

EL ABORTO

Por: Octavio Restrepo Yepes.

Ab - privación.

Ortus - nacimiento.

Lo anterior equivale a decir mal parto, parto anticipado, nacimiento antes de tiempo.

Atendiendo a las diversas causas que lo pueden determinar, es dable clasificarlo como: general, médico, espontáneo y delictivo.

Se dirá que es del primer tipo, cuando el producto de la concepción es expelido del útero antes del tiempo señalado por la naturaleza; médico, bien sea cuando se provoca la expulsión del huevo antes de que el feto sea viable o la muerte de éste dentro del claustro materno; espontáneo, cuando la expulsión del feto, que no es viable, se produce por causas fisiológicas y, finalmente, delictivo, cuando hay interrupción ilícita del proceso de la gestación.

Atendiendo al mayor o menor grado de evolución, se tiene que el aborto puede ser ovular, embrionario y fetal, según ocurra en el primer mes, del primero a los tres meses, o de este tiempo en adelante.

En el campo legal son bien distintas las posiciones que las legislaciones asumen frente al fenómeno del aborto, pues se va desde la impunidad, hasta la más severa represión, pasando por estados intermedios, que lo excusan cuando se practica con fines sanitarios o lo dejan impune cuando media el consentimiento de la madre.

La legislación colombiana coloca el aborto dentro de los delitos contra la vida y la integridad personal, pues que no sólo atenta contra ésta, por obra de los riesgos que corre la madre, sino porque se mata la criatura en gestación.

Pero es claro que la punición de tal delito tiene necesariamente que operar dentro de ámbitos en los que no sólo se quebranta la moral, sino el precepto jurídico.

Porque no es el fenómeno en sí el que interesa al derecho penal, sino las especiales modalidades en que se cumple. Importa, por tanto, señalar que, dentro de la amplia gama de motivaciones propias de tal delito, nuestro legislador ha dejado de lado el aborto espontáneo, por cuanto es ajeno a todo fenómeno intencional y efecto de causas de orden patológico o simplemente naturales.

Ya dentro del campo de una preordenación consciente de medios, viene a desarrollarse el aborto provocado dentro de las esferas de la necesidad, de la terapia, del honor, del sentimiento ético, de la eugenesia y de la miseria.

Será, pues, preciso entrar a analizar el aborto a través de tales motivaciones para darle su adecuado enfoque dentro del campo penal.

Primeramente habrá que entrar a estudiar el aborto de tipo necesario, para fijar el campo en que opera, y el tratamiento que le da nuestra legislación.

El artículo 25 del C. Penal expresa que "el hecho se justifica cuando se comete. . . 3º Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

Hay dentro de nuestros tratadistas quienes diferencian el aborto necesario de terapéutico, con base en que en el primero se está frente a un peligro grave e inminente, y en el segundo, ante uno futuro.

Realmente esta distinción no hace sino introducir factores de complejidad en la materia, pues da a la inminencia del peligro una dimensión puramente temporal cuando, frente a tan grave situación, se imponen criterios de más amplio espectro y valoraciones de mayor contenido subjetivo.

Será mejor no matizar ni diferenciar con contenidos de tan relativo valimiento, una exigencia que se escapa a mediciones temporales para buscar en la substancia de los hechos sus más adecuadas calificaciones.

Si el conflicto de intereses o de derechos se presenta dentro de un estudio de jerarquías de distinto valor, tal caso de la vida frente a los bienes, la acción realizada para salvar la primera, estaría dentro del ámbito de lo justificable. Mas, si el conflicto se presenta entre derechos iguales, tal la vida frente a la vida, si de injusticia pudiera hablarse por la prevalencia de la una frente a la otra, podría decirse válidamente, por quienes ven en ello un acto de justificación positiva, que no hay delito y, por quienes admiten la injusticia del hecho, que se encara un fenómeno de imputabilidad o de justificación negativa por obra de la insuperable coacción (artículo 23 del Código Penal).

Como se ve, el hecho es susceptible de distintas apreciaciones, mas, para el caso a estudio, no es propiamente el esoterismo legal el que importa, sino la justificación de un hecho que hunde sus raíces en la naturaleza humana, y penalmente carece de reproche.

Conviene decir, antes de seguir adelante, que, conforme la legislación colombiana, hay delito de aborto cuando se interrumpe ilegítima e intencionalmente el proceso fisiológico de la preñez.

Tal concepción del delito supera viejos conceptos que supeditaban la existencia de tal infracción a la expulsión prematura del producto de la concepción.

Para el profesor Guillermo Uribe Cualla, el aborto es "la interrupción del embarazo en cualquier época de su evolución, siempre que se haya provocado violentamente". Ajustado a este criterio, el Dr. Antonio Vicente Arenas expresa que tal definición "nos parece rigurosamente exacta, pues no interesa que la interrupción del embarazo se produzca cuando ya existe un feto viable o cuando apenas haya un embrión, y es igualmente indiferente que la interrupción del embarazo esté o nó seguida de la expulsión del feto". (Delitos contra la vida y la integridad personal).

Con el fin de prevenir equívocos y distorsiones en cuanto a la tipicidad de la conducta, es de todo punto necesario acudir a la intención del agente, pues este elemento subjetivo es precisamente el que va a diferenciar netamente una aceleración del parto, de un delito de aborto, así en ambos casos se produzca el fenómeno muerte.

En este orden de ideas, habremos, pues, de no hacer diferenciaciones entre el aborto terapéutico y el necesario, pues que, para los efectos de su tratamiento penal, consideramos que no se justifica una discusión de tan sutiles contenidos.

El profesor Samuel Barrientos Restrepo, después de hacer un amplio examen del aborto terapéutico a la luz de la doctrina de la iglesia católica, concluye que "es lícito atender a la salud de la madre, pero sin querer matar al hijo. Si de la operación que se haga en defensa de la vida de la madre, se desprende la muerte del hijo, no hay aborto, ya que este resultado no fue querido, ni buscado". (Delitos contra la vida y la integridad personal, Editorial Bedout).

Sin embargo de tan autorizado concepto, nos parece que el problema no se ha resuelto dentro de la órbita del artículo 25 del C. Penal, sino dentro de la falta de tipicidad delictiva, por ausencia del fenómeno intencional, y no habría, por ende, una causa de justificación del hecho, sino una simple ausencia de ilicitud, cosa, por cierto, bien contraria a la estructura del estado de necesidad.

Y es que la casuística del artículo 25 del Código Penal se desarrolla dentro de contenidos de orden intencional que, si tipificantes del delito dentro de un marco formalista, se escapan a la represión, porque, en su substancia, se conforman a derecho y excluyen la responsabilidad.

El estado de necesidad, para usar las mismas palabras del profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez, "existe cuando alguien, a causa de un hecho para él fortuito, se encuentra en situación de peligro que sólo puede salvarse sacrificando los derechos de un inocente" (Lecciones de Derecho Penal. Editorial Universidad de Antioquia).

Es pues, "un caso de conflicto entre bienes y derechos que impone la destrucción o el menoscabo de algunos de ellos para la salvación del otro o de los otros", y es, además de ello, una manifestación del instinto de conservación, en tal forma incoercible, que no puede ser desconocido por ninguna ley.

Su presencia en los estatutos penales puede buscarse en la falta de libertad, de coacción psicológica y de temor, fenómenos todos ellos que suprimen la inteligencia y la voluntad y, por ende, la exigencia de una punibilidad que no resultaría ni benéfica ni de ningún valor intimidatorio, y sí contraria a la misma naturaleza de las cosas.

ABORTO HONORIS CAUSA

En tal tipo de aborto media una motivación de honor que bien puede referirse a la gestante, a su marido, al de la madre, descendiente, hija adoptiva o hermana (artículo 389 del Código Penal).

Dentro de esta modalidad del aborto, bien puede incluirse el sentimental, el cual se diferencia del primero en su causación, pues que, si en el aborto honoris causa, la mujer consintió en su ilegítima fecundación, en el aborto sentimental, ha sido colocada en tal estado por obra de factores extraños a su voluntad, tales como la violencia, el engaño o la precariedad de sus condiciones psíquicas.

Es condición sine qua-non en esta modalidad del aborto, que se proceda "para salvar el honor". Como tal se tiene la estimación, la dignidad y el buen nombre de que se goza en el seno de la sociedad por razón de un comportamiento irreprochable.

Por tanto, no se podría invocar válidamente esta causal de atenuación, y hasta de impunidad legal, con relación a quien irremediablemente ha perdido su honor.

El legislador ha dado al juez tres alternativas frente al delito de aborto cometido dentro de la circunstancialidad que se contempla: primeramente, y frente a las modalidades del hecho, puede aplicar la pena correspondiente al aborto, o bien puede decidirse por atenuarlo sensiblemente o avanzar hasta otorgar el subrogado penal del perdón judicial, medida esta última que no puede considerarse inspirada en causales de justificación del hecho, sino en simples factores de impunidad, determinados por la naturaleza de los móviles, la personalidad del agente y las circunstancias de menor peligrosidad social.

ABORTO EUGENESICO

Esta figura, no contemplada en nuestro código, pero en la que, por razón de sus motivaciones, bien puede aminorarse la responsabilidad, con base en las circunstancias previstas en los artículos 36 y 38 del Código Penal, merece una ligera mención.

Y es que el nacimiento de nuevo sér, engendrado dentro de un cuadro de taras sifilíticas, epilépticas, alcohólicas, etc., aunque no necesariamente conlleva el fenómeno hereditario con sus secuelas de degeneración, sí da por lo menos un amplio margen de posibilidad.

des y reservas, dentro del cual la conducta pueda orientarse en un sentido que, si ilícita por obra de los fines de mera probabilidad, alcanza, por lo menos a explicarse y a poner de manifiesto una personalidad de escasa peligrosidad social.

ABORTO SOCIAL

Se le conoce también con el nombre de aborto miserable. Al igual que el anterior, no está previsto en nuestro Código Penal, pero también puede encuadrarse dentro de la misma estimativa y disminuir su responsabilidad con base en las circunstancias de menor peligrosidad anotadas.

Es el estado de miseria de la madre el que determina la comisión de tal delito.

Se ha dicho que "quien engendra un hijo, debe tener conciencia de la obligación que contrae". Esto es cierto sólo en parte, porque bien puede ocurrir que el hijo se engendre dentro de tales estados de conciencia, pero que a posteriori varíen fundamentalmente las condiciones de la gestante a consecuencia de reveses económicos.

Es claro que el aborto, producido dentro de las circunstancias contempladas, no es fenómeno muy raro en el seno de nuestra sociedad, aquejada precisamente de improvisaciones, imprevisiones e irresponsables comportamientos.

Mas no por ello aparece desechable la tesis de quienes propugnan un tratamiento benigno para el aborto realizado en tales condiciones, "cuando se compruebe que se obró bajo la influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales o familiares" y que, "si se perdona a la mujer socialmente encumbrada cuando aborta para salvar el honor, con mayor razón debe perdonarse a la mujer humilde que aborta acosada por la miseria".

Conviene anotarse que el aborto culposo no es figura punible en nuestra legislación.

ABORTO AGRAVADO

El artículo 388 del Código Penal, es del siguiente tenor: "Cuando el responsable de algunos de los delitos previstos en los artículos anteriores sea un médico, cirujano, farmacéuta o partera, la pena se

aumentará hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspensión del ejercicio de la respectiva profesión por dos meses a seis años".

La razón de agravación en el evento contemplado, tiene indiscutibles fundamentos, pues es precisamente a esas personas a quienes, por modo específico, se les ha encomendado la sagrada misión de proteger la vida de sus semejantes.

Para algunos autores, la enunciación de los agentes activos del aborto agravado, es taxativa. Sin embargo, nos parece más puesta en razón la tesis del profesor Barrientos Restrepo quien, después de puntualizar los antecedentes de la disposición, concluye que, "sin embargo lo acordado y hoy vigente, permite incluir al profesional con o sin título académico y aún al estudiante de medicina, caso este que interesó a los comisionados. Y está bien que así sea. Si la simple partera que suele estar en posesión de nociones adquiridas en la práctica o en la experiencia, está cobijada por la norma, con mayor razón el egresado universitario o el iniciado en esta disciplina".

Queremos decir finalmente que los factores de consentimiento de la madre o su ausencia o manifestación contraria, determinan una mayor o menor penalidad.

Si a consecuencia de las maniobras abortivas, sobreviene la muerte de la gestante, el hecho se sanciona, no a título de homicidio, sino de aborto, pero con la penalidad prevista para el primero en su forma preterintencional.