

## **ABORTO ÉTICO E INEXIGIBILIDAD**

Por: **Campo Elías Muñoz Arango**

### **RESUMEN:**

El aborto es la interrupción ilegítima del embarazo, y en Panamá se castiga, excepto en los casos de aborto terapéutico, eugenésico y ético, sin embargo existe un debate entorno así, una mujer violada que resulte embarazada, tiene derecho o no a abortar. De acuerdo con el Código Penal vigente se considera que resulta injusto el someter a la mujer al embarazo que no ha sido querido, es una situación de inexigibilidad, por lo que está permitido siempre y cuando que lo realice por un médico y en un centro de salud, y en las demás condiciones que estable la ley al respecto.

**PALABRAS CLAVES:** aborto, derecho a abortar, violación.

### **SUMMARY**

An abortion terminates a pregnancy and legally is punished in Panama, except in cases of rape, to save the mother's life, or to avoid the risk of having a malformed. The question that many personas argue, is if a woman was brutally raped have the right to have an abortion, or would you force her to have the child? According to Panamanian criminal law, it is unjust that a woman must carry to term a child conceived through rape, and penal code permit abortion, and is legally if it's done by a doctor and in a public sanitary installation. According to Panamanian law the woman have the right to choose abortion, and she's allow to terminate her pregnancy, since that pregnancy it is unwanted, since the woman is not required to behave differently, and causes exculpation.

**KEYWORDS:** Abortion, rape, right to life

### **1. Introducción**

La legislación vigente determina la interrupción del embarazo, es decir, autoriza el aborto, cuando el embarazo se produce por razón de la comisión del delito de violación carnal en contra de la mujer.

Por otro lado, el tema del aborto resulta problemático, pues en ciertos países

la provocación del aborto se permite, en otros, dentro de ciertas condiciones, que es lo que se conoce como el sistema de las indicaciones o al establecimiento de un plazo máximo para practicar el aborto impunemente.

De acuerdo con el llamado *sistema de las indicaciones* (Landrove, 1986: 56), se permite la práctica del aborto bajo determinadas circunstancias. Entre otras, consideraciones *terapéuticas, eugenésicas, éticas y sociales, también llamada económico-social, mientras que la solución del plazo* pone de relieve la impunidad del aborto realizado, generalmente, antes de las 12 semanas.

De lo antes expuesto se desprende, que el tema del aborto no está exento de polémicas, ya que hay posturas a favor y adversarios por lo que es importante determinar el fundamento y justificación legal del aborto ético, en nuestro país, pero antes de entrar este aspecto, pasaremos a revisar algunos aspectos fundamentales del aborto.

## **2. Nociones fundamentales**

Cuando se habla de *aborto*, debemos entender la destrucción del embrión o feto realizada en forma ilegítima y con la intención de causar dicha muerte, y en nuestro Código Penal se castiga el delito de aborto en la Sección 3ª del Capítulo I, Título I (Delitos contra la vida y la integridad personal) del Libro Segundo, en los artículos 139 a 144 inclusive, que comprenden las siguientes conductas: 1. aborto causado por la misma mujer o consentido por ella; 2. aborto causado por un tercero con el consentimiento de la mujer; y, 3. aborto causado por un tercero sin o contra el consentimiento de la mujer.

En el delito de aborto, coincide la doctrina que se protege, en primer término, la *vida del embrión o el producto de la concepción*, aunque en ocasiones puede tutelarse la vida e integridad de la mujer, cuando se realice contra su consentimiento. No obstante, lo anterior, esto no impide a que el legislador, al igual que en otros países haya permitido la interrupción del embarazo en determinadas situaciones, por razones terapéutica, eugenésica y ética.

En tal sentido, el Código Penal del 2007, siguiendo la legislación anterior y de conformidad con los lineamientos de la doctrina penal moderna, prevé en el Art. 144 las eximentes de responsabilidad penal en el delito de aborto, en los siguientes términos:

“No se aplicarán las penas señaladas en los artículos anteriores:

1. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer para provocar la destrucción del producto de la concepción, ocurrida como consecuencia de violación carnal, debidamente acreditada en instrucción sumarial.

2. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer, por graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción.

En el caso del numeral 1 es necesario que el delito sea de consentimiento de las autoridad competente y que el aborto se practique dentro de los dos primeros meses del embarazo, y en el caso del numeral 2, corresponderá a una comisión multidisciplinaria designada por el Ministerio de Salud determinar las causas graves de salud y autorizar el aborto.

En ambos casos el aborto debe ser practicado por un médico en un centro de salud del Estado”.

La norma anterior no solo permite el aborto terapéutico y eugenésico, sino también el aborto por razones *éticas*, también conocido a través de la denominación *ético-social*, según ya lo ha afirmado la doctrina nacional.

### **3. El Aborto por razón de la comisión del delito de violación carnal**

#### **3.1 Introducción**

Nuestro Código Penal permite la interrupción de la concepción cuando el embarazo se produce por razón de la comisión del delito de violación carnal en contra de la mujer.

Se trata, en definitiva, de un aborto impune por razones *éticas*, también conocido a través de la denominación *ético-social*.

El fundamento de la eximente radica en el hecho de no imponerle a la mujer la obligación de soportar el embarazo producto de la relación sexual a la que se vio obligada mediante la comisión del delito de violación carnal. Así, con atinada razón, se argumenta que “la tesis de la licitud del aborto por razones éticas se fundamenta, más que en la falta de consentimiento para el embarazo, en el hecho de que no ha mediado consentimiento de la mujer para el acto sexual en sí” (Muñoz Rubio/ González Ferrer, 1980: 222).

De la regulación contenida en el artículo 144 del Código Penal se desprende que los requisitos necesarios para que la interrupción del embarazo por razones éticas sea impune, son los siguientes:

a) Consentimiento de la mujer; b) Existencia del embarazo a raíz de una violación en una instrucción sumarial; ch) Intervención de un médico; d) Utilización de un Centro de Salud del Estado; y, e) Provocar el aborto dentro de los dos primeros meses del embarazo.

Como quiera que algunos de estos requisitos hayan sido analizados al estudiar las anteriores eximentes, nos limitaremos únicamente al estudio de aquellos requisitos propios de esta eximente.

### **3.2 Requisitos**

a. Existencia de un embarazo a raíz de una violación.

La finalidad del aborto ético es la de producir la destrucción del producto de la concepción cuando la misma ha sido producto de una violación carnal.

En nuestra legislación penal sólo el delito de violación carnal tiene relevancia para esta eximente. En otros textos legales, incluso el *estupro y el incesto*.

Las pocas estadísticas con que contamos nada señalan a este respecto. Los medios de comunicación, en algunas ocasiones, dan la noticia de la muerte de alguna mujer embarazada por razón de una violación carnal y que desafortunadamente recurrió a un particular, que en forma clandestina realizaba abortos.

#### ***b. Acreditar la violación en una instrucción sumarial.***

Para la existencia de la eximente, el Código exige que la violación carnal esté acreditada en una *instrucción* sumarial y que el hecho sea de conocimiento de la autoridad competente.

La intención del legislador, en nuestra opinión, ha sido la de exigir un mínimo de veracidad en cuanto a la constatación de la violación carnal, ya que exigir que la misma conste en una instrucción sumarial hará desistir a quienes falsamente quieran hacer uso de esta causal de interrupción del embarazo, pues a la mujer denunciante se le deberá tomar juramento ante el funcionario de instrucción (juez de instrucción, que en Panamá es un Fiscal) antes de hacer denuncia respectiva y leérsele la norma que incrimina la simulación de infracciones (Art. 351) en el Código Penal vigente.

De la misma forma, exigir que la violación conste en una instrucción sumarial supone que la mujer deberá ser examinada por el Médico Forense, quien en numerosos casos podrá constatar la ausencia de tal hecho con un simple examen médico examen de la mujer.

Cuando el Código exige que el delito sea de conocimiento de la autoridad competente, se plantea una de estas dos soluciones: a) que las sumarias estén siendo llevadas a cabo por el funcionario de instrucción competente o b) las sumarias estén en poder del juez de la causa para su conocimiento.

Nosotros estimamos que pretender exigir que el delito sea conocimiento del tribunal de la causa antes de autorizar el aborto es sumamente reducido (al igual que ocurría con la legislación derogada) y que debe extenderse, al menos hasta los tres primeros meses del embarazo.

Varias razones nos llevan a estas recomendaciones. Fundamentalmente por las razones siguientes:

- 1) Porque la mujer embarazada puede desconocer su situación para cuando el embarazo tenga los dos meses;

#### **4. Inexigibilidad en el aborto ético.**

Se ha indicado que en el aborto ético, estamos, ante un “supuesto de no exigibilidad que da lugar a la prevalencia de la dignidad de la persona humana, y pensamos que a la mujer no se le puede exigir que soporte un embarazo cuando el mismo fue producto de una relación sexual no querida ni consentida, sin embargo, antes de ello resulta necesario referirnos brevemente a la inexigibilidad en el Derecho Penal.

JAKOBS (1995:601), desarrollando la *inexigibilidad* establece que, “la culpabilidad se ve disminuida (o excluida) cuando el autor obra en una disposición de ánimo exculparte o en un contexto exculpante (inexigibilidad). La obediencia a la norma es inexigible cuando la motivación no jurídica del autor imputable, y que no respeta el fundamento de validez de la norma, se puede explicar por una situación que para el autor constituye una desgracia y que también en general se puede definir como desgracia, o bien se le puede imputar a otra persona.”

Para nuestro derecho Penal patrio, MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ (1980:297) al referirse de la no exigibilidad establecen que la situación se produce cuando, “el agente, por las circunstancias en que ha realizado el

hecho típico, no hubiera podido actuar en forma distinta a como lo hizo, es decir, no le fue posible conducirse motivado de acuerdo con su deber, su comportamiento típico y antijurídico no será reprochable y en consecuencia del mismo no se deduce responsabilidad penal alguna.”

Por otra parte, la no exigibilidad es ubicada de manera preponderante por la doctrina dentro de la *culpabilidad*, así SAINZ CANTERO (1965:56) dice, “tanto la exigibilidad como su faz negativa la no exigibilidad de conducta adecuada a la norma, son conceptos que pertenecen al campo de la culpabilidad y en él operan sus efectos. Que a un sujeto no le pueda ser exigida conducta distinta a la que ha realizado hace imposible la formulación del juicio de reproche personal contra él por el acto antijurídico que ha realizado, pero no afecta en nada a la ilicitud de este. En otras palabras, indica que el sujeto no es culpable, pero su acción típica continúa siendo antijurídica.”

En línea, la exigibilidad se considera como un elemento que forma parte de la *culpabilidad* y en los casos en que se logre este supuesto la persona no podría ser responsable, no podrá ser considerada *culpable*. Así consideramos muy pertinente para este fin confirmar nuestro seguimiento de la postura presentada por SAINZ CANTERO (1965:58), quien lo justificaba al decir que, “El legislador lo ha reconocido así y por eso ha tenido en cuenta como causa de inculpabilidad aquellas que suponen una anormalidad en el proceso de determinación de la voluntad. La razón o principio inspirador de todas estas causas es la no exigibilidad de conducta legal.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos.... existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él”. MUÑOZ CONDE (1996:127).

Por su parte, NOVOA MONREAL (1976:464), desarrollando el fundamento de la no exigibilidad de otra conducta, expresa “el fundamento inmediato de la no exigibilidad, en los casos que corresponda admitirla, es la falta de libertad de decisión que se produce en el sujeto activo, en razón de circunstancias externas que le reducen en fuerte grado su posibilidad de obrar conforme a

las normas, que como ya expresó, queda virtualmente privado de esa posibilidad desde el punto de vista del hombre común. Y hemos visto que la reprochabilidad tiene su primera razón en la racionalidad y en la libertad del hombre que comete el hecho ilícito. Explicando el autor, que en todos aquellos casos en que median circunstancias anormales que influyen en la decisión del agente con tal fuerza que sería necesario un poder de resistencia o un valor o una fuerza de voluntad que corrientemente no existen en el hombre medio, ha de admitirse en el plano teórico que no cabe un juicio de reproche, razón por la cual no ha de considerarse formado el elemento subjetivo del delito por no exigibilidad de otra conducta.”

ARANGO DURLING (1998:146) establece que para la doctrina moderna, existen tres supuestos en los cuales puede darse la no exigibilidad de otra conducta distinta, a saber el encubrimiento entre parientes, el miedo insuperable y el estado de necesidad inculpante; igualmente da como ejemplo específico de no exigibilidad de otra conducta un caso: Alguien es amenazado con ser mutilado y perder una pierna si no da el nombre de otra persona a la que quieren dar muerte quienes le amenazan. El sujeto amenazado se encuentra en una situación límite, ante la cual cualquiera cedería aun a costa de la muerte de la persona delatada.

Como se desprende de lo antes expuesto, la consecuencia de la no punibilidad en el aborto ético, se fundamenta en la no exigibilidad de otra conducta, concurre pues una exclusión de culpabilidad, toda vez que precisamente su autorización se encuentra en que "no procede de una anormalidad en ella, sino de una anormalidad en la situación", es decir, el estar embarazada como consecuencia de una violación (MIR PUIG: 1983,644).

En efecto, pensamos que la mujer se halla amparada por la inexigibilidad, ya que a la mujer no se le puede exigir que soporte un embarazo cuando el mismo fue producto de una relación sexual no querida ni consentida.

Llevan razón, por tanto Muñoz Rubio/ González Ferrer (1980: 222) cuando señalan que “Se conceptúa que la tesis de licitud del aborto por razones éticas se fundamenta más que en la falta de consentimiento para el embarazo, en el hecho de que no ha mediado consentimiento de la mujer para el acto sexual en sí”.

Estamos, en consecuencia, ante un “supuesto de no exigibilidad que da lugar a la prevalencia de la dignidad de la persona humana en el mismo sentido señalado en la indicación anterior. Debe tenerse presente en cuenta que la maternidad situaría a la embarazada en el deber de tutela, educación y sostenimiento de un individuo que los va requerir de manera muy específica, afectando de forma capital a la vida de la madre que se sería brusca y traumáticamente alterada. En tales, ocasiones, parece lógico otorgar especial preferencia al consentimiento de la misma, la características pues, de esta indicación no es la de disminuir el valor de la vida en formación, sino la de incrementar el de libertad de la embarazada.

MUÑOZ CONDE (1980:127) que “el derecho no puede exigir comportamientos heroicos o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.”

Por su parte, la doctrina considera que en los supuestos de indicación eugenésica y ética estamos ante supuestos de estado de necesidad en los que se da una colisión de bienes de valor equivalente, aunque esto impide su consideración como auténticas causas de justificación (Laurenzo Copello, 1992:248).

En la misma línea, los autores VIVES ANTON, BOIX REIG y otros (1987:571) coinciden con el Tribunal Constitucional Español al destacar que estamos ante una situación de “inexigibilidad” en la que la ley no puede obligar a la mujer a continuar su embarazo, ya que debe ceder ante una consideración superior que es el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad y a la dignidad de la persona humana.

En síntesis, siguiendo el criterio de la inexigibilidad, coincidimos con MUÑOZ CONDE, que “el derecho no puede exigir comportamientos heroicos o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física” MUÑOZ CONDE (1996:127).

En consecuencia, en el caso del aborto ético, resulta plenamente fundamentado la no punición de la madre en tales situaciones, aunque ciertamente la no punibilidad del mismo resulte ser una excusa absoluta en nuestro país, que como se haya indicado requiere del consentimiento de la mujer embarazada para su interrupción.



#### 4. CONCLUSIONES

Los convenios internacionales sobre derechos humanos consagran la protección de la vida humana desde su concepción”, siguiendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, y la Convención de Derechos del Niño”.

En nuestro país se tutela la vida humana dependiente castigando el aborto con consentimiento y sin consentimiento, el auto-aborto, sin embargo, se permite y se autoriza el aborto siguiendo el sistema de las indicaciones y del plazo, lamentablemente, en el caso del aborto ético o sentimental, solo incluye el supuesto de la violación, por lo que se hace necesario aplicarlo también a los casos de los embarazos producto de “inseminación artificial”.

El fundamento del aborto ético desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, se ha admitido que es una situación de inexigibilidad, en la que la que la mujer tiene la libertad para abortar toda vez que ha quedado embarazada en contra de su voluntad. Y es que en este supuesto, se afecta la libertad de la mujer para abortar al quedar embarazada mediante un acto ilícito, no consentido y traumático (Vargas Villegas, 2012:1)

Por otro lado, es importante señalar que a nivel de otros países el problema del aborto ético no regulado, ha tenido que ser resuelto por los tribunales. Así por ejemplo, Un tribunal argentino ha indicado infocatólica, que declara legal el aborto en caso de violación, en concreto el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro confirmó la doctrina que considera que si el embarazo proviene de una violación, no es punible el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento informado de la víctima y sus padres, si es menor, sin requerir de autorización judicial. Al aplicar al caso el inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, extiende la no punibilidad al denominado «aborto sentimental o ético».

Para terminar, cabe señalar, que en Perú se ha lanzado "La campaña 'Déjala decidir' no promueve el aborto, sino el derecho de las mujeres a decidir, en un país donde una de cada cinco mujeres ha sufrido violación sexual antes de los 15 años por una persona cercana a su entorno familiar. Las estadísticas son dramáticas: nueve de cada 10 embarazos de niñas menores de 15 años son producto de incesto", explicó. Así, en esos términos, en El Perú tiene la tasa más alta de denuncias por violación en América del Sur y lo más dramático es

que 34 por ciento de las niñas y adolescentes víctimas de una violación sexual resultan embarazadas.

### **Bibliografía**

Aborto sentimental o ético». <http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=9155>.

ACEVEDO, José Rigoberto, **Derecho Penal General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal**, Taller Senda, Panamá, 2008.

AGUILERA FRANCESCHI, Rodolfo, **La no exigibilidad de otra conducta en el derecho penal**, Universidad Javeriana, 1988.

ARANGO DURLING, Virginia, **Las causas de inculpabilidad**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1998, **Cuestiones esenciales sobre la culpabilidad**, Ediciones Panamá Viejo, 2006; **Temas fundamentales de la nueva legislación penal**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2009; **Estudios penales y Código Penal del 2007**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2010.

ARANGO DURLING, Virginia, “Las eximentes de responsabilidad penal en el delito de aborto” **Anuario de Derecho** No.14, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1985 y “La Comisión Multidisciplinaria nacional del aborto terapéutico y el Código Penal” en **Boletín de Informaciones Jurídicas** No.30, Universidad de Panamá, 1989.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López, **Derecho Penal, Parte General II. Introducción a la teoría jurídica del delito**, Marcial Pons, Madrid, 2002

BERISTAIN, Antonio, “interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas” en II **Jornadas Italo-franco-luso-españolas de derecho penal**, Ávila, 1981.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981.

GILL SUAZO, Hipólito, **Derecho Penal**, JP Editorial juristas panameños, Panamá, 2004.

GUERRA DE VILLALAZ, Aura/ VILLALAZ DE ALLEN, Grettel, **Manual de Derecho Penal, Parte General**, Litho editorial Chen, Panamá, 2009

JAKOBS, Gunther, **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación**, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich, **Tratado de Derecho Penal, Parte General** Vol. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo III, 2a Editora Losada, Buenos Aires, 1970.

LAURENZO COPELLO, Patricia/ MARTINEZ, José Agustín, **Aborto ilícito y derecho al aborto**, Imprenta La Milagrosa, Compostela, Habana, 1942.

MIR PUIG, Santiago, **Derecho Penal, Parte General**, PPU, Barcelona, 1996. **Fundamentos de Derecho Penal, Teoría del Delito**, Ediciones PPU, Barcelona, 1990.

"Problemas de Estado de Necesidad en el art.8.7 del Código Penal" en el **Libro Homenaje al Prof. Octavio Pérez Vitoria**, Bosch casa Editora, Barcelona 1983.

LANDROVE DIAZ, **Política Criminal del aborto**, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1986.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Teoría General del Delito**, 2a edición, Editorial Temis, Bogotá, 2001.

MUÑOZ POPE, Carlos, **Lecciones de Derecho Penal**, Tomo II, Universidad de Panamá, 1984.

MUÑOZ RUBIO, Campo Elías/ GONZALEZ FERRER, Campo Elías, **Derecho Penal Panameño, Parte Especial**, Tomo I, Universidad de Panamá, 1980.

MUÑOZ RUBIO, Campo Elías, **El aborto provocado en el Código Penal Panameño**, penjurpanama.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Curso de Derecho Penal**, Tomo I. Parte General. Ediciones Lerner. Buenos Aires Argentina. 1976

REYES ECHANDIA, Alfonso, **Derecho Penal, Parte General**, 10 edición, Universidad Externado de Colombia, 1986.

RODRIGUEZ DEVESA, José María, **Derecho Penal Español, Parte Especial**, 8a edición, Madrid, 1981.

ROXIN, Claus, **Derecho Penal, Parte General**, Traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

SAINZ CANTERO, José, José. **La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en el Derecho**, Universidad de Granada, 1965.

SALAZAR MARIN, Mario, **Teoría del delito con fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal**, Ibáñez, Bogotá, 2007.

VARGAS VILLEGAS, José, Razones para que el aborto ético y sentimental, alcance a toda mujer víctima de violación sexual, Universidad Andina, Néstor Cáceres, Perú, 2012 <http://es.scribd.com/doc/102216425/Derecho-Penal-Especial-Razones-para-que-el-abortosentimental-o-etico-alcance-a-toda-mujer-victima-de-violacion-sexual-Max-Gutierrez-Condori>

VICUÑA YACARINE, Julia, Perú: “Déjala decidir”, campaña para despenalizar el aborto por violación sexual, Lima Perú, martes 11 de junio de 2013. <http://amecopress.net/spip.php?article9759>

VILLAVICENCIO, **Derecho Penal, Parte General**, Griley, Lima, 2006

Artículo recibido: 26 de noviembre de 2013  
Fecha de aprobación: 30 de noviembre de 2013