cumplido 14 años de edad, que no se encuentre en estado de inconciencia alineación mental, embriaguez, etc., y que no se haya obtenido mediante violencia o engaño.

En lo referente a la edad no estamos de acuerdo con lo expuesto por el maestro Pacheco Osorio y creemos como el Doctor Luis Carlos Pérez que esta no es más que un criterio de referencia para precisar el discernimiento pero carece de significación para que a la mujer de 14 años se le considere incapaz.

Este tipo penal es contemplado por nuestro código en el artículo 343 así:

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

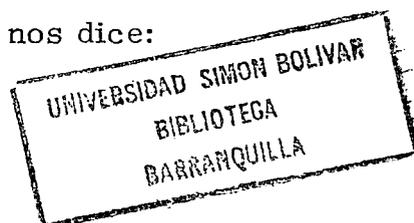
"En la misma sanción incurrirá el que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada".

Analizando el artículo tenemos: Del inciso 1° se desprenden dos hipótesis a saber:

1. Aborto causado por la mujer misma o autoaborto.
2. Cuando la mujer embarazada permite a un tercero que le cause el aborto. En este caso la actitud tomada por la mujer no es de simple tolerancia, sino de cooperación, sea porque tome el brevaje, sea que facilite la aplicación de la inyección, o se coloque en posición obstétrica, en fin que su conducta la implique. Además el permiso debe estar seguido de actos ejecutivos del delito ya que el mutuo consentimiento de la embarazada no se reprime.

El inciso 2° contempla la conducta delictuosa del tercero que procura el aborto de la mujer encinta con su consentimiento.

Analicemos la significación y alcance del verbo procurar, por ser el núcleo rector de este tipo penal. El diccionario nos dice:



"Procurar: Hacer esfuerzo por causar. Así las cosas, tenemos que el simple esfuerzo no necesariamente conlleva el resultado querido, ahora, si el tercero simplemente suministra los medios necesarios a la mujer, en cierta forma está procurando el aborto, si ella no los utiliza sólo se dan los actos preparatorios sin ningún resultado o consecuencia. Será justa la incriminación de esta conducta?"

Las consideraciones anteriores nos llevan a concluir que el empleo de este verbo en la descripción de la conducta típica es incorrecto y como lo expresa Pacheco Osorio se utilizó como equivalente de causar. Afortunadamente el proyecto de Código Penal corrige esta falla en el artículo 446, inciso 2°.

5.2.2. Aborto No Consentido

Como su nombre lo indica, este tipo penal se determina por la ausencia del consentimiento de la mujer embarazada, agravando la figura.

Veamos el texto del artículo 344, inciso 1°, que describe esta conducta.

"El que causare al aborto de una mujer sin su consentimiento incurrirá en prisión de uno a seis años".

La ausencia total de consentimiento es el elemento básico de esta figura, al respecto nos comenta Antonio Vicente Arenas, que tiene lugar, cuando éste no es prestado en forma alguna, o que habiendo sido otorgado por la mujer, adolece de vicios que lo invalidan.

"Más adelante agrega: Es por consiguiente el Juez quien debe resolver el caso concreto y de acuerdo con su prudente arbitrio, teniendo en cuenta las circunstancias físicas y síquicas de la mujer, si se trata o nó, de un aborto consentido". Recomendación ésta que acogemos por considerarla sensata y correcta.

5.2.3. Aborto Honoris Causa

Es otro tipo privilegiado de aborto que consagra nuestro código en su artículo 345 así:

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

Sobre el concepto de honor no se ha logrado un criterio unánime y tal vez no se consiga en el futuro por tratarse de algo eminentemente sub-

jetivo cambiante e impreciso y al decir del Tratadista Luis Carlos Pérez, ha degenerado siempre en forma caprichosa frecuentemente, encubridoras de impulsiones malsanas", idea esta que compartimos.

El honor que se tutela en este artículo es el de la gestante y no el de quién realiza el aborto cuando éste es un tercero, caso en que debería condicionarse a la voluntad de ella, adecuando así la conducta de esa persona a la figura descrita en el artículo 387, inciso 1°.

El proyecto de Código Penal le da un nuevo enfoque, es así como en su artículo 449 dice:

"La mujer que para ocultar su deshonra se causare el aborto o permittiere que otro se lo causare, incurrirá ...".

Veamos con satisfacción como están relegando una serie de conceptos que no son más que el producto de una cantidad de principios obsoletos, condenados a desaparecer - para fortuna del hombre-, con el desarrollo social de la humanidad.

5.2.4. Aborto Terapéutico o Necesario

Esta forma de aborto provocado se dá cuando se pone fin al proceso de

gestación con el objeto de proteger la salud de la mujer embarazada o de salvarle la vida, gravemente amenazada por la preñez.

Nuestro código penal no preveé este caso cuando se ocupa del aborto. Pero los expositores del Derecho en Colombia, conceptúan unánimamente que esta conducta no es punible ya que se trata de un verdadero estado de necesidad, causal de exclusión de la antijuridicidad contemplada por el numeral 3°. del artículo 25 del Código Penal, y que transcribiremos a continuación:

"El hecho se justifica cuando se comete:

"3° Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

El proyecto de Código Penal llena este vacío, disponiendo en su artículo 451: "No habrá lugar a responsabilidad si el aborto a sido causado por médico, con la exclusiva finalidad de salvar la vida o la salud de la mujer de un grave, actual o inminente peligro, que no haya podido evitarse por otro medio y siempre que ésta no se hubiere opuesto."

De conformidad con lo anterior, son requisitos de esta figura:

1. Que el aborto sea causado por un médico: Requisito este que consideramos necesario puesto que en todos los casos aquel debe practicarse por personal capacitado, pues dejarlo en manos de personas inexpertas es exponer a la mujer a un riesgo mayor, dejando sin sentido la práctica del aborto.
2. Que la finalidad del aborto sea, salvar la vida o la salud de la mujer de un grave, actual o inminente peligro. Entendemos que el término salud, debe comprender tanto la salud física como la mental (peligro de perturbaciones mentales) y la psíquica (equilibrio psicológico).
3. Que ese peligro no haya podido evitarse por otro medio.
4. Que no exista oposición por parte de la embarazada.

Con la legalización del aborto terapéutico en Colombia se dará un paso progresivo en nuestra legislación y que atiende a las necesidades concretas de la sociedad, fin éste que debe perseguir toda ley.

5.2.5. Aborto Eugenesico

Es el practicado para evitar el nacimiento de niños con serias anomalías físicas o mentales.

Con el desarrollo de la ciencia médica, se ha facilitado la investigación en la etapa prenatal de las enfermedades hereditarias y las anomalías de carácter cromosomática, lo mismo el grado de afectación en casos de pildoromanía, que como es sabido provoca malformaciones en el feto, tales como deformidades en las extremidades inferiores, o carencia de las superiores, afección que se ha denominado Focomelia.

Recordemos el tan sonado caso de la Talidomida, sustancia fabricada y vendida en píldoras tranquilizantes y somníferas, por una compañía alemana en 1957, lanzada al mercado con no menos de 57 nombres diferentes, dejando más de 8.000 niños de todas las nacionalidades afectados con deformaciones físicas, producidas por sus efectos nocivos.

Es cierto que la talidomida fué recogida en todo el mundo, pero, este caso es sólo una muestra de la comercialización de la medicina, situación ésta que debe ser controlada por el estado en bien de sus asociados, infortunadamente no es así.

Se estará atentando contra la salud síquica de la mujer, no solo durante el embarazo, por la angustia de cual será la irregularidad del niño concebido, sino después del nacimiento, por el serio sentimiento

de culpabilidad que ha de aquejarla ante la vista de su hijo afectado.

Creemos que es más humano y sensato, dejar en libertad a la madre para practicarse un aborto, en este caso, tutelando de esta manera su salud mental, lo mismo que la tranquilidad y armonía familiar.

5.2.6. Aborto Preterintencional

Inicialmente hagamos algunas consideraciones sobre la preterintención.

Al respecto nos dice Alfonso Reyes que es el punto intermedio entre el dolo y la culpa. Se dá cuando el resultado antijurídico de la conducta va más allá de la intención del agente.

La doctrina exige tres requisitos para la configuración del delito preterintencional, a saber:

1. Voluntad dirigida hacia la producción de un determinado evento típico y antijurídico.
2. Verificación de un resultado final diverso del querido; es decir, que el evento que supere la voluntad del agente, va más allá de su propio querer.

3. Homogeneidad entre el resultado querido y efectivamente obtenido, de tal manera que el evento final sea del mismo género del evento inicial.

Más adelante dice el maestro Reyes que el delito ultraintencional es una especie de los ilícitos llamados de doble resultado, teniendo en cuenta que tanto en éstos como en aquel la conducta del actor da lugar a dos eventos, el segundo de los cuales más grave que el primero no fué querido aunque era previsible.

Sin embargo, la preterintención tiene ciertos rasgos peculiares que permiten diferenciarla del género de los delitos calificados por el resultado, así en los delitos de evento plurimo, el resultado ulterior es una mera circunstancia de agravación punitiva que puede dejar inalterado el título de delito base, mientras que en el delito ultraintencional, la producción del evento final modifica siempre el título correspondiente al delito originado por el primer resultado.

En el caso que nos ocupa, al verificarse el aborto de la mujer encinta el delito base, que era el de lesiones personales (primer resultado), se transforma en aborto (segundo resultado), entidad jurídica autónoma diversa de la precedente.

A pesar de lo expresado antes, nuestro Código Penal consagra el

aborto preterintencional como lesión personal en el artículo 343.

Para finalizar, veamos los elementos del aborto preterintencional:

1. Que se causen lesiones personales a la mujer embarazada, no al feto; y
2. Que la preñez sea notoria, o que el agente tenga conocimiento de ella, pues solo en estos casos es previsible el aborto, siendo esta condición indispensable en los delitos ultraintencionales, ya que el segundo evento debe ser imputable a título de culpa.

5.2.7. Aborto de Carácter Económico

Llamado también miserable o social, es el realizado por dificultades de orden económico.

Sabemos que en los sistemas de producción desde el esclavismo, la sociedad se ha dividido en clases antagónicas: los poseedores de los medios de producción y los desposeídos de ellos. Estos últimos constituyen la gran mayoría, que ha vivido siempre en condiciones infrahumanas debido a ese desposeimiento.

Estudios realizados hace algún tiempo, han comprobado que el hambre crónica - específica o latente- aumenta el coeficiente de fertilidad y

los índices de natalidad de los grupos más miserables sujetos a su acción más permanente.

Esta intensificación de la capacidad reproductiva, se explica a través de factores de orden psicológico y fisiológico:

Psicológicamente el hambre crónica determina la exaltación de las funciones sexuales como mecanismo de compensación emocional.

Fisiológicamente se verifica que buenas dosis de proteínas capaces de garantizar una buena supervivencia de la prole, baja el número de hijos, que, con regímenes proteínicos insuficientes, la naturaleza multiplica el número de individuos, para garantizar la supervivencia de la especie.

Veamos en un cuadro de países de las más diversas tasas de natalidad, como a menor contenido de proteínas completas, de origen animal, en el régimen habitual; hay mayor fertilidad:

PAISES	TASA DE NATALIDAD	CONSUMO DIARIO DE PROTEINAS ANIMALES EN GRAMOS
Formosa	45.6	4.7
Malacia	39.7	7.5
India	33.0	8.7
Japón	27.0	9.7
Yugoeslavia	25.9	11.2
Grecia	23.5	15.2
Italia	23.4	15.2
Bulgaria	22.2	16.8
Alemania	20.0	37.3
Irlanda	19.1	46.7
Dinamarca	18.3	56.1
Australia	18.0	59.9
Estados Unidos	17.9	61.4
Suecia	15.0	62.6

Las anteriores consideraciones, nos llevan a concluir que esta situación se controlaría con el mejoramiento de las condiciones generales de vida del hombre. Pero como en la actualidad son muy pocos los países que están en condiciones de cumplir esto; la solución inmediata sería entonces, la aplicación de métodos anticonceptivos adecuados, y para los casos en que ya no es posible su empleo; aborto condicionado a la voluntad de la madre.

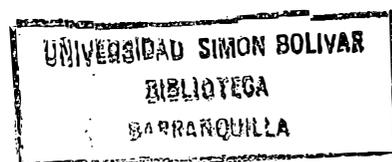
5.2.8. Aborto Etico

Denominado también sentimental o humanitario.

Es el causado con objeto de poner fin al embarazo resultante de delitos como la violencia carnal, el estupro, la corrupción de menores etc.

En el aborto ético la mujer ha sido víctima de un delito que bien puede llamarse violencia carnal, estupro, etc., ella no ha consentido en las relaciones sexuales, o si lo ha hecho, ese consentimiento está viciado.

Nuestro legislador al no preveer esta situación olvidó que si el atentado sufrido por la mujer, violatorio de uno de sus derechos (libertad sexual), engendra una obligación, mal podría exigirle su cumplimiento.



6. PROCEDIMIENTOS ABORTIVOS

Consideramos necesario dedicar un capítulo aparte a los diferentes métodos empleados por los médicos en la actualidad para terminar el embarazo.

Podemos analizarlos en forma conveniente bajo tres clasificaciones:

- Evacuación instrumental por vía vaginal.
- Estimulación de contracciones uterinas
- Cirugía mayor.

Estudiaremos a continuación cada una:

6.1. EVACUACION VAGINAL

La evacuación vaginal se utiliza principalmente para la terminación de embarazos de primer trimestre, cuando también se puede emplear en el cuarto mes de gestación -13 a 16 semanas-. El método clásico

se denomina comúnmente raspado. El sistema consiste en ensanchar el canal cervical insertando una serie de dilataores metálicos, cada uno de calibre ligeramente mayor que el anterior. Cuando el canal se ha ensanchado lo suficiente para permitir el paso de instrumentos a la cavidad uterina, se extrae el contenido del útero con una pequeña pinza para óvulo, y después se raspan y retiran los tejidos de placenta restantes con una cureta filada. El uso de la pinza puede omitirse en las primeras etapas de embarazo.

En años recientes el raspado clásico ha sido suplantado progresivamente por la aspiración al vacío, también conocida como succión. Este sistema se utilizó por primera vez en la China en 1958 y se generalizó en la Unión Rusa Soviética Socialista y en los Países de Europa Oriental en los primeros años de la década de 1960, extendiéndose a Gran Bretaña y Estados Unidos en 1966.

Después de la dilatación del cuello, se inserta en el útero una cánula metálica o plástica que lleva en su extremo un orificio lateral. Una vez insertada, la cánula se rota, o se le imprime un movimiento vertical para desalojar el embrión de la pared uterina.

Después se extraen los fragmentos por medio de una bomba aspirante unida a la cánula por un tubo flexible. La bomba generalmente opera

con un motor eléctrico, pero también se emplean modelos mecánicos que se activan con el pie. La mayoría de los ginecólogos terminan la intervención raspando con una cureta afilada, para asegurar que no quedan restos del tejido. Esta técnica es más simple y rápida y menos traumática que la del raspado, siendo la pérdida de sangre generalmente menor.

Tanto el raspado como la aspiración al vacío se practican bajo anestesia general, o anestesia local por bloqueo paracervical. En cualquiera de los dos procedimientos, la dilatación del canal cervical puede ir acompañada de la inserción de un tallo de laminaria es una planta marina, cuyas ramas secas se hinchan al contacto con la humedad. El uso de esta planta tubo amplia aceptación hace algunas décadas, pero cayó en desuso por la posibilidad de que causará infección pélvica. Ahora se considera nuevamente la utilización de los tallos de laminaria, ya que se ha sugerido que su efecto más lento puede reducir el daño al cuello y por consiguiente, el riesgo de parto prematuro en embarazos posteriores.

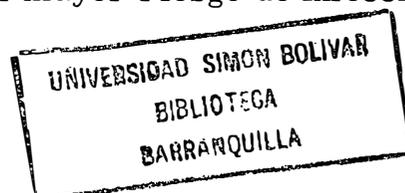
La regulación menstrual, también conocida como aspiración endométrica o mini-succión, es una forma del procedimiento de aspiración al vacío restringida a las primeras semanas después de una falla menstrual. Generalmente no requiere anestesia ni dilatación. Se extrae

el contenido del útero con una cánula flexible de plástico de 4 a 5 mm. de espesor, y el vacío necesario se produce manualmente con una jeringa grande.

6.2. ESTIMULACION DE CONTRACCIONES UTERINAS

Durante el segundo trimestre de embarazo, el aborto se inicia generalmente con la estimulación de contracciones uterinas. En los Estados Unidos, el método preferido es el de reemplazar el líquido amniótico con una solución salina hipertónica. Se punciona el útero con una aguja a través de la pared abdominal, se retira cierta cantidad de líquido (generalmente 200 ml) y se reemplaza con una cantidad similar o mayor de solución salina, sin necesidad de anestesia. El corazón del feto usualmente deja de latir en menos de una hora. Por lo general, el trabajo de parto comienza 12 a 48 horas después de la instilación y la expulsión del feto y la placenta sobreviene unas horas después. No se conoce exactamente el mecanismo fisiológico causante de ese efecto. El proceso puede acelerarse por medio de la administración intravenosa de occitónicos, pero en algunos casos es necesario repetir la instalación.

También se ha utilizado una solución hipertónica de glucosa en vez de solución salina, pero se suspendió debido al mayor riesgo de infección.



En Inglaterra se emplea actualmente con éxito una solución de úrea, que parece estar remplazando a la solución salina.

La innovación más reciente en el campo de la estimulación de la contracciones uterinas por inyección intra-amniótico es la inyección de prostaglandinas (sin extracción de líquido amniótico) en dosis únicas o repetidas. El intervalo entre la inyección y la expulsión tiende a ser más corto con prostaglandinas que con solución salina hipertónica.

También se pueden producir contracciones uterinas instilando pequeñas cantidades de solución salina hipertónica o de una solución de Rivanol (un colorante amarillento) entre las membranas y la pared uterina por medio de un catéter. En Inglaterra se emplean pastas medicadas con el mismo propósito.

Otro sistema para la estimulación de las contracciones intrauterinas, generalizando en el Japón, es la combinación de laminaria con metreurynter. Se colocan en el cuello dos o tres tallos laminaria durante veinticuatro horas, y después se inserta un metreurynter en el segmento uterino interior.

Algunos médicos japoneses remplazan el tallo de laminaria inicial con otros de mayor tamaño en el segundo día, e introducen metreurynter al tercer día. El Metreurynter es una pequeña bolsa de caucho que se

introduce vacía y firmemente doblada, entre las membranas y la pared uterina, por medio de una pinza especial. Luego se llena la bolsa con solución salina para evitar que se escape del útero antes que el cuello esté suficientemente dilatado, y se añade un peso para aumentar el efecto estimulante de contracciones en el útero. La infección se evita con el uso generoso de antibióticos.

En todos los métodos extra-amnióticos, la mayoría de los fetos emergen vivos, pero mueren poco después de la expulsión.

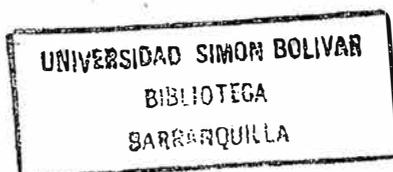
6.3. CIRUGIA MAYOR

Los dos procedimientos de cirugía mayor que se emplean para la terminación del embarazo son la histerotomía y la histerectomía.

La histerotomía es básicamente una operación cesárea en cualquier etapa del embarazo antes que el feto alcance la viabilidad.

Generalmente se llega al útero por medio de la parotomía, pero hasta la decimosexta semana se puede practicar por vía vaginal.

Como se considera que la cicatriz en la pared uterina debilita el tejido y puede causar ruptura del útero en el parto ulterior, muchos mé-



dicos sostienen que los embarazos posteriores necesitarán una operación cesárea. Por consiguiente la histerotomía se practica, por regla general, sólo en los casos en que no se desean embarazos posteriores y el aborto puede combinarse con esterilización por ligadura de trompas.

La histerectomía es un procedimiento esterilizante que implica extirpación del útero, pero no de los ovarios y, por consiguiente no se trata de una operación castrativa. Frecuentemente se emplean histerectomía cuando el objetivo de la operación es extirpación del útero por tumores fibromatosos, además de la terminación del embarazo. Algunos ginecólogos recomiendan la histerectomía en lugar de la ligadura de trompas con el fin de evitar futuras complicaciones en un órgano que consideran no funcional y por tanto inútil.

Se puede practicar la histerectomía por vía abdominal o vaginal.

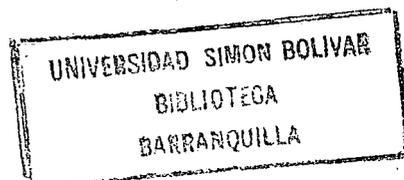
Tanto la histerotomía como la histerectomía se practican generalmente bajo anestesia general.

Los esfuerzos de personas incompetentes para producir el aborto, incluyendo el auto-aborto, y como lo expresamos antes, han variado desde los conjuros y hechizos por medio de diversos medicamentos tradicionales, que son poco efectivos y/o tóxicos, hasta métodos gro-

tescos y traumatizantes destinados a lesionar o destruir el feto, dejando la expulsión a las fuerzas naturales.

El sistema más generalizado es posiblemente la inserción de un cuerpo extraño, en el útero, ramas, raíces, varillas metálicas, garfios, alambres, tubos cauchos (sondas) y otros objetos han sido empleado con este fin. En algunas partes del mundo también son comunes las inyecciones de agua jabonosa o desinfectantes domésticos de fácil acceso.

Las únicas estadísticas actualizadas sobre procedimiento de aborto corresponden a Inglaterra y Gales, la ciudad de New York, y los Estados Unidos en general. Desde los últimos años de la década de 1960 la mayoría de los abortos legales se han logrado por evacuación vaginal (succión o raspado); la proporción de estos dos procedimientos en la cifra total ha ido en aumento. Las estadísticas de Inglaterra y Gales indican una preferencia por el raspado sobre los métodos de succión; en los Estados Unidos se invierte esa tendencia; sin embargo, en los dos países el empleo de la succión ha aumentado en relación con el uso del raspado. En Estados Unidos las instituciones participantes en el Programa Conjunto para el Estudio del Aborto (PCEA) manifestaron marcada preferencia por el método de succión sobre el raspado, en comparación con las estadísticas de escala nacional reco-



gidas por el Centro para el Control de las Enfermedades. Una posible explicación de esta diferencia es que la mayoría de las instituciones del JPSA (programa Conjunto para Estudio del Aborto) tenían servicios de aborto muy activos, que tal vez no habrían podido funcionar debidamente sin emplear el método más expedito de la succión.

Entre los métodos distintos a la evacuación vaginal, la instilación de solución salina hipertónica predomina en Estados Unidos.

En Inglaterra y Gales, una proporción relativamente superior de los abortos legales se hace por histerotomía y rara vez se emplea el método de la solución salina. Sin embargo, la proporción de histerotomías entre los abortos legales practicados en ese País descendió de 26 por ciento en 1968 a 9% en 1971.

En la Unión Rusa-Soviética Socialista en otros Países socialistas de Europa Oriental, y en la República Popular de la China, la mayoría de los abortos legales se hacen por evacuación vaginal. Aunque no se dispone de estadísticas comprensivas al respecto, parece que en la mayoría de estos Países se emplea el raspado y la aspiración al vacío.

En el Japón, casi todos los abortos en las primeras etapas de embarazo se hacen por el método del raspado clásico. En los primeros años después de la Segunda Guerra Mundial se empleó el método de la

solución salina para abortos de segundo trimestre, pero pronto se abandonó debido a la alta incidencia de complicaciones y muertes. Según los autores Japoneses, en la actualidad más de la mitad de las escasas intervenciones de segundo trimestre se inician por el sistema laminaria - metreurynter, y la mayoría de las restantes por la instilación extra-ovular de Rivano.

El tiempo de gestación determina, en gran medida, el procedimiento empleado para la terminación del embarazo. La estadística contiene la información disponible sobre distribución de abortos según procedimiento.

Según la estadística los abortos presentados en el primer trimestre en Estados Unidos casi todos se hicieron por evacuación principalmente por succión; por otra parte, en Inglaterra y Gales una proporción importante, aunque descendiente, de esos abortos se hizo por histerotomía.

El método preferido para el aborto en el segundo trimestre en los Estados Unidos fué la instalación de líquido hipertónico, con uso relativamente bajo de evacuación vaginal y muy pocas histerotomías e histerectomías.

Por otra parte, en Inglaterra y Gales casi la mitad de los abortos de

segundo trimestre practicados en 1968 se hicieron por histerotomías, descendiendo a una cuarta parte en 1971, con aumento correspondiente a la evacuación vaginal.

El grupo de los "otros" procedimientos restantes, principalmente la instilación de solución salina o úrea y la inyección de pastas medicadas, se empleó en aproximadamente una décima parte de los abortos del segundo trimestre practicados en Inglaterra y Gales durante el período 1962-1971.

La tabla dos muestra la distribución de porcentajes de los abortos legales por período de gestación, según el método.

Durante los años contemplados en esa tabla la succión y el raspado se usaron principalmente para terminar embarazos del primer trimestre en Inglaterra y Gales y también en los Estados Unidos, no obstante la proporción de abortos de segundo trimestre debidos a estos métodos fué mucho más alta en Inglaterra y Gales.

En Estados Unidos el método se limitó a los embarazos de segundo trimestre, y la histerotomía se empleó principalmente como método de segundo trimestre, especialmente en la Ciudad de New York; mientras que en Inglaterra, Gales una proporción considerable de histeroto-

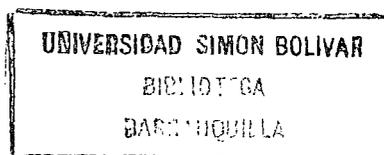
mía, se hicieron en el primer trimestre aumentando de 31% en 1968 a 39% en 1971. La histerotomía se dividieron en partes aproximadamente iguales entre el primero y el segundo trimestre en ambos países.

Los abortos legales se practican en Clínicas, Hospitales y Consultorios Médicos.

La selección del lugar y la duración de la hospitalización si esta es necesaria se determina de acuerdo con el tiempo de gestación y el tipo de procedimientos, las leyes y reglamentos correspondientes, las tradiciones locales y la experiencia del facultativo, la disponibilidad de instalaciones médicas y los factores de tipo económico.

La experiencia adquirida recientemente en Estados Unidos y en otros Países a demostrado que por lo general no es necesaria la hospitalización para terminaciones sencillas de embarazos de primer trimestre las cuales se hacen con frecuencia en los Departamentos de Consulta externa de los Hospitales o en Clínicas especializada no adjunta al Hospital.

En otros países como Gran Bretaña, los médicos y las autoridades sanitarias aún insisten en la hospitalización, lo cual podría llegar a



producir demoras y mayores proporciones de abortos de segundo trimestre.

La experiencia acumulada recientemente también demuestra que los abortos de primer trimestre con complicaciones previas y/o esterilización simultánea , así como todos los abortos de segundo trimestre, debe practicarse con hospitalización del paciente. Algunos médicos han permitido a sus pacientes ir a casa después de la instilación de solución salina hipertónica para regresar al hospital al comenzar el trabajo de parto.

7. LEGISLACION DEL ABORTO

7.1. INCIDENCIA DEL ABORTO Y POLITICAS PERTINENTES

No se conoce con exactitud el número de embarazos que terminan en aborto a nivel mundial.

La cifra generalmente aceptada de 30 millones de abortos, equivalente a una tasa de casi el 40 por 1.000 mujeres en edad reproductiva y con la proporción de abortos aproximadas de 240 por 1.000 partos vivos en un cálculo altamente especulativo que no se basa en información sólida.

Los abortos legales registrados en 17 países con estadísticas relativamente completas que aparecen en la tabla 3 llegaron a menos de 1.700.000 según las últimas informaciones disponibles, correspondiente a 1.971 y 1972.

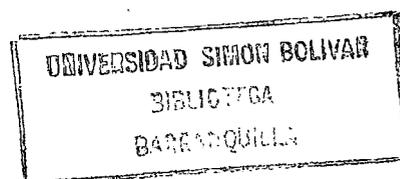
Sin embargo, en esta cifra no se incluye los tres países que se cree tienen el mayor número de abortos legales: CHINA, RUSIA, JAPON, hasta el momento no se ha diseñado un método confiable para calcular las cifras de abortos ilegales.

La situación legal del aborto inducido fluctúa en los diversos países desde la prohibición absoluta hasta el aborto permitido a solicitud de la mujer embarazada.

La situación puede resumirse como sigue: Aproximadamente el 7 por ciento de la población mundial habita en países donde el aborto está prohibido sin excepción, y 12 por ciento en países donde se permite el aborto únicamente para salvar la vida de la mujer embarazada.

Aproximadamente el 15 por ciento está sometida a estatutos que autorizan el aborto por razones médicas un poco más amplia, esto es, para eliminar una amenaza a la salud de la mujer, más a su vida, y ocasionalmente también por razones eugenésicas y/o jurídicas (violación).

Los países donde se puede justificar la terminación del embarazo por factores sociales albergan al 22 por ciento de la población mundial y los que permiten aborto electivo para algunas categorías de mujeres, al 36 por ciento.



No existe información disponible para el 8 por ciento restante; no obstante, parece que estas personas residen en áreas donde las leyes de aborto son restrictivas.

Debemos anotar que en muchos países la legislación sobre el aborto no se ejecuta en forma estricta y en la mayoría de los casos probablemente se toleran algunos abortos por razones médicas.

Es bien sabido que algunos países donde existen leyes de aborto muy estrictas, es posible conseguir que algunos médicos practiquen abiertamente y sin intervención de las autoridades.

Por el contrario, la autorización oficial del aborto electivo no garantiza su accesibilidad para todas las mujeres que deseen terminar su embarazo .

La escasez de personal y de instalaciones médicas o la actitud conservadora de los médicos y los administradores de hospitales puede restringir considerablemente el acceso al aborto, especialmente para las mujeres de escasos recursos económicos y sociales.

Como la cantidad y tipo de información disponible para cada país o región guarda estrecha relación con la situación legal del aborto, al análisis de su incidencia se antepondrá, en cada caso, una corta exposición.

de las políticas y la legislación pertinentes . Las cifras correspondientes aparecen en las estadísticas.

La mayoría de las cifras estadísticas se basan en informes oficiales de los abortos practicados de acuerdo con las leyes de los respectivos países.

Algunas de las cifras se calcularon con base en las estadísticas oficiales, dando un márgen por información deficiente . Otros cálculos se tomaron de encuestas hospitalarias y aún otros representan los totales de abortos inducidos, legales e ilegales.

7.2. AMERICA

7.2.1. Estados Unidos

La legislación sobre abortos en los Estados Unidos ha sido tradicionalmente fijada por los diversos estados.

Las leyes restrictivas, establecidas en el siglo XIX, mantuvieron su vigencia durante las dos terceras partes iniciales del siglo XX.

En la mayoría de los estados se estipulaba como única base legal para el aborto la amenaza sería la vida de la mujer embarazada y, en unos

estados, la salud de la mujer.

El Instituto Americano de Derecho propuso, en 1955, un tipo de legislación más liberal.

En el párrafo correspondiente del Código Penal modelo que permitiera el aborto si un médico licenciado "cree que existe riesgo considerable que la continuación del embarazo afecte gravemente la salud física y mental de la madre o de que el niño nazca con grave defecto físico o mental o si el embarazo era el resultante de violación, forzada o estatutaria, o de incesto".

Durante la década de 1960 la liberación de las leyes reguladoras del aborto se convirtió en tema de controversia en muchos estados y unos doce encabezados por Colorado en 1967, promulgaron legislaciones basadas en el código penal modelo del Instituto Americano de Derecho.

En 1970, Alaska, Hawai, y New York pasaron leyes que no especificaban las condiciones para la terminación legal del embarazo, con lo cual tácitamente se autorizaba el aborto a solicitud de la persona interesada.

En el Estado de Washington se llegó al mismo resultado por plebiscito.

Debido a la amplísima liberación de sus políticas de aborto según la es-

tadística esto se denomina "estados revocatorios" aunque la descripción no es enteramente exacta por que en estos estados existen, en efecto, leyes sobre el aborto.

Paralelamente a la actividad legislativa se inició en varias jurisdicciones una serie de casos de prueba, en los cuales se ponía en tela de juicio la constitucionalidad de las correspondientes leyes restrictivas sobre el aborto.

Como consecuencia del fallo de la corte en uno de estos casos, se aprobó el aborto electivo en el distrito de Colombia en 1969.

El 22 de Enero de 1973 la corte Suprema de los Estados Unidos promulgó dos decisiones que invalidan las leyes de aborto de la mayoría de los estados.

La corte falló durante el primer trimestre "la decisiones de aborto y su ejecución debe recaer sobre el juicio del médico facultativo que atiende a la mujer embarazada".

Después del primer trimestre, "el estado, al considerar la salud de la madre, puede regular, si así lo exige, el procedimiento abortivo en formas lógicamente relacionadas a la salud materna". Cuando el feto ha alcanzado la viabilidad "el estado ... puede, si así lo decide

regular y aún prohibir, el aborto con excepción de aquellos casos en que, preservar la vida o la salud de la madre". La corte también derogó una serie de requisitos en cuanto a procedimiento tales como la autorización previa de una comisión de aborto para la terminación del embarazo, o que la mujer que solicitaba el aborto tuviese que ser residente del estado en donde se había practicado la operación.

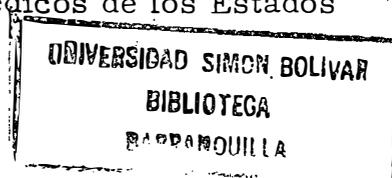
A fines de 1973 todavía no se había ejecutado plenamente la decisión de la corte suprema de los Estados Unidos.

En varios estados la legislación, el procurador general u otros funcionarios oficiales, las juntas directivas o los Administradores de los hospitales, han tomado diferentes tipos de medidas para demorar la ejecución.

Algunas de estas medidas ya han sido demandadas ante la corte respectiva e indudablemente serán declaradas inconstitucionales a su debido tiempo.

Simultáneamente en el Congreso de los Estados Unidos se ha intentado iniciar una reforma constitucional que anularía la decisión de la Corte Suprema.

Antes de 1960 la mayoría de los profesionales médicos de los Estados



Unidos, interpretaban estrictamente la Legislación existente, y se practicaban pocos abortos en los hospitales Estadounidenses.

De hecho, según se observó en la Ciudad de New York entre 1943 y 1962, las tasas y proporciones de abortos legales descendieron durante un período mínimo de veinte años, al disminuir la incidencia enfermedades que se consideran justificantes del aborto (por ejemplo, la tuberculosis pulmonar) y los Obstretas aprendían a asistir a pacientes aún gravemente enfermas a través de los peligros del embarazo y el parto.

Después de 1960 la actitud de los facultativos empezó a cambiar y se aceptó la falta de salud mental como razón valedera para la terminación del embarazo.

También cobró importancia la salud de la criatura en 1964 se practicaron 4000 abortos debido a que la mujer embarazada había contraído rubeola durante el primer trimestre de gestación, aunque esta justificación no estaba prevista en los estatutos de ningún estado.

La estadística correspondientes a 1971 demuestran que la interpretación de las nuevas leyes de reforma variaron considerablemente entre los doce estados donde se promulgaron dichas leyes .

En ciertos Estados donde se promulgaron especialmente en California, Nuevo Mexico y Oregon, las tasas y proporciones de aborto legal fueron más altas que las de alguno de los "Estados Revocatorios" durante el mismo año; en otros Estados fueron muchos más bajas

Las más altas tasas y proporciones de abortos, para residentes locales, se registraron en la Ciudad de New York, seguidas por las del Distrito de Columbia; debido a que muchas mujeres viajaron a la Ciudad de New York, para abortar.

Entre los muchos cálculos de la incidencia de aborto ilegal en los Estados Unidos, uno de los más frecuentes se cita fué hecho en 1957 por el Comité que anunció que "un cálculo razonable de la frecuencia del aborto inducido en los Estados Unidos podría estar situado entre un límite inferior de 200.000 y un límite superior de 1.200.000 por año .

No existe un fundamento objetivo para elegir una cifra específica entre esos dos límites como aproximación de la frecuencia actual".

A pesar de esta advertencia, en la década de 1960 se aceptó comúnmente que el número de abortos inducidos anualmente en los Estados Unidos se aproxima al millón.

Los resultados de una encuesta posterior, realizada en Carolina del

Norte, por medio de la técnica de respuesta al azar y la de un cálculo retrospectivo basados en la cifra de abortos legales y de nacimientos en la Ciudad de New York durante el período comprendido entre 1970 y 1972, parecen corroborar esa aproximación.

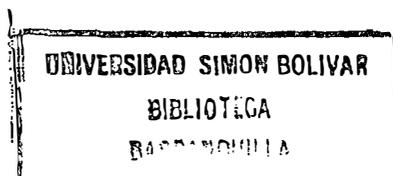
CONCLUSIONES

Históricamente el aborto ha atravesado etapas muy diversas que van desde la libertad absoluta hasta su restricción total. Es en el año 200 de nuestra era, cuando comienza a castigarse el aborto propio consentido de la mujer casada.

Respecto a la graduación de la pena se ha tenido en cuenta diversos aspectos, tales como la clase social del sujeto, y la viabilidad del feto.

Entre nosotros, se tipificó como delito en el Código de 1837, bajo el título de "Delitos contra los particulares"; más tarde se modificó este, pero hasta hoy son muy pocas las variaciones esenciales sufridas por esta disposición.

Analizando nuestra actual legislación, criticamos la inclusión como figura privilegiada del aborto honoris causa y la no previsión del tera-



péutico, teniendo de esta manera, que recurrir a lo dispuesto por el artículo 25 en su numeral 3º, para justificar la conducta del agente, situación que no tiene razón de ser, - falla que corrige el Proyecto de Código Penal en su artículo 451 - Otro de los vacíos de nuestro estatuto penal, es el referente a los abortos eugenésico y ético o humanitario, ya que albergan situaciones muy especiales en las que se hacen necesarias las prácticas abortivas, por tratarse de problemas sociales que de no darles esta solución, terminarían atentando contra la salud mental de la madre y la armonía familiar.

Otro caso muy especial es el del aborto de carácter económico por constituirse en una solución para el problema mundial, en lo tocante a la supervivencia de la especie humana.

Respecto de los riesgos corridos por la madre, no debemos preocuparnos demasiado, ya que progreso de la ciencia médica, día a día, constituyen mayor garantía para la seguridad de la paciente.

BIBLIOGRAFIA

ACEVEDO BLANCO, R. Manual de Derecho Penal.

DE CASTRO, Josue. Geopolítica del hambre

GOMEZ, Alfonso. Delitos contra la vida y la integridad personal.

HAMMERLY, Marcelo. Nuevo tratado médico . Tomo I.

JIMENEZ DE ASUA, Luís. Tratado de Derecho Penal

MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV.

MEZA VELAZQUEZ, Luís E. Delitos contra la vida y la integridad personal.

ORTEGA Torres, Jorge. Código Penal y de Procedimiento Penal.

PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal Especial. Tomo III.

PEREZ, Luís C. Tratado de Derecho Penal. Tomo III.

REYES, Alfonso . Derecho Penal General.

TIETZE, Chistopher y DAWSON, Deborah. Informes sobre Población. Planificación familiar.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA