

ABORTO

JURISPRUDENCIA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

Magistrado Ponente: Dr. Jairo Villa Vieira.

Vistos:

El defensor de Clementina Navas Pereañez apeló del auto de proceder dictado

Ahora la Sala se referirá al problema relacionado con el aborto.

Dice el diccionario de Don Joaquín Escriche que "hay aborto siempre que el producto de la concepción es expelido del útero antes de la época determinada por la naturaleza".

Lombroso dice que debe entenderse por aborto provocado "la muerte del feto ocasionada dolosamente, ya en el útero materno, ya fuera de él, por causa de su violenta expulsión, teniendo lugar ésta, según las enseñanzas de la medicina legal y de la obstetricia, cuando el feto no es todavía viable, es decir, antes de la semana 28 o 30".

El profesor Tardieu define así el aborto criminal: "la expulsión prematura del producto de la concepción, violentamente provocada e independientemente de todas las circunstancias de edad, de viabilidad y de formación regular de este producto".

El Doctor Uribe Cualla dice sobre el particular: "Por aborto en obstetricia se entiende la interrupción del embarazo antes del término

inferior de viabilidad, es decir, antes de los ciento ochenta días. Mientras que el aborto, en medicina legal, es la interrupción del embarazo, en cualquier época de su evolución, siempre que se haya provocado violentamente".

El profesor Sydney Smith define, así el aborto: "Aborto es la expulsión del contenido del útero grávido en cualquier período anterior al del término completo".

Dice el Doctor Gutiérrez Anzola que "jurídicamente se entiende por aborto el acto de destruir el producto de la concepción durante la época del embarazo". Agrega el distinguido Magistrado que hay más amplitud en la concepción jurídica del delito de aborto que en la propiamente medical, pues según esta, por aborto se entiende la expulsión violenta del feto provocada por manifestaciones externas, "forma limitativa y contrapuesta a la anterior, porque la jurídica no solo abarca la expulsión violenta del feto sino su destrucción durante la vida intrauterina".

El profesor Del Río dice que aborto significa "sacar fuera", voz que se deriva del latín ABORTUS y cuyo significado corriente es "mal parir o parir antes de tiempo". Agrega el expositor citado: "Existen dos conceptos del aborto: uno médico y otro legal. Médicamente hablando, el aborto es la expulsión o extracción del claustro materno, de una criatura formada pero no viable. Si la criatura es viable, el hecho se denomina parto prematuro. Legalmente hablando, el aborto es la expulsión o extracción del producto de la concepción en cualquiera época de la vida intrauterina".

El profesor Ramos se expresa así: "El aborto es la interrupción violenta del proceso normal de una vida. Pacheco señala la diferencia característica con el infanticidio, diciendo que en éste existe la supresión de una vida humana, mientras que en el aborto no hay mas que la supresión de una esperanza".

Antiguamente era considerado el aborto como uno de los más graves delitos y sus autores eran castigados con la pena de muerte. En Roma y en Atenas los oradores y poetas hicieron violentas declamaciones que dan señales del horror que se tenía a este crimen. El mismo Hipócrates en su juramento promete "no dar jamás a mujer preñada medicamento alguno que pueda hacerla abortar", y acompaña su juramento con imprecaciones que indican que este crimen se consideraba como uno de los mayores que pudiese cometer un médico.

Posteriormente hubo legislaciones que señalaron para el aborto penas más benignas y algunas lo consideran, como la nuestra, delito

que afecta la vida y la integridad personal. Otras lo consideran como delito contra la familia porque el interés tutelable es el de la sociedad o sea de orden general. La Rusa permite el aborto castigándolo sólo cuando se ha producido sin la asistencia de un médico oficial.

El profesor Irureta, Goyena se expresa así sobre el aborto: "El aborto es uno de los más repulsivos, vejatorios y contra natura de todos los hechos a que puede descender el hombre. Cuando un varón lo comete, deja, en mi concepto de ser un hombre de honor; cuando una mujer lo ejecuta, se rebaja al nivel de una prostituta.... No existe índice más exacto, más preciso, más fiel de la decadencia de las costumbres, que la generalización del aborto, como no existe tampoco índice más exacto de la decadencia de una sociedad, que la degeneración de las costumbres. No es la estadística de los delitos la que revela la aproximación de una sociedad a su muerte o a su disolución. Los hechos demuestran que sociedades sobrecargadas de delitos, estadísticamente, en un momento determinado, han sido agrupaciones fuertes, ávidas de vida y expansión, seguras de sí mismas y de su destino. Las sociedades, en cambio, en que las madres se resisten a la maternidad, son colectividades que parecen haber traspuesto el límite de su desenvolvimiento y que les ha llegado la hora de buscar en el reposo y en el abandono de los deberes, lo que hasta ese momento perseguían por medio de la lucha y de la contención de las pasiones. Alguien ha dicho que los pueblos, mueren de indigestión. La indigestión sucede a la riqueza y coincide con la disolución de las costumbres, cuyo índice más saliente, es la extensión del aborto".

El profesor Uribe Cualla, uno de los más autorizados entre nosotros, citado por el Doctor Gutiérrez Anzola en su magnífica obra **DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL**, entre otras cosas dice: "...Y es bueno llamar la atención a la sociedad de la gravedad del problema, porque en cierto modo se explica que en la vieja Europa, sociedades que han llegado a la quintaesencia de la corrupción y que han experimentado las más intensas crisis de una refinada civilización, sea frecuente el aborto criminal. Pero entre nosotros, pueblo joven, cuya vitalidad apenas principia a desenvolverse, cuya población debe ir aumentando progresivamente, si es que queremos entrar en un progreso ascendente, es por lo menos inverosímil; y es necesario hablar claro, porque es más fácil prevenir una enfermedad social que curarla, cuando ha adquirido cierta virulencia".

Cualquier expositor que se tenga a mano señala en forma inequívoca y clara los peligros que representa para la salud de la persona la

práctica del aborto. La Sala para no hacer muy extensa esta providencia cita el siguiente aparte del eminente penalista Cuello Calón que aparece en la obra del Doctor Gutiérrez Anzola citada y que dice así:

"El aborto artificial, aún realizado por un especialista, conforme a las reglas del arte médico en casa de la abortada y aún en una clínica, representa un grave peligro para la salud y la vida de la mujer. Bumm, el gran ginecólogo alemán, rechaza la creencia de que el aborto artificial constituya una intervención nada peligrosa; sus defensores, dice, no tienen noción alguna del peligro que entraña. Aún realizado por especialistas, añade, siempre constituye una grave intervención. La mayor amplitud concebida en los últimos tiempos a la práctica del aborto terapéutico ha dado como resultado que los médicos ejecuten el aborto artificial con cierta frecuencia. De tales prácticas provienen grandes males, entre otros, heridas en el útero, que no constituyen una rareza. Refiere el autor de doce casos, presenciados por él, en los que los médicos perforaron el útero con los instrumentos quirúrgicos, y creyendo extraer el huevo extrajeron por la vagina un pedazo de intestino. El número de las pequeñas heridas causadas es aún mucho mayor. Los abortadores profesionales conocen bien tan graves dificultades, y así, sólo destruyen el huevo, provocan la hemorragia y luego envían las mujeres a las clínicas para que allí sean tratadas conforme a las reglas del arte médico".

Son elementos constitutivos del delito de aborto la existencia de una preñez; suspensión del embarazo producido artificialmente; empleo de maniobras encaminadas a producir el aborto; intención o propósito encaminado a abortar. Sin los requisitos enunciados no podrá existir tal delito. Por consiguiente, es necesario demostrar que la mujer está en estado de embarazo considerándose éste "el estado de la mujer que ha concebido y que lleva el producto de la concepción". Es preciso, además, que se opere la suspensión del embarazo en forma artificial, pues no es necesario la expulsión del efecto, requisito esencial en la ginecología. "Basta que se suspenda su desarrollo durante la vida intrauterina". También es necesario que se ejecuten maniobras que tengan como fin el aborto, como por ejemplo manipulaciones locales con instrumentos punzantes o de otro género o se fuerce el organismo con prácticas mecánicas para lograr el resultado. Y por último, es necesario la intención o propósito, el dolo específico de abortar.

Existen varias clases de aborto: aborto espontáneo; aborto provocado; aborto terapéutico; aborto eugenésico y aborto honoris causa.

De acuerdo están todos los expositores que en el examen del ca-

dáver puede encontrarse la existencia del delito de aborto provocado. En las partes genitales se encuentran roturas del útero, heridas debido a instrumentos, como también infecciones generales y grandes pérdidas de sangre. Suele encontrarse también cuerpos extraños y señales de septicemia o peritonitis pélvica o general. Las heridas llegan a veces a ser de tal gravedad que son causas suficientes para determinar la muerte. Sobre este particular dice el Doctor Uribe Cualla ya citado:

"Cuando se han empleado procedimientos brutales, se ocasionan rupturas de la matriz, desgarraduras de la vagina y hasta del intestino. Naturalmente, cuando se trata de abortadores hábiles de profesión, estas maniobras brutales no tienen lugar, y solamente se efectúa la picadura o desprendimiento del huevo, siendo las heridas más pequeñas y limitadas, localizadas en la superficie del cuello, en el interior del canal cervical, sobre la pared posterior del cuerpo del útero o sobre el fondo; puede ser atravesada la pared uterina, viniendo a herirse el recto o la vagina. Estas heridas tienen la forma de un túnel o sedal, o de un simple surco".

Por ser de tal claridad se transcriben los siguientes apartes de la MEDICINA LEGAL del profesor Lombroso sobre las consecuencias subsiguientes del uso de medios mecánicos para abortar:

"a) — Las grandes pérdidas de sangre, las cuales dejan fácilmente sus huellas en el organismo materno.

"b) — Las infecciones generales locales.

"c) — Las heridas debidas a los instrumentos de que se haya hecho uso, las cuales presentan casi siempre los caracteres de las heridas de instrumentos punzantes; heridas que pueden recaer, tanto en el feto (casi siempre en el cráneo), como en la vagina, en el útero, y a veces en el intestino y la vejiga; a consecuencia de estas últimas, suelen venir, naturalmente, peritonitis.

"d) — Roturas del útero, a consecuencia de torpes prácticas abortivas; se distinguen de las espontáneas, porque éstas tienen por lo regular su sede en el cuello, o entre éste y el cuerpo, y porque son oblicuas o transversales, y más rara vez longitudinales, que es la dirección que tienen, en cambio, frecuentemente las traumáticas, que se hallan a continuación del eje vaginal (Hofman).

"e) — Tal examen se hará más fácilmente y con resultado más decisivo en el cadáver de la mujer, especialmente por lo que se refiere a los caracteres de las varias lesiones, y sobre todo, de la rotura del útero; también serán en tal caso mejor apreciados los vestigios del precedente embarazo (p. 242 de este tomo)".

Resta ahora a la Sala estudiar el problema jurídico que se presenta con relación al aborto y muerte de la ofendida. Dice el artículo 387 del Código de las Penas en su segundo inciso, lo siguiente: "Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasionara la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el artículo 367". El primer inciso de la disposición penal a estudio hace relación al aborto que se causa a una mujer sin su consentimiento.

El artículo 367 a que se refiere la disposición citada hace relación al que eficazmente induzca a otro al suicidio, que en nada tiene relación con el artículo de que se trata. Según el Diario Oficial N° 23316, la referencia debe hacerse al artículo 368 que dice: "El que ocasione la muerte a otro con su consentimiento, estará sujeto...". Disposición que tampoco tiene relación con la que se estudia.

La Comisión redactora del Código Penal hizo referencia al artículo 365 que habla de homicidio preterintencional. Consta en el acta del jueves seis de junio de 1.935, de la Comisión Penal, lo siguiente: "...fue aprobado el artículo 22 sin modificaciones, que dice: Artículo 22.—El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurre en prisión de uno a seis años. Si el aborto, por los medios empleados para causarlo ocasiona la muerte de la mujer, se aplica lo dispuesto por el artículo.... (el del homicidio preterintencional)".

Sobre este particular dice el profesor, Gutiérrez Anzola: "Se ve, entonces, que el deseo de la Comisión redactora fué en todo caso el de asimilar a un homicidio preterintencional, porque lo es en realidad, el caso de la muerte provocada por el aborto. Sin embargo, en el Diario Oficial N° 23.317 de 24 de octubre de 1.936 en el cual se publicó de manera definitiva el texto oficial del Código Penal, se incurrió en otro error cual fué el de aludir al artículo 368 del mismo Código Penal. Esta cita legal es también equivocada por cuanto el caso previsto por el artículo 368 es el del homicidio consentido por la víctima y sería ilógico que precisamente se aplicara la pena de ese artículo al homicidio producido por medio de un aborto sin consentimiento de la víctima. En consecuencia, ante el mandato imperativo de la Ley, el artículo que debe aplicarse para el caso es el 368 y no el 387 (sic) como equivocadamente se ha pensado ni el 365 el cual según hemos observado es el que verdaderamente contiene el fenómeno jurídico establecido por el código".

Otros sostienen que aceptando la tesis del homicidio preterintencional se estaría en presencia de un solo delito: el de homicidio y éste absorbería el de aborto. Sustenta por consiguiente la tesis del concur-

so de delitos: homicidio culposo y aborto. La Sala es de parecer que de acuerdo con el artículo 12 del C. Penal, en el caso a estudio se trata de un homicidio culposo. Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando apesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Hay culpa cuando se ejecuta el hecho por impericia, negligencia, inobservancia de requisitos esenciales en un arte o profesión. En una palabra, es la falta de previsibilidad como también de negligencia.

Se obra en este caso con la intención determinada de producir el aborto que puede no ser una lesión y en la culpa no puede haber intención o propósito determinado. Puede ocurrir, sí, la falta de pericia, la falta de previsión, la negligencia al practicarse el aborto y como consecuencia, la muerte de la mujer, más tratándose del caso de aborto consentido. El señor Magistrado Nicolás Vélez B., en el sumario adelantado a Martín E. Barreneche dijo: "Empero, si el aborto es consentido y también sobreviene la muerte, subsiste independientemente el delito de aborto imputable al operador y como derivación, causa, fuente u origen, la infracción en la especie de homicidio culposo".

El profesor Irureta Goyena expresa así su parecer: "El deceso debe ser una consecuencia exclusiva del aborto o de los medios empleados. Si fuera el resultado de la interrupción de la preñez o de los medios ensayados, y de una circunstancia preexistente, en esa hipótesis, a mi juicio, el sujeto comete dos delitos mediante un solo acto: aborto consumado por un lado y homicidio culpable por otra". (Irureta Goyena. op. citi. p. 72)".

El Tribunal, en el sumario del señor Barreneche ya citado se expresó en providencia de 26 de octubre de 1.944: "Si se atiende, y ello es preciso, a la definición de culpa que trae el art. 12 del C. P., bien puede decirse, como lo trae el funcionario de la primera instancia, que al ejecutar Barreneche las manipulaciones indicadas para producir el aborto, "no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o habiéndolos previsto confió en poder evitarlos". Sabía él cuáles y cuán graves consecuencias trae el aborto para la salud de la mujer. Sabía que de esos resultados dañosos podía hasta venir la muerte. Sin embargo, confió en su pericia y en sus conocimientos, creyó que tenía toda la capacidad necesaria para evitar la consecuencia de su obrar.

"Bien puede, pues, hablarse de un homicidio culposo y de un aborto provocado en este momento"....

En virtud de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión, de acuerdo con el señor Fiscal Colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA en todas sus partes la providencia apelada de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Medellín, treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Jairo Villa Vieira

Mariano Sanín T.

Carlos Uribe W