

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
DE CIENCIAS
DE ABRAQUERA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA JURIDICA
FRANCISCO DE CALLES SANTANDER

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
DE CIENCIAS
DE ABRAQUERA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
DE CIENCIAS
DE ABRAQUERA

EL ACERTO ANTE LA MORAL Y EL DERECHO

FRANCO MACHUCA PALACIO

DIRECTOR:

HUGO CASTILLA DE LA PEÑA

TRABAJO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL
PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

CORPORACIÓN EDUCATIVA MAYOR DEL DUCAR Y LA
CINCECIVIL

insercol

12/11/2019, 11:09 a.m.

DOCUMENTO DE BAJA CALIDAD

T.
354.180
M...

RECTOR: DOCTOR JOSE CONSUEGUA HIGGINS

DECANO ENCARGADO

Y

SECRETARIO GENERAL: DOCTOR RAFAEL BALAJOS NOVILLA

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

DOCTOR CARLOS LLANOS SANCHEZ

DIRECTOR DE ESTUDIOS:

DOCTOR HUGO CASTILLA DE LA PEÑA

JURADO: DOCTOR

JURADO: DOCTOR

insercol
12/11/2019, 11:09 a.m.
DOCUMENTO DE BAJA CALIDAD

NOTA DE ACEPTACION

PRESIDENTE DEL JURADO:

JURADO:

JURADO:

DEDICATORIA :

ESTE TRABAJO LO DEDICO A MIS PADRES, SEÑORA E HIJOS, A MIS FAMILIARES, A TODOS LOS QUE EN UNA FORMA U OTRA COLABORARON EN LA CONSECUENCIA DE MI OBJETIVO, Y EN ESPECIAL A LOS FETOS VIVOS EN LAS ENTRAÑAS DE MADRES PROLETARIAS, POR LOS CUALES DEBEMOS LUCHAR, PARA QUE NO SEAN LOS HOMBRES OPRIMIDOS DEL MAÑANA.

EL AUTOR.

BIBLIOGRAFIA

JOSE FELIX CASTRO

Código Penal colombiano, Editorial librería publicitaria, Bogotá 1980.

PEDRO PACHECO OSORIO

Derecho Penal especial, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá 1972.

GUSTAVO BENDON GAVINIA

Derecho Penal especial, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá 1973.

CALIXTO MONTENEGRO

Curso de derecho Penal especial, Tomo I, Ediciones librería del profesional, Bogotá 1977.

JORGE VELASCO

El aborto, recopilación, Unica edición, Librería nacional Cali 1979.

ANTONIO VICENTE ARENAS

Delitos contra la vida y la integridad personal, Volumen I, Editorial ABC, Bogotá 1978.

ALFONSO REYES ECRANDIA

Diccionario de derecho Penal especial, 3a. edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1978.

LUIS EDUARDO MEZA VELAZQUEZ

Delitos contra la vida y la integridad personal, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1978.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Jurisprudencia de abril 13 de 1984 "Delitos preterintencionales y el aborto", Revista mensual Legis, junio de 1984, Magistrado Ponente: Dante Fiorillo Porras.

EL ESPECTADOR

Del 4 y 12 de noviembre de 1979, Bogotá.

INDICE

	Pagina
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
1.1 Bosquejo histórico	4
CAPITULO SEGUNDO	
2.1 Clasificación doctrinal	7
2.2 Métodos	10
2.3 Como instrumento para frenar el crecimiento demográfico	11
CAPITULO TERCERO	
Legislación Penal colombiana sobre el aborto.	
3.1 Antecedentes nacionales	16
3.2 Elementos estructurales del hecho punible ..	21
3.3 Tipicidad	28
3.4 Tentativa	32
3.5 Comparación entre las normas derogadas y las vigentes	35
CAPITULO CUARTO	
Otros aspectos jurídicos	
4.1 Jurisprudencia sobre los hechos punibles preterintencionales y el aborto	38
4.2 Algunas legislaciones extranjeras	50
CAPITULO QUINTO	
Posición de la iglesia	
5.1 Epoca antigua	54
5.2 Epoca moderna	57
CAPITULO SEXTO	
6.1 Aspectos científicos	63
6.2 Aspectos filosóficos	66
CONCLUSIONES	

INTRODUCCION

Como hemos podido darnos cuenta en nuestra vida de estudiante, variados son los conceptos que sobre determinados delitos (HECHOS PUNIBLES a partir del Decreto 100 de 1980)¹ en si, expresan las gentes de nuestra sociedad. Algunos con diferencias culturales, con el desconocimiento lógico de escasa educación, unos, claro que con alguna experiencia producto de su condición, son mas accesibles a los mismos.

Estos por las circunstancias antes descritas, no asimilan adecuadamente sus propias vivencias, son presa fácil de los medios alienantes (radio, prensa, televisión, etc) aceptando como suyos los conceptos de los malos informadores de turno.

Otros emiten conceptos de acuerdo a la escala social en que se mueven, ya sea para perdurar en determinada posición o para conservar la jerarquia de que han sido dotados, todos siempre defendiendo a capa y espada, la supervivencia.

Así mismo, los profesionales del derecho o los futuros profesionales de esta rama y aun de otra cualquiera, condenaran, defenderan, o justificaran las diferentes conductas humanas, sobre todo las tipificadas en nuestro Estatuto Penal como hechos punibles, de acuerdo a su conciencia social.

Por propia experiencia, a través de los cinco años de estudio de la carrera, pude apreciar este fenómeno, no solo en mis condiscipulos, sino también en los profesores.

1 JOSE FELIX CASTRO Código penal, ediciones librería publicitaria, Bogotá 1980.

Refiriendome en síntesis, al tema a desarrollar, como es la conducta típica del Aborto, sus diferentes facetas, clasificación doctrinal, conceptos morales, religiosos, científicos, filósóficos, sociales, políticos, económicos, etc, tratandolo con la mayor seriedad posible extranctando las opiniones de los diferentes tratadistas de la materia, no solo en el concierto nacional, sino internacional, hasta nuestras posibilidades.

He escogido el tema del aborto pues, me parece un tema de suma importancia y actualidad, ademas por tener algunas herramientas a la mano, relacionadas con el caso.

Este tema, como sabemos, a sido motivo de grandes debates a nivel mundial, sobre todo en algunos paises latinoamericanos, donde es considerado sin excepcion, como delito atentatorio, en unos "contra la Familia" y en otros "contra la vida y la integridad personales". como el nuestro.

En Colombia hace poco descendió la efervescencia y calor de tal discusión, ya que hasta en el Congreso de la República hubo ponencias de proyectos de ley aprobatorios de esta conducta en determinadas y bien definidas circunstancias de tiempo, modo y lugar. Incluso, en algunas de sus intervenciones en público Su Santidad Juan Pablo Segundo, hace un llamado a la unidad en la lucha contra las prácticas abortivas, vehiculo diabólico y mortal según él, cegador de muchas vidas humanas.

He ahí, la mayor oposición para posibilidad alguna de legalización de esta práctica en los paises donde goza de enraizado



fervor la religión católica; aunque en una gran cantidad de naciones donde profesan esta religión, ha sido aprobado el Aborto.

Lo cierto es que el aborto criminal, desde el punto de vista de su sanción punitiva, reviste escaso interes entre los distintos grupos sociales y hasta se observa cierta pasividad por parte de algunos funcionarios que administran justicia.

Por lo cual, para un estudio social del aborto, sería preciso hacer una indagación criminal de tal magnitud, que en ello se invertirían por que así lo exige, este delicado asunto grandes recursos técnicos, económicos y de educación. El aborto es uno de los delitos más difíciles de investigar penalmente y por lo tanto de justa y oportuna decisión judicial.

En nuestro país, en mi opinión personal, apesar de haber un alto indice de prácticas abortivas, no ha llegado a pensarse seriamente a implantar la legalización del aborto, porque prima el concepto de la iglesia, bajo cuya premisa concordataria con el Estado, influye directamente en el Derecho.

CAPITULO PRIMERO

BOSQUEJO HISTORICO

Desde épocas inmemoriales el Aborto ha estado presente en la humanidad, careciendo en ese entonses de sanción, dicha conducta. Los pueblos paganos no consideraban delictuoso, el hecho que una mujer se causara su propio aborto o en su defecto, permitiera que otro se lo causara, pues, consideraban ellos que el feto era una mas de las visceras de las entrañas de una mujer y que por lo tanto, podía destruirselo o consentir que otro se lo destruyera sin que sufriese la reprensión Penal.

Las penas en la antigua Roma, contra el aborto consentido no tenían la finalidad de proteger la salud del feto, sino la finalidad de proteger la integridad personal de la mujer en estado de preñez.

En el derecho romano el aborto propio o consentido por la abortada, se castigaba pero solo cuando era casada y no con la finalidad de defender la vida intrauterina del ser humano, sino el derecho que tenía el marido a su descendencia.²

En la antigua Grecia los precursores del aborto tales como Platón, Aristóteles e Hipócrates entre otros, insistían en que la mujer mayor de cuarenta años debía practicarse el aborto, para evitar taras en el futuro ser, es decir, pensaban que los nacidos de madres mayores de cuarenta años no podían ser normales, por ello recomendaban ejercicio violentos para provo

2. CARRARA citado por PEDRO PACHECO OSORIO Derecho Penal especial, Editorial Temis, Bogotá 1972 Tomo III Pag. 475

car el aborto en las mujeres mayores embarazadas.

Los hebreos tampoco se oponían al aborto propio o consentido porque consideraban al feto propiedad del padre quien podía ordenar el aborto o castigar a su conyugue o a quien se lo provocara sin su consentimiento.

Fray Bartolomé de las Casas, sacerdote abanderado de la religión Católica durante la conquista española de América, comentó que el exceso de trabajo impuesto por los españoles a las indias, era tal, que ellas abortaban porque no querían que sus hijos estuvieran destinados a tanta miseria³

En los pueblos que consideraban el aborto como un hecho impune, proliferaban en forma inusitada las prácticas abortivas a las cuales la mujer accedía, ya para eludir los dolores y peligros del parto, ora para librarse de las molestias e incomodidades del embarazo; para evitarse los sinsabores y obligaciones de la crianza del niño o la multiplicación de la prole. Se llegó incluso, a apelar al aborto como medio para conservar la esbeltez del cuerpo y las armoniosas líneas femeninas.

Con el advenimiento del cristianismo, reaccionó éste en forma severa contra la concepción que los paganos tenían del aborto. Consideró que el feto era una criatura de Dios y la esperanza de una vida cierta humana, que debe ser protegida por la religión, la moral y el derecho.

En Alemania comenzó a reprimirse tal hecho como en una

3-DEVEREUX citado por JORGE VELASCO: el aborto recopilación, Librería Nacional, Cali 1979, Pag. 9.

forma de hechicería o una modalidad del homicidio; La Carolina (art.133) por ejemplo, distinguía para la fijación de la pena, entre el feto animado (con alma) y el feto inanimado (sin alma).

A este respecto se suscitaron notables discusiones entre los Doctores de la iglesia, que acogió tal distingo sobre la época en que después de la concepción se verificaba la unión del alma con el cuerpo. Tal distinción era entonces jurídicamente importante, pues, las leyes penales equiparaban al homicidio, la destrucción del feto animado y lo sancionaban con penas muy rigurosas, entre las que era frecuente encontrar la pena Capital. Para la pena del feto inanimado se reservaban penas menores, aunque sí considerables.

En España el fuero juzgo (libro IV Tit. III leyes 1º y 7º) castigaba con la muerte, la ceguera, azotes y penas pecuniarias a las mujeres que se produjeran el aborto; a las embarazadas que tomaban yerbas abortivas, a quien se las proporcionaba o hirien⁴ dolas las hicieran abortar.

Las partidas (ley 8º Tit. VIII partida VII) distinguían entre el feto animado y el inanimado para sancionar el aborto, del primero con la pena Capital y el segundo con el destierro.⁵

4 y 5 PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pag. 476.

CAPITULO SEGUNDO

ASPECTOS GENERALES

Conceptos: Según los tratadistas colombianos, el aborto consiste en la expulsión prematura del producto de la concepción o la destrucción del feto en el vientre materno.

Desde el punto de vista de la obstetricia hay propiamente aborto cuando se expulsa o se destruye una criatura viable, es decir, antes de cumplir el término de los ciento ochenta días contados a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

Cuando se produce la expulsión después del referido término y la criatura es viable se tiene el parto prematuro.

En el sentido jurídico-Penal la definición más comúnmente aceptada y la que parece más acertada es la que suministra Carrara en los siguientes términos: "La muerte dolosa del feto en el útero, o su expulsión violenta del vientre materno, del cual ha ya derivado la muerte"⁶

Como puede verse, el criterio preponderante para precisar el concepto del aborto es la muerte del feto, no es por consiguiente necesaria la expulsión cuando aquella ocurre en el claustro materno y producida ésta, es menester que sobrevenga la muerte a consecuencia de lo prematuro de dicha expulsión.

CLASIFICACION DOCTRINAL

En consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la doctrina, teniendo en cuenta los motivos determinantes del aborto

6-CARRARA citado por PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pág.483.

lo clasifican así:

Aborto espontáneo: Es el que se presenta en una mujer en estado de preñez, de manera natural, sin haber mediado maniobras para provocarlo, es decir, para nada intervienen factores extrañíos. Esta forma de aborto no es considerada delito. Algunos traductistas hablan del aborto culposo, el cual ocurre por imprudencia, negligencia o impericia de la madre o un tercero, en nuestro país este hecho no tiene reprochabilidad penal?

Aborto inducido: Es el causado por un tercero o que se causa una mujer, en estado de preñez con la finalidad de interrumpir el embarazo, mediante un conjunto de maniobras abortivas

De acuerdo a los motivos determinantes de este hecho y en orden de establecer su licitud o ilicitud se puede hacer una subdivisión así:

a) Terapéutico: Es el realizado por facultativos por la necesidad de atender con él, la salud de la madre; se obra de esta manera en tales eventos dentro del régimen de la JUSTIFICACION DEL HECHO (art. 29 ord. 5 del C.P.)

b) Criminal: Es el que se realiza por medios artificiales a sabiendas que con esta conducta se infrinje la ley penal.⁸

Aborto sentimental: Es el que se causa o permite que se lo causen, una mujer embarazada con el fin de eliminar el fruto de una violación, esto es, para impedir una maternidad no querida

7.- CALIXTO MONTENEGRO curso de derecho Penal especial, ediciones librería del profesional, Bogotá 1977 Tomo I Pag. 134.

8.- JORGE VELASCO obra citada, Pag. 6.

y que sería la resultante de un acceso carnal no querido por ella, no consentido.

Aborto honoris causa: Con respecto a éste, es el causado o que se causa una mujer embarazada, que por causas del honor no desea la maternidad,

Aunque semejante con el aborto sentimental, inclusive algunos tratadistas los confunden, se diferencian en: en el primero el acceso carnal no es consentido por la mujer, ella lógicamente no desea que prospere el fruto de esa violación. En el segundo, la mujer acepta el acceso carnal, pero en virtud de su estimación por la honestidad y la honra decide terminar con la vida intrauterina. Como puede apreciarse los motivos determinantes del hecho son diferentes.⁹

Aborto eugenésico: Se denomina así al causado o que se causa una mujer embarazada con su consentimiento para evitar descendientes presumiblemente tarados.¹⁰

Esta modalidad ha sido propugnada por algunos tratadistas en cuyos conceptos debe ser lícito el aborto que se produce con este fin. No es admitido por la ley penal colombiana.

No se admite ni se justifica, porque no obstante los progresos de la Medicina, esta ciencia aún no está en condiciones de anticipar las consecuencias de la herencia.

Aborto Miserable: Es el causado o que se causa una mujer

9-GUSTAVO RENDON GAVIRIA Derecho Penal colombiano, parte especial, 3a. edición, Editorial Temis, Bogotá 1973 Vol I Pag 399.

10-JORGE VELASCO obra citada Pag. 7 y GUSTAVO RENDON GAVIRIA obra citada Pag. 398.

embarazada y que se encuentra en un notorio estado de miseria o de depauperización. Como la mujer considera no poder mantener en buenas condiciones al hijo que está por nacer, resuelve abortar o que se le someta a ese procedimiento.

Las leyes de algunos países consideran ese motivo determinante, como causal de atenuación de la reprochabilidad y aún del perdón.¹¹

MÉTODOS.

En un embarazo que no sobrepasa las doce o catorce semanas, es este un requisito exigido tanto por los médicos, como por los legisladores para la configuración del aborto; el método más corriente para provocarlo es la dilatación del conducto cervical, seguido de evacuación y raspado del útero.

En los últimos años, tiende a ser reemplazado, este método por la vacoextracción, aspiración por el vacío o de succión. Este método, inventado en Checoslovaquia, es una operación que lleva menos de un minuto, es indolora y segura.

Se experimenta un nuevo sistema llamado de "extracción menstrual" que se aplica en su forma típica cada vez que hay un retraso menstrual en el período de la mujer, con o sin examen médico que confirmen la existencia de un embarazo. El sistema que más se utiliza es el auto-aborto y es el de peores consecuencias.¹²

11-JORGE VELASCO obra citada Pag.8.

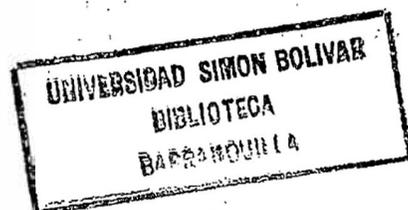
12-JORGE VELASCO obra citada Pag.12.

COMO INSTRUMENTO PARA FRENAR EL CRECIMIENTO DEMOGRAFICO

Diferentes especialistas en problemas demográficos, en cuestiones ambientales y otros expertos que han dedicado sin número de horas en estudiar los problemas de la población, han sido de la opinión, que sino se intensifica el control del crecimiento demográfico en los años que quedan de este siglo, incalculables desastres le esperan a la humanidad en el abigarrado planeta en que vive. Por supuesto que esta advertencia no es nueva y muchas de las graves consecuencias de la superpoblación ^{AM} ya es ya una realidad.

La tasa de natalidad es ahora tan alta, que si se deja sin ninguna clase de control, la actual población del mundo que sobrepasa la cifra de los 5.000 Millones de habitantes, se duplicará en los próximos veinte años.

En nuestros días, las dos terceras partes de esta población mundial están subalimentadas, y de aquí a tres decenios el mundo tendrá que producir, mas del doble de la actual cantidad de alimentos, para solo poder subalimentar a esa dos terceras partes. Muy pocos expertos creen que aún con la Revolución Verde (iniciada en Mexico en 1943, al ponerse en práctica los planteamientos del científico Norteamericano Norman E. Borlaug, premio novel de la paz, en 1970) la producción de alimentos del mundo puede ser duplicada en el curso de los tres próximos decenios, las hambrunas regionales que son una patética realidad en nuestros días, se incrementarían a menos que el crecimiento de la población disminuya su ritmo actual. Resulta evidente y ello es de



safortunado para la humanidad, que la capacidad del hombre es inferior para producir que para reproducirse.

Las consecuencias de esta formidable explosión demográfica que hará que la población mundial sobrepase los 8.000 millones al finalizar el presente siglo, afectará la calidad de vida en todas partes, dentro de un mundo creciente en todas partes interdependiente, en donde cada faceta de la vida está directamente e inclusive indirectamente afectada, por las necesidades y demandas de la creciente población mundial.

Consciente de tal amenaza en ciernes, la mayoría de los países del mundo han aceptado la urgencia de poner en práctica diversos métodos de control de natalidad y planificación familiar. Aquí es necesario establecer las diferencias que existen entre una política contraria a la natalidad y una política de planificación familiar, las cuales se confunden a menudo, pero se distinguen claramente por el objetivo que persiguen, los medios de que se valen y sus justificaciones básicas.

Una política de planificación familiar tiene por meta esencial convertir a la procreación en un acto consiente y deseado, no pretende que una pareja tenga mas o menos hijos, sino que procreen de acuerdo con proyecto establecido por ambos en lo que concierne al número de hijos y al momento del nacimiento. En cambio la política contraria a la natalidad busca reducir el crecimiento de la población.

Los principales medios de que disponen ambas políticas son comunes: contracepción, esterilización y aborto.

Este último ha sido el más controvertido de todos, debido a sus características específicas de ser provocado cuando ya el proceso de gestación humana está en marcha.

Pero el aborto no solo constituye un problema de conciencia, sino también de salud, sobretodo en los países que como Colombia, lo considera un hecho punible. Ello conduce a que la práctica abortiva (salvo en los casos en que algunos países lo aceptan) se realice de una manera clandestina, sin las mínimas condiciones que la medicina exige y a cargo de empíricos y comadronas, lo que origina un alto índice de mortalidad de mujeres que acuden a este sistema.

Vistas así las cosas y teniendo en cuenta que las mujeres acuden al aborto como último y desesperado recurso anticonceptivo, cuando han fallado los otros por cualquier motivo, bien sea porque no desean tener más hijos o por ocultar el fruto de un amor que representa problemas familiares, se ha buscado en la mayor parte de los países del mundo, LEGALIZAR el aborto, a fin que este pueda ser practicado por profesionales de la medicina, en las mejores condiciones terapéuticas posible y con un mínimo de riesgo para la salud de la mujer.

En el viejo y amplio debate alrededor del aborto, interviene la iglesia católica esgrimiendo puntos de vista de orden moral y de derecho a la vida que todo ser tiene, aun desde su estado embrionario.

Con tales ingredientes, el debate ha asumido características interesantes, en donde moral, política, ciencia y economía se confunden sin llegar a ponerse de acuerdo, sobre todo en Colombia (uno de los 15 países del mundo que considera el aborto ilegal sin excepción) y en donde, paradójicamente, se practica en alto porcentaje clandestinamente, por mujeres de todos los niveles sociales y económicos.

La explicación racional de la mayor parte de los programas de control de la natalidad en América Latina es el hecho de que el aborto es una amenaza para la salud y que el uso de anticonceptivos reducirá su incidencia. Sin embargo, la difusión de los métodos de planificación familiar no ha reducido el número de abortos ilegales, que suman millones.

En Chile, Brasil y otras naciones de nuestro continente se estima que hay dos abortos por cada nacimiento. Así mismo se estima que la principal causa de muerte de mujeres latinoamericanas entre los 15 y los 45 años, es el aborto. Pero una cosa sin embargo muy clara, el aborto ha evitado más nacimientos que la aplicación de los demás métodos anticonceptivos juntos, en América Latina.

El extraordinario efecto demográfico de la liberal Ley del aborto en Japón, promulgada en 1948, ha convencido a algunos expertos que el aborto legal, seguro y barato, puede ser la clave para el control del crecimiento de la población del mundo.

El aborto legal introducido en la Unión Soviética y en los países del bloque socialista de Europa oriental en la década

da como un antídoto para el aborto criminal, no tenía la intención de ser una medida para controlar el crecimiento de la población, pero, de inmediato rebajó la tasa de natalidad.

Sin embargo, expertos en población, opinan que aborto aunque sea legal, no puede convertirse en freno para el aumento de la población debido a su alto costo, en comparación con los otros métodos conocidos.

Así, J. Lieberman consultor psiquiátrico de la fundación Preterm de Estados Unidos, opina que "el aborto es médica y logísticamente insatisfactorio como método primario de control natal.

Los riesgos para la salud de la mujer y el costo de los servicios médicos a la comunidad sugieren que esta no es la mejor forma para controlar la fecundidad.¹³

13. JORGE VELASCO obra citada Pags. 10 y 11.

CAPITULO TERCERO

LEGISLACION PENAL SOBRE ABORTO EN COLOMBIA

Antecedentes nacionales: Entre nosotros, según el código de 1837 incluyó el aborto entre: "Los delitos y las culpas contra los particulares". Distinguiéndose entre el procurado sin el consentimiento, ni la adquiescencia de la mujer y el consentido, para reprimir y penalizar mas severamente el primero (art. 662) y todavía con mayor rigor si sobrevenia el aborto (art. 663).

Si el agente era "un médico, cirujano, boticario, comadrón o partera" se aumentaba la pena, pero dejaba impune el delito cometido por uno de los primeros, cuando no hubiere otro medio de salvar la vida de la mujer (art. 664).

El artículo 665 reprimía a la mujer embarazada que se procurara el aborto o se lo causara; el artículo 666 erigia en circunstancia atenuante que la mujer de buena fama anterior, lo cometiera para encubrir su "fragilidad" y no quedara a descubrir su deshonor. El artículo 667 castigaba el preterintencional como figura privilegiada.

El mismo sistema fué seguido por los códigos colombianos de 1873 artículos (488-491) y de 1890 artículos (638-643). La ley 109 del 1922 dispuso que se sancionara a la mujer que se provocara el aborto o que consintiera que otro se lo provocase, y con pena mayor al que esto hiciese (arts. 327-328) y con pena mas severa todavía si la mujer no había prestado su consentimiento (art 329).

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Si a consecuencia del aborto o de los medios usados se producía la muerte de la mujer, se aumentaba la pena, tanto el consentido, como para el otro arts. 328, 2º y 329, 2º y también .. si el autor del no consentido por la abortada era el esposo de ésta.

El artículo 330 sancionaba mas rigurosamente al agente que ejerciera una profesión relacionada con la salud de las personas y el artículo 331 como figura atenuada, el aborto honoris causa.¹⁴

Posteriormente en el congreso de la República en el año 1979 cursó un proyecto de ley para reformar el Código Penal presentando Consuelo Lleras de Sanper, el que me voy a permitir transcribirlo, ya que contemplaba la legalización del aborto, y comentar lo:

"Proyecto de ley No..... por el cual se protege la salud y la vida de las mujeres que habitan en Colombia"

Artículo primero.- El Estado garantiza el derecho a la procreación consiente y responsable, y reconoce el valor social de la maternidad.

La interrupción voluntaria del embarazo a que se refiere la presente ley, no es un instrumento para el control de la natalidad.

Artículo segundo.- El Estado tendrá a su cargo servicios de salud socio-sanitarios que brindaran a la mujer información y asistencia en las areas de la educación sexual y la maternidad.

Igualmente garantizará a la mujer embarazada protección laboral.

Artículo tercero. - La mujer cuyo embarazo no supere las doce semanas, tendrá derecho a interrumpirlo en uno cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando haya sido consecuencia de acceso carnal violento o abusivo.

b) Cuando constituya grave o inminente peligro para su vida o salud física o mental, que no sea posible evitar de otra manera.

c) Cuando se comprueben graves procesos patológicos o de malformación del feto. En este caso, la interrupción del embarazo podrá hacerse con posterioridad al período fijado en el presente artículo a juicio de los médicos.

Artículo cuarto. - La primera causal será comprobada sumariamente ante el juez promiscuo o penal municipal de la residencia de la mujer. Para las otras causales bastará el dictamen médico.

Artículo quinto. - La solicitud de interrupción del embarazo será hecha personalmente por la mujer soltera o separada mayor de edad (dieciseis años). Si fuere casada, lo hará conjuntamente con su marido. Cuando se trate de mujer soltera menor de dieciseis años, la solicitud se hará por medio de su representante legal.

Si el marido o representante legal de la mujer se negare a coadyuvar la solicitud, el asunto será resuelto sumariamente por el juez promiscuo o penal municipal de la residencia de la mujer habida consideración de las pruebas que le sean presentadas.

Artículo sexto. - La interrupción del embarazo deberá practicarse en hospital o centro médico oficial, o en un particular legalmente autorizado.

Artículo séptimo. - El aborto establecido en la presente ley, que sea practicado sin los requisitos, aquí expuestos, quedará sometido a las normas legales pertinentes del Código Penal.

Artículo octavo. - Es entendido que esta ley, limita la ley 5a. de 1979, en virtud de la cual se concedieron facultades del ejecutivo para expedir nuevo Código Penal en cuanto sea incompatible con la regulación penal del aborto que aquel estatuto pudiera consagrar.

Artículo noveno. - Esta ley rige a partir de su sanción.¹⁵

Como podemos ver se trataba de un proyecto de ley que contemplaba la legalización del aborto bajo tres causales, así:

1) En caso de violación.

Obligar a la víctima de un delito a pagar sus consecuencias para el resto de su vida, constituye la injusticia más flagrante, que es difícil encontrar quien no esté de acuerdo con esta causal. Claro que demostrar el hecho podría resultar complicado, sin que ello quiera decir, como ha insinuado representantes de la iglesia católica, que la mayoría de las veces participa de la culpa, la mujer.

2) Peligro en la vida de la madre.

Esta causal no debería ni discutirse, la legítima defensa se acepta en todas las jurisprudencias de todos los países y aunque, gracias a los avances médicos, este riesgo resulta cada vez más ex

15. CONSUELO ALERAS DE SAMPIE citada por JEROME VILASCO obra citada Page. 33, 34 y 35.

cepcional es importante que la ley le consagre explícitamente y exonere a los médicos de toda responsabilidad y les permita hacerlo llegado el caso y a la luz del día.

3) Grave malformación fetal.

Esta quizá es la causal que se acompaña de mayor angustia.

Por un lado son variados los grados de incapacidad, invalidez, con y sin atraso mental, al que pueden llevar ciertas enfermedades congénitas; por otro lado muchas de ellas no se pueden diagnosticar sino en fase bastante avanzada del embarazo.¹⁶

El primer punto vuelve a situar en el campo de las decisiones personales y arbitrarias, la frontera de lo que debe considerarse como malformación grave. Se piensa que la vida es un don que no se debe aceptar a cualquier precio. Es algo que solo es tolerable dentro de ciertos límites mínimos y que habría que entrar a fijar, y más allá de los cuales la existencia se convierte en una maldición y en un calvario injustificable cuando todavía es tiempo de prevenirlo.

Lo importante es que en ejercicio del derecho a la vida que se toma en nombre de otra persona, quién lo decida, lo haga fundamentalmente por amor y no solo por necesidad.

16.-CONSUELO LLERAS DE SAMPER citada por JORGE LEMASCO obra citada Pag.35.



ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL HECHO PUNIBLE

En nuestra legislación el aborto está considerado como un delito que afectan la vida y la integridad personal. Legalmente existe aborto cuando opera la destrucción o expulsión del feto con anterioridad al termino corriente de la gestación, por lo que en derecho es mas amplio el concepto del aborto, el cual puede ocurrir tratandose de un feto viable siempre que haya la extinción intrauterina de la vida de la criatura o no sobreviva al nacimiento.

En consecuencia de todo lo anterior, tenemos que según los tratadistas colombianos los elementos estructurales del hecho punible son:

Según Pacheco Osorio tenemos;

- 1) El embarazo.
- 2) El empleo de medios artificiales.
- 3) La muerte del feto.
- 4) El dolo.¹⁷

Según Rendón Gaviria tenemos;

- 1) El hecho de la expulsión prematura o de la destrucción del feto.
- 2) Propósito determinado de producirlo y que consiste concretamente en la voluntad de causar la muerte del feto.¹⁸

Sintetizando tenemos a continuación cada uno de estos elementos.

17.- PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pag. 482.

18.- GUSTAVO RENDON GAVIRIA obra citada Pag. 397.

LA GRAVIDEZ

Es la condición necesaria (conditio sine qua non) para la existencia de este hecho punible y la hay desde el instante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, hasta que se inician los dolores del parto; para el embarazo no hay pues, diferencia en cuanto a la edad del producto de la concepción, ni en relación con sus condiciones fisiológicas.

Tomamos en su acepción castiza, el huevo, el embrión y el feto; es el fruto de la concepción y lo característico de ello es la preñez. Para poder demostrar que se ha encontrado el cuerpo del delito de aborto, es imprescindible que haya comprobado por medio de los médicos (peritos) la preexistencia del embarazo.

Existe un producto patológico del útero, conocida con el nombre de Mola Matriz¹⁹, que presenta características muy semejantes a las manifestaciones de la gravidez, pero no es un ser vivo, ni es producto de la concepción, su presencia en las entrañas de la mujer no implica el embarazo, por lo cual su expulsión aunque se cause mediante el empleo de abortivos, no constituye este hecho punible a pesar que el agente procede en la creencia que elimina el feto. También existen otras manifestaciones que presentan realmente manifestaciones de embarazo, pero es solo una cuestión nerviosa, que consiste en la suspensión de la menstruación, en la dilatación del vientre y en todas las demás manifestaciones de un real embarazo, el uso de maniobras abortivas en este caso,

19.-CUELLO CALON citado por PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pág. 484.

tampoco entraña aborto consumado, ni imperfecto, en los casos anteriores la conducta del agente se sanciona con la tentativa.²⁰

Según la concepción moderna no se distingue entre el feto animado e inanimado, pues, se entiende que la vida intrauterina del ser humano comienza desde la concepción y termina con el nacimiento de la criatura.²¹ Y además se sanciona el aborto con menos severidad que el homicidio, mientras que con este se suprime una vida cierta, con aquél se elimina la esperanza de una vida, Siendo que en primer caso, el bien jurídico agredido, es mas importante, mas grave es el hecho punible que en el segundo supuesto.²²

El bien jurídico especialmente amparable para 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 hecho punible lesiona además otros intereses como son: El derecho a la maternidad y la salud e integridad de la madre personalmente cuando se trata de aborto propio o consentido, el del padre o tener descendientes, el demográfico de la sociedad y el Estado y el de la integridad y sanidad de la es-
tirpe.

20.-ANTONIO VICENTE ARENAS delitos contra la vida y la integridad personal Vol.I Editorial ABC Bogotá 1974 Pag.178.

21.-GUSTAVO RENDON GAVIRIA obra citada Pag.398.

22.-CARRARA y CABANELLA citados por PEDRO PACHICO OSORIO obra citada Pag.482.

Como el interés jurídico prevaleciente entre los tutelados, es la vida del feto, la generalidad de los códigos incluye este hecho punible, como lo hace el nuestro, entre los que atentan a la vida, atendiendo este término en su acepción amplia y genérica, comprende también la vida intrauterina, como la vida propiamente dicha.

EMPLEO DE MEDIOS ARTIFICIALES

Es el segundo elemento estructural del hecho punible estudiado y consiste en: Métodos que se utilizan para provocar el aborto.

Físicos: Sustancias farmacéuticas, vegetales, etc.

Mecánicos: Ciertas manipulaciones, sondas, lavados, tocamientos, punción del útero, etc.

Estos últimos tienen la virtud de producir la muerte del feto dentro del claustro materno o su expulsión prematura.

Morales: Una fuerte conmoción síquica a consecuencia de la cual se produce uno de tales resultados.

Debe acreditarse además, para la prueba del cuerpo del hecho punible, una relación de causalidad entre los medios empleados y la muerte del feto o la relación con su expulsión prematura.

Puede ocurrir realmente, que una mujer embarazada use medicamentos u otras maniobras abortivas, que en su caso no resulten idóneas para producir el aborto y que se efectue por una causa distinta, porque por ejemplo, se encuentra sífilítica, en este caso no puede hablarse del hecho punible, aborto, por lo menos

consumado, porque falta el nexo causal entre los medios y el resultado.²³

LA MUERTE DEL FETO

Constitutivo del tercer elemento, ya hablamos del embarazo que es la condición necesaria para la existencia de este hecho, de los medios abortivos; la muerte del feto puede producirse dentro del útero o después de su expulsión y aun ofrece el evento que esta no llegue a presentarse. En todos estos casos el hecho punible es instantáneo, se entiende consumado desde que muere el producto de la concepción.²⁴

Puede presentarse así mismo, que el feto prematuramente expulsado nazca vivo, en esta hipótesis si la muerte se ocasiona en virtud de lo prematuro de dicha expulsión, se consuma el aborto, al instante de presentarse uno de estos dos resultados.

Si la criatura nace viva y viable, no hay aborto, por lo menos consumado, y si después se ejercen contra ella violencias que le causen la muerte, se estará en presencia de un homicidio agravado (infanticidio) según el caso.

23. GROIZARD citado por PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pág. 485.

24. CUELLO CALÓN citado por PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pág. 485.

EL DOLO

Es el elemento moral de la infracción y consiste en el ánimo de abortar o lo que es lo mismo, en conocimiento de la preñez de la mujer y en la intención de emplear medios que se saben causaran o podrán causar la muerte del feto o su expulsión prematura.

Es claro que por lo regular, el autor procede con dolo determinado respecto de la expulsión y muerte del feto, pero esto no es indispensable para acreditar la existencia de este elemento del hecho punible, puede, en efecto presentarse el caso que el agente emplee los medios directamente encaminados a que se produzca la expulsión prematura pero con la esperanza y aun el deseo que la criatura nazca con vida y viabilidad.²⁵

En tal hipótesis, el dolo directo existe únicamente en cuanto a la expulsión y en relación con la muerte, basta el eventual. Así se tendrá, si en virtud de lo prematuro de la expulsión la criatura muere durante el parto o después de él, hay aborto consumado y si nace con vida y resulta viable, existe la tentativa.

En los casos en que el facultativo procede a destruir la vida del feto con la finalidad de salvar a la madre de un daño grave e inminente contra su persona, que no sea evitable de otra manera, la doctrina común acepta el aborto.²⁶

25. PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pag. 486.

26. CARRARA citado por PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pag. 486.

En tal caso, el hecho se justifica según lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 29 del Código Penal colombiano.

En abstracto, este hecho punible puede cometerse por culpa, ya que la mujer en estado de preñez hubiere incurrido en imprudencia o negligencia determinante del aborto, o el médico, por ejemplo, hubiere sido imprudente o negligente y en virtud de ello haya ocurrido tal resultado.

Sin embargo, no deb por razones de piedad, imputarse nunca a la abortada la figura culposa, porque sería cruel agregar la pena y la desgracia que sufre la infortunada, que sin quererlo ni pensarlo, dió lugar a su propio aborto.

En relación con la culpa de terceros, la generalidad de la legislación escrita prescinde de sancionarla como aborto.

Carrara, partidario es de sancionarla a título de lesiones personales culposas; conforme a la tipificación de nuestro código, el aborto culposo no es punible.²⁷

Sobre la preterintención hablaremos, por motivos especiales, en un capítulo aparte.

TIPICIDAD

Este es el fenómeno en virtud del cual el legislador concreta en normas legales, aquellos comportamientos humanos que considera lesivos de intereses jurídicos fundamentales y predicables del individuo, de la sociedad y el propio Estado.

Nuestro Estatuto Penal, Decreto 100 de 1980 consagra en el título XIII los delitos contra la vida y la integridad personal.

Vamos a estudiar el capítulo tercero que trata del aborto, así:

Artículo 343.- "La mujer que causare su aborto o permitiese que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años".-

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

El primer inciso del artículo anterior contempla dos hipótesis delictiva, que se equiparan para los fines de la penalidad: EL ABORTO PROPIO que puede llamarse AUTO ABORTO o sea el hecho de que la mujer se cause el aborto por si misma o mediante un tercero.

Consiste la segunda en que la mujer embarazada, permita a un tercero que le cause el aborto. Como podemos analizar el aborto es un delito de conducta alternativa y de resultado, que consiste en causarse a si misma el aborto, permitir que otro se lo cause y el que lo realice con el consentimiento de la mujer.²⁸

28-ALFONSO REYES ECHANDIA diccionario de Derecho Penal
3a. edición publicado por la U. Externado de Col. Bogotá
1978 Pag. 98.

En las dos primeras, el sujeto activo es la mujer embarazada y el sujeto pasivo, el feto; aunque como se explicónen otro capítulo, se perjudique a los otros intereses jurídicos y a sus titulares.

Las explicaciones anteriores deben aplicarse a la interpretación del texto legal, conviene ~~sin~~ embargo, agregar que en relación con la segunda hipótesis delictuosa no es suficiente que la mujer adopte una actitud meramente pasiva; el permitir o dar su consentimiento para que se le ocasione el aborto debe implicar cierta actividad por parte de la mujer (tomarse el tre bajo, colocarse para ser inyectada o siquiera en posición obstétrica).

Tampoco se reprime, el nudo consentimiento de la embarazada, sino que es menester que el permiso es sin dudas, solo un acto preparatorio incapaz de constituir tentativa, debe estar seguido de actos ejecutivos del aborto, para que pueda siquiera sancionarse como conato.

El inciso segundo, prevée y castiga la figura delictuosa que comete el tercero que realice el aborto de la mujer grávida con su consentimiento.

En este caso el sujeto pasivo es el feto y el agente, el realizador del aborto. Pero como la mujer es sujeto activo en la modalidad descrita en el primer inciso, el aborto consentido tiene dos autores.

El consentimiento a que se refiere la disposición debe ser prestado por persona capaz, esto es, que haya cumplido la edad de catorce años, como se dijo antes, que no se encuentre en estado de inconciencia, alienación mental, embriaguez, etc. Y que no haya sido obtenido mediante violencia o engaño.²⁹

Artículo 344. - "Aborto sin consentimiento: El que causa re el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años!"

Esta modalidad típica del delito agravado, como ya lo estudiamos, en este sentido hace responsable del hecho a la persona que lo causare y que comprende todos los casos en que el agente apela a la fuerza, intimidación o engaño para provocarlo. Aunque en la norma la falta de consentimiento no entraña el empleo de violencias para vencer la oposición de la mujer, pero si mediante ellas se le obliga a consentir o si por medio de engaños sobre la naturaleza de los actos que sobre ella se realizan, se obtiene el mismo resultado, es evidente que el consentimiento adolece de vicios que lo hacen inaceptable.

Lo propio hay que decir conforme a la segunda forma, cuando la mujer es menor de catorce años acepta el aborto, se entiende que la mujer no está en condiciones hábiles para dar su consentimiento, por el mismo mandato de la norma estudiada.

Artículo 345. - "Circunstancias específicas. - La mujer embarazada, como resultado de acceso carnal violento o de inseminación artificial no consentida, que causare su aborto o permitiese que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año. En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas mismas circunstancias!

Nuestra legislación, a través de sus redactores, en materia penal, digamos que entra a comprender el estado de desesperación en que puede encontrarse una mujer embarazada a causa de una unión sexual no querida, de un asalto a su intimidad en forma brutal o de haber sido puesta en incapacidad de repeler a un ataque de esta naturaleza, con la tragedia posterior de tener un hijo no deseado.

Se entra a sancionar en forma leve, es decir, ante estas circunstancias, se atenua la penalización, con respecto a las modalidades anteriormente expuestas.

Pero de todas maneras, se tutela la esperanza en la vida del feto, se sanciona a todas las personas que ejercen actividades en la comisión del ilícito, ya que se penaliza también al tercero que bajo estas circunstancias cause el aborto.

TENTATIVA

Respecto a este título, existen razones encaminadas a negar que puedan darse tales fenómenos, porque si el aborto no se produjo, según ellas hay que entender que los medios empleados no fueron idóneos, y es sabido que los medios empleados deben ser idóneos por requisito fundamental del hecho punible imperfecto.

Ahora bien, si afirma que los medios empleados fueron de absoluta idoneidad, hay que admitir que la ausencia del aborto se deba a que el actor de seguir empleándolos, por lo cual solo debía responder por la Tentativa, desistida en nuestro anterior código penal, suprimida en el actual por razones de inutilidad.

En efecto, sino se castiga, carece de sentido su consagración, pues el código solo se ocupa de comportamientos punibles, porque si sancionara, la pena solo se remitiría a la conducta desarrollada por el agente antes de su desistimiento, en la medida que ella configure delito o contravención y entonces tal referencia punitiva sobra porque esa modalidad es de suyo punible.

Pero es indiscutible, que si pueden emplearse medios, que la experiencia y la ciencia indique que son idóneos para producir aborto, y este no llegue a realizarse, en virtud de circunstancias ajenas a la voluntad del agente, Así, si una mujer embarazada es sometida a maniobras abortivas y se presentan los síntomas del aborto, el hecho punible es como expresa GROI-

ZAR, subjetivamente perfecto; y si por la intervención de los facultativos no llega a producirse, no será objetivamente perfecto y se dará en fenómeno de la tentativa.³⁰

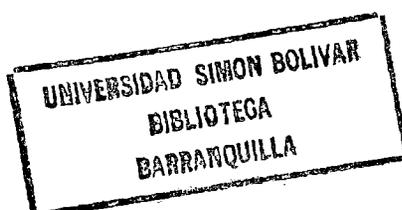
También es indudable que se da la tentativa, cuando como se dijo antes el feto es expulsado, pero nace vivo y viable.

Y es igualmente cierto que puede darse la tentativa cuando el empleo de medios conocidamente idóneos se suspenden en virtud de circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Sin embargo existen razones de política criminal que hacen aconsejable dejar impune el conato y la frustración de aborto (efectivamente nuestro actual código no contempla la frustración) en que haya incurrido la mujer; en ambos casos, ni el feto, ni la sociedad han sufrido daño, en cambio, la investigación ocasionaría un daño mayor por el desorden que introduciría en el seno de la familia y por impedir que la impunidad o bre como estímulo para el arrepentimiento y la imposición de la pena agregaría una crueldad al infortunio. De ahí que haya legislaciones, como la Argentina (art. 88) que prescriben la tentativa en la mujer.

Frente a nuestro Código tanto la mujer, como los terceros deben responder por la tentativa, pues el artículo 22 parte general contempla y sanciona tales eventos, se refiere a todos -

30. GROIZAR, citado por PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pág. 488.



los delitos en que ellos sean susceptibles de presentarse y porque la parte especial no establece excepción alguna.

Solo en los casos concretos pueden surgir dificultades insalvables en cuanto a su prueba.

Asi tenemos que si el aborto no se produjo, podrá sostener la defensa que los medios empleados fueron inadecuados; que siendo adecuados el acusado desistió de seguir empleandolos.

En la primera hipótesis, no habria siquiera delito imposible, y en la segunda, podria prosperar la impunidad o por lo menos una sanción minima, teniendo en cuenta que es muy dificil probar que se procedió con el ánimo de matar el feto, ademas sus cuidados y atenciones posteriores a su nacimiento, demuestran lo contrario, si despues del nacimiento mata al niño, se probaria el dolo abortivo, pero el delito imputable seria asesinato o infanticidio, que absorbe al aborto.³¹

³¹ LUIS EDUARDO MEZA VELAZQUEZ delitos contra la vida y la integridad personal, editado por la Uni. Externado de Col. Bogotá 1978 Pag. 98.

COMPARACION ENTRE LAS NORMAS DEROGADAS Y LAS VIGENTES.

Como ver, la ley penal vigente sobre aborto, no contempla lo que contemplaba la ley 95 de 1936 en cuanto a la muerte posterior de la mujer abortada por las mismas causas, ya que se ha considerado esta figura como una modalidad del homicidio; creo yo, que es esta la causa que no se hablara de esta modalidad, pero de todas maneras es importante analizar lo que al respecto decia el anterior código.

Debía existir primeramente, el delito de aborto, constituido por todos los presupuestos mencionados al hablar de las nociones generales del delito, en el grado de consumación frustración y tentativa. Además de esto, la muerte no debía ser querida por el agente, vale decir, hubiera sido prevista o previsible, como se dijo antes.

Si el reo procedía con el propósito de matar, se daba el concurso material de homicidio con aborto, y si la muerte no hubiere sido prevista, ni previsible, no le era imputable en forma alguna.

La muerte sobreviniente debía tener sus causas en los medios empleados en la comisión del ilícito, y no en otra circunstancia, pues el texto legal, era claro y terminante al exigir aquél requisito.

Así, los medios empleados no eran especialmente peligro

sos y la muerte tuviera origen distinto, no se integraba esta modalidad agravada de la infracción, ni existía el concurso de homicidio culposo y aborto.³²

Es decir, que exigía que la muerte de la abortada fuera una consecuencia del delito estudiado. El agente de la figura era un tercero y los sujetos pasivos, la mujer embarazada y el feto.

Tampoco se consagra lo que en el antiguo código penal se conoció como aborto agravado por la calidad del agente.

La norma descrita describía que se agravaba la situación del sindicado, si éste era médico, cirujano, farmacéuta o partera.

Esta consagración se debía a que el aborto cometido por el titular de una profesión sanitaria que le permitía, en primer lugar ocultar más fácilmente el delito y propiciar la impunidad, por lo que la represión penal debía en ese caso aumentarse, para compensar el desamparo en que se encontraba la sociedad en relación con tales personas y porque por otra parte, el agente de la figura delictiva vulneraba además de los intereses jurídicos protegidos por las anteriores normas, la confianza que en ellos depositaba el Estado, al expedirles el título que los habilitaba para el ejercicio de la respectiva profesión.³³

32-PEDRO PACHECO OSORIO obra citada Pag.492.

33-LUIS EDUARDO MEZA VILAZQUEZ obra citada Pag.86.

Es decir, que para lo anterior se requería que el sujeto activo del hecho punible, debía estar facultado mediante un título profesional pertinente. La mujer que siendo partera, médico, cirujano o farmacéuta, por ejemplo, que hubiera causado su propio aborto, entraba a responder como autora de esta modalidad, porque en tal hipótesis concurren los fundamentos en que se basa la calificante.

Si la mujer tuviera alguna de dichas profesiones se limitaba a prestar su consentimiento para que se le causara el aborto, parece que no se presentaba ninguna de las condiciones en que se fundaba el agravante y por lo tanto debía responder por el aborto propio o consentido. Pero como el texto legal se refería al "responsable" del delito de aborto y no hay duda que tenía tal carácter la profesional embarazada que consentía; debía entonces, responder por la modalidad agravada.

El código actual consagró lo que disponía el anterior código como atenuante en el delito de aborto por causas del honor, pero lo determinó en circunstancias específicas, tales como, el acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no querida, he aquí los motivos que atenúan la pena en el código actual.

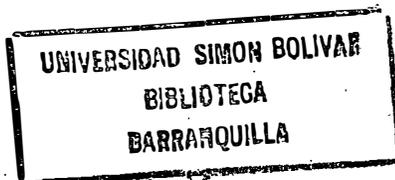
Esto porque la mujer al consentir causarse el aborto en las anteriores circunstancias específicas, o la persona que lo cause, realmente lo hace porque siente vulnerado su honor o el de la familia.

CAPITULO CUARTOJURISPRUDENCIA SOBRE LOS HECHOS PUNIBLES PRETERINTENCIONALES Y EL ABORTO.

El código Penal de 1936 al tipificar el aborto seguido de muerte, se remitió, pero para 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 el aborto seguido de muerte eran diversos, pues aún cuando el resultado de las dos previsiones legales era la muerte, el propósito de cada una era diverso: ánimo de ocasionar lesiones personales en el homicidio preterintencional, intención de interrumpir la gestación en el aborto.

El nuevo Estatuto Penal, modifica 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 que se califique siempre como preterintencional; en la legislación colombiana la preterintención es una.



de las formas de culpabilidad que no tiene alcance general sino que opera en los casos determinados por la ley, conforme lo consagra el artículo 39 del código penal colombiano.

Al definirse la preterintención, el homicidio contemplado en el artículo 325 de la misma obra, no modificó la esencia del homicidio preterintencional, 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 norma derogada y toda su legislación.

La esencia del homicidio preterintencional no ha variado, mal puede deducirse que ha cometido esa infracción a quién no ha tenido el propósito de causar lesiones personales, si solo se tuvo la intención de ocasionar un aborto, la imputación debe hacerse por este delito y el resultado mas grave que supere la intención del agente debe hacerse analizándolo a la luz de las normas generales de la culpabilidad, el homicidio resultante debe atribuirse a este título.

Los delitos preterintencionales y los calificados por el resultado, cuya clara delimitación ha sido empeño no siempre logrado en el campo doctrinal, se destaca que entre estas

dos infracciones existe la comun característica de que pretende la comisión del ilícito cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar previstas expresamente en la ley, pero con la diferencia de que en el resultado segundo en los pretrintencionales, constituya el comportamiento que representa la conducta punible, mientras en los agravados por el resultado, este no adquiere tal carácter sino que es, además 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 proyecto.

Podemos citar como ejemplos: los delitos contra la libertad y el pudor sexual, que se agrava cuando como consecuencia de ellos la víctima, queda embarazada o se produce contaminación venerea, artículo 306, numerales 3 y 4; las lesiones personales, cuya pena se incrementa cuando dan lugar a parto prematuro o aborto, artículo 338 y el abuso de circunstancias de inferioridad que se sanciona con pena mas severa cuando se ocasiona perjuicios, artículo 360.

Todos estos hechos a mas de estar expresamente señalados en la ley tienen en comun la descripción de una conducta reprimida penalmente que se agrava cuando se presenta un segundo resultado, sin que por sobrevenir este, la adecuación típica de la conducta sufra modificación alguna, pues sigue siendo la misma aún cuando mayormente sancionada.

El vigente ordenamiento penal colombiano permite al intérprete escoger entre dos de las anteriores variadas concepciones doctrinales, señalar que el resultado final que excede la intención del agente debe ser previsible con secuencia de la conducta inicial de manera pues, que es necesario que respecto del ilícito querido por aquel 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.

Se prohije una u otra tesis, lo cierto es, sin embargo que no existe diferencia sustancial en el tratamiento que que el delito preterintencional le dieron los códigos penales de 1936 y el Decreto 100 de 1980 que rige en la actualidad, salvo que en la legislación penal no empleo en parte alguna la expresión con que doctrinariamente se conoce esta clase de hecho punible y por lo tanto, no existía de ella una definición legal.

La doctrina empero, dió una noción del delito preterintencional, determinó sus elementos y señaló los casos en que tenían ocurrencia tales infracciones. Concretamente se señalaron como formas preterintencionales el homicidio ultraintencional, consagrado en el artículo 365; el aborto seguido de muerte de la mujer, artículo 387; y el abandono y exposición de niño seguido de muerte, artículo 396; si bien la única que reunía los presupuestos exigidos por la ley y por la propia doctrina era la de lesiones personales segui

da de 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 el objeto material de la conducta y por ende del resultado ilícito finalmente producido (la muerte del 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 del anterior código penal, por homicidio preterintencional solo era considerado el comportamiento de quien pretendía ocasionar solo lesiones personales, incluidas entre estas las maniobras abortivas violentas, si como resultado de ellas se producía la muerte, que por estas consecuencias la conducta era descrita en el Capítulo I del título XV del libro segundo (delitos contra la vida.)

El nuevo código penal no da tratamiento diverso a la entidad jurídica que se estudia, salvo por cuanto da 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 llega a la conclusión de que solamente en el artículo 325 se hace alusión a un delito preterintencional

y concretamente a esa modalidad del homicidio. Debe por lo tanto, establecerse y en esta forma legal cabe únicamente el homicidio ultraintencional o si, 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 quién 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 resolver la cuestión basta considerar que, siguiendo los mandamientos de la vigente codificación, los elementos del delito preterintencional son:

1) El propósito de cometer determinado delito. Este aspecto no ofrece controversia alguna; no obstante permite ratificar que la conducta inicial del agente debe estar tipificada en la ley y realizarse dolosamente (propósito de lesionar, de interrumpir la vida embrionaria, de abandonar o exponer a la muerte al desvalido).

2) 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 tratadistas 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 repito, permite diferenciar el delito preterintencional de los delitos de doble resultado o calificados por el resul

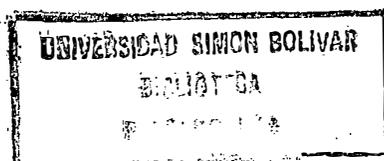
tado (homicidio del lesionado, de la madre o de la persona desvalida).

5) 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, lesión-muerte; abandono o exposición-muerte) por ello debe precisarse que la ruptura de tal nexo impediría la atribución al agente del evento final, 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) excuye el factor de causalidad directa requerido por el delito preterintencional.

4) Que el sujeto material sobre el cual se realiza la conducta sea el mismo objeto 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 tutelan los mismos intereses jurídicos requisito 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 a la arbitrariedad o caprichos del legislador. Por esta razón debe predicarse la



necesidad de que 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 afecta objetos diferentes (muerte del feto, lesiones o muerte de la madre) la solución se encuentra a través de las normas del concurso.

5) La expresa consagración legal de la figura. Así exige el artículo 39 del código penal, norma conforme a la cual es preciso concluir que en el vigente ordenamiento solo el artículo 325 consagra el delito preterintencional.

Uno de los elementos del delito preterintencional es el proposito de cometer un delito determinado. La ley precisas a que clase de delito es el que se pretende cometer, de manera que siguiendo un viejo criterio hermenéutico y ya que el ordenamiento no distingue, debería aceptarse que legalmente ese primer delito puede ser de cualquier índole, sin embargo doctrinariamente solo puede serlo el que reúna a cabalidad todos los delitos en procedencia, que solo se dan en el de lesiones personales seguidas de la muerte de la víctima; solo en este caso:

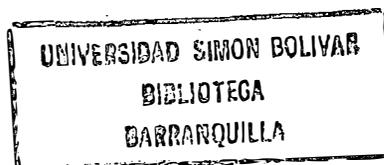
a) Se pretende la comisión de un hecho delictivo (lesiones). b) Se produce un resultado mayor (muerte) que excede de la intención del agente. c) Se produce una perfecta rela-

ción 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 embarazada, infracción en la que la intención del agente no está, en modo alguno encaminada a producir un daño en el cuerpo de la mujer o en su salud, que no pocas veces se pretende evitar con el aborto, la expulsión del feto no le causa ella, deformidad física, ni perturbación funcional de sus órganos o miembros, ni perturbación síquica (que en contadas ocasiones se quieren evitar, por el contrario, con la suspensión del embarazo) ni pérdida de sus funciones en sus órganos o miembros ni, finalmente, pérdida anatómica de ellos.

En el plano de la culpabilidad y hábida cuenta que el artículo 50. del ordenamiento penal proscribió toda forma de responsabilidad objetiva, es evidente que el segundo resultado ha debido ser querido o por lo menos ser considerado como posible por el agente, pues si se presenta de manera fortuita, no le será imputable.

El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta manera la definición legal (artículo 38



del código penal) 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 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 del delito pretendido, como del delito finalmente cometido y e) la calificación legal del hecho según el resultado.

De lo anterior resulta, como ya se ha advertido, que la diferencia específica entre los delitos calificados por el resultado y los ultraintencionales, estriba en el hecho de que en los primeros, el segundo resultado, aunque 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 algunos teorizantes estiman que mientras el segundo resultado debe imputarse de responsabilidad objetiva, otros consideran que el delito preterintencional debe atribuirse a título de dolo, bien sea indirecto o eventual; algunos consideran que el delito preterintencional constituye una forma especial de

la culpa, mientras que hay quienes, consideran que esta clase de delitos, siguiendo la concepción Carrariana, se presenta u na clase de dolo y culpa.

La actividad del agente ataca directamente la vida legalmente protegida del nuevo ser y obstenerse la interrupción de su desarrollo intrauterino, es este el delito que comete y el derecho que quebranta, de suerte que si como resultado de las maniobras abortivas ocasiona daño en la salud o en el cuerpo 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 rota la relación de causalidad directa entre lo pretendido y lo producido.

Tampoco se da en el aborto la identidad en el objeto material que padece el resultado mayor, porque en él no se pretende causar daño a un embrión sino su muerte, de manera que si, además se ocasiona 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).

Por esta razón el legislador suprimió en la actual co.

dificación la referencia expresa que la anterior hacia al 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 consagrado en el artículo 348 del código penal como agravación del delito de abandono de menores y de persona desvalida y porque no sobrevenga el deceso de éstas cambia la denominación jurídica de la infracción, que sigue siendo la misma la agravada, apenas por el resultado.³⁴

34.-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. "Los delitos preterintencionales y el aborto en el nuevo código penal" Tomado de la revista de Editorial Legis. Magistrado ponente: DANTE FIORILLO PORRAS, Bogotá abril de 1984.

ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

Veamos aspectos importantes que sobre aborto disponen las siguientes legislaciones extranjeras.

ALEMANIA FEDERAL

No está consagrado el aborto como figura punible. La mujer que desee llevar a cabo esta conducta, debe obtener en los primeros meses el consentimiento de una comisión especial que entra a examinar los diferentes factores de salud, económico, familiar, social.³⁵

Pero, el hecho de no obtener el consentimiento, puede abortar y esto solo le acarrea problema de carácter moral en su conciencia, mas que todo, de acuerdo a su formación ideológica con respecto a la iglesia.

ESPAÑA

Hasta hace poco se castigaba severamente y según sentencia de el mes de julio de el año 1985, se legalizó completamente su práctica.

AUSTRIA

Según ley aprobada el 29 de noviembre de 1973 por los votos socialistas y que entró en vigencia el 1 de enero de

35-JORGE VELASCO obra citada Pag.27

1975 y permite la interrupción del embarazo durante los tres primeros meses de preñez.³⁶

Pero los médicos y algunas clínicas, acogiéndose a la libertad que les permite la ley, se han negado ^a practicar el aborto.

INGLATERRA.

La ley que permite el aborto existe desde 1968, desde ese entonces se han registrado mas de un millón de operaciones, es decir, con un promedio anual de 175.000 abortos.

Para ser permitido la ley inglesa establece como condición única que dos médicos certifiquen y lo autorizen por razones terapéuticas, sociológicas o morales. Además el embarazo puede ser interrumpido hasta en un período máximo de 28 semanas.³⁷

ESTADOS UNIDOS.

La ley establece que la mujer puede y tiene derecho a abortar en los tres primeros meses de embarazo, previo el concepto de un médico.

Sin embargo, médicos y enfermeras pueden alegar la objeción de conciencia para practicar el abortar. También los hospitales según sentencia de la Corte Suprema pueden abstenerse de efectuar esta clase de operaciones, por razones

³⁶-JORGE VELASCO obra citada, Pag. 28

³⁷-JORGE VELASCO obra citada, Pag. 28

de conciencia, pero esto varía según la legislación de cada estado.

FRANCIA.

Según las últimas noticias, existió una ley caracter experimental que fué aprobada en noviembre del año 1974, por medio del cual se autoriza en ciertos casos la interrupción del embarazo.

Se estipuló así mismo, que por estudios posteriores las Cámaras podrían derogarlas o adoptarla definitivamente; como fué a finales del año 1980.³⁸ Sobre la aplicación y la experiencia adquirida en la etapa experimental, la ley garantiza la objeción de conciencia de los médicos y personal sanitario. Los abortos clandestinos han disminuido, pero no han desaparecido por completo.

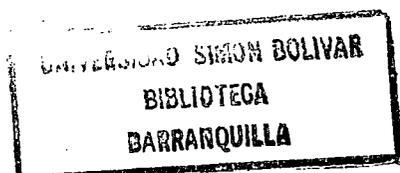
ITALIA.

Existe desde 1978 una legislación sobre el aborto, que es una de las más liberales del mundo, a pesar de las reiteradas objeciones del Vaticano cuando el proyecto se debatía en el parlamento.

La ley establece dos situaciones en la que puede haber aborto.

1) Dentro de los primeros noventa días de embarazo, cuando haya serio peligro para la salud física y mental de la mujer, en relación a su condición económica, social y fa

38. JORGE VELASCO obra citada, Pag. 29.



miliares, a las circunstancias en que vino la concepción o a las previsiones de anomalías o mala formación del que está por nacer.

2) Después de 90 días, cuando el embarazo o el parto conformen grave peligro para la vida de la gestante, o se tenga la certeza de que quien puede nacer, presente anomalías o mala formación que represente un peligro para la salud mental o física de la mujer

En ambas situaciones para que se pueda practicar el aborto, se necesita una autorización.

Las mujeres mayores de 18 años pueden abortar libremente, según la ley mientras que las menores necesitan aceptación de sus padres o su tutor. Cuando esta autorización falte o haya divergencia de pareceres, el médico o la entidad que haya sido consultada se pronunciará en 7 días, haciéndole conocer la decisión a un juez, el cual en el término de 5 días y teniendo en cuenta la voluntad de la joven embarazada y sus razones, puede autorizar la operación.³⁹

Los médicos y el personal paramédico pueden aducir razones de conciencia para no practicar aborto pero, para la ley, ello no le exonera para prestar la debida asistencia a quien lo solicite, antes o después de una intervención de este tipo.

39.- JORGE VELASCO obra citada, Pag. 29.

CAPITULO QUINTO

POSICION DE LA IGLESIA

Desde sus orígenes la iglesia católica ha condenado la práctica abortiva. El aborto desde los tiempos de Jesu-
cristo ha sido considerado como una transgresión directa del quinto mandamiento de la ley de Dios, mercedores de las mas severas penas eclesiásticas y civiles.

A pesar de que hubo moralidad en la historia, que por falta de conocimientos de Embriología (ciencia relativamente nueva) dudaron en calificar de homicidio el aborto, por que no estaban de acuerdo en que el feto desde sus comienzos tuviera vida y en torno a dicha polémica hubo confusión la posición del cristianismo ha sido invariable generalmente condenatorio.

El filósofo Clemente Alejandrino, primer intelectual cristiano en pronunciarse sobre el aborto, habla en su obra "El pedagogo" sobre aquellos "que para ocultar su vida sexual descarriada, suprimen una naturaleza humana generada por la divina providencia, provocando el aborto, mediante el uso de maniobras abortivas para destruir por completo el embrión y al mismo tiempo el amor a Dios".

Atenágoras ya hablaba de que "el feto en el seno materno no era un animal y que existía por gracia de la pro-

videncia".

Tertuliano en su época, denunció el infanticidio que se practicaba en todos los sectores sociales de Roma, "hasta entre los cristianos" y el acecho de envenenadores que según el testimonio de comadronas, andaban tras los embarazos adulterinos y las muchachas violadas para cometer el feticidio.⁴⁰

Según los primeros historiadores y filósofos cristianos, el aborto era uno de los crímenes más comunes y se practicaba con venenos para ocultar el adulterio, hasta para evitar el nacimiento de algún heredero de grandes fortunas.

Para filósofos anteriores a San Agustín, como San Jerónimo, San Basilio, San Epifanio y San Juan Crisostomo, el aborto es claramente un homicidio.

En la época agustiniana también se celebraron dos concilios para tratar el tema del aborto; el de Elvira en España, hacia el siglo ^{Tercer} 300, en el cual se condenó con la pena de excomunión no dispensable ni a la hora de la muerte, a la mujer adúltera que abortaba; y el de Ancira en Oriente, años más tarde, en el que volvió a condenarse el aborto, aunque se mitigó la pena, que quedó reducida a diez años de penitencia.

Entonces hasta San Agustín, el aborto fue motivo de condena unánime por parte de los Santos Padres tanto lati-

40.-JORGE MELASCO obra citada, Pag.19.

nos como griegos, siendo calificado de homicidio y pecado de máxima gravedad por destruir la obra mas excelente de Dios.

Viene luego la edad media y los pronunciamientos de San Agustín sobre el aborto, que según el filósofo era homicidio, ya que para él la vida claramente empezaba en el momento mismo de la fecundación, concepto que la ciencia médica habría de ratificar siglos mas tarde y no hace muchos años en la fotografía intrauterina, o sea que lo que él intuyó y comprendió en la era cristiana, siglo IV fué científicamente comprobado mil trescientos años mas tarde.

Pero hubo épocas en que la atención de canonistas y teólogos se concentró en la legitimidad del aborto.

En el siglo XII el famoso Decreto de Graciano, dice: "no es homicida el que provoca un aborto antes de la animación racional del feto", de acuerdo con la teoría de animación fetal retardada, es decir, que el feto no tenía vida sino hasta cierto tiempo despues de suceder la concepción.⁴¹

La línea benigna fué seguida también por San Alberto Magno y Santo Tomas, quienes a pesar de considerar el aborto como un pecado gravísimo y debido siempre al concepto de la Embriología, no lo consideraban homicidio en todos los casos, el aborto entonces, no sería homicidio si se práctica

41-JORGE VELASCO obra citada, Pag.20.

ba antes del momento de la "animación" (hasta ese instante en que el alma nebulosamente entraba en el cuerpo, la vida humana se consideraba similar a la de las plantas) y se creía que la animación sucedía a los cuarenta días en el hombre (Aristóteles) y a los ochenta en las mujeres (Levítico).

Sin embargo años más tarde, en el siglo XIII, el Papa Gregorio IX volvió a calificar de homicidio el aborto provocado.

Las discusiones bizantinas en torno a la animación continuaron hasta 1869, cuando Pío IX ya con conocimiento de biología moderna, condenó el aborto haciendo a un lado las teorías sobre la misma.

EPOCA MODERNA

El Papa Juan XXIII volvió a insistir sobre el carácter sagrado de la vida humana en el seno materno. "Agredir a esa vida uterina es entrar moralmente en conflicto con el creador", declaró dicho pontífice. El Papa Paulo VI en un documento dado a conocer en noviembre de 1974, condenó energicamente el aborto, manifestando que equivale a cometer un asesinato, señalando que ese hecho no puede estar justificado por la pobreza, la ilegítima o el problema del aumento excesivo de la población en el mundo.

Proclamamos que ninguna de estas razones, manifestaba Paulo VI, en dicha ocasión, pueda nunca conferir objetivamente

te el derecho de disponer de la vida de otro, aun cuando esa vida esté comenzando." Añadió que los cristianos deberían cercenar las raíces que causan el aborto, cuidando a las madres no casadas, a las pobres y a los que sufren alguna inhabilidad.⁴²

Manifestaba el Papa Paulo VI que "respecto de la vida humana no es solamente una obligación cristiana, la razón humana basta para imponerla en base de los análisis de lo que es, y debería ser la persona humana!"

En respuesta a la objeción de la superpoblación es una amenaza a la sociedad, Paulo VI expresó; que este problema podría enfrentarse por medio de la abstinencia sexual o el sistema del ritmo, pero nunca por el aborto o por otros medios anticonceptivos no naturales.

"Hay cierto número de derechos que la sociedad no está en condiciones de garantizar, ya que estos derechos preceden a la sociedad; pero la sociedad tiene la función de preservarlos e imponerlos. El primer derecho de la persona humana es la vida." Según concepto de Paulo VI.

Al rechazar el punto de vista de que el aborto está justificado en las primeras fases de la preñez, el documento expresa:

"Cualquier discriminación basada en varias etapas de la vida, no está mas justificada que cualquier otra dis

42.-JORGE VELASCO obra citada, Pag. 21 y 22.

crimlnación. El derecho a la vida permanece completo en una persona anciana, aun en una que este muy debilitada y no lo pierde una persona que se encuentre incurablemente enferma. El respeto de la vida humana existe desde el momento en que el óvulo esté fertilizado, ha comenzado una vida que no pertenece al padre, ni la madre."

El Papa Juan Pablo II en su primera encíclica "Redemptor Hominis" hizo énfasis sobre la necesidad de la moralidad sexual, familiar absoluta, calificando el aborto como crimen que va contra la moral y como violación a los derechos humanos. En una declaración en los primeros días del mes de enero de 1979, Juan Pablo II manifestó en Roma: "Aquello que se llama con eufemismo la interrupción de la preñez, no puede ser considerado en ninguna otra categoría aparte de la ley moral, que es la misma conciencia."

Insistiendo en la población fundamental de la iglesia católica de que la vida comienza en el momento de la concepción, el Santo padre manifestó que el aborto destruye el vínculo entre la madre y el hijo y el concepto de la familia. La población en cuanto a la posición de la iglesia; no solamente es para el bien particular, sino para el bien común de toda sociedad, nación y estado de cualquier continente.⁴³ Tenemos que en Colombia hubo un proyecto de legislación del aborto en el año 1979 y curso en el Congreso de

43-JORGE VELASCO obra citada, Pag. 22 y 23.

la República sin obtener su aprobación. Ante todo la conferencia episcopal y su comité permanente (Celam) de Colombia, emitió una declaración pronunciándose en contra del proyecto, como medio de proteger la salud y la vida de la mujer colombiana. Entre otras cosas manifestaban: "El hombre es centro y cima de todos los bienes de la tierra y no podemos aceptar que se niegue el derecho a existir a nadie, por el hecho de haber sido concebido en condiciones indeseables como la violación, situación económica deprimente o grave estado de salud de la madre.⁴⁴ Aduciendo por último razones legales, opina también la iglesia colombiana; que pertenece al estado en su esencia, la protección de la vida de todos sus miembros, sin discriminación. Cuando el sentido del valor de la vida se debilita, el estado mismo pone en duda su razón de existir.⁴⁴

Ante la posición de la iglesia católica, Consuelo Lleras de Semper autora del proyecto de legalización del aborto en Colombia, expresó en aquella oportunidad: "Estoy proponiendo ante el Congreso de la República, a quien corresponde modificar las leyes, una enmienda al Código Penal, sobre todo en lo que respecta a algunos capítulos y artículos sobre el aborto. Para la religión, creo, tiene la facultad y probablemente el deber, en estos casos que afecta a la moral y las costumbres y quienes a ella estén vinculados por sus -

44.-CELAM, contra el aborto. El Espectador Nov. 12 de 1979 Bogotá Pag. 3B.

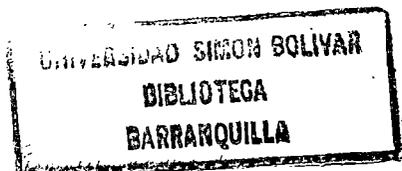
respectivas fe, pueden tener aptitudes o apoyar o condenar la legislación en concordancia con los llamados dictados de la iglesia. Pero, también creo, que la iglesia y el estado deben estar separados, cada uno en su esfera, no debemos contribuir al ayuntamiento de instituciones que en nuestra opinión deben estar alejadas y dentro del mutuo respeto.

Pretender que todo lo que condena la iglesia, como pecado, debe ser o parecer en los códigos de derecho positivo por esa sola razón, es un desacato contra la opinión libre y laica.⁴⁵

Además, manifestaba la señora Lleras de Samper, no lo sería menos que lo que se vota en el Congreso como un delito, debiera ser aceptado por la iglesia como un pecado. De la confusión de estos criterios nace un argumento para aplastar mi iniciativa y que es inevitable un caso que los juristas de teología. El aborto está consagrado como un delito, y la iglesia, según alguno de sus intérpretes, lo juzga como un crimen, luego la ley que le resta algo a la rudeza y a lo inexorable de los términos del Código Penal inadmisible, porque es, a la vez pecado y delito.

Para mí no tiene, no puede tener la connotación criminal que le atribuyen algunos polemistas eclesiológicos indefinidamente, cualquiera que sean las condiciones en que socialmente se esté cumpliendo la absoluta condenación del

45-CONSUELO LLERAS DE SAMPER El debate del aborto, El Espectador Nov. 4 de 1979 Bogotá Pag. 3B.



código y mucho menos si por ellas se están muriendo mujeres colombianas cuya vida, por ser de seres en pleno desarrollo y probablemente útiles a su grupo social o en familia, tiene que merecer respeto y protección. Eso es lo que busca mi proyecto en sí; si es cierto que la iglesia católica, como lo ha dicho uno de sus exégetas, ha aceptado el aborto en determinadas circunstancias, me parece más urgente modificar, la ley que no lo permite en ninguna o lo tiene consagrado en delito. No se modifican las leyes automáticamente cuando la iglesia deja de considerar pecado un delito, y tal vez por eso seguimos con un código absoluto que los ministros y confesores de la iglesia no acatan ya, como antes cuando se dictaron esas leyes sin salida alguna. Ahora bien, la iglesia tiene sus fieles y ellos pueden obedecer y respetar sus mandatos y prohibiciones, pero no debiera necesitar que la ley facilite los primeros y condene los segundos. En este caso particular debo presumir que como la inmensa mayoría de los colombianos son católicos, no ha valido ni la prohibición de la ley, ni la condena de la iglesia, para reducir la cifra de abortos. O al menos que los médicos puedan intervenir para salvar la vida de muchas de estas mujeres, sin ser condenadas como delincuentes, en precisas, definidas y muy claras circunstancias.⁴⁶

46. CONSUELO LLERAS DE SAMPEN Debate sobre el aborto
El Espectador Nov. 4 de 1979 Bogotá Pág. 3B.

CAPITULO SEXTO

ASPECTOS CIENTIFICOS Y FILOSOFICOS

Científicos: Una parte importante de la legalización del aborto, gira alrededor de lo que se considera ser el momento en que se inicia la vida. Se ha demostrado suficientemente, que la vida humana es un ciclo biológico irreversible y continuo, que se desencadena con la fecundación del óvulo por el espermatozoide y termina con la muerte. Una vez fecundado el óvulo constituye entonces un ente biológico único e irrepetible, por cuanto tiene una combinación de caracteres genéticos heredados del padre y es, por así decirlo con secuencia y resultado de circunstancias que jamás llegaran a ser iguales. Por esta razón, en el instante de la concepción quedan determinadas para siempre todas las características del individuo como el color de la piel, de los ojos, la calidez y el color del cabello, los rasgos faciales y la configuración corporal, el sexo y los elementos hereditarios de la personalidad. La sustancia química DNA encargada de transmitir la herencia, presente en los genes del óvulo fecundado no solamente determina las características del niño por nacer, sino que asume la dirección del complejísimo proceso de la gestación, indicando a cada nueva célula las características específicas que debe adquirir según el tejido que va a formar y el lugar que debe formar en el diminuto nuevo ser que empieza a vivir, hasta completar, en breve lapso de ocho

semanas, la tarea de formar un organismo humano.

Estudios recientes han logrado comprobar que es la misma criatura quién se encarga de realizar en organismo materno los cambios hormonales necesarios para la continuación del embarazo, quién impide la menstruación de su madre y quién finalmente finalmente decide el momento del parto.

Se pretende afirmar que, durante las primeras semanas de su desarrollo el pequeño embrión es algo parecido a una masa informe que no merece el calificativo de ser humano, para que desaparezcan los escrúpulos de la madre, desviando su atención en cuanto a la verdadera identidad de la víctima del aborto inducido, sea legal o ilegal.

Pero el pequeño embrión humano está en realidad, lejos de ser esa pretendida masa informe de que se habla. Es así como a los 18 días, contados a partir de la fecundación, cuando la madre apenas sospecha la posibilidad de un embarazo debido a un retraso menstrual de 4 o 5 días, ya el corazón del hijo ha dado los primeros latidos y bombea su propia corriente sanguínea. A los 42 días (6 semanas) de gestación, el cerebro del niño emite impulsos eléctricos susceptibles de ser registrado mediante electroencefalograma. Es esta una etapa en que el embrión realiza sus primeros movimientos musculares, imperceptibles todavía para la madre, dos semanas des

pues, a los 50 días de vida intrauterina, se puede ya tomar un electrocardiograma al corazón fetal. A partir de este momento el sistema nervioso está tan desarrollado, que responde a suaves estímulos, como cosquillas y con mayor razón, reacciona al dolor. A las nueve semanas el feto empieza a tragar, puede abrir y cerrar la mano, dirigir la mirada; a las diez semanas tiene definidas las huellas digitales, cuya importancia nadie ignora en la identificación legal de la persona. A las ocho semanas de embarazo el feto tiene formados sus órganos vitales y se inicia su funcionamiento, a partir de esta etapa simplemente se continúa el proceso de perfeccionamiento y maduración de un organismo, cuyas facultades fisiológicas y psicológicas, solamente alcanzan su máximo nivel de desarrollo, no propiamente en el momento del nacimiento, sino años más tarde. Así, investigaciones en el campo de la embriología, demuestra que el embrión humano no solamente un ser vivo, sino que biológicamente está pasando por la fase más dinámica de su existencia, puesto que en término de un mes, alcanza diez mil veces un tamaño mayor al óvulo fecundado y constituye un pequeñísimo organismo de prodigiosa complejidad.

Los partidarios del aborto alegan: "El embrión puede tener vida, pero no es humano" Y aun admitiendo la naturaleza humana del ser que vive en el seno materno, los defensores .

del aborto suelen objetar: "Podrá tratarse de un ser humano pero no es persona todavía"⁴⁷

Filosóficas: La discusión se sale entonces, del campo puramente científico-biológico, para ingresar en el campo de la disquisición filosófica, al buscar una definición de quién es persona y quién no. En cierto sentido, el ser humano es siempre un proyecto en etapas mas o menos avanzadas de su realización. El hombre de hoy no es lo mismo que será mañana aunque ya posee los elementos necesarios para llegar a su destino personal, puesto que cada día enriquece su existencia y avanza un poco mas en el proceso de su realización. De igual manera el embrión no es un niño, ni un adulto, pero si es capaz, por si mismo de llegar a serlo. Así pues, el derecho a la existencia biológica, constituye un derecho inalienable a la realización de la vocación de todo ser humano. Su destrucción deliberada, en cualquiera de sus etapas, así sea la mas temprana, no es otra cosa que un atentado contra el destino individual de una persona que ya está en plena vida, en pleno proceso de su auto-realización.

Contra todos los conceptos anteriores (esgrimidos por los contrarios al aborto) se oponen los de quienes se muestran partidarios del mismo; para estos últimos la vida de una persona no empieza, necesariamente, en concepción y para ello decir, que un óvulo fecundado de horas o días de evolución

es igual y tiene los mismos derechos que un feto a punto de nacer o que un niño ya nacido es por mucho una sobre-simplificación inaceptable.

Pero aun aceptando la existencia de un ser humano en formación, lo que se plantea con el aborto es la colisión de dos derechos humanos, a la vida y al bienestar. Dos derechos que son excluyentes y no pueden por consiguiente, satisfacerse ambos. ¿A quién preferir en estas condiciones? Que un simple ser humano se atribuya, el derecho supuestamente exclusivo de la divinidad, cual es, el de decidir quién puede o no, vivir, resulta por decir lo menos, profundamente inquietante. No solo el embarazo puede presentarse el anterior dilema de quién puede o no vivir; en la cirugía de guerra, por ejemplo, se le impone a los médicos de los hospitales de sangre, cercanos al frente de batalla la tremenda responsabilidad de escoger, frente a una capacidad limitada de transporte, quienes entre los heridos deberán ser evacuados a la retaguardia y probablemente vivir y quienes deben quedar en el frente condenados a muerte. Esta selección conocida desde la primera guerra mundial, con la palabra francesa 'triage', se hace con criterio puramente técnico, seleccionando a los heridos cuyas lesiones hacen presumir que son salvables, pero aun así, de una decisión sometida a terror y aun así, a preferencias personales, depende la vida de otro. Sin embargo se trata de un procedimiento necesario, deseable y

profundamente humano al que ningun profesional, llegado el momento, se puede sustraer.

Volviendo a la interrupción del embarazo, nos encontramos con que ante la negativa de una madre embarazada - contra su voluntad a aceptar su situación, la sociedad no puede, ni debe volverse de espaldas, ni en mi opinión debe volcar el peso de la ley, para que esa aberrante situación se cristalice. Un hijo es demasiado importante como para - que sea el fruto de un descuido, o un enemigo impuesto en la propia casa, para que reciba inevitablemente el maltrato cuyas consecuencias, cada vez con más dolorosa frecuencia, aparecen en las salas pediátricas de nuestros hospitales. Se llega por consiguiente a una nueva situación de 'triage' en que debemos escoger, por un lado, el derecho de la madre a determinar si quiere tener un hijo, basado en la inaceptabilidad de un error, un descuido o un desbordamiento de ese instinto que algunas religiones consideran como pecado, implique una condena indefinida con un embarazo primero, con un niño más tarde; y por último, con un adolescente y un adulto a quién nunca se desee, ni se quiso.

Por otro lado, está el derecho de ser inocente en sus comienzos, a una vida que muchos consideran inalienable a partir de la concepción y que obliga a ignorar lo que la madre renuente piense al respecto. Ante esta situación algu

nos piensan, que hay que preferir a la madre, que es una persona completa, con una vida individual independiente y a menudo con otras exigencias familiares apremiantes por encima de los derechos, sin duda importantes, de lo que en ese momento de la decisión, consideramos en ese momento como un conglomerado de células, en fase de organización, con indiscutible capacidad para llegar a una humanización total en un futuro indeterminado pero cercano. Pero otros piensan lo contrario, y en caso de colisión de intereses, consideraran que deberá preferirse al hijo sea cual fuere su estado de desarrollo en que se encuentre.⁴⁸

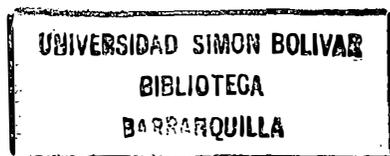
Los conceptos materialistas, tenaces defensores de la impunidad del aborto, han esgrimido como Klotz-Forest, diciendo: "No hay crimen para la mujer que se desembaraza de un feto que amenaza su felicidad. Solo ella es Juez para saber si debe abortar o no. El único medio de combatir el aborto clandestino es propagar el método de evitar la gravidez y autorizar a los médicos a efectuar el aborto siempre que le fuere pedido! Esta tesis materialista y disolvente, puede ser fácilmente refutada, según el concepto de Pacheco Oserio, sin salirse del terreno jurídico y sin apelar, a las poderosas razones que a ella se oponen, moralmente; jurídicamente en efecto no puede sostenerse que la mujer sea el único juez capaz si debe abortar o no; en primer lugar por -

48. MIGUEL TRIAS Moral y política frente al aborto. El Espectador Nov. 4 Bogotá 1979 Pag. 4B.

que la sociedad y el Estado, tienen derecho, emanado no de la mujer, sino de la propia naturaleza, que sería vulnerado si el aborto se permitiera como un hecho lícito, como es el consistente en la facultad que tienen de servirse de todos los individuos que pueden serle útiles a su existencia y a sus fines propios. Sin embargo, continua Pacheco Osorio, no se niega que la mujer tiene derecho a disponer de su cuerpo, a mantener relaciones sexuales con quien desee pero una vez producida la concepción, surgido el germen de una vida humana, la sociedad y el Estado, velando por su propia conservación, tiene pleno derecho a que sea respetado ese principio de vida. La sociedad y el Estado se debilitarían con la impunidad del aborto, ya que se despoblaría el territorio del Estado; quedaría en esa forma herido de muerte.

Por otra parte, tanto el Estado como la colectividad tienen el derecho de velar por la conservación de la vida de las personas existentes, y el aborto constituye no solo un atentado contra la vida del feto, sino que entraña un peligro para la abortada.⁴⁹

49-PEDRO PACHECO OSORIO obra citada. Pág. 477.



CONCLUSIONES.

Por todo el estudio anterior podemos manifestar que el aborto siempre ha sido objeto de enconadas controversias, tenemos que en la antigua Roma, se consideró al feto como parte visceral de las entrañas maternas y que por su destrucción no debía por lo tanto punirse, Cuando mas tarde entró a reprimirse, no se hizo para proteger la presunata vida del feto, sino para proteger el derecho que tenía el marido a su descendencia.

En Grecia se precursó por permitir el aborto de la mujer mayor de cuarenta años, para evitar posibles enfermedades en el nuevo ser. En España se castigó a la mujer que se practicaba el aborto hasta con la muerte, hoy ha sido legalizado totalmente. Otros pensaban que debía permitirse la práctica del aborto, para que no se perjudicara a la mujer, en su esbeltez y en sus armoniosas líneas de su cuerpo.

En nuestra época, con el dominio ideológico de la religión católica que data de mucho tiempo, muchos países reprimen la práctica abortiva, por cuestiones de orden moral y religioso, que en fin de cuentas entran a incidir en el derecho.

En unos países lo tipifican como un delito que atenta contra la familia, ya que consideran que el interes tutelable es de orden general, en nuestra legislación está considerado entre los que afectan la vida y la integridad personal, por ende el interes es de particular.

En nuestro medio el criterio preponderante para precisar el aborto es la muerte del feto, es decir, que no sobreviva a la expulsión, que no tenga vida extrauterina. En las dos modalidades contempladas pueden hasta participar dos o mas personas, es decir de conducta alternativa. En lo que concierne a uno de sus elementos; La intención, es indispensable que se proceda con el determinado proposito de producirlo, siendo indiferente, para los efectos de estructuración jurídica del delito, la naturaleza del móvil. Lo que si no es sancionable en nuestra legislación es el aborto culposo, pues en ninguna parte de la investigación expuesta se consagró su responsabilidad, esto es extraño, tratándose de culpa de terceros, porque bien puede ocurrir la comisión por impericia, descuido o negligencia, por parte del facultativo. La culpa propia si se justifica que no dé responsabilidad penal por las propias características que el hecho revestiría en tal caso. Por los conceptos vistos tenemos que analizar, necesariamente el aspecto económico, como uno de los factores mas importante que genera el delito en general.

En nuestro sistema de vida, existe una gran diferencia entre dos clases sociales; por una parte, la conformada por la minoría que gobierna, con un gran dominio económico, político, educacional, etc. Por otro lado, la gran mayoría con escasas posibilidades económicas, sin bienes materiales, con un trabajo mal pago para su precaria existencia y una pobre educación. Como sabemos el dominio económico genera necesaria

mente determinadas condiciones superestructurales favorables a ese dominio, por lo tanto la superestructura jurídica y política de Colombia corresponde a determinadas formas de conciencia social.

Entonces tenemos que el mayor número de delitos en Colombia, se producen en la clase proletaria, por la miseria en que se vive, por las bajas condiciones morales de sus componentes a raíz de una escasa cultura, por falta de oportunidades en la lucha por la existencia. El aborto no es ajeno a lo descrito anteriormente, son numerosísimos en esta clase social; la falta de una educación sexual, la falta de bienes materiales y una prole numerosa, son en síntesis las causas de las prácticas abortivas clandestinas.

Los abortos que se realizan en el ambiente de la clase dominante, ocurren por causas diversas de los problemas de carácter económico o culturales, son más bien determinados por causas del honor y la honra familiar.

En la burguesía, los abortos se realizan con todas las garantías higiénicas y clínicas del caso, así como de impunidad, porque precisamente gozan de recursos suficientes para pagar peritos en la ciencia médica y quirúrgica necesarias para ocultar su delito. En Colombia se planteó alguna vez seriamente la legalización de esta práctica, pero la constante negativa de la iglesia, que considera que es un acto -

inmortal y por ende el Estado debe considerarlo, a través de sus instituciones jurídicas como un hecho punible.

Pero, nosotros sabemos que la iglesia defiende con su filosofía los intereses del sistema de gobierno imperante, ya que son comunes. La iglesia no acepta, inclusive, ninguno de los métodos anticonceptivos existentes, a excepción del ritmo, los considera un sacrilegio; así como también pregona la conformidad ante la pobreza y el sufrimiento terrenal y todo el que se revela, comete actos de herejía; es así como los sofismas inventados por los Doctores de la iglesia se anteponen al desarrollo, a la ciencia y a la liberación de los oprimidos, porque sus intereses están enmarcados en el sistema imperante.

En la década del sesenta se creó el sofisma de la expl^osión demográfica y para controlar este flagelo, crearon a su vez los métodos de planificación familiar con el objeto de disminuir la natalidad, porque según los creadores de este sofisma, el hambre, la miseria y todas las lacras que nos agobian, se deben al exceso de población. Nosotros sabemos, que una nación, bien administrados sus bienes, que sus riquezas naturales y sus productos sean utilizados adecuadamente en el incremento de la economía, la cultura, la educación, creando fuentes de trabajo, prestando buenos servicios públicos, lógicamente conlleva al progreso de la misma,

aunque el número de sus habitantes crezca, porque a mas manos, mayor producción, necesariamente mayor mayor ganancia, esto siempre y cuando se administre con honestidad y justicia.

Entre los métodos para regular el crecimiento de la población, decían los doctrinantes, debe legalizarse el aborto, además de permitido, debe ser barato, seguro, de fácil acceso. Cuando si se propugnaba su legalización, debía buscarse la salida científica, jurídica, posiblemente política, es por eso, que estoy completamente en desacuerdo con los fines que persiguen con las anteriores teorías, en cambio si con los medios a utilizarse; esto es, clínicos, quirúrgicos y de bajos costos.

Es que no es precisamente la superpoblación la causa de nuestros males, como ya explicamos. En nuestras condiciones actuales y con la punibilidad del aborto lo que si agravaría la situación de una familia pobre, de escasa educación sexual, es la llegada de un nuevo hijo, donde hay ya, seis u ocho miembros y donde el padre no tiene un empleo para ganarse el sustento, simplemente porque no hay fuentes de trabajo, debido a la crisis producto de la pésima educación, administración nacional, en donde la inflación es escandalosa, la educación es un lujo, los servicios públicos caros en exceso y abundan las enfermedades por falta de sanidad pública, pues

el destino del futuro ser, es absolutamente oscuro e incierto.

En este caso, acogiendo los medios antes descritos, el fin sería permitir la práctica abortiva y en efecto, hacer por el momento menos gravosa la situación a las familias con pocos recursos.

Para legalizar el aborto, se debe tecnificar su práctica, los gastos quirúrgicos a bajos costos y seguros, para que sean accesibles a estas familias; se debe concientizar a esas familias, desde el punto de vista educativo y sexual analizando los casos extremos, como los embarazos producto de violación, en caso de peligrar la vida de la mujer embarazada y en los casos de posibles malformaciones en el feto y taras en el futuro niño.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA