



Aborto

Por Jorge Buompadre

Art. 85: “El que causare un aborto será reprimido:

1.- Con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2.- Con reclusión o prisión de uno (1) a cuatro (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”

Origen y evolución de la figura.

Por lo general, el aborto no fue castigado en los pueblos antiguos. En la Roma pagana de los primeros siglos y hasta bien entrada la República, predominó el principio estoico *partus antequam edatur mulleris parts est vel viscerum* (el fruto de la concepción es parte de la entrañas de la madre). La represión recién aparece con el cristianismo, tanto que, en tiempos de Adriano, Constantino y Teodosio, el aborto fue asimilado al homicidio.

Durante el período de la Carolina se distinguió la muerte del feto animado del inanimado, reservándose para el primer caso la pena de muerte para el autor. En España, la antigua legislación siguió la tradición romanista-germánica, aunque en muchos casos se castigó con pena de muerte el aborto y con sanciones distintas el suministro de sustancias abortivas. Por mucho tiempo se siguió la tesis de la animación fetal como sistema regulador de la penalidad, produciéndose el abandono de este sistema recién con la sanción del código penal de 1822, en el que aparecen descriptas las figuras de aborto con consentimiento y sin consentimiento. La codificación posterior, aunque con diversos matices, siguió los mismos lineamientos, hasta la sanción del código penal de 1944, el cual prohibió no solamente todo tipo de práctica abortiva sino también el suministro de métodos tendientes a evitar el embarazo. En 1985, mediante la Ley Orgánica No. 9, se estableció el sistema de prohibición relativa del

aborts, estableciéndose su castigo como principio general con ciertas y determinadas excepciones. Esta ley introdujo el art. 417 bis del anterior código penal, mediante el cual se declaró la impunidad del aborto cuando hubiere grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuere el producto de una violación o cuando exista presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales. Vale decir que, mediante la señalada ley de 1985, el legislador español se decantó por un sistema de indicaciones de punición excepcional. En la actualidad, la reciente Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (BO: 4/3/10), estableció el “sistema del plazo”, por medio del cual se permite el aborto dentro de un período determinado de la gestación (primeras 14 semanas). La nueva regulación prevé dos hipótesis de abortos no punibles: el aborto libre a petición y el aborto por causas médicas como medida excepcional¹.

Entre nosotros, aunque con distintas variantes, el aborto estuvo castigado en todos los precedentes legislativos. Durante el proceso codificador, las formas de impunidad fueron introducidas por la Comisión del Senado, siguiendo los lineamientos del Anteproyecto Suizo de 1916. Actualmente, el código penal prevé distintos tipos de aborto doloso; en el art. 85, inciso primero, se ocupa del aborto sin consentimiento de la mujer (forma más grave), mientras que en el inciso segundo se castiga con menor penalidad el aborto realizado con el consentimiento de la mujer. En ambos supuestos y con distinta penalidad, el hecho se agrava si se produce la muerte de la mujer. En el art. 86, primer párrafo, se castiga el aborto profesional, mientras que en el segundo párrafo se encuentran previstos los abortos impunes: el llamado aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El art. 87 contempla el denominado aborto preterintencional y el art. 88, finalmente, prevé pena de prisión para el autoabortion o la prestación del consentimiento para que otro se lo causare. El último párrafo del mismo precepto, declara la impunidad de la tentativa de aborto de la propia mujer.

Bién Jurídico.

El bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. En este Título carece de relevancia la protección que se pueda dispensar a otros intereses distintos de la propia vida del

1 Para mayores detalles sobre esta legislación, véase BUOMPADRE Jorge Eduardo, De la despenalización al aborto libre. La ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en España, Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE, N° 7, Número Extraordinario, Editorial Dunker, Bs. As., 2010; disponible también en Revista La Ley Penal y Procesal penal, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario), pags.283 y sig., sept./2010, y en www.alfonsozambrano.com



nasciturus, como ser la salud de la madre, el interés demográfico de la comunidad, etc., que podrían encontrar efectiva protección en otros lugares del ordenamiento punitivo; lo que importa preservar es la vida intrauterina, cuya tutela no sólo surge desde el propio código penal sino que la vida humana tiene reconocimiento expreso en la misma Constitución Nacional, la cual, a partir de la reforma de 1994, que introdujo los Tratados sobre Derechos Humanos, ha establecido que la protección de la vida debe hacerse, por lo general, a partir de la concepción (art. 75 inc. 22).

El problema que se presenta consiste en determinar a partir de cuándo estamos en presencia de una vida humana que merezca protección penal. Sobre el particular se han esbozado dos teorías: la teoría de la *fecundación*, según la cual la vida humana comienza desde que el óvulo es fecundado por el gameto masculino. A partir de este momento, entonces, existe vida humana merecedora de protección penal. La otra teoría, denominada de la *anidación*, determina el comienzo de la vida humana como objeto de protección penal desde que el óvulo fecundado queda fijado (anidado) en el útero materno, fenómeno que se produce, aproximadamente, a los catorce días desde el momento de la fecundación.

Compartimos la idea que sostiene que el objeto de protección en el delito de aborto debe quedar delimitado a partir del momento en que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo cual implica que la protección penal sólo abarca al embrión y al feto, no así al preembrión o embrión preimplantatorio². Antes de la anidación, se tiene dicho, no puede hablarse propiamente de vida prenatal; el comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan sólo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por otra parte, resulta prácticamente imposible la determinación exacta del momento de la concepción³. Tal como lo pone de manifiesto Feijoo Sánchez, la razón relevante para sostener la tesis de que la protección penal empieza con la anidación es de índole político criminal: no extender la intervención del derecho penal hasta límites de dudosa legitimidad o en los que el derecho penal perdería totalmente su eficacia como medio de protección. La cuestión decisiva a

2 De la misma opinión, FIGARI Rubén E., op.cit., pag. 263; con la teoría de la fecundación, VILLADA Jorge Luis, op.cit., pag. 130.

3 Conf. CARBONELL MATEU J.C. y GONZALEZ CUSSAC J.L., Derecho penal, parte especial, Tirant lo Blanch Libros, pag.103, Valencia, 1999.

efectos del alcance del delito de aborto no es en realidad determinar el momento en el que se inicia la vida, sino cuándo puede y debe comenzar la protección jurídico-penal de la vida ⁴. Razones de seguridad jurídica aconsejan aceptar esta conclusión.

El criterio de la anidación permite sostener la tesis de la atipicidad en los casos de embriones fecundados *in vitro*, como en aquellos supuestos de óvulos aún no implantados (por ej. la mola) ⁵, cuando al momento de la conducta el feto está muerto (no existe objeto material) o en los casos de embarazos ectópicos o extrauterinos ⁶.

Sistemas de Regulación del Aborto.

Desde una perspectiva histórico-comparativa, se puede establecer la existencia, básicamente, de dos sistemas legales de regulación del aborto: el sistema de prohibición absoluta y el sistema de prohibición relativa, admitiendo éste último una subclasificación entre dos modelos de regulación, el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones. El siguiente esquema nos permite apreciar el marco regulatorio referido:



⁴ Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Compendio de derecho penal, parte especial, vol.I, pag. 293, Editorial R.Areces S.A., Madrid, 2003.

⁵ La mola es un óvulo fecundado y abortivo que, en vez de morir, se hace parásito de la sangre de la mujer. La mola, como señala González Rus, debe equiparse al feto muerto.

⁶ Se entiende por embarazo ectópico la nidación y el desarrollo del huevo fuera de la cavidad del útero. En el 90% de estos casos, la implantación se produce en la trompa, aunque también la ubicación puede ser tubárica, tuboovárica, ovárica, abdominal, intraligamentaria y cervical. Se entiende que, habitualmente, los embarazos ectópicos abdominales producen fetos muertos, conf. SCHWARCZ Ricardo Leopoldo y otros, “Obstetricia”, Ed. El Ateneo, Bs. As., 2002, pag. 181.



Sistema de la prohibición absoluta

Sistemas de
regulación
del aborto

Sistema del plazo

Sistema de la prohibición relativa

Sistema de las
Indicaciones
a) Médica
b) Eugénica
c) Etica
d) Socioecon.

a) Sistema de la prohibición absoluta.

Según este sistema, toda conducta provocadora del aborto o dirigida a causarlo, debe ser castigada como delito. Son ejemplos de este modelo de regulación legislativa los códigos europeos del siglo 19 y algunos que rigieron durante el siglo 20, v gr. el código español franquista de 1944 y el código penal italiano de 1930 (Código Rocco).

b) Sistema de la prohibición relativa.

Para este modelo de regulación, el aborto provocado, en principio, debe ser castigado como delito, aunque admite supuestos excepcionales de impunidad. La gran mayoría de los ordenamientos penales de la actualidad, en especial los de América Latina, se encuentran alineados en este modelo. El sistema permite dos variantes: la solución del plazo y la solución de las indicaciones.

b.a) **Sistema del plazo.** Este sistema supone la impunidad de todo aborto consentido cuando es practicado por un médico y dentro de un plazo establecido legalmente, por lo general dentro del primer período de la gestación, esto es, durante los tres primeros meses del embarazo. Si el aborto debe ser practicado con posterioridad a dicho plazo, el sistema se complementa con ciertas indicaciones que están determinadas de antemano.

b.b) **Sistema de las indicaciones.** Es el modelo por excelencia, casi todas las legislaciones del mundo lo han adoptado. Para este sistema el aborto está prohibido como principio general durante todo el período de la gestación, pero se admite ciertas y determinadas excepciones (indicaciones) que

posibilitan la realización del aborto. Han seguido este modelo de regulación, entre otros, Argentina, Paraguay, Brasil, Uruguay, México, El Salvador, Panamá, Suiza, Portugal, Gran Bretaña etc.

Tradicionalmente, las indicaciones son cuatro:

- I. *Indicación médica*, también denominada necesaria o terapéutica, según la cual la interrupción del embarazo está permitido cuando persigue evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre.
- II. *Indicación eugénica*, también conocida como indicación eugenésica o enbriopática y consiste en permitir el aborto cuando se presume que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales.
- III. *Indicación ética*, denominada también jurídica, sentimental, humanitaria o criminológica, cuya aplicación presupone que el embarazo ha tenido su origen en un delito de naturaleza sexual, por lo general, el delito de violación.
- IV. *Indicación socioeconómica*. Supone que el nacimiento habrá de producir graves problemas de tipo social y económico a la embarazada o a miembros del grupo doméstico. La indicación ha sido receptada por algunos países de Europa Oriental y, en América Latina, por el Uruguay.

Tanto un sistema como el otro ofrecen ventajas e inconvenientes, pero la preferencia por uno u otro es, en rigor de verdad, una opción político criminal, aunque tal vez –como ha puesto de relieve Feijoó Sánchez- el debate se ha centrado demasiado en la cuestión punición-no punición antes que discutir sobre las ayudas que la sociedad está dispuesta a aportar para que una madre no tenga que tomar la decisión de abortar⁷. Dependerá del legislador ordinario escoger la mejor solución para brindar una eficaz protección a un bien jurídico como la vida prenatal.

Estructura Típica. El aborto es un delito de lesión, instantáneo y de resultado material, cuya estructura exige la concurrencia de tres elementos que son comunes a todos las figuras de aborto previstas en el Código penal: a) una mujer embarazada, b) existencia de un feto y c) la muerte del feto. Puede cometerse por acción o por omisión (impropia).

⁷ Cinf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “Compendio de Derecho Penal”, cit., pag. 288.



3.1. Tipo Objetivo.

A) Sujetos Activo y Pasivo. *Sujeto activo* del delito de aborto puede ser cualquier persona. Se trata de un tipo de titularidad indiferenciada. *Sujeto pasivo*, en cambio, sólo puede ser el embrión o el feto. La diferenciación entre embrión y feto no quiere decir que se trate de sujetos distintos, sino sólo de distintos momentos en la etapa de desarrollo de la misma vida humana, pero con idéntica identidad valorativa. Debe descartarse la idea de que el sujeto pasivo del delito de aborto es la madre (Bajo Fernández, Bustos Ramírez), la comunidad (Arroyo Zapatero) o el Estado (Huerta Tocildo). Si el bien jurídico en el aborto es la vida del feto y el sujeto pasivo sólo puede ser el titular de ese tal bien jurídico, entonces no puede más que atribuirse aquélla calidad al propio embrión o feto⁸.

B) Acción Tipica. El código penal no define el aborto ni suministra elemento alguno para su definición. No obstante, desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como la “*interrupción de proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo*”. Esta noción jurídicopenal de aborto contiene los tres elementos que –según dijimos más arriba- son comunes a todos los tipos de aborto previstos en el capítulo: estado de embarazo o preñez, un feto con vida y la consecuente muerte del mismo.

La *acción típica* consiste en “causar un aborto”, esto es, la destrucción del producto de la concepción, en las fases de su desarrollo embrionario o fetal, dentro del seno materno o por su expulsión provocada. Por lo tanto, quedan al margen de la tipicidad la muerte del feto por expulsión espontánea o natural, los partos anticipados, la destrucción de embriones aún no implantados, los abortos selectivos en casos de embarazos múltiples o la interrupción de un embarazo para implantar el embrión en otra gestante, ya que no se produce la destrucción del objeto material del delito⁹. Con respecto a los

⁸ Conf. LAURENZO COPELLO Patricia, Comentarios al Código Penal, parte especial, pag. 291, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.

⁹ Conf. LAURENZO COPELLO Patricia, Comentarios al Código penal, cit., pag. 295 y sig..

medios, al no imponer el texto legal ninguna limitación, puede ser utilizado cualquier medio, sin que importe su forma o naturaleza; pueden ser materiales o morales, físicos, químicos, eléctricos, térmicos u hormonales. Lo que importa es que con el empleo de tales medios se cause la muerte del feto.

a) *Estado de embarazo o preñez*: el tipo exige como presupuesto la existencia de una mujer embarazada, careciendo de relevancia que a tal estado se haya llegado a través de un proceso natural o por vía artificial (inseminación). El estado de embarazo (cuya realidad presupone la existencia de un feto) constituye un elemento del tipo objetivo que debe ser comprobado a través de la prueba pericial médica. Los llamados falsos embarazos o embarazos aparentes, deben ser considerados atípicos por falta de objeto material.

b) *Vida del feto*: el delito presupone la existencia de un feto, sin que importen sus condiciones de viabilidad extrauterina, vale decir, su capacidad de vivir fuera del clauso materno. Si el feto está muerto al momento de realizar la acción, el hecho es atípico. Las maniobras abortivas realizadas sobre una mujer que no está embarazada (inexistencia de feto) son atípicas, salvo la responsabilidad por las lesiones que las maniobras pudieren haber causado en el cuerpo de la mujer. La viabilidad intrauterina, entendida como la aptitud para desarrollarse fisiológicamente dentro del seno materno, hasta que se produzca el nacimiento, condiciona la existencia del delito.

c) *Muerte del feto*. El delito se perfecciona con la destrucción del producto de la concepción, con o sin expulsión del seno materno. La muerte del feto es el resultado exigido por el tipo penal. Cuestiones de particular interés se presentan en supuestos en los que se practican maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada (pero el autor cree que lo está), sobre una mujer que está realmente embarazada, pero el feto está muerto o cuando se presenta un caso de embarazo ectópico. En las dos primeras hipótesis, un sector doctrinal entiende que estamos ante un caso de delito imposible en grado de tentativa (Soler, Fontán Balestra, Gavier, etc.); otros, en cambio -en opinión que compartimos-, defienden la idea de que el hecho, en tales circunstancias, es impune, salvo los daños remanentes que pudieren haberse causado a la mujer (Núñez, Creus, D'alessio, Fígari, Villada, etc.). En los casos de embarazo ectópico o extrauterino, las soluciones están divididas; algunos sostienen la tipicidad de la conducta (el feto tienen posibilidades, aunque mínimas, de sobrevivir); no obstante, su destrucción sería impune sólo si concurriese un estado de necesidad debido al grave peligro que para la mujer generalmente comporta (González Rus, Huerta Tocido, Rodríguez Ramos, etc.); otros son de la opinión que el hecho es atípico, por inexistencia de objeto material, debiendo ser el dictámen médico el que lo ponga de manifiesto (Laurenzo Copello, Bajo Fernández, Cobo/Carbonell, etc.). Compartimos esta última opinión.



C) El Consentimiento. El art. 85 del cód. penal contempla dos figuras de aborto, que se delimitan entre sí por la existencia o no del consentimiento de la mujer embarazada. En estos supuestos, el consentimiento no opera como una causal de atipicidad, sino que produce sus efectos sobre la pena: el aborto causado sin el consentimiento de la mujer embarazada tiene previsto una penalidad mayor (reclusión o prisión de 3 a 10 años) que el causado con el consentimiento de la mujer (reclusión o prisión de 1 a 4 años).

El consentimiento es el acuerdo, permiso o autorización que la mujer embarazada da a otra persona para que ésta practique sobre su cuerpo un aborto. En estos casos, el tercero es el autor del delito (art. 85 inc. 2), mientras que la mujer es penada autónomamente (art. 88).

El consentimiento puede ser expreso (directo, explícito o inequívoco), tácito (cuando está constituido por actos que permiten deducir claramente la voluntad de abortar) o presunto (meramente conjetural, existente sólo en la mente del autor), pero en todo caso, sólo tienen eficacia a los fines de la delimitación típica los dos primeros. El consentimiento presunto, que sólo implica una mera conjetura por parte del autor en el sentido de que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva, sin que se aprecie claramente esa voluntad, carece de valor tipificante del art. 85 inc. 2¹⁰. El consentimiento debe ser válido y libremente prestado por una mujer que tenga capacidad para prestarlo. Esta capacidad es la capacidad penal (16 años), no la civil. Los medios violentos, coactivos y defraudatorios, excluyen el consentimiento. La rectificación efectuada con anterioridad a la realización de las maniobras abortivas, traslada el hecho al art. 85 inc. 1 (aborto sin consentimiento).

3.2. Tipo Subjetivo.

El aborto es un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. Quedan fuera del tipo subjetivo el dolo eventual (salvo, como veremos, en la hipótesis prevista en el art. 87) y cualquier forma de culpa.

¹⁰ Conf. CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge Eduardo, op.cit., pags. 60 y sig.; igualmente, FIGARI Rubén E., op.cit., pag. 266.

3.3. Consumación y Tentativa.

El delito se consuma con la muerte del feto. Las maniobras tendientes a matar al feto, pero que no han producido tal resultado por razones extrañas a la voluntad del autor, quedan en grado de tentativa. Las lesiones al feto carecen de incriminación autónoma, pero su realización se enmarca en el ámbito punible de la tentativa. Las maniobras realizadas sobre un feto muerto, son atípicas, por carencia del objeto del delito.

3.4. Agravante.

Con arreglo al texto legal, el aborto se agrava “*si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer*”. Vale decir que, medie o no la prestación del consentimiento (que tiene eficacia sólo en términos de penalidad), cuando la mujer que ha sido sometida a maniobras abortivas muere, la figura aplicable es la agravada.

La agravante configura un caso de aborto (muerte del feto o su tentativa) que produce como consecuencia también la muerte de la mujer. Con otros términos, puede decirse que la agravante requiere la realización de los siguientes pasos: debe haberse configurado el aborto básico (con todos sus elementos constitutivos: mujer embarazada, feto vivo y muerte del mismo o su tentativa) al que se añade la muerte de la mujer, resultado que debe ser la consecuencia del accionar del autor. Si se dan todos estos elementos, la figura aplicable es la del art. 85 en su tipo calificado. Vale decir, que la palabra “hecho” a que hace referencia el precepto legal, comprende tanto el aborto consumado como su tentativa, ya que ésta no deja de ser un hecho de aborto.

El problema se presenta en aquellos casos de inexistencia de embarazo o cuando el feto está muerto. Para un sector doctrinario, en estos supuestos, no resulta aplicable la figura del art. 85, sino que se da una hipótesis de tentativa de aborto imposible en concurso ideal con homicidio culposo. Es la tesis de SOLER, FONTÁN BALESTRA, ODERIGO, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, VILLADA, etc.,¹¹. Esta opinión requiere, para que resulte aplicable el art. 85, la consumación del tipo de aborto (muerte del feto) más la muerte de la mujer. Para otros, por el contrario, en estos casos es de aplicación la figura del art. 85, por cuanto esta no requiere la consumación del aborto, sino solo la realización del tipo del aborto

11 Por todos FONTÁN BALESTRA, Carlos, El *elemento*. . . , ps. 220 y siguientes.



en su forma tentada o imposible¹². De modo que, para esta opinión, es suficiente para la aplicación de la agravante, la realización de las maniobras abortivas –aún en supuestos de falso embarazo o de feto muerto- de las que resulta la muerte de la mujer. Por último, para Terán Lomas la hipótesis que estamos analizando encuadra en la figura del homicidio preterintencional, ya que la mujer sobre quien se ejecutan las maniobras abortivas es el sujeto pasivo del atentado y la acción que sobre ella recae –lesiones– es delictiva en sí misma¹³.

En nuestra opinión, como ya lo anticipáramos, la agravante exige la realización del aborto, o su tentativa, y la consecuente muerte de la mujer, vale decir, la concurrencia de todos los elementos de la figura básica más la muerte de la mujer. Si, por el contrario, las maniobras abortivas son ejecutadas sobre una mujer que no está embarazada o el feto estuviera muerto al momento de producirse tales maniobras, la muerte de la mujer tipificará un homicidio culposo encuadrable en las previsiones del art. 84 del Cód. penal, por cuanto no resulta siquiera imaginable un supuesto de aborto (menos aun, agravado) frente a un feto que no existe, porque ha muerto o porque nunca ha existido¹⁴.

Aborto Profesional.

Art. 86: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

12 NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho* . . . , ps. 170 y siguientes.

13 TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 204 y siguientes.

14 Conf. CREUS-BUOMPADRE, op.cit., pag. 63 y sig.

- 1) *Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este peligro no puede ser evitado por otros medios;*
- 2) *Si el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.*

Aborto Profesional Punible

Comentario general.

Se trata de un delito que exige una cualificación en el sujeto activo. Sólo puede ser cometido por las personas mencionadas expresamente en el precepto legal: médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos. La enumeración es taxativa. Por lo tanto, quedan excluidos todos aquellos otros profesionales que, por una u otra razón, se encuentran vinculados con el arte de curar pero no están expresamente enumerados en la disposición legal, por ej., enfermeros, practicantes, etcétera. Se trata, como puede verse, de un delito especial propio por cuanto exige, para su realización, una cualidad específica en el autor del hecho.

Con arreglo al texto legal, el autor debe causar el aborto o cooperar en su realización, *abusando* de su ciencia y arte. Existe abuso en el arte o en la ciencia cuando los conocimientos técnicos del facultativo se ponen a disposición de la finalidad delictiva¹⁵. La cooperación a que hace referencia la ley puede ser física o psíquica. La única diferencia con los abortos previstos en el artículo 85 reside en la cualificación del sujeto activo.

Aborto Profesional Impune.

Comentario general

Por lo general, el aborto es un hecho típico que, en ciertas ocasiones, puede no resultar antijurídico, por ej. cuando concurre una causa de justificación general que deriva en la impunidad del

15 Citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 145.



mismo. De la misma manera, la conducta no resulta antijurídica cuando concurren ciertas y determinadas excepciones expresamente contempladas por la ley (son las llamadas indicaciones, cuya implementación son la consecuencia de un determinado programa político-criminal) que convierten al aborto en un hecho impune. El ordenamiento argentino reconoce dos clases de indicaciones en el art. 86: la indicación terapéutica y la eugenésica.

Con arreglo al texto legal, en ambos supuestos, el aborto debe ser practicado por un médico diplomado, esto es, por quien ha obtenido el título universitario respectivo y se encuentra en condiciones de ejercer la profesión de acuerdo con los requerimientos administrativos que son de obligatorio cumplimiento (matriculación). Están excluidos otros profesionales del arte de curar (por ej., parteros) o aquellos que están vinculados a la medicina pero no son médicos (por ej., enfermeros, practicantes, farmaceúticos, etc.). Además de esta cualificación del sujeto activo, el precepto legal exige que se trate de una mujer embarazada que haya prestado su consentimiento para el aborto.

a) Aborto terapéutico. – El aborto terapéutico, también llamado necesario, médico o justificado, está previsto en el inc. 1 del párrafo 2do. del art. 86, con el siguiente texto: no es punible (el aborto), “*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*”. La normativa contempla, como se puede apreciar, no un caso de estado de necesidad subsumible en el art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, sino un caso de necesidad de practicar el aborto para evitar un riesgo o peligro de muerte de la mujer o un daño a su salud.

El peligro para la vida o la salud de la madre debe ser grave, pero, como se trata de una cuestión valorativa y aún cuando la ley no lo requiere en forma expresa, la gravedad del daño debe estimarse a través de un pronóstico médico, el cual será, en definitiva, el que decida la pertinencia del aborto terapéutico. No se trata de un simple aborto practicado por un médico, sino de un aborto aconsejado por la terapéutica médica¹⁶. No justifican el aborto, eso sí, la existencia de los peligros genéricos que suelen acarrear los embarazos y los partos¹⁷.

16 Conf. NUÑEZ Ricardo C., op.cit., I, pag. 339.

17 Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Compendio de derecho penal, cit., pag. 312.

La hipótesis plantea un caso en que el aborto es la única alternativa posible, vale decir, que la situación por la que atravieza la mujer no puede ser resuelta sino a través de un aborto (cuando el peligro no pueda ser evitado por otros medios, dice la ley). De lo contrario, el hecho puede resultar punible en los términos del art. 85 del cód. penal. Claro que, si la mujer no prestara el consentimiento (por su negativa o por encontrarse imposibilitada de hacerlo, por ej. estado de coma), el hecho aún podría resultar impune si concurrieren circunstancias que indicaran la aplicabilidad de la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 3 del cód. penal.

a) Aborto eugenésico. – Con arreglo al inc.2 del párr.2 del art. 86, el aborto es impune “*si el ambarazo 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 deberá ser requerido para el aborto*”.

Se trata del llamado aborto eugenésico, cuya textura ha generado un controversia doctrinaria que aún no ha finalizado ¹⁸.

El precepto legal regula un supuesto de aborto cometido sobre una mujer idiota o demente, siempre que haya sido víctima de una violación o de un atentado al pudor, no de otros delitos de naturaleza sexual. El problema que en la actualidad se podría presentar con la terminología usada por la norma (aspecto que no ha sido corregido por el legislador) reside en que tales delitos, al menos en su forma tradicional, por imperio de la reforma de la ley 25.087 han dejado de llamarse violación y abuso deshonesto (atentado al pudor en su modalidad tradicional) para pasar a configurar abusos sexuales, entre los cuales, figura ciertamente el antiguo delito de estupro. Vale decir que, por la taxatividad de la norma penal, el estupro no está comprendido en el precepto que estamos analizando, pero al haber desaparecido las denominaciones tradicionales de violación y abuso deshonesto del código penal, debemos preguntarnos ¿qué queda para el estupro del actual art. 120 el cual, según veremos más adelante, constituye un tipo de abuso sexual cuya configuración exige la concurrencia de los elementos descriptos en el art. 119?. Con otros términos, la pregunta que deberíamos hacernos es si el nuevo delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima

18 Para mayor información, se puede cfr. distintas opiniones en BUOMPADRE Jorge Eduardo, Tratado de Derecho penal, cit., I, pags.



previsto en el art. 120 del cód. penal (cuando el hecho es reenviable al tipo del tercer párrafo del art. 119 –la antigua violación–), aún cuando la víctima fuere idiota o demente, ¿posibilita la realización del aborto eugenésico?. Pareciera que la respuesta debe ser negativa. Mientras no se produzca una reforma del art. 86 (que buena falta le hace), debemos decantarnos por una interpretación restringida del precepto legal: el estupro (hoy abuso sexual) no está comprendido entre las causales de impunidad del aborto.

Tampoco está comprendido en este artículo el supuesto de violación o atentado al pudor de una mujer normal (ni idiota ni demente) -que configuraría un caso de indicación ética o sentimental-, aún cuando el fruto de la concepción padezca alguna afección o tara física o mental que pudiera justificar la realización del aborto (indicación eugenésica), aunque el supuesto podría ser discutible por cuanto la norma sólo habla de “mujer idiota o demente” no de “feto idiota o demente”, o malformado, o con cualquier otro padecimiento o malformación que posibilitara el aborto.

La disposición fue tomada casi textualmente (con excepción del incesto) del proyecto suizo de 1916, pero, curiosamente, en aquel país no se convirtió en ley. El Código Penal federal suizo de 1937 (en vigencia desde 1942), por el contrario, eliminó la figura, y en su lugar insertó una cláusula genérica de atenuación libre de la pena, en estos términos: “Si el embarazo ha sido interrumpido a causa de otro estado de angustia grave en el que se encontraba la persona encinta, el juez podrá atenuar libremente la pena”. Como se puede apreciar, los senadores argentinos –como suele ser costumbre en este país– copiaron un texto extraño, polémico e innecesario, inclusive desecharlo en el país de origen. Esto les sucede, como dice Ramos, a los que copian sin saber lo que copian¹⁹.

La polémica llegó a su fin con la sanción de la ley 17.567 de 1968, que introdujo un nuevo texto, reproducido por la ley 21.338 de 1976, ambas inspiradas en el pensamiento de Soler, con la siguiente redacción: el aborto no es punible: 2) “Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuera una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.

19 Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad. . .*, p. 352.

Con la nueva redacción dada al párrafo segundo del art. 86, se dejaba en claro que el texto hacía referencia al aborto sentimental cuando el embarazo provenía de una violación a una mujer normal y era practicado de acuerdo a las condiciones exigidas por la ley, y, por incidencia, al aborto eugenésico cuando la víctima de la violación era una mujer idiota o demente.

La reforma de la ley 23.077, al derogar nuevamente la disposición, volvió las cosas a su estado anterior y, consecuentemente, a las antiguas discusiones.

Aborto Preterintencional

Art. 87: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.

I. COMENTARIO GENERAL

Este delito, cuya fórmula ha recibido tradicionalmente la denominación de “aborto preterintencional”, requiere para su configuración la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Ejercicio de violencia –física o psíquica- sobre el cuerpo de la mujer.
- b) Una mujer en estado de embarazo;
- c) Que el estado de embarazo le conste al autor (conocimiento asertivo del mismo, aunque no fuera visible) o que sea notorio (manifiesto para la generalidad de los individuos, no solo para el autor);
- d) La muerte del feto, vale decir, que se cause un aborto (no su tentativa) como consecuencia del empleo de violencia (relación causal entre el acto violento y el resultado muerte del feto), y
- e) Inexistencia de dolo de aborto por parte del autor.

Se discute en doctrina la naturaleza subjetiva de esta figura.

Para un sector de opinión, se está ante un caso de aborto culposo (PECO, DÍAZ, ODERIGO, RAMOS, RIGHI, etc.), ya que la violencia, aunque ilícita (?), no constituye en sí misma delito y su empleo causa un resultado imprudente. Para RAMOS MEJIA se trata de una hipótesis de sucesión de dolo y culpa, esto es, un primer tramo que responde a una acción dolosa (la violencia) que es lo querido por el agente, y un resultado (el aborto) que no es querido pero que ha sido producido por culpa, en este



caso conciente, porque el embarazo de la paciente es notorio o le consta al autor²⁰. FONTÁN BALESTRA lo considera un aborto preterintencional, al igual que SOLER, TERÁN LOMAS, NIEVA²¹ y CARRERA²². Esta es la tesis que también propone AQUINO, pero admitiendo, al mismo tiempo, la forma culposa²³. Para GÓMEZ es un aborto doloso pero de dolo indirecto²⁴. BUSTOS RAMÍREZ, GRISOLÍA y POLITOFF, con cuya opinión coincide DONNA, entienden que se trata de un supuesto que abarca un obrar doloso (violencia) en contra de la mujer y, con respecto al aborto, puede ser doloso o culposo. Por último, otro sector doctrinario encuadra el delito en la tipicidad dolosa, pero con exclusión del dolo indirecto y de toda forma de culpa, aceptando, a la vez, la figura preterintencional (NÚÑEZ).

Nosotros creemos, coincidiendo con LÓPEZ BOLADO, que estamos ante un caso de aborto doloso, pero de dolo eventual²⁵. Al estar la violencia dirigida contra la mujer, no contra el feto, no puede

20 RAMOS MÉJIA, Enrique, “La responsabilidad penal por otro resultado más grave”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Libro en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 304 y siguientes.

21 Por todos TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 209 y ss., y t. 11, ps. 36 y siguientes.

22 Notas al libro de Marcello FINZI, *El delito preterintencional*, Depalma, Buenos Aires, 1981, ps. 178 y siguientes.

23 AQUINO, Pedro B., ob. cit., p. 111.

24 GÓMEZ, Eusebio, ob. cit., t. 2, p. 143.

25 LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos . . .*, p. 130. Con nuestra opinión, VILLADA Jorge Luis, *Delitos contra...*, cit., pag. 142. Para CREUS quedan comprendidos en el tipo tanto el dolo eventual (voluntad de actuar violentamente sobre la mujer, aceptando el resultado de aborto) como la culpa inconsciente (el resultado no estuvo presente en la mente del autor), conf. Derecho penal, parte general, cit., pag. 67.

configurarse la forma culposa. La culpa, dice NÚÑEZ, no es compatible con la mala intención de violentar a la mujer. Por otra parte, agregamos nosotros, si el legislador hubiera querido configurar este tipo de aborto a título de culpa, lo hubiera así tipificado expresamente, como lo hizo con otras figuras culposas, más aún si no perdimos de vista el sistema de *numerus clausus* escogido por el legislador argentino para sancionar los tipos culposos. De otra manera, con un criterio tan amplio, podríamos considerar la posibilidad culposa frente a cualquier delito, lo cual conspiraría contra todo sistema racional de ordenación delictiva. La tesis del dolo directo tampoco resulta aceptable, no solo porque generaría confusión con la forma común del aborto, sino porque la propia descripción legal lo excluye (“*sin haber tenido el propósito de causarlo*”, dice el art. 87). Con respecto a la figura preterintencional tampoco la consideramos probable, pues, si bien es cierto que ella requiere una acción inicial dolosa (admitiendo que la violencia es dolosa), el resultado final debe ser culposo, lo que no sucede con el tipo del art. 87, que exige también un acontecimiento final doloso (si bien no directo), por cuanto el autor, al emplear la violencia contra la mujer, lo hace asintiendo en la posibilidad real de causar un aborto, en definitiva queriéndolo. Hay, por tanto, dolo eventual. Se trata de un caso en que el autor, no obstante advertir (o conocer) el estado de embarazo de la mujer y previendo la posibilidad de un resultado previsible (el aborto) si ejerce la violencia, no le importa dicho resultado (lo menosprecia), no se detiene en su actuar, ejecuta el acto violento y provoca el aborto. Estamos ante una hipótesis de dolo eventual.

Aborto Causado por la Propia Mujer. Tentativa.

Art. 88: “Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”.

La disposición contempla dos figuras: el aborto causado por la propia mujer y la prestación del consentimiento para que un tercero se lo causare.

En el primer supuesto, el autor es la propia mujer, que es quien ejecuta el aborto. La ejecución del aborto por la propia mujer no descarta la posibilidad de actos de cooperación o ayuda por parte de terceros, participación que se resuelve mediante la aplicación de las reglas comunes de los arts. 45 y 46



del código penal. En el segundo supuesto, el artículo solo declara como subraya AQUINO la pena que debe aplicarse a la mujer que consiente que se practiquen sobre ella las maniobras abortivas que darán lugar al aborto²⁶. Esta última figura debe siempre hacerse jugar armónicamente con la del art. 85, inc. 2º, Cód. Penal. El art. 88 abarca un caso de delito de acción bilateral²⁷, pues requiere la acción conjunta del tercero que practica el aborto (art. 85) y de la mujer que presta el consentimiento (art. 88). La simple prestación del consentimiento sin que el tercero haya realizado actos ejecutivos, queda fuera de la punibilidad. La retractación o revocación del consentimiento realizado antes de la provocación del aborto, tiene eficacia desincriminante para la mujer, no así para el tercero que incurrirá en el tipo previsto en el art. 85 inc. 1 del código penal.

La *tentativa de aborto de la propia mujer* no es punible. Se trata de una excusa absolutoria establecida en su favor, aunque también se extiende a los terceros que han participado con actos de complicidad secundaria en el aborto tentado²⁸. La excusa tiene una razón político criminal que la fundamenta: evitar el escándalo que significaría un proceso judicial frente a un hecho que solo queda en la intimidad de la mujer y que no tiene ninguna repercución social relevante; para evitar que tal fundamento quede totalmente desvirtuado, es que también la excusa beneficia al cómplice.

26 AQUINO, Pedro B., en *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, dirigido por Ricardo LEVENE (h.), Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 112.

27 Así TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208.

28 A favor de esta opinión, VILLADA Jorge L., op.cit., pag. 151 y sig.; PARMA Carlos, Código penal comentado, T.2, parte especial, pag. 112 y sig. En contra TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208; AQUINO, Pedro B., ob. cit., p. 112. Para LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 67, no se trata de un excusa absolutoria, sino de una causal de impunidad, semejante al art. 34, Cód. Penal, porque la tentativa de la mujer no es delito. Con parecida opinión, FÍGARI Rubén, op.cit., pag., 310. Sin embargo, si lo ejecutado por la mujer es una tentativa, pareciera ser que se hace referencia a una “tentativa de delito” o delito imperfecto, siempre delito al fin.