

# A PUNTES SOBRE EL ABORTO Y SU PUNICION

María Antonia Toscano de Sánchez

*Propendemos por la protección de la vida desde la concepción hasta la muerte, es decir, a todo lo largo del ciclo vital.*



El debate jurídico actual que se ha vuelto popular sobre la despenalización de la eutanasia, entendida como intención de poner fin a la vida o de acelerar la muerte de una persona enferma, induce a pensar en el comienzo de la vida, la interrupción de este proceso y su protección en la legislación penal.

La interrupción del proceso de gestación dolosamente provocada, con o sin expulsión del feto o producto de la concepción, pero con muerte del mismo, es el aborto o «feticidio» definido por Carrara «como la muerte dolosa del feto dentro del útero o como su violenta expulsión del vientre materno de la que se sigue la muerte del feto», por lo que podría decirse también que aborto es la muerte del producto de la concepción, provocada dolosamente.

En medicina se establece distinción entre aborto y parto prematuro, éste cuando el feto ha sobrepasado los 180 días de gestación. En derecho y para efecto de la tipicidad del aborto, de su descripción en la ley penal,



este puede provocarse desde la existencia misma del feto vivo, desde que se produce la concepción, hasta antes de iniciarse el proceso del nacimiento con el cual culmina la gestación, y a partir del cual, si se da muerte a la criatura se presenta homicidio, no aborto, porque no se está interrumpiendo el proceso de gestación. En derecho penal y para efecto del homicidio, no se hace diferencia entre «persona» y «ser humano», según que se le haya cortado o no el cordón umbilical. Una vez expulsada la criatura, así no se haya separado totalmente del vientre materno, se presenta homicidio, delito que consiste en ocasionar la muerte de «otro», y un ser nacido, es otro ser humano, así, se repite, no se haya separado de la madre. En el homicidio se destruye la vida ya formada e independiente. En el aborto se corta la gestación de una vida, se ataca la vida en formación.

Si se distinguen los procesos de fecundación y de anidación del huevo fecundado en el útero, puede afirmarse que a partir de este último momento existe el producto de la concepción. Por esta razón las maniobras tendientes a evitar la fecundación o la anidación del huevo fecundado, genéricamente llamadas maniobras anticonceptivas, no son constitutivas del delito de aborto el cual, se realiza a partir de la anidación que es cuando existe una verdadera concepción y un feto, y hasta el inicio del proceso del nacimiento.

Antes de hacer referencia a las razones por las cuales se penaliza el aborto, cabe preguntar si el aborto debe ser punible. Desde el punto de vista político y social ante el problema del aborto, se han venido enfrentando dos posiciones antagónicas que abogan la una por su no punibilidad, sobre todo cuando el aborto se realiza poco tiempo después de la concepción, y la otra por su punibilidad. Los argumentos que apoyan la primera posición son más que todo de tipo social y económico, atinentes al control de la natalidad y frente a la escasez de los recursos de vida. Se dice entonces, y este es un argumento central, que la mujer tiene libertad y derecho para procurarse su aborto por cuanto tiene facultad para disponer de su cuerpo y del feto, este es parte de su organismo, depende de ella, y como órgano de su cuerpo, es dueña de él. Además que la autolesión no es punible.

Se afirma por los sostenedores de esta tesis que los casos reales de punición del aborto son muy raros, -ocurren miles pero el delito es ocultado y callado por todos los partícipes-, que de los que excepcionalmente tiene conocimiento la autoridad, corresponden a mujeres de clases populares, a veces las menos favorecidas, en donde es mayor el índice de natalidad, y en donde por escasez de recursos acuden a comadronas o a personas inexpertas que colocan a las embarazadas en peligro grave para su vida o para su salud, y deben luego, a última hora, buscar ayuda médica, mientras que las mujeres de las clases sociales altas y económicamente pudientes, tienen recursos y pueden darse atención médica en clínicas,

inclusive especializadas. Con un criterio individualista la Corte de Justicia de los Estados Unidos, mediante fallo producido en 1973 determinó que todas las mujeres que quieran, pueden practicarse el aborto durante los tres primeros meses de embarazo, reconociéndoseles así el derecho a decidir libremente sobre la terminación de la vida del feto. La condición temporal se estableció teniendo en cuenta, que según la experiencia, durante ese lapso no corre riesgo la vida de la mujer. Fue entonces una legalización del aborto voluntario, pero siempre, y cuando se produjera dentro de los tres primeros meses del embarazo.

La otra posición la de quienes sostienen que se debe mantener la punibilidad del aborto, consideran que esta se funda en la protección de la vida, derecho inalienable, derecho supremo de los seres humanos sin el cual no puede existir ningún otro derecho, es un atributo origen de todos los reconocimientos jurídicos, y que con el aborto además del bien jurídico de la vida se lesionan los de la moralidad social, la libertad de procreación y el interés demográfico de la sociedad: «Quien ataca el proceso de gestación lesiona la forma natural de subsistencia y renovación de la especie humana, y con ello está socavando los fundamentos mismos de la existencia del hombre como ser natural y ser social». Aquí radica la razón política y la razón natural de la penalización del aborto.

Que el aborto ataca la vida, supremo atributo del ser humano, y por ello debe sancionarse, es el criterio del legislador colombiano; y que debe sancionarse no solamente cuando es realizado sin el consentimiento de la mujer, caso en el cual se vulneran dos derechos, la libertad individual de la mujer y la vida del feto, -único bien que en ese momento se le protege jurídicamente, «la vida en formación» no tiene ninguna otra defensa que el respeto que se tenga en relación con ella-, sino también cuando la mujer se provoca su aborto, o éste es realizado con su consentimiento.

El reconocimiento a este atributo está consagrado en la Constitución Nacional, así se lee en el preámbulo, «asegurar a sus integrantes la vida,...» y en el art. 11 «El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte». Con la protección de la mujer en estado de embarazo, art. 43 C.N. indirectamente se protege este bien, y específicamente, en el art. 44, cuando establece la Carta como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

Normas del derecho internacional, de igual manera, hacen esta consagración. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4-1, se lee: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...». La Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Nov. 20/89, establece en su preámbulo la protección legal para el niño, tanto antes, como después del nacimiento, normas estas que rigen en Colombia por



virtud del art. 93 de la C.N. ya que fueron ratificadas por el Congreso mediante Leyes 16/92 y 12 de 1991; y, finalmente, en el Código del Menor, D. 2737/89, artículos 4 y 5 se consagra que todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y que estos derechos se reconocen desde la concepción, así lo enseña también la Corte Constitucional en decisión de mayo 7/93, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, cuando además hace notar que si la Constitución protege la vida con relevancia, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso de formación que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma, por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto este encarna un valor fundamental -vida humana- constituye un bien jurídico protegido constitucionalmente».

Para garantizar la protección de aquel derecho, para cuando él se vulnera por la acción de la mujer embarazada o de terceros, es que se sanciona el aborto, y entonces se puede responder a los que propenden por su no punibilidad que si el derecho penal busca proteger valores jurídicos y establecer un mínimo de ética, no puede el legislador, ante la agresión a uno de los valores esenciales, permitir tal acción y patrocinar un acostumbamiento moral a segar la existencia de los seres humanos. El que da muerte a un feto lesiona la forma natural de renovación de la especie humana, socava las bases mismas de la existencia del hombre, y de ahí en adelante, sin ningún freno ni inhibición se habitúa, fácilmente a la idea de matar, sin respeto por el inicio de la vida llega hasta ejercer tal actividad como una forma de explotación económica.

No es cierto que se tengan derechos ilimitados sobre el propio cuerpo. El hombre es un ser social y como tal no se pertenece a sí mismo. Nadie puede pretender que en una sociedad que quiere cumplir su cometido de posibilitar a los asociados el desarrollo pleno de todas sus potencialidades individuales y sociales, se tenga libertad para cortarse un brazo o una pierna disminuyendo o limitando sus propias capacidades y las posibilidades de aporte comunitario, con la obligación social de contribución que se tiene. «La mujer -considera la Corte Constitucional-, no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma. Por lo tanto, no le es lícito disponer de él» (Corte Constitucional Sentencia C-013 Enero 23/97 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Que porque pocos sean los casos de aborto que llegan al conocimiento de las autoridades tampoco puede deducirse su no punición. Si debería propenderse que desmotiven las acciones abortivas con educación sexual y social adecuadas, formando a la niñez y a la juventud con responsabilidad para la libertad, con claras orientaciones sobre que la libertad sexual debe estar precedida del respeto

a los derechos ajenos y que la libertad de procreación se ejerce antes del acto procreador, asumiendo este y sus consecuencias también con responsabilidad.

Tampoco es cierto que el aborto proliferare en las clases populares. Allí, está demostrado, el índice de natalidad es mayor porque los embarazos llegan a término. Pero aun quedan defensores de la impunidad del aborto, y aquí cabe hacer notar que la víctima del delito, no va a reaccionar jamás. Los presuntos perjudicados son los actores, así que las personas no se sienten amenazadas, ni de la vindicta, ni de resultar víctimas de este crimen, por ello el temor público es casi nulo frente a otros delitos en donde el rechazo y la respuesta social son mayores como ocurre con el homicidio, por ejemplo, se propende por su sanción por la posibilidad de ser su víctima o de que toque con sus cercanos afectivamente.

Precisada la razón y la necesidad de punición del aborto, debe señalarse que han existido tres sistemas para sancionarlo. El primero, y más antiguo, es la penalización general del aborto: todo aborto, no importa la época en que se realice, y salvo cuando a este hecho punible le sea aplicable alguna norma de la parte general, debe ser castigado, sin que se demarquen casos especiales de impunidad. Este mecanismo de incriminación generalizada es inconveniente y vendría a fomentar una delincuencia de clase: donde se tenga capacidad para ocultar la comisión del delito este va a proliferar.

El segundo sistema es el llamado «de plazo». Plantea la impunidad del aborto, permite la impunidad si éste se produce hasta un determinado momento de la gestación, plazo fijado generalmente dentro de las doce primeras semanas de gestación, porque se piensa que en este lapso el embrión carece de actividad cerebral, y que no resulta peligroso para la salud de la mujer, pero, siempre y cuando sea practicado por un médico. Las críticas que se formulan a este sistema son las de que se deja en manos de la mujer la vida futura, exista o no necesidad de aborto; y por la absoluta libertad que para dar muerte al concebido tiene la mujer. Este sistema atenta contra las Constituciones Políticas que como la colombiana, protegen la vida como atributo del ser humano.

La solución de indicaciones o de casos, es el tercer sistema. Parte del presupuesto de que la vida es un bien objeto de protección y a partir del proceso de anidación, el aborto es punible, pero se indican casos excepcionales en los cuales el aborto está permitido atendiendo a particulares circunstancias del embarazo, v.gr. para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada; cuando el embarazo es fruto de violación o inseminación involuntaria; cuando el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, y por último, estaría la indicación social que sería el caso del aborto ante angustiosa situación de necesidad.

El Código Penal Colombiano asume una posición más próxima a la solución de



indicaciones. En el proyecto de 1974 otorgó atenuantes al aborto por indicación médica y social; al aborto cuando el embarazo fue consecuencia de violación; al aborto cometido por causa del grave desamparo de la mujer y propuso la impunidad del aborto terapéutico. Sin embargo, en el Código no quedó así. Allí se sanciona el aborto ya sea que se lo provoque la mujer embarazada, con ayuda de un tercero, o que ese tercero lo realice con o sin el consentimiento de la mujer, y atenúa la pena para el aborto por indicación ética, cuando el embarazo fue resultado de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, sin que existan normas referentes al aborto terapéutico, al aborto eugenésico, ni tampoco en relación con el producido por indicaciones económico sociales.

Aquí cabe precisar: el aborto está tipificado en su forma exclusivamente dolosa, es decir solo hay delito cuando la muerte del feto se produce intencionalmente, esto es, con conocimiento y voluntad: conocimiento del estado de embarazo en que se encuentra la mujer, representación de que con la acción realizada se puede ocasionar el aborto y la muerte del feto, y con un querer ejecutar el hecho punible, lo que equivale, para el caso, a una voluntad encaminada a que el producto de la gestación muera, con o sin expulsión. No se sanciona, no está previsto como delito el aborto que se produce por negligencia o por imprudencia, es decir el delito de aborto culposo, situación esta que de presentarse y en el caso de causar daño en la salud, podría dar lugar a lesiones personales culposas cuya previsión si hace la ley penal.

Pero como todo delito tiene un móvil, una causa, o sea la razón afectiva que induce a su realización, en este caso, la causa que induce a la mujer a abortar o lo que busca el tercero con la realización del aborto pueden ser, asuntos de honor, temor a enfrentar la crianza del niño, temor al parto, repugnancia a la concepción, insolvencia económica, prejuicios sociales, temor a perder la belleza, sentimientos de venganza contra el padre de la creatura, etc, móviles que no constituyen disminuyentes de penalidad, excepción hecha del aborto terapéutico o necesario, pero que si pueden determinar, dentro de los límites de la respectiva sanción, un grado mayor de pena, v.gr. el motivo abyecto o fútil.

En la doctrina, las motivaciones han dado lugar a la construcción de las excusas de punibilidad y así se han establecido cuatro clases de abortos justificados o exculpados:

1. Por indicación médica o aborto terapéutico, el cual se denomina también «necesario».
2. Por indicación eugenésica, o sea el practicado sobre el feto portador de taras físicas o mentales. En este caso la motivación es piadosa o humanitaria y requiere el que las taras se encuentren médicamente preestablecidas.

3. Por indicaciones éticas, y

4. Por indicaciones económico sociales, motivación esta última objeto de las mayores controversias.

En el Código Penal colombiano, se reitera, no existen normas referentes al segundo y cuarto grupos. El aborto por indicaciones éticas se encuentra sancionado, aun cuando de manera atenuada, y al respecto es necesario aclarar que para que proceda la aplicación de esta pena atenuada se requiere por una parte, que los coautores tengan la misma motivación, y por otra que esté probada la delincuencia que originó el embarazo, sin que haya un plazo establecido ni para la producción del aborto ni para la formulación de la respectiva denuncia por el delito, o la comprobación de la existencia de este. La razón de la sanción es la protección que merece el feto como vida en formación el cual no tiene la culpa de su origen y sin que puede decirse que hay fetos lícitos y fetos ilícitos.

Tampoco hay norma especial para el aborto terapéutico o necesario, equiparación de acepciones que requieren distinción. Para justificar la conducta del tercero se acude a las normas de la parte general, pero para que se adecue a la causal de justificación prevista en el art. 29-5, estado de necesidad, se requiere la presencia de una situación de peligro grave que amenace la vida o la salud de la mujer embarazada, con la conclusión médica de que el camino forzado para conjurar el peligro es la práctica del aborto, es decir, que se elimina la vida del feto para salvar la vida de la madre o evitarle un peligro grave a su integridad.

Son requisitos para el aborto necesario o terapéutico:

- a. Un embarazo, es decir, la existencia de un embrión vivo, desarrollándose en el vientre materno.
- b. Que el estado de embarazo o la continuación del mismo, por si o por otra situación patológica, surja peligro grave para la vida de la mujer o para su integridad física o mental, siendo condición que el peligro sea grave, inminente, no evitable de otro forma y que no deba enfrentarse por obligación jurídica.
- c. Que la madre no haya desatado deliberadamente la situación de riesgo para precipitar el aborto o servirse de ella.

En estos casos el médico o el particular no obran con dolo, no quieren matar al feto, su propósito es salvar la vida de la mujer en peligro actual o eminente de muerte. Este peligro no puede confundirse con los riesgos normales del embarazo o del parto. Aquí estriba la mayor dificultad para justificar el aborto a través de una norma como la del Art. 29-5 del C.P. que exige existencia actual del peligro; hay que entender sin embargo que cuando prevé «peligro actual o inminente, faculta para obrar antes de que el peligro se presente pero contando con que



él vendrá inexorablemente. Por ello el aborto necesario puede hacerse para eliminar un peligro ya existente, que se está sufriendo, o para conjurar uno que se ve venir con toda seguridad y que pondrá en grave riesgo la vida o la salud de la mujer.

El art. 29-5. estado de necesidad, es causal de justificación que no requiere que ese tercero que realiza el aborto sea médico, ni que cuente con el consentimiento de la mujer. En una norma especial que legalice el aborto necesario, debería exigirse la calidad de médico para ese tercero porque es este el profesional idóneo para evaluar el peligro. El consentimiento en cambio no siempre es posible obtenerlo. Piénsese en que el médico está interviniendo quirúrgicamente: la mujer no está capacitada para dar el consentimiento y el médico no puede cerrar la herida o suspender la operación, para buscar el consentimiento de la familia; recuérdese además que se trata de conjurar un peligro actual, por esta razón debe establecerse diferencia entre el llamado aborto terapéutico y el llamado necesario, a este respecto se comparten las palabras del maestro Soler cuando dice «una cosa es el aborto terapéutico, preventivamente practicado, y a largo plazo, y otra muy distinta la situación de necesidad, ésta supone siempre una situación de urgencia expresada por las palabras «mal inminente».

Quedan por discutir algunos aspectos relacionados con la aplicación de las causales de justificación de estado de necesidad y de ejercicio de un derecho legítimo en los casos de aborto necesario y de aborto terapéutico, y con la necesidad o no, de crear normas especiales que en estrictas condiciones aborden el problema del aborto eugenésico, desde luego, sin perder de vista que «el derecho a la vida está tan íntimamente ligado al ser humano y se erige en tal forma, aún sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el derecho, no en la ley..., la vida que el derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el mismo momento de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a esta a lo largo de todo su ciclo vital» (Corte Constitucional, sentencia C-013 enero 23/97 M.P. Dr. José Gregorio Hernández). Señala la Corte en la providencia en cita, con palabras del Papa Pablo VI en su encíclica «Humanae Vitae»: «... si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones...». «Por ello, -sigue la Corte-, el amparo constitu-

cional a la vida de las personas no se agota en la adopción de decisiones o en la consagración de medidas legislativas, administrativas o policivas que impidan o castiguen las agresiones mortales de parte de sus congéneres, o que prevengan con miras a la conservación de la especie, las consecuencias desencadenadas por guerras, ruinas o catástrofes, sino que se proyecta necesariamente a la época que precede al nacimiento de la persona. A nadie escapa que la muerte prematura del ser humano en gestación elimina de raíz y de manera violenta las posibilidades de su futura existencia, ante lo cual el Estado no puede permanecer indiferente».

## BIBLIOGRAFIA

Arenas Antonio Vicente, Comentarios al Nuevo Código Penal Decreto 100 de 1980. Tomo II Parte Especial Volumen II Temis, 1981.

Gómez López Orlando, El Homicidio, Tomo II, Temis S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1993.

Londoño Jiménez Hernando, Ponencia sobre el aborto presentada en la Comisión redactora del Nuevo Código Penal. Actas 117 y 118 septiembre 28 y 29/73.

Pérez, Luis Carlos, Derecho Penal Especial. Tomo V, Temis 1986.

Corte Constitucional, sentencia C-13, enero 23/97 M.P. Dr. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, sentencia T-197, mayo 7/93 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.