

**ESTUDIO DE LA DOGMÁTICA
DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL DEL DELITO
DE ABORTO Y ANÁLISIS DE ERRORES
INTERPRETATIVOS EN DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA***

MAXIMILIANO RUSCONI

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

a) La vida humana en germen

Si pretendemos definir este delito, en primer lugar debemos averiguar cuál es el bien jurídico tutelado.

Acudiendo al derecho comparado observamos que el Código italiano de 1932 incluyó el aborto en el título de los delitos "contra la integridad y la sanidad de la estirpe", lo cual era congruente con la ideología fascista que imperaba en aquel momento. Rocco, por ejemplo, definía el aborto como "una ofensa a la vida misma de la raza, y así a la de la Nación y el Estado".

En Alemania, el pensamiento jurídico tuvo influencia de la ideología nacionalsocialista, que trasladó a aquél la preocupación por la pureza de la raza aria. Esto se tradujo en la conceptualización del aborto como un atentado contra la raza y la herencia. Sin embargo, como claramente era la raza aria la que se pretendía proteger, no era posible quien teniendo otro origen, como los judíos, realizaba este tipo de acciones.

* En el desarrollo de este trabajo conté con la inestimable ayuda intelectual de la doctora Zulita Fellini, a quien nunca terminaré de agradecer su apoyo en mis primeros pasos en la investigación. También agradezco la colaboración y valioso aporte de interesantes ideas de mis compañeros, Adriana Sanza, Mariana Vázquez, Ricardo Pinto, Silvana Peralta, Marcela Inzunza y muy especialmente Fernanda López Pulido.

En el Código belga, el objeto de la tutela jurídica es la familia y la vida del feto. De modo entonces que, para las concepciones utilitaristas, la protección jurídica alcanza a bienes tales como la estirpe, la raza, la expansión demográfica, etcétera.

Para la mayor parte de las doctrinas nacional y extranjera modernas, sin embargo, el objeto de la tutela jurídica es la vida del feto. Bustos Ramírez, opina "que el bien jurídico tutelado a través de la incriminación del aborto es la vida humana en formación, la persona aún no nacida". Continúa diciendo que el "objeto (y sujeto pasivo) del atentado es el ser humano en formación, el fruto de la concepción; en tanto que el objeto de tutela (objeto jurídico) es la vida del feto".

En el mismo sentido, Rodolfo Moreno (h.) en su obra *El Código Penal y sus antecedentes*, sostiene que, para que el delito se consuma, es necesaria la muerte del feto, de lo que se infiere que el bien jurídicamente tutelado es la vida de éste. Este criterio parece haber sido recogido por nuestro Código al incluir la tipificación del aborto en el capítulo de los "delitos contra la vida".

Sin embargo, hay autores como Jiménez de Asúa y Quintano Ripollés que sostienen que sólo es titular de derechos y, por lo tanto, titular como sujeto de derechos, la persona nacida, de modo que, por carecer de esa condición, el feto no puede reputarse susceptible de tutela jurídica, toda vez que ni siquiera sería titular de su propia vida.

Sólo se podría arbitrar una forma de protección indirecta o mediata, si se admite como objeto de tutela jurídica, el interés social (demográfico, racial, etc.) cuyo titular sería entonces la comunidad. Esta concepción parte de la falsa premisa de que sólo el nacido puede ser sujeto de derechos, y por ende, sujeto pasivo de delitos al hacer extensivos al derecho penal los efectos del nacimiento regulados por el Código Civil.

Vemos así que el Código Civil argentino considera al nasciturus titular de derechos (arts. 63 y 64, Cód. Civil), actuando como condición suspensiva el nacimiento y como condición resolutoria el nacimiento sin vida. Pero estos efectos del nacimiento tienen relevancia sólo en el derecho

¹ Bustos, Juan - Grisolia, Francisco - Politoff, Sergio, *Derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 166.

civil, y no en el derecho penal. Concluimos entonces que el bien jurídico protegido es la vida del feto, la vida humana en germen. Este punto de vista coincide con el criterio de Maurach y de Welzel, en la doctrina alemana, de Antolisei en la italiana y de Soler, Núñez y Creus, entre nosotros. La jurisprudencia nacional es unánime a ese respecto.

De lo dicho surge indudable la exclusión como objeto de tutela penal de la mola (producto del desarrollo completamente anormal del huevo) y que, según el diccionario de la Real Academia Española es una "masa carnosa o informe que en algunos casos se produce dentro de la matriz, ocasionando las apariencias de la preñez, y al feto muerto; no así a los monstruos o al feto de viabilidad dudosa".

b) La autodeterminación de la mujer como bien jurídico concurrente

Otro tema a considerar, conectado con lo anterior, es el supuesto de agravación por la falta de consentimiento de la mujer contemplado en el art. 85, inc. 1º, del Cód. Penal que establece la pena de tres a diez años para quien cause un aborto sin el consentimiento de la mujer.

Al respecto es posible hacer dos interpretaciones que a pesar de sus divergencias unen a la vida humana en germen otro valor de protección como bien jurídico: una interpretación exegética por la cual la agravación tiene su fundamento en causar aborto sin mediar el consentimiento de la mujer, como una forma especial de manifestar la voluntad, viendo sólo como un valor de protección a la manifestación del mero consentimiento y una interpretación teleológica, que no se atenga estrictamente a la letra de la ley, sino al fin de la norma, debe traducir la expresión "sin consentimiento" por "contra la voluntad de la mujer"; de este modo, lo que la ley tutela no es la expresión de la voluntad, en forma restringida, al penar más gravemente al que cause un aborto sin el consentimiento de la mujer, sino que lo que se protege es la voluntad misma y la acción de manifestarla.

Según el camino que tomemos tendremos más o menos dificultades instrumentales en la adecuación sistemática de conductas, pero me atrevería a adelantar que esta última postura es la que aparece como valorativa y prácticamente más correcta, como luego veremos.

2. DEFINICIÓN DE ABORTO

Podemos intentar ahora una definición de este delito, para lo cual es menester considerar intentos de definición de la doctrina.

Para Del Río (citado por Bustos) "lo que constituye el aborto es la expulsión o extracción del producto de la concepción antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente, en la mayoría de los casos, uno y otro hecho coinciden"². De este modo, el aborto se consuma con la expulsión prematura del feto, y no con su muerte. Coincide con esta opinión Contiere, que define el aborto como "interrupción del proceso fisiológica de la gravidez". En igual sentido se han manifestado la Corte de Casación italiana y parte de la jurisprudencia chilena.

Siguiendo en este sentido a Binding, opina Labatut que se trataría aquí de un delito de resultado cortado, que se caracterizaría por la "interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana"³. En igual sentido se concluye que la muerte del feto no es requerida objetivamente, plano en el que es necesaria y suficiente la interrupción del embarazo, mientras que en el plano subjetivo, debe concurrir junto con el dolo de los elementos del tipo objetivo, un elemento subjetivo del injusto especial y sin correlato en el tipo objetivo, cual es las "miras de matar el feto".

La primera opinión es insuficiente para resolver dificultades tales como la que presenta el caso en que la mujer a través de maniobras abortivas produce la expulsión y con ello se consumaría el aborto, pero el feto nace y se mantiene con vida, confirmando así su desarrollo normal.

Del mismo modo, parece injusto que se repunte como aborto consumado al que se produce por la expulsión anticipada, no con el dolo de causar muerte al feto, sino con el solo objeto de adelantar el parto. Este supuesto, sin embargo, no sería un obstáculo para la teoría de Labatut.

² Bustos - Grisolia - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 166 y siguientes.

³ Bustos - Grisolia - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 166 y siguientes.

La tesis de Del Río no resuelve eficazmente el caso en que se expulsa a un feto ya muerto y tampoco la hipótesis de la muerte de éste en el seno materno, con el dolo de ello, sin que medie expulsión provocada. Ninguno de estos criterios es congruente con el bien jurídico protegido (vida del feto) pues, para ellos, el objeto de tutela penal sería el desarrollo normal del proceso de gestación.

Se ha tratado de superar estas dificultades a través del intento de definir el aborto como la muerte del feto. Para Soler, por ejemplo, "el aborto es la muerte inferida al feto"¹. De modo que para este autor, toda acción tendiente a acabar con la vida antes del parto es reputada como aborto "sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura"². Carrara define este delito, aunque llamándolo feticidio, 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"³.

Para Bustos, el aborto consiste en "dar muerte al feto"⁴ puesto que según su opinión (la cual compartimos) el bien jurídico tutelado es la vida de aquél. Opina de igual manera Moreno.

En conclusión, definimos nosotros el aborto, como "muerte del feto dentro del seno materno o fuera de él, como consecuencia de las maniobras realizadas antes del nacimiento, y tendientes a producir la muerte".

3. COMIENZO DE EJECUCIÓN. MEDIOS. CONSUMACIÓN

Consideramos que el comienzo de ejecución coincide con el instante en que comienzan las maniobras tendientes a provocar la muerte del nasciturus.

En cuanto a cuáles son los medios idóneos, están los llamados medios específicos: los químicos o los físicos, y los mecánicos (radiación, masajes, etcétera). También están

¹ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Bs. As., La Ley, p. 91.

² Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 91.

³ Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 91.

⁴ Bustos - Grisolia - Polzoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 139 y siguientes.

los medios genéricos (golpes, lesiones) y aun los morales o psicológicos (amenazas).

La mayor dificultad que presenta este punto es saber en qué etapa de la gestación se pueden efectuar maniobras abortivas que den lugar al comienzo de ejecución.

Existen a este respecto dos opiniones. Una según la cual el objeto de tutela penal, es decir, la vida del feto, se inicia cuando el óvulo es fecundado por el gameto masculino tanto dentro del claustro materno como fuera de éste (fecundación *in vitro*).

Otra opinión fija el momento en una etapa ulterior, la cual comienza cuando se produce la anidación del óvulo fecundado; en este sentido, se exponen coincidentemente Maurach, Welzel y Bustos entre otros; este último observa la posibilidad de que el huevo no implantado, no se anide "por razones metabólicas o naturales"⁸. Justificaría la opinión dominante de excluirlo como objeto de tutela penal; el objeto de protección jurídica sería el feto desde el momento de la anidación (a partir de aquí sería factible hablar de tentativa).

Finalmente, nos resta considerar el momento consumativo del aborto, y para ello debemos tener en cuenta la definición.

Si el aborto es la muerte del feto con el dolo de ello, obviamente el momento consumativo del delito es cuando este hecho acontece, ya en el seno materno, ya como consecuencia de la expulsión violenta o prematura.

En razón de ello, en el supuesto en que se produce la expulsión del feto, pero no su muerte, estamos ante una tentativa y no ante un aborto consumado. Del mismo modo, cuando, ante esta circunstancia se diera muerte al feto con posterioridad a la expulsión, habría un concurso real entre la tentativa de aborto, con homicidio simple, agravado -parricidio- o atenuado -infanticidio- según el caso. Por su parte, la expulsión de un feto ya muerto, cuando esto no ha sido provocado, sino que responde a deficiencias del feto u otra causa natural, no constituye aborto objetivamente y habría que analizar los supuestos de ausencia de tipo o tentativa inidónea según el caso.

⁸ Bustos - Grisolia - Pointoff, Derecho penal. Parte especial, p. 199 y siguientes.

4. ANÁLISIS DE LA RELACION DE ESPECIALIDAD EN EL ARTÍCULO 85

El art. 85 del Cód. Penal dice: "El que causare un aborto será reprimido:

1º) Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer...

2º) Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer". Pues bien, ¿qué tipo de relación existe entre estos dos incisos? Esta es una cuestión particularmente rica por lo profundo de su problemática, tanto como por la carencia de soluciones satisfactorias. La doctrina argentina tradicional ha hecho intentos vanos tendientes a esto último. El primero consistió en considerar a los dos incisos de este artículo como tipos de aplicación independiente, autónomos.

Los resultados prácticos que se siguen de éste son los siguientes: Para el supuesto caso de que el sujeto activo cause un aborto encuadrado en el inc. 1º, teniendo a su vez "dolo" de realizar el tipo del art. 85, inc. 2º (es decir si tiene "dolo" de realizar el aborto con el consentimiento del sujeto pasivo y éste no concurre), sólo habría que considerar la existencia de una tentativa inidónea del inc. 2º, ya que en el otro inciso no se da el tipo subjetivo. Nos parece injusto penar sólo por tentativa inidónea premiando así la falta de cuidado en la comprobación de la voluntad del sujeto pasivo.

En este punto Sancinetti sostiene que "ello (la solución propuesta por esta postura) sería absolutamente irrazonable, porque el autor se vería beneficiado, precisamente porque desde el punto de vista objetivo, ha cometido un hecho más grave del que quiso cometer"⁹.

Esto es cierto, pero no lo es tanto que la irrazonabilidad más grave provenga de este punto; aparentemente, lo más alarmante es que se desvirtúen las aptencias legales del legislador, corriendo el riesgo de apartarnos del espíritu de la norma cuyo carácter rector, aunque no inamovible, es absolutamente innegable en cualquier análisis dogmático. Al fin, de uno u otro modo y por cualquiera de las razones expuestas, esta postura es a todas luces insostenible.

⁹ Sancinetti, Marcelo. *Cursos de derecho penal*. Bs. As., Hammurabi, 1984, p. 59 y siguientes.

Otra de las posibilidades consistirá en sostener que el aborto con consentimiento del sujeto pasivo es un tipo atenuado especial del aborto sin ese consentimiento. Efectuando una lectura ligera parecería ser que esta hipótesis presenta la dificultad lógica de que no es posible efectuar el tipo atenuado realizando el básico (idealmente), ya que quien causa un aborto en la creencia de que concurre el consentimiento por parte de la mujer, no puede a su vez tener "dolo" de realizar el aborto sin ese consentimiento; es contradictorio pensar que alguien pueda actuar con consentimiento del sujeto pasivo y sin él, a la vez.

Por otra parte en esta postura, si consideramos al aborto sin consentimiento como tipo agravado del aborto con consentimiento (con los mismos presupuestos), tendríamos idénticos inconvenientes en el plano del error. En este punto Sancinetti propone una aproximación de solución al sostener: "que no todo lo que se lee en el texto de la ley es un elemento de la fundamentación de lo ilícito. En el caso del art. 85, inc. 2º, el consentimiento de la mujer no es respecto del autor una circunstancia desvalorada por la norma. Este tipo penal sólo protege la vida humana en germen. Este es el bien jurídico tutelado. La voluntad de la mujer, si concurre precisamente confirma que sólo aquel bien ha sido el lesionado. En cambio, en el art. 85, inc. 1º, además de tenerse en cuenta el mismo valor se tiene en cuenta la autodeterminación de la mujer"¹⁹. La postura sostenida por este autor en su libro de casos (edición 1986) coincide con la sustentada por nosotros el año anterior en su curso de parte especial, mas sólo en los resultados no así en el proceso lógico de su formación.

Como primera cuestión parecería sumamente arriesgado sostener que elementos como el aquí analizado no pertenecen al tipo penal, además como veremos enseguida estos elementos no necesitan "fundamentar" lo ilícito para pertenecer al tipo de la adecuación característica. Así, para Johannes Wessels "la función del tipo de lo injusto reside en la síntesis de las características que fundamentan el contenido típico de injusto de la conducta prohibida y confieren al especial tipo delictivo forma y figura", y continúa diciendo, "el tipo de lo injusto abarca todas las características de la disposición penal que fundamentan, elevan o disminuyen lo injusto penal-

¹⁹ Sancinetti, *Casos de derecho penal*, p. 89 y siguientes.

mente relevante"¹¹. Aparentemente en el mismo sentido, aunque más audaz, Jescheck sostiene que "según el estado actual en la teoría del delito ha de partirse de que en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material de injusto de una clase de delitos. Sin embargo —continúa—, no resulta decisivo el hecho de que, y hasta qué punto, el legislador ha logrado aprehender de forma concreta y describir objetivamente los elementos de la norma prohibitiva. Incluso en el caso de que la ley llegue a describir sólo una parte de tales elementos, dejando que el resto resulte de la formulación judicial, por vía de complementos de tipos: ...los elementos que faltan pertenecen al tipo"¹². Evidentemente estipulamos una nueva conceptualización de los elementos de la adecuación típica o tendremos que sostener que en estos casos nos encontramos con legítimos elementos caracterizadores de la materia de prohibición e inmunes a la desaparición dogmática. Lo que sucede es que la gama de funciones que cumplen estos elementos es más amplia de lo que se piensa generalmente; no todo elemento del tipo tiene que representar la protección de un nuevo bien jurídico; algunos, como en este caso, refuerzan la idea de que uno solo es el bien jurídico que se lesiona con la consumación del tipo penal de que se trate.

Pero así como las letras son símbolos arbitrarios que representan sonidos que emiten los seres humanos, mas no son los sonidos mismos, los elementos del tipo penal son instrumentos que el legislador elige para representar situaciones insoportables a la sociedad, mas no son todavía esas situaciones. De donde la valoración del injusto penalmente relevante y sus relaciones en el sistema, es anterior a la determinación de la cantidad de elementos que lo van a representar o describir; pero, ¿cómo hacemos para aprehender ese momento anterior a las sutilezas del texto, y determinar las relaciones de especialidad? Pues bien, haciendo un análisis de los bienes jurídicos dañados en cada tipo penal.

No hay ninguna contradicción en sostener que quien lesiona los bienes jurídicos "vida en germen" y "autodeterminación de la mujer" (inc. 1º) lesiona también a la vida en germen (inc. 2º) y la función cumplida por este elemento del

¹¹ Weizsäcker, *Johannesa, Derecho penal. Parte general*. Bs. As. Depalma, 1967, p. 42 y siguientes.

¹² Jescheck, H., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 452 y siguientes.

tipo (consentimiento) fue describir que en ese tipo penal sólo se protege a la vida en germen, ya que al concurrir, la autodeterminación de la mujer está a salvo.

5. PROBLEMA DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

Autor del delito de aborto puede ser, en realidad, cualquiera; pero la calidad del sujeto activo tiene gran importancia para distinguir los diferentes tipos de aborto y su régimen de penalidad.

Estos tipos especiales impropios son el de la mujer embarazada (art. 85) y el de los facultativos: médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos (art. 86). En cuanto al aborto causado por extraños está previsto en el art. 85, incs. 1° y 2°, y en el art. 87.

Es así como surge con claridad que al estar, en el art. 85, incs. 1° y 2°, el sujeto activo diferenciado del sujeto del cual se requiere que preste su consentimiento o no, siendo éste la mujer, queda excluida así su posible calificación como sujeto activo por este artículo. La mujer sólo puede ser autora de la figura típica del art. 88 cuando "causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare". En cuanto al grado material en que se consuma el delito, en la primera parte de la disyunción es claramente una autoría, no así en la segunda parte, donde vemos que, en el hecho real, es sólo cómplice necesario de la consumación del sujeto activo (art. 85, inc. 2°), aunque dicha complicidad está elevada al grado de autoría formal en el art. 88.

En el caso de que se opine que al consentir la mujer en que otro le cause el aborto, no es sólo cómplice necesario sino coautora con el sujeto que se lo causa, no variaría el planteo, dados los argumentos anteriormente expuestos: el primero consiste en que la mujer, de ser coautora material del aborto, no puede ser nunca alcanzada por el art. 85, inc. 2°, por lo tanto se le buscó otro encuadre típico. El segundo argumento se refiere a que el art. 88 sólo exige una complicidad necesaria. El hecho de que además se considere que su ayuda funda una coautoría, no perjudica su aplicación.

Por los argumentos antes expuestos resulta irrelevante la discusión acerca de si el consentir de la mujer puede llegar a ser una forma omisiva de realizar el delito o como opina Quintano Ripolléz, citado por Bustos, quien piensa que el verbo "consentir" tiene un contenido más exigente que

el verbo "permitir"¹³. Ahora bien ¿qué sucede con el tercero, que teniendo posición de garante respecto del bien jurídico protegido (vida del feto) omite evitar el aborto, pudiéndolo hacer, el cual lo realiza el sujeto activo del art. 85, incs. 1º o 2º, según haya prestado su consentimiento o no la mujer?

En Schönke y Schröder se alude a algunos casos de participación por omisión (el marido que no impide el aborto que su mujer realiza en la casa conyugal, el novio que ha engendrado a la criatura y no impide el aborto). Maurach afirma que el hecho puede ser también cometido por la omisión de cualquiera que tenga la posición de garante de la vida del nasciturus.

En este punto tendríamos que analizar si la omisión del tercero es solamente una participación o por el contrario funda una autoría o coautoría. Stratenwerth hace referencia al caso en que la omisión coincide con la acción de otro en el mismo resultado delictivo (art. 85, incs. 1º o 2º). Si en este caso existe un acuerdo recíproco, no se excluye la suposición de coautoría pero prácticamente carece de significado: "el deber de acción y la posibilidad de actuar determinan que el omitente sea de todos modos un autor"¹⁴. Por otra parte, la coautoría no se puede fundamentar sólo en que el que obra activamente y el omitente hayan lesionado en común un deber; esto no sería todavía una razón suficiente para imputar el comportamiento de uno al de otro.

Apoyando la posición de Stratenwerth nosotros pensamos que también falla la fundamentación de la coautoría en la división del trabajo y en el plan común.

Siendo tres los sujetos del aborto consentido, por ejemplo, sería posible la existencia de un plan común o de una división del trabajo entre la mujer y el sujeto activo. En cambio, el plan de evitación o la omisión de ésta, sólo está en la cabeza del omitente y no está compartida por otro sujeto. Esto es claro al ver que la existencia del sujeto omitente no aporta ningún elemento que signifique una ayuda necesaria. En otras palabras, los supuestos coautores activos (tratando con reserva a la mujer en este grado) se bastan en su plan para consumar el delito.

Bustos opina, basado en la fórmula del Código chileno

¹³ Bustos - Grisolia - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 318.

¹⁴ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho posible*, Madrid, Edersa, 1982, p. 318.

(análoga a la nuestra), que "causar aborto" sugiere la idea de que el agente desencadena el proceso causal. Es más, en la única forma pasiva no se satisfizo el legislador con castigar a la mujer por el solo hecho de tolerar o no evitar su aborto, sino que le exigió que consintiera en él. Prosigue afirmando que la omisión no es nunca causal del resultado y que sólo la tolerancia de ciertos verbos que no conllevan una restricción necesaria a la exigencia de causalidad permite extender el tipo a la no evitación del resultado. Aclaremos que Bustos con esto quiere excluir la autoría del que omite, pero en ningún momento se opone a la fundamentación de participaciones por omisión en autorías comisivas.

En cambio, según Stratenwerth, dejando de lado lo que se piense sobre la causalidad de la omisión, lo cierto es que el requisito decisivo será siempre la posibilidad de evitar el resultado, cuestión que se deberá resolver recurriendo a la causalidad hipotética, no a la real. Nosotros estamos de acuerdo con la posición que sostiene que en estos casos hay dos autorías independientes en el mismo hecho delictivo, una por comisión y otra por omisión.

6. ABORTO PROFESIONAL (ARTÍCULO 86)

El otro tipo especial impropio contemplado en esta figura es el contenido en el art. 86: siendo estos los que exigen, según Stratenwerth, un requisito en la autoría como consecuencia de un deber especial. Entre estos delitos, los impropios son aquellos en los cuales la lesión del deber sólo determina una agravación de la punibilidad. En estos casos, lo decisivo es el deber especial y no la posición en sí misma, de la que surge el deber.

El artículo se refiere a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos. Parece no ser una simple agravación por tener la calidad de facultativo, pero ésta es indispensable ya que como dice Creus "únicamente los profesionales enunciados por la ley quedan comprendidos; la actividad abusiva de cualquier otro profesional aunque pertenezca al área de las ciencias de la salud, se pena por medio de las figuras básicas". Por ejemplo, no es alcanzado por este tipo, la persona no facultativa que causa un aborto haciendo uso de conocimientos médicos adquiridos particularmente.

Decíamos que la sola calidad del sujeto activo no fundamenta aún su encuadre en este tipo, ya que se requiere ade-

más que abuse de su ciencia o arte en la autoría o colaboración del aborto.

No realiza un aborto con estas características (las del art. 86) el médico que no actúa en cuanto tal: por ejemplo, el amante, médico de profesión que, arrastrado por la cólera, maltrata físicamente a la mujer, causándole el aborto; no hay en el caso abuso de su oficio.

El problema se traslada a definir la expresión abusar de ciencia y arte. Acción y efecto de abusar: de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien. En sentido jurídico lo constituye el hecho de usar un poder, de una facultad, de un derecho, o de una situación.

Una de las posturas sostenida, por ejemplo, por Etcheberry, citado por Bustos, es aquella según la cual la expresión "abusando de su oficio" (aclaramos la analogía de ésta con la citada en nuestro Código Penal, "abusando de su ciencia o arte") tendría un alcance limitado que por una parte serviría para excluir los casos en que la calidad de facultativo no tiene influencia alguna, y por otra, haría referencia a la ausencia de justificación.

No coincide Bustos con esta interpretación pues piensa que si hay justificación, la conducta es lícita y el legislador no necesita servirse de una mención especial en el tipo, como lo es la falta de abuso. En este punto expresa que "en suma la expresión abusando de su oficio" como agravación que desplaza al tipo simple de aborto causado por extraños, sólo puede aplicarse al facultativo que realiza la acción típica no justificada, motivado por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional. Si lo perseguía —prosigue— para evitar los sufrimientos u otros conflictos psíquicos o físicos de una paciente, esto está abarcado por su misión; aunque haya traspasado el límite de la licitud, no podría considerarse un abuso del oficio en el sentido del precepto agravatorio.

No estamos de acuerdo con Bustos, pero tampoco con los argumentos opuestos de Soler, según el cual para establecer si hay abuso, no es un criterio justo el consistente en examinar si mediaba o no estado de necesidad. "El estado de necesidad tiene poco o nada que ver —sigue diciendo— con esto, entre otras razones, porque el mismo artículo lo prevé a continuación. El agregado se hace necesario porque con este artículo se abrazan acciones distintas de la de ejecutar abortos, como el recordado de la mera indicación de sustancias abortivas, y esa zona un tanto extensa e indefinida de

acciones se precisa y cobra sentido exigiendo la misma ley, que constituya abuso"¹⁵.

Este argumento para nosotros, no es del todo correcto, ya que apunta sólo a una parte del artículo, lo que él define como "acciones distintas de la de causar aborto", pero de la exigencia del abuso de la ciencia o arte, también es posible el grado de autor, y ciertamente ésta no es una zona indefinida.

Por lo tanto, parecería forzado decir que si el grado es de cooperación el abuso cumple una función, y si es de autoría otra muy distinta. Nosotros pensamos, en contradicción con Bustos, que la definición de abuso se agota en la tipicidad manteniendo la independencia con el eventual funcionamiento de la justificante. Además, qué pasaría con el médico diplomado que llevado por un ataque de neurosis, causare con métodos no técnicos, un aborto a su mujer. Según lo dicho anteriormente este individuo no sería alcanzado por el art. 86, ya que no hay abuso de su ciencia o arte. Por ello si el abuso es lo que guía el encuadre típico parecería que habría que definir su existencia o no, antes de pasar a la antijuridicidad, si nos manejamos en un esquema dualista.

Parece ser éste el criterio de Rodolfo Moreno cuando dice: "en este artículo el Código se refiere para agravar la penalidad a la versación particular en la ciencia médica de la persona que produzca el aborto". A nuestro entender es claro que quien causa un aborto, lo hace esté o no justificado (si es médico diplomado) y éste se agota en la tipicidad, por lo tanto, igual que aquél.

Entonces, por la calidad del sujeto pasivo, el causar aborto ya es típico y por lo tanto, constituye abuso el solo empleo de sus conocimientos científicos. Si los utiliza está realizando abuso de su *lex artis*. Sostiene Soler: "el abuso ha de ser una acción que no corresponda a los principios normales de la *lex artis* y de la ética de la función"¹⁶.

Creemos oportuno señalar que, a nuestro entender, todos estos inconvenientes hubieran quedado salvados, si el legislador hubiera utilizado el término "usar" en lugar de "abusar". El art. 86 iguala en el mismo régimen de penalidad a los facultativos que causaren el aborto con los que cooperaren en el mismo. Al decir de Soler, el profesional, en efecto, por su misma condición de tal, se encuentra en si-

¹⁵ Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 108.

¹⁶ Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 108.

tuación muy distinta a la de un partícipe secundario. Ciertas acciones, como la de indicar un abortivo, que indudablemente no constituyen participación en el hecho, cobran un carácter muy particular cuando parten de un profesional.

7. CONSENTIMIENTO

El consentimiento que se ha de tratar no tiene las características de excluir la tipicidad, ni la de quitar la antijuridicidad de la acción típica, ya que la función que cumple en un primer paso del análisis sistemático es la de agravar la pena en el caso de no concurrir, dado que como antes dijimos, parecería que el legislador no quiere que el encuadre en el tipo como acción consumada, dependa de la concurrencia o no de este elemento, siendo su razonamiento mucho más sencillo.

Siguiendo con lo anterior, tampoco tiene el consentimiento, la facultad de justificar el accionar, dado que como luego veremos, habrá llegado el caso de abortos justificados independientemente de que la acción haya sido encuadrada en los incs. 1º o 2º del art. 85. Y en el supuesto en que el sujeto activo sea calificado (art. 86), funcionará la justificante, siempre que el aborto haya sido encuadrado en el inc. 2º; por lo tanto su función es la anteriormente mencionada, en relación a la tipicidad estricta y limitará como condición objetiva el funcionamiento de la justificante.

En cuanto a la validez de este elemento se requieren (según parte de la doctrina) distintas exigencias: una de ellas es la que Soler cita como capacidad de la mujer de consentir. No se trata ésta —según este autor— de una capacidad de tipo civil, sino que se toma en cuenta la concurrencia o no de la voluntad real, siempre que fuera jurídicamente relevante¹⁷.

Ha dicho Stratenwerth: "por último, solamente el acuerdo prestado en el momento del hecho, deja sin efecto la contradicción con la autodeterminación del titular del bien jurídico, este efecto, no corresponderá a la mera tolerancia ni a la resignación frente a la acción adecuada al tipo, ni a la carencia de defensa"¹⁸. Soler afirma como requisito de esto último "que se trate de persona mayor de catorce años cuyas facultades no se encuentren alteradas o a la cual el autor no

¹⁷ Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 36.

¹⁸ Stratenwerth, *Derecho penal. El hecho posible*, p. 331.

reduzca a inconsciencia o induzca a un error acerca de la naturaleza del acto en que consiente"¹⁸.

Según Bustos este consentimiento falta en los casos de que la mujer se encuentre privada de sentido, si carece de comprensión sobre la índole de las maniobras o si se la engañó, en el caso de amenaza con males morales y en general, en todo caso en que la voluntad por cualquier razón esté ausente o viciada. Sigue diciendo que esto no significa reproducir la teoría civil de los vicios del consentimiento, debiendo determinarse la tipicidad de la conducta en cada caso concreto. En general, el consentimiento prestado por una enajenada mental será irrelevante.

Nosotros no estamos totalmente de acuerdo con los alcances de esta posición. Supongamos el caso de una mujer en estado de gravidez que coaccionada por medio de amenazas a su vida por su marido, decide concurrir a una clínica donde supuestamente le realizarán el aborto. Para lo cual, ya en la clínica, presta su consentimiento al médico para que se lo practique. Según la doctrina antes citada, en este caso, al concurrir un vicio en el consentimiento, éste no tendría relevancia, por lo tanto, el médico habrá realizado un aborto tipificado en el art. 85, inc. 1º (aborto sin consentimiento). Esta solución nos parece valorativamente insostenible, ya que en cada caso concreto el consentimiento del autor referido a ese elemento, tendría que fundarse en un conocimiento paralelo de la situación familiar, económica, etc., de la mujer, dado que aquella sería la que legitime la concurrencia del consentimiento y por lo tanto, la no existencia de vicios.

En otras palabras, no nos parece lógico que se exija en el tipo subjetivo del autor el conocimiento de los fines o motivos de la mujer. Por ello pensamos que el autor no tuvo ningún error acerca de la existencia o no del consentimiento, dado que para sostener lo contrario, tendríamos que llevar a una amplitud ilógica el tipo subjetivo del autor. Por lo tanto sostenemos que a los vicios, que llegado el caso podrían invalidar el consentimiento, solamente hay que atribuirles relevancia en caso de que ese elemento funde por sí solo alguna autoría formal, como en el caso del art. 88 para la mujer. No coincidimos entonces con Bustos por entender que no es ningún absurdo sostener que los vicios tienen distintas funciones según el caso.

¹⁸ Soler, Derecho penal. Parte especial, p. 97.

Sin embargo, en el supuesto de que el sujeto activo hubiera provocado el vicio en el consentimiento que la mujer presta, no le daríamos relevancia a este elemento, ya que el vicio no proviene de una situación ajena al médico, sino que, por el contrario, al ser él quien lo ha provocado tiene conocimiento pleno del mismo, no teniendo que extender en la manera ilógica anterior el tipo subjetivo del autor.

Desde el punto de vista de la forma, importa distinguir los distintos tipos de consentimiento.

a) El expreso no presenta ningún tipo de dificultad toda vez que es fácil su comprobación.

b) El consentimiento tácito es definido como el acto o conjunto de actos que manifiestan con claridad la voluntad de la mujer de someterse a la práctica abortiva. Cita Creus como ejemplo, el hecho de internarse en una clínica especializada o pagar por adelantado la tarifa.

c) Respecto al consentimiento presunto, este autor lo define como "aquel que permite conjeturar que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva sin que se demuestre con claridad esa voluntad, por ejemplo, las quejas sobre las consecuencias perjudiciales que puede producirle el parto"²⁰.

Ahora bien, siendo congruentes con nuestra opinión sobre cuál es el bien jurídico tutelado por el legislador al tipificar el aborto sin el consentimiento, vale decir, la libre determinación de la madre, podemos aceptar como funciones válidas la expresa y la tácita. No así la presunta ya que satisfacerse con ésta daría lugar a que toda suposición de un tercero de la existencia de ésta, tanto del lado del sujeto activo como del lado de la mujer, se transformara en encasillamientos típicos valorativamente injustificados.

Las implicaciones del consentimiento como elemento de la antijuridicidad serán tratadas oportunamente.

8. PROBLEMAS ESPECIALES

a) Aborto seguido de la muerte de la mujer (artículo 85, incisos 1º y 2º)

Concurre en este caso una agravante objetiva dada por la muerte de la mujer que sigue al aborto. Existe acuerdo uná-

²⁰ Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Bs. As., Astrea, 1988, p. 82.

nime de la doctrina sobre la naturaleza de esta figura a la que señala como preterintencional, cuya característica es la de ser una forma compleja compuesta por un aborto doloso seguido de una muerte culposa.

Importa destacar que se descarta que la estructura admita la consumación de la muerte con dolo eventual, dado que si así fuera no se encontrarían impedimentos para encuadrar la acción en el art. 79 (homicidio doloso), en concurso ideal con un aborto. Salvo que se considere que la diferencia entre dolo eventual y dolo directo tenga efectos en el análisis sistemático.

Se presenta la dificultad de determinar si es necesaria la consumación del aborto para que concorra el agravante. Al respecto se plantean distintas opiniones.

1) Para algunos es necesaria la consumación del delito de aborto para que opere el agravante, de tal suerte que si el feto no muere a raíz de las maniobras abortivas, la muerte de la mujer funcionaría como homicidio culposo en concurso ideal con la tentativa de aborto. El fundamento de esta postura reside en que siendo el aborto lo que se encuentra agravado, al no haberse consumado éste, no tendría cabida la aplicación de la figura que tiene por efecto la agravación de éste.

2) Para otros, el hecho que agrava comprende tanto el aborto consumado como el tentado, siendo éste tanto idóneo como inidóneo.

3) Por último, una tercera posición sostenida por Creus, requiere la idoneidad de la tentativa de aborto para que pueda ser agravado por la muerte, ya que para el mismo autor resultaría inaceptable agravar un aborto que no existe como tal.

La adscripción a alguna de estas posturas dependerá del concepto que se tenga de la estructura del delito preterintencional.

b) Aborto preterintencional (artículo 87)

Los inconvenientes que presenta esta figura no se refieren a la objetividad de la misma, ya que sólo se exige la muerte del feto producida por violencias causadas por un extraño para que se perfeccione.

Los problemas surgen al analizarla en el plano subjetivo. En este punto, para algunos autores se trata de un delito preterintencional (mezcla de dolo y culpa). Aparente-

mente esto parece no funcionar ya que el fundamento de este tipo de formas complejas requiere que el dolo sea referido a un tipo básico; luego, al no existir en nuestro derecho la tipicidad de la violencia en sí misma, nos encontraríamos ante un inconveniente insalvable. Nosotros pensamos que si ésta fuera la única inconsistencia, se podría sostener que al hablar de violencia producida por un tercero, en todo caso, nos estamos refiriendo a una tentativa de lesiones producida por el mismo.

Pero la crítica de aquella postura no está referida sólo a este inconveniente. Asimismo si se identificaran las violencias con las lesiones o con la tentativa de ellas (segunda postura), se llegaría al absurdo de la aplicación en el caso de que las mismas fueran graves o gravísimas, de una atenuación por el solo hecho de haber sido seguidas éstas de un aborto. Es así dado que las lesiones graves tienen una pena de prisión de uno a seis años y las gravísimas de tres a diez años siendo sus respectivas tentativas penadas con prisiones de cuatro meses a tres años y un año a cinco años; dándose, en caso de que lo anterior fuera seguido de un aborto, una clara atenuación, penando a la misma con seis meses hasta dos años.

Otra de las posturas es la que sostiene Cury, citado por Bustos, el cual desprendiendo su argumento de las críticas anteriores, sostiene que se trata de una especial hipótesis de cuasi-delito de aborto (aborto culposo)²¹. A nuestro entender, es claro que este autor llegue a esta posición no identificando a las violencias con ningún tipo de lesiones, luego hay un dolo sin ningún reflejo sistemático y un aborto culposo fundado en esta última parte, la aplicación de las penas.

No estamos de acuerdo con él en la tesis de que cualquier tipo de violencias no fundamenta todavía ni siquiera un principio de ejecución de algún tipo de lesiones. Sostenemos, por el contrario, que toda vez que hay violencias hay una lesión leve o en su defecto un principio de ejecución de las mismas. De donde, la figura estaría perfeccionada si se diese la parte dolosa, a partir de una tentativa de lesiones. Y en la última parte, la muerte del feto producida en forma culposa a causa de la lesión leve.

Con respecto a lo que podría plantearse como una contradicción, el sostener en el homicidio preterintencional la

²¹ Bustos - Grisolia - Polittoff, Derecho penal. Parte especial, p. 314.

exigencia de la consumación de la parte dolosa, y en el aborto preterintencional, no, no lo es tanto ya que los presupuestos son distintos. Como primera medida, aquí, lo calificado es el medio (violencias), mientras que en el homicidio calificado lo es el aborto, y en segundo lugar, la parte dolosa; en el homicidio preterintencional, consiste en causar aborto, y si fuera que en este caso, como en el aborto preterintencional, se califica al medio, hubiera sido redactado así: "el que realice maniobras abortivas" similar en su significación a la de este último.

En el supuesto caso en que las lesiones que se producen con el dolo de la primera parte no sean leves, sino graves o gravísimas, sostenemos que el aborto se ha producido sólo por las lesiones leves; de ahí en más, si éstas en el iter criminis van agravando su calidad, habría que analizar si éste fundamenta la aplicación del art. 90 o del art. 91 (lesiones graves o gravísimas). Pero siempre existirá un concurso ideal o real (según el caso) con el aborto preterintencional ya perfeccionado.

Otra cuestión a resolver es aquella que trata sobre el alcance de la expresión "violencias". Éste se encuentra determinado hasta donde nos interesa, en el art. 78 cuyo texto es el siguiente: "queda comprendido en el concepto de violencia el uso de medios hipnóticos y narcóticos". De donde surge claramente que es tanto violencia la psíquica como la física. En cuanto a la identificación de violencias con algún tipo de lesiones, surge el interrogante de saber por qué hay lesión (leve) en el uso del medio hipnótico, ya que aparentemente éste sólo sería un medio para una posterior lesión. Si esto fuera así, no tendría fundamento la estructura preterintencional explicada; ya que no se daría el principio de ejecución de la parte dolosa. En contraposición con esto nosotros pensamos que la lesión (leve) empieza y termina en la hipnosis, siendo ésta suficiente para fundarla; quedando resuelto anteriormente el problema acerca de si el autor luego de la lesión leve produce alguna de otra calidad. El fundamento de lo recientemente dicho reside en que el uso de medios hipnóticos o narcóticos significan por sí mismos una lesión a la integridad psíquica de la mujer.

Con respecto a si la figura acepta la incriminación del sujeto activo, habiendo actuado éste con dolo eventual respecto del aborto, nos parece claro el inconveniente que se produciría valorativamente al atenuarse un aborto por el solo hecho de haber ejercido violencias sobre la mujer. Jus-

tamente la atenuación no reside aquí, sino en que el autor no tuvo en cuenta el resultado al no haber pensado en él. Por otra parte, la notoriedad o el conocimiento por parte del autor de la existencia del estado de gravidez de la mujer, no es cierto que funde la exigencia de dolo eventual con respecto a la culpa consciente, sino sólo la no incriminación de la culpa inconsciente.

9. TENTATIVA DE LA MUJER

a) Cuestiones al respecto

El art. 88, luego de hacer referencia a la mujer que cause su propio aborto y a la que consintiera en que otro se lo cause (expresión ésta cuyas posibles dificultades ya hemos analizado), expresa en su última parte que la tentativa de la mujer no es punible.

Al parecer no tiene relevancia aquí el tema del análisis de las distintas calidades que puede tener dicha tentativa.

En este punto parece claro que el espíritu de la ley quiere que toda vez que el feto siga con vida, no se pene a la mujer. Tiene esto, a priori, la intención de disuadir hasta el último momento a la mujer, ofreciéndole la impunidad para la no consumación del delito.

De aquí surge un problema en cuanto a la posible coexistencia del delito tentado y la muerte del feto. Es decir que la imperfección del delito no provenga de la no consumación sino de otro elemento del tipo objetivo, como ha de ser un desvío en el nexo causal: por ejemplo, un médico receta a una mujer un veneno que produciría la muerte del feto en quince días, aplicándolo en determinadas raciones diarias. La mujer comienza su ejecución de tal suerte que la muerte se produce en el séptimo día. Este es un problema que se resolverá de acuerdo con la relevancia o no que se dé a estos errores sobre los cursos causales.

El planteo del problema reside en que según la postura que se tome, tendrá o no sentido el anterior principio de interpretación de la norma. Por ejemplo, si se sostiene que en el caso citado hay un dolo referido, diario, de la aplicación de cada dosis y un especial elemento subjetivo de seguir en la tentativa, parece claro que nunca habrá ningún tipo de dolo respecto del resultado. Dada la inconsistencia del coexistir de un dolo de resultado con un especial elemento subjeti-

vo de seguir en la tentativa, siendo aquél el final del iter criminis²¹.

En nuestra opinión, no es cierto que el especial elemento subjetivo del tipo se constituya solamente con lo anterior; por el contrario, creemos que éste quiere significar el querer seguir en la tentativa pero únicamente en el caso de que el resultado no se produzca todavía²². Volviendo al caso del ejemplo, la mujer sólo querrá seguir en la tentativa en el caso de que el resultado aún no se produzca. Este problema lo dejamos abierto a la discusión.

Acercas de la frase "la tentativa de la mujer no es punible" cabe marcar su alcance. En otras palabras (la mujer no será punible en el caso en que consienta en que otro le cause el aborto, así como también en el que ella misma lo ejecute, o sólo en una de estas hipótesis? Aparentemente, esta excusa absolutoria funciona en el caso en que ella ejecuta el aborto, el fundamento de ello está dado en que sólo puede principiar la ejecución, en otras palabras tentar, quien ejecuta el hecho; por lo tanto la mujer al consentir no es cierto que tiene, sino que participa en la tentativa de sujeto activo, encuadrado en el art. 85, inc. 2º. De donde la tentativa sólo será impune en el análisis de la segunda parte de la disyunción.

A pesar de esto, nosotros pensamos que no es cierta esta conclusión. En primer lugar, nos parece inaceptable éticamente que en el caso de que la mujer ejecute positivamente acciones tendentes a causar el aborto (en el caso en que éste no se consuma), resulte impune y en el supuesto en que ella sólo consienta no lo sea. Asimismo, si coincidimos en que uno de los fundamentos de la impunidad de la tentativa es también que la mujer, cuya necesidad para la producción del delito es innegable, tiene que tener en todo caso el aliciente de no ser punible si evita tanto su ejecución como su contribución. Del mismo modo, las ciencias empíricas demuestran la necesidad del contacto constante madre-recién nacido, lo que es imposible, de no mediar condiciones insalubres para el mismo, en el supuesto caso en que la mujer estuviere recluida. De donde nosotros soste-

²¹ Esta idea, con algunas variantes, ha sido expuesta por Sancinetti, en clases dadas en esta Facultad.

²² Por no corresponder al objetivo de este trabajo dejamos de lado la cuestión, de si y hasta qué punto, la definición de "delito" (conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo) permite su división en el iter criminis.

nemos que lo que queda impune, no es la tentativa que ejecuta ella, sino por el contrario, lo es la tentativa en cualquiera de las formas en que la mujer se encuentre inculpada.

b) Jurisprudencia sobre el tema

1) Debe ser absuelta la encausada del delito de aborto en grado de tentativa, según lo dispuesto por el art. 88 del Cód. Penal pues esta disposición no distingue el caso del conato ejecutado por la propia mujer del realizado a instancias de ésta por otro²⁴.

2) Tratándose de la tentativa de aborto a que alude el art. 88, párr. último, del Cód. Penal, la exención de pena sólo procede en los casos en que la propia madre es la que ejecuta o procura ejecutar en sí misma el aborto²⁵.

3) Si bien el art. 88 del Cód. Penal, en su última parte declara que la tentativa de aborto no es punible, esta impunidad no alcanza a la que consintió en que un extraño intentara hacerla abortar, ya que, siendo el fundamento de la exención de pena para la mujer que intentara causar su propio aborto el de evitar el escándalo, en la hipótesis de conato de aborto consentido, la punibilidad de los ejecutores determina que el estrépito del foco deba producirse, razón por la cual el motivo determinante de la excusa absolutoria carece de toda actualidad²⁶.

4) Aunque no pueda concluirse que existió un aborto consumado o tentado –por no estar demostrado el estado de preñez– las maniobras abortivas comprobadas fehacientemente permiten responsabilizar a la acusada por tentativa de aborto imposible –arts. 43, 44, 88, párr. 1º, en función del art. 85, inc. 2º, parte 1ª, del Cód. Penal–²⁷.

10. ANTUERDICIDAD

En este punto el análisis del funcionamiento de las justificantes se desglosa en dos vertientes: una de ellas se refiere

²⁴ CNCrimCorr, Sala III, 14/6/80, "Zabala de Juliana, Susana y otros". ED, 101-600, n° 63.

²⁵ Del voto en disidencia del doctor De la Riestra en CNCrimCorr, Sala III, 18/6/80, "Zabala de Juliana, Susana y otros". ED, 101-600, n° 68.

²⁶ CNCrimCorr, Sala VI, 28/2/82, "Manservola, B. H.". ED, 101-600, n° 87.

²⁷ CNCrimCorr, Sala II, 18/8/80, "Acosta de Agnóla". RepD, 17-1043, n° 3.

al caso en que el sujeto activo está calificado, en tanto la otra, lo hace a los sujetos activos sin ninguna calidad especial de índole profesional.

En la primera parte del análisis, es decir, sujetos activos calificados, la justificante se encuentra expresamente legislada, con presupuestos exigibles que variarán según distintas opiniones. En cambio, en la segunda parte, el procedimiento para encuadrar una acción típica en algún tipo de justificante, será análogo a cualquier caso de justificación.

El art. 86 expresa en su última parte que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible, si se dan los presupuestos de los incs. 1º y 2º. El inc. 1º dice: "si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios"; lo que se conoce como aborto terapéutico; en tanto el inc. 2º afirma que "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal será requerido para el aborto" (aborto ético o sentimental). Como vemos, éstos son dos especiales presupuestos de justificación resueltos por la ley. Son especiales porque se requieren elementos distintos de los solicitados en las justificantes legales. A saber:

a) Calidad de autor

Al respecto son ilustrativas las palabras de Creus: "El agente debe ser un médico diplomado; esta calidad sólo la tienen los que han obtenido el título que los habilita para actuar como médicos, haya realizado sus estudios en el país o fuera de él, pero en este último caso que cuente con la habilitación legalmente conferida.

Aunque alguna doctrina lo pide, no parece indispensable la inscripción en la matrícula profesional: el médico diplomado puede no encontrarse ejerciendo actualmente, pero el aborto practicado por él, en condiciones típicas será igualmente impune. No quedan comprendidos en la disposición otros profesionales del arte de curar"²⁸.

El aborto debe ser practicado por el médico, no por otra persona. No basta que el profesional ordene o aconseje su realización si no lo ha practicado él u otro médico diploma-

²⁸ Creus, *Derecho penal*, p. 68.

do, aunque por supuesto, no es indispensable que asuma funciones de dirección en la maniobra abortiva realizada por un tercero en su presencia.

b) Consentimiento

En primer lugar, cabe distinguir si realmente se trata de un especial elemento objetivo de la justificación o si no lo es y sólo se la da cada vez que el tipo es el del art. 85, inc. 2º (aborto con consentimiento). Si ésta es la postura que se acepta, no tiene sentido decir que el tipo es "aborto con consentimiento" y exigir simultáneamente que éste funcione como condición objetiva de la justificante. En otras palabras, pierde consistencia la exigencia de algo que nunca podría no darse, desde que ya se exigió satisfactoriamente en el tipo.

A nuestro criterio, esto no es aceptable porque independientemente de lo anterior el funcionamiento de esta justificante está de alguna manera condicionada en su aplicación; esto es, si la justificante actúa en varios tipos y sólo en ellos las características de estos últimos, además de cumplir la función sistemática principal de estructurar la acción prohibida, están limitando el funcionamiento de la norma permisiva. Luego el consentimiento está en el tipo, así como también lo está en el tipo de la justificante, aunque de esta última sea redundante su comprobación.

Con respecto al porqué de esta exigencia objetiva en los médicos diplomados ya nos hemos referido a que se encuentra en el indicio del mal uso de su *lex artis* que realiza el mismo, toda vez que hace un aborto. El fundamento de esto se encuentra en que en casos normales sólo procede de acuerdo a su *lex artis* el médico que actúa de acuerdo con el sujeto pasivo en la intervención, aunque habrá casos en que se podrá exigir sólo el consentimiento tácito de este último.

Sin embargo, Bustos sostiene que este caso se trata de una justificante por "legítimo ejercicio de la profesión médica" de donde todo se resuelve con el balanceamiento clásico de bienes. Nosotros pensamos que no tiene inconvenientes el planteamiento de un estado de necesidad con mayores exigencias objetivas, como ser las que el mismo autor cita: *lex artis* médica y criterios consuetudinarios y culturales que la delimitan, abarcando éstos la libertad del paciente de decidir si se puede o no intervenir en su cuerpo. Esto se fundamenta también, en el derecho de la mujer a decidir sobre el cuerpo suyo y su riesgo. Es ilustrativo citar el funda-

mento expuesto por Soler, para quien en el caso de aborto terapéutico se plantea un supuesto de estado de necesidad sui generis²⁰ que no requiere que el peligro sea inminente, otra de las características que reúne esta especial justificante, por lo cual es lógico que en el aborto practicado en frío concurren los extremos prudentemente fijados por la ley.

11. BALANCEAMIENTO DE BIENES

El art. 86, inc. 1°, toma como bienes jurídicos posibles en pugna la salud de la madre con la vida del feto en un caso o la vida de la madre con la vida del feto en el otro. La cuestión de la jerarquía de dichos bienes no presenta dificultades, habiéndose variados métodos para su determinación. El balanceamiento de las respectivas penas es uno de ellos; así Welzel afirma: "para la apreciación del valor de los bienes jurídicos habrá que recurrir al orden jurídico en su conjunto. Un punto de apoyo lo ofrece especialmente el monto de las conminaciones penales en hechos en que los demás tengan características similares..."²¹. Aunque para Stratenwerth "la determinación de la relación jurídico-jerárquica de los bienes jurídicos puede ocasionar, naturalmente, considerables dificultades, o ser, inclusive, totalmente imposible"²². Dado que este autor sostiene que la gravedad de la sanción amenazada para la infracción al bien jurídico, es sólo uno de los ítems a considerar, siendo otros "las modalidades del hecho, la gravedad de la culpabilidad o algunos principios de política criminal". Pero a nuestro entender, estos últimos se considerarán en cada caso en particular, o no, según sea la índole de las dificultades que se presentan, dando mayor relevancia a la cuestión de las conminaciones penales, por ser de aplicación general y constante en todos los casos.

Es así que el único inconveniente en cuanto a esta jerarquización se da en el caso de saber si todo peligro para la salud (de toda intensidad) justifica la infracción a la vida del feto. Utilizando el criterio de Welzel, se ve claramente que la infracción a la vida del feto estará justificada, siempre y cuando el peligro que acarreará a la salud de la madre sea

²⁰ Soler, Derecho penal. Parte especial, p. 106.

²¹ Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 128.

²² Stratenwerth, Derecho penal. El hecho posible, p. 148.

grave o gravísimo. A modo de aclaración vale citar que la penalidad de las lesiones leves es de un mes a un año siendo para las lesiones graves de uno a seis años y las gravísimas de tres a diez años.

Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos en que, luego del balanceamiento de bienes la elección ha sido correcta, pero el consentimiento no concurre? Pues bien, en primer lugar pensamos que es claro que la justificante no se aplica; luego si para el funcionamiento de un estado de necesidad disculpante exigimos igualdad jerárquica de bienes jurídicos, es claro que más se cumple con esta exigencia si los bienes jurídicos son como en este caso de diferencia jerárquica y se ha infringido el de menor relieve, salvando el de mayor importancia. Luego, no requiriendo en el estado de necesidad disculpante la existencia del consentimiento, nada obsta para el funcionamiento de aquél.

12. ABORTO ÉTICO-SENTIMENTAL

Este otro tipo especial de aborto encuentra problemas tanto de interpretación, dada la poca claridad de nuestro texto, como de encuadre en el sistema, si no queremos apartarnos de la manera general de estructurar las causales de justificación, así como tampoco de los requisitos exigibles para el funcionamiento de las mismas.

El aborto ético-sentimental ha sido definido por Bustos "como aquel en que la intervención abortiva tiene por objeto la eliminación del producto de la concepción que proviene de un hecho delictivo". Pasando al análisis de nuestro texto, el cual dice que éste no será punible (en el caso de que el sujeto activo sea un médico diplomado) "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente".

Encontramos que el primer inconveniente se presenta al dilucidar si lo que se quiere decir tiene analogía con lo que se dice. Esto es si la interpretación concuerda con el espíritu de la ley y con lo escrito en la misma.

Siendo en este análisis pareciera que, de la manera que se encuentra redactado, el texto hace referencia únicamente a la autorización de abortar, toda vez que el feto es el producto de una violación o un atentado al pudor, sobre una mujer idiota o demente, y no sobre cualquier tipo de mujer. Soler no parece concordar con esto, y nosotros tampoco, aun-

que al igual que él, se nos hace difícil no hacerlo dada la aparente mala redacción.

Según él, el problema surge a raíz de que este artículo fue tomado de la versión francesa del proyecto suizo. En el derecho alemán a diferencia de lo que ocurre en nuestro art. 119, que designa como "violación" a los tres casos que enumera, se emplean nombres técnicos distintos, así es como *Notzucht*, significa la violación por la fuerza y *Schändung*, la violación a una mujer idiota. Luego la interpretación que deducimos de esta explicación de Soler es la siguiente: no es punible el aborto realizado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer, si el embarazo proviene de un acceso carnal realizado por la fuerza (art. 119, inc. 3º, *Notzucht*), o de un acceso carnal realizado con una mujer idiota o demente; es decir si proviene de una violación en el sentido del art. 119, inc. 2º (*Schändung*). En este caso la no punibilidad alcanzaría a la mujer, aunque ésta esté comprendida en el art. 88. El otro problema de difícil solución es el encasillamiento sistemático de esta "no punibilidad". Bustos piensa que en estos casos no hay base para reconocer una causal de justificación, salvo en la medida en que el traumatismo psíquico de la violación pudiera determinar un aborto terapéutico. En última instancia lo que hace Bustos a nuestro entender, es no considerar el aborto ético, ya que si se da el aborto terapéutico, es sólo porque se dan sus presupuestos, teniendo poco que ver aquél en esta hipótesis. Sigue diciendo "que en todo caso, lo más probable es que demostrado el origen de la concepción, se admita una exculpación de la conducta por no exigibilidad de otra"²⁰.

Se presenta aquí el inconveniente del análisis del caso en el cual no se demuestre una perturbación psíquica, que si se diera no tendría inconvenientes de encuadre, dado que la integridad psíquica es claramente un bien jurídico cuya infracción está conminada con pena en el delito de lesiones. De donde lo defendido aquí, es la no obligación de la mujer de permanecer con la deshonra del hecho precedente, respecto de lo cual sería harto difícil sostener que es un bien jurídico penalmente relevante. Según Stratenwerth: "el punto de partida (de la no exigibilidad) lo constituyen situaciones en las que el autor se encuentra, durante la comisión del hecho, bajo una fuerte presión psíquica de tal natu-

²⁰ Bustos - Grisolia - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 129.

raleza que no es de esperar un comportamiento adecuado al derecho²³.

Se nos presentan así dos vertientes: si sostenemos que en la alteración psíquica producida por la violación, se puede fundar la necesidad de un aborto terapéutico, entonces no habrá inconvenientes para la justificación de la conducta, dada la relación lesiones graves o gravísimas-aborto con consentimiento. Si por el contrario, en las pruebas de hecho se sostiene que no hay tal necesidad, habrá que analizar en la culpabilidad, si la no exigibilidad de otra conducta por presión psíquica se tiene que dar siempre y cuando solamente haya una equiparación de bienes jurídicos tutelados, o aquélla puede existir de todos modos. En otras palabras, si es posible que el médico se encuentre bajo esa presión, sin haberse dado los presupuestos de un aborto terapéutico. De esta dilucidación saldrá nuestro encuadre en el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique, *Delito y posibilidad*, Madrid, Civitas, 1983.
- Bustos, Juan - Grisolia Francisco - Politoff, Sergio, *Derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- Camara, Francisco, *Programa de derecho criminal*, cap. VIII, Feticidio, Bogotá, Temis, 1987.
- Crea, Carlos, *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Bs. As., Astrea, 1983.
- Jescheck, Hans H., *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1981.
- Llambias, Jorge, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., Perrot, 1923, t. 1.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerz, España, Fundación Universitaria de Jerz, 1985.
- Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1993.
- Sancinetti, Marcelo, *Casos de derecho penal*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- *Caso de derecho penal*, Bs. As., Hammarabi, 1988.
- Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho posible*, Madrid, Edersa, 1982.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1971.
- Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 2ª ed., Berlin, 1968.
- *Derecho penal alemán. Parte general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Depalma, 1980.

²³ Stratenwerth, *Derecho penal. El hecho posible*, p. 183.