

**JAVIER M. DANUZZO ITURRASPE**

**“LA NECESIDAD DEL TIPO PENAL DE ABORTO  
CULPOSO EN NUESTRO CÓDIGO PENAL”**

**TESIS DE DERECHO APLICADO PARA EL  
TÍTULO DE “MAGÍSTER EN DERECHO PENAL”**

**Director: DR. LUCIANO DAMIÁN LAISE**



**BUENOS AIRES**

**2015**

*(...)La mujer se prepara mentalmente para ser madre y cuando lo logra le fabrica al hijo un mundo de ensueños. ¿Cómo se prepara una mujer para la irreparable pérdida de un hijo? Ya hemos oído el viejo dicho que dice que cuando una mujer pierde el esposo es viuda, cuando nuestros padres se van somos huérfanos. ¿Qué nombre se le da a una mujer cuando pierde un hijo? ¿Cómo descubrir el dolor de perder a una parte de nosotros mismos? (...).*

*(...) El bebé comienza a formarse no solo desde lo biológico, sino fundamentalmente en nuestro imaginario como padres y allí anidan los anclajes de nuestra herencia y de nuestro futuro familiar, armando el lugar de éste hijo esperado (...) Es éste el marco referencial que la relación madre-hijo trasciende al mundo exterior. Y es aquí donde la sociedad y sus instituciones deben velar por la seguridad de todos y cada uno de sus miembros, con una responsabilidad que entiendo insoslayable (...)<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> TOC Nro. 2 La Plata, C. 3928/J-1539 “Burgos Carlos Emanuel y otros sobre asociación ilícita y otros, Damn. Píparo Carolina y otro”, Rta. 13/5/13, del voto del Dr. Claudio Joaquín Bernard.

## ÍNDICE

Introducción .....	1
Aclaraciones preliminares .....	4
El concepto de Aborto.....	4
El inicio de la vida. Teorías de la Fecundación y Anidación. ....	5
El nacimiento del ser humano.....	12
La muerte de los seres humanos. ....	15
El derecho a la Vida .....	17
Principio de Legalidad .....	23
Los Delitos Culposos.....	27
El Aborto en nuestro Código Penal .....	36
Aborto .....	36
Aborto Profesional .....	37
Aborto Preterintencional .....	39
Aborto causado por la propia mujer.....	44
Derecho Comparado .....	46
España .....	46
Alemania .....	48
Italia.....	50
Chile.....	52
El Salvador .....	52
Costa Rica y Guatemala.....	54
Conclusiones .....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	62



## **Introducción**

En oportunidad de encontrarse de turno la dependencia en la que me desempeño con cinco comisarías y la Cámara de Apelaciones, me fueron asignadas una gran cantidad de causas para tramitar, nada raro si tenemos en cuenta que por turno pueden llegar a ingresar un promedio de cien causas aproximadamente (o más) en relación a toda clase de delitos, sea contra la vida, la propiedad, la integridad sexual de las personas, etc. Como siempre, primero se hace una lectura superficial de cada una para saber de qué se trata antes de citar a los damnificados a ratificar la denuncia que realizaron. Luego, se los convoca a declarar a fin de ampliar sus dichos o dilucidar dudas que se generen en cuanto a cómo sucedieron los hechos, lo que permite enfocar la futura investigación.

Dentro de este cúmulo de causas, había una en particular, en la cual una pareja denunciaba a un médico por la muerte de su hijo que todavía no había nacido y, conforme la descripción del hecho, el cual relataré a continuación, parecía que esa muerte se había producido por un accionar imprudente por parte del galeno. Por ello, la primera respuesta fue clara, no había delito por cuanto el aborto culposo no se encuentra penado en nuestra legislación, siendo la conducta atípica. Llegado el momento de oír en declaración testimonial a la madre denunciante, esta describió cómo habían sucedido los hechos.

María, junto a su pareja, estaba por tener un hijo. Con un embarazo en su primer trimestre, concurrió al Centro Médico donde fue atendida por el ginecólogo, el cual le recetó los estudios de rutina y confeccionó su historia clínica. La mujer estaba al tanto de una patología que sufría, la cual, sin adentrarnos en el aspecto médico o científico, le impedía que su sangre coagulara con normalidad (trombofilia). Esta afección que padecía ya había provocado que tuviera dos abortos naturales anteriores, por lo que previo a la visita con el ginecólogo llevó a cabo todos los estudios pertinentes a efectos de asegurarse que no existieran riesgos en el presente embarazo y, estando el médico ginecólogo al tanto de esto, con los resultados favorables de los estudios anteriores, continuó sin problemas con aquellos de rutina.

Posteriormente, ya dentro del segundo trimestre del embarazo, la madre sufrió una leve anemia a la vez que se presentaron pérdidas de sangre y, en vista de una nueva amenaza de aborto, el médico ginecólogo ordenó la realización de una ecografía mediante la que se determinó que el bebé se encontraba en una situación delicada, ordenándole el profesional solamente que hiciera reposo. Luego de un tiempo sin

inconvenientes, se presentaron unas contracciones y nuevas pérdidas de sangre y María concurrió otra vez al Centro Médico donde una médica de guardia, al ver el estado delicado de la situación, ordenó su internación –llevando la madre más de treinta semanas de embarazo– y le recetó medicamentos con el fin de madurar los pulmones del niño ante la existencia de un posible parto prematuro. Cabe aclarar que de la ecografía Doppler llevada a cabo en el momento, se determinó que el bebé presentaba movimientos fetales y cardíacos, siendo chequeada la paciente y su hijo tres veces por día por las enfermeras.

En todo este tiempo en que estuvo internada, nunca se hizo presente su médico ginecólogo de cabecera, pese a los continuos llamados. Un determinado día, el médico concurrió al Centro y le comunicó a María, sin examinarla y pese a que tenía pequeñas pérdidas, que no había motivos para que continuara internada ya que tanto ella como el niño se encontraban bien y, sin reparar en la advertencia de la madre en cuanto a malestares y dolores que sentía, le encomendó que tenía que tratar de que el bebé se quedara el mayor tiempo posible dentro de su vientre y que su malestar era normal por el tiempo de embarazo que llevaba. A pesar de que se trataba de un embarazo de riesgo, sin examinarla, firmó el alta del sanatorio, recetándole medicamentos e indicó que concurriera a visitarlo a su consultorio la semana siguiente, negándose a brindarle su teléfono celular por cualquier eventualidad.

Durante los días siguientes y hasta la fecha en que tenía turno con el ginecólogo, la madre continuó con sus malestares y dolores a pesar de la medicación prescrita. Posteriormente, el día y hora sindicados por el profesional para la visita y mientras efectuaba un control con ultrasonido, el médico advirtió que no se escuchaban latidos del bebé y éste se encontraba sin vida, por lo que María y su pareja efectuaron la denuncia penal contra el médico ginecólogo, argumentando que a raíz de su mala praxis, sea por desconocimiento o por imprudencia, se había producido la muerte de su hijo.

A esta altura, en vista de cómo habían acontecido los hechos, de a poco se iban confirmando mis sospechas iniciales en cuanto a la atipicidad de la conducta del médico, ahora imputado. Fue así, que se prosiguió con la investigación donde, finalmente, se determinó que la muerte del niño se había producido durante el embarazo, es decir, antes de que naciera, y que de haber permanecido internada la madre y proporcionado los medicamentos y tratamientos adecuados, en lugar de aquellos recetados por el ginecólogo cuando ordenó su alta, el niño hubiese nacido. Sin embargo, no habiéndose vislumbrado un accionar doloso por parte del médico imputado

y siendo que nuestro ordenamiento penal no contempla la figura culposa del delito de aborto, la conducta reprochada devino atípica, por lo que el ginecólogo fue sobreseído.

Tras una larga explicación hacia la madre, la que continuamente seguía insistiendo en que el médico había sido el culpable de la muerte de su hijo, no existía forma de hacerle entender que si bien el profesional había resultado responsable de la muerte del bebé, no era posible ninguna consecuencia punitiva en su contra ya que a nivel penal su conducta no era reprochable. Finalmente, la madre llegó a una conclusión: se había cometido una injusticia.

Relatado ya el caso, debo confesar que la afirmación de María me dejó pesando, por cuanto una persona que sufre la pérdida de un hijo por la falta del deber de cuidado de otro y acude a la Justicia, la cual prueba fehacientemente que éste último provocó la muerte del niño, sólo recibe como respuesta que ése accionar ha quedado impune por no estar penado en el Ordenamiento Jurídico.

Nos encontramos entonces frente a una problemática en nuestra legislación vigente y es la existencia de una laguna en nuestro Código Penal. Es ésa contrariedad la que trataré de hacer notar mediante este trabajo, la que, a su vez, nos plantea un interrogante: *¿se encuentra desprotegida la vida de los seres humanos durante la gestación del embarazo ante acciones perpetradas por terceros mediante imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo?*

A lo largo de este trabajo destinado a resolver dicho interrogante, plantearé distintos temas que resultan básicos a la hora de hablar sobre el aborto. Primeramente, estableceré un concepto de aborto, para luego desarrollar las posturas existentes en cuanto al inicio y fin de la vida y al nacimiento. Asimismo, veremos cómo esta problemática existente influye en nuestras garantías constitucionales del derecho a la vida por un lado y el principio de legalidad por el otro. Por último, luego de realizar un análisis del tipo culposos, haré una comparación legislativa respecto al delito de aborto tratado en nuestro país y en la legislación comparada.

Todo ello, permitirá analizar el problema de nuestra legislación vigente y resolver el interrogante planteado, con el fin de lograr hacer notar que la misma presenta una laguna jurídica sumamente importante que deja desamparado el mayor de los bienes jurídicos que debe ser protegido por la ley, la vida, esperando que en un futuro se resuelva esta disfunción y se eviten nuevas “injusticias” como la reclamada por María.

## Aclaraciones preliminares

### El concepto de Aborto

Antes de comenzar a resolver la problemática aquí planteada en cuanto a la desprotección de la vida de los sujetos por nacer ante acciones culposas de terceros, debemos, como primordial, determinar qué se interpreta por *aborto* puesto que no nos sería posible analizar un tema sin siquiera establecer su definición. Una vez concretado su concepto, podremos adentrarnos luego a analizar los inconvenientes que su no penalización en determinadas circunstancias, generan y deben ser resueltos.

Nuestro Código Penal no define el aborto, sólo se limita a describir en distintas figuras diferentes tipos de conductas tendientes a terminar con la vida. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *aborto* es la “Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito”, mientras que *abortar*, es “Interrumpir, de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo”. De estas definiciones se desprende que a efectos de que exista un aborto, debe haber previamente un embarazo y durante el transcurso de éste, interrumpirse, en forma natural o provocada, el desarrollo del feto.

Ahora bien, consultándose el mismo diccionario, encontramos que el *embarazo* es el “estado en que se halla la hembra gestante”, *gestar* es “llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto”, *concebir* es “Dicho de una hembra: Quedar preñada” y *preñar* es “Empreñar, fecundar o hacer concebir a la hembra.”<sup>2</sup>. Entonces, si nos basamos en las definiciones de la Real Academia Española, a efectos de determinar qué es un aborto, diremos que es la interrupción, en forma natural o provocada, ocurrida desde la concepción hasta el parto, de la gestación del embrión o del feto que se encuentra en el seno de la madre.

Giusseppe Maggiore sostiene que el aborto puede definirse como “la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno”.<sup>3</sup> Sin embargo, tal como sostiene D’Alessio, no es correcto interpretar, jurídicamente hablando, que el aborto es la interrupción del embarazo puesto que se puede producir ésta y, pese a ello, el feto nacer con vida.<sup>4</sup> Por

---

<sup>2</sup> El Diccionario de la Real Academia Española posee otras definiciones de todas estas palabras, pero sólo se toman para este trabajo aquellas relacionadas con el tema aquí tratado.

<sup>3</sup> Conf. **Giusseppe MAGGIORE**, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, Tomo IV, pág. 140.

<sup>4</sup> Conf. **Andrés José D’ALESSIO**, *Código Penal de la Nación, Comentario y Anotado*, 2ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo II, pág. 60. El autor cita a Molinario.

su parte, Creus afirma que todas las figuras de aborto requieren un conjunto de elementos: la existencia de un embarazo en la mujer; que el feto se encuentre con vida en el momento de la acción del agente y que su muerte se haya debido a esta acción.<sup>5</sup>

Teniendo en cuenta ello, si volvemos a la Real Academia Española, nos encontramos con que *muerte* es la “cesación o término de la vida”, entonces, podemos decir que el aborto, *es la interrupción, en forma natural o provocada, ocurrida desde la concepción hasta el parto, de la gestación del embrión o del feto que se encuentra con vida en el seno de la madre, produciéndose a raíz de ella, su muerte*. Siguiendo esta definición, para este trabajo, deberemos enfocarnos en la interrupción que haya sido provocada por un accionar imprudente o violando los deberes de cuidado.

Habiendo entonces arribado a una definición o concepto respecto del aborto, ya con conocimiento básico de lo que estamos hablando, debemos ahora analizar aquellos elementos que lo delimitan y determinar el criterio a utilizar para establecer cuándo se inicia la vida humana y cuando finaliza, como así también, el momento en que el ser humano nace.

#### El inicio de la vida. Teorías de la Fecundación y Anidación.

Tal como lo sostuve anteriormente, así como nuestro Código Penal no establece un concepto de aborto, tampoco determina cuándo se produce el inicio de la vida, dejando su resolución, en lo atinente al Derecho Penal, a discusiones doctrinarias. Existen distintas posturas en cuanto a cuándo se inicia la vida y, por ende, desde qué momento debe ser protegido el feto como vida humana, así como cuál es la línea divisoria que determina la finalización de la vida como feto y el comienzo de la vida del ser humano tras su nacimiento.

Según la postura que se tome, variará drásticamente la tipificación del delito e, incluso, si la conducta resulta atípica o no, ya que estas ideologías serán determinantes para considerar si un accionar encuadra en la figura de homicidio o en la de aborto, o establecer su modalidad de comisión, dolosa o culposa. Esto último conllevará a que, como planteo en este trabajo, al no existir la figura imprudente del aborto se puede estar ante una atipicidad.

Así, a fin de determinar desde cuándo debe ser protegido el feto como vida humana, encontramos en la doctrina distintas posiciones, siendo las más importantes la

---

<sup>5</sup> Conf. **Carlos CREUS**, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo I, pág. 53.

Teoría de la Fecundación y la Teoría de la Anidación. A efectos de entender en forma acabada estas teorías, dable es hacer primero una breve explicación respecto a la fecundación y la anidación, para luego analizarlas y brindar mi opinión al respecto.

Conforme se sostiene en la Medicina, los seres humanos están formados por trillones de células que componen los distintos órganos y tejidos. En tal sentido, la fecundación se da cuando un espermatozoide penetra el ovocito, activándolo para convertirlo en un ovocito maduro y tras la descondensación de los cromosomas maternos (desprendimiento de la textura de la cromatina, que es una sustancia compleja constituida por ácidos nucleicos y proteínas), el núcleo del ovocito maduro se convierte en un pronúcleo femenino. Seguidamente, en el interior del citoplasma del ovocito, el núcleo del espermatozoide aumenta de tamaño formando el pronúcleo masculino.<sup>6</sup>

De esta forma, el óvulo ya maduro, conteniendo el pronúcleo hembra 23 cromosomas, se halla en condiciones de fusionarse con el pronúcleo macho, que aporta 23 nuevos cromosomas masculinos, que sumados a los anteriores totalizan 46, número que se acepta como constante en la especie humana. Por consiguiente, la fecundación propiamente dicha, o impregnación, se hace por la fusión de los pronúcleos hembra y macho.<sup>7</sup>

Cada célula de nuestro cuerpo contiene 46 cromosomas en su núcleo, dos de esos 46 cromosomas son el par de cromosomas sexuales, los que determinan, en primera instancia, y en general, si el ser en formación será macho o hembra. Constantemente nuestras células crecen y se multiplican y cuando una célula cualquiera del cuerpo se multiplica, siempre lo hace primero duplicando sus 46 cromosomas y luego dividiéndose, de modo que cada nueva célula vuelve a tener 46 cromosomas, pero las células que dan origen a los óvulos o a los espermatozoides, cuando hacen sus últimas divisiones, lo hacen sin haberse duplicado previamente. Por ello es que cada óvulo y cada espermatozoide tienen sólo 23 cromosomas, y no 23 pares.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Conf. **Keith L. MOORE;** **T.V.N PERSAUD;** y **Mark G. TORCHIA**, *Embriología Clínica*, 9ª edición, Edición en español de la obra *The developing human. Clinically oriented embryology* traducida por Santiago Madero García, Editorial El Sevier, Madrid, 2013, pág. 30.

<sup>7</sup> Conf. **Ricardo SCHWARCZ;** **Silvestre SALA;** y **Carlos DUVERGES**, *Obstetricia*, 3ª edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1974, pág. 20.

<sup>8</sup> Conf. **Josefina RAVINOVICH**, *El desarrollo psicosexual entre los 0 y los 5 años en Educación sexual desde la primera infancia - Información, salud y prevención*, Editorial Novedades Educativas, Buenos Aires, 2009, pág. 15. De igual modo, **Neil CAMPBELL** y **Jane REECE**, *Biología*, 7ª edición, Edición en español de la obra *Biology* traducida por varios autores, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2007, págs. 240/241.

Es por eso, que en el momento de la concepción, cuando un espermatozoide penetra en un óvulo, se suman entonces los 23 cromosomas de uno más los 23 cromosomas del otro, y así se forma una célula: el huevo o cigoto, que vuelve a contener 46 cromosomas o, lo que es lo mismo, 23 pares. Cada par se relaciona con las mismas características genéticas, por ejemplo: el color del pelo, de los ojos, la altura, la piel, etcétera. En cuanto se unen todos los cromosomas de la primera célula se da origen al nuevo ser.<sup>9</sup>

Ahora bien, con posterioridad a la creación del cigoto, éste experimenta transformaciones, creándose la mórula que terminará siendo un blastocisto, el cual procederá a anidarse. La anidación, entonces, es el proceso por medio del cual el huevo -o cigoto- al llegar a la cavidad uterina corroe la mucosa que la recubre o endometrio y se entierra profundamente en el interior de la misma, poniéndose en contacto directamente con la sangre humana.<sup>10</sup> Tras anidarse se divide en una capa interna (embrioblasto) y otra externa (trofoblasto), siendo que de la primera surgirá el embrión y de la segunda derivará la placenta.

Ya habiendo realizado una explicación acabada respecto a la fecundación y a la anidación, podemos entonces centrarnos en las teorías relacionadas con el momento en que el feto debe comenzar a ser protegido como vida humana. La Teoría de la Fecundación establece que el marco de protección penal rige desde la fecundación del óvulo, es decir, en la unión entre el óvulo y el espermatozoide. Por su parte, la Teoría de la Anidación sostiene que dicha protección se da desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer.

Actualmente, ésta última es la predominante en la doctrina, por cuanto se sostiene que el avance de la medicina habría dejado de lado la de la fecundación, afirmación con la cual no estoy de acuerdo. Contrariamente a lo que sostiene la mayoría, considero que a efectos de determinar desde cuándo debe ser protegida la vida del *nasciturus* debe estarse a la Teoría de la Fecundación por ser éste el momento en que se da inicio a la vida. Asimismo, los fundamentos tomados por aquellos que son partidarios de la Teoría de la Anidación son, a mi criterio, refutables.

---

<sup>9</sup> Conf. RAVINOVICH, obra cit., pág. 15. De igual modo, CAMPBELL y REECE, obra cit., págs. 240/241.

<sup>10</sup> Conf. M. MONTESINOS CASTRO-GIRONAS; A. VICTORIA FUSTER; E. FERRÉS TORRES; M. MONTESINOS CARBONEL y M. L. MONTESINOS CARBONEL, *Anidación y Placentación en Manual de Embriología y Anatomía General*, Universitat de València, Valencia, 1991, pág. 85. De igual modo Keith L. MOORE; T.V.N PERSAUD y Mark G. TORCHIA obra cit., pág. 39.

La Teoría de la Anidación trae a su favor los siguientes argumentos:

- 1) Hasta el momento en que ocurre la anidación, el embrión tiene un 50% de probabilidad de implantarse en el útero, toda vez que no tiene hasta ese instante contacto con el organismo materno, lo cual generaría el problema de demostrar si el óvulo fecundado murió por causas naturales o por las maniobras abortivas;
- 2) Es casi imposible demostrar si el óvulo destruido fue con anterioridad a la anidación;
- 3) Esta teoría permite considerar que la destrucción de los óvulos fecundados mediante la fecundación “in vitro” deviene en atipicidad;
- 4) La teoría de la anidación amplía el campo de la utilización de medios anticonceptivos como, por ejemplo, el DIU, el cual actúa evitando que el óvulo fecundado anide.

Estas manifestaciones mediante las que se intenta fundamentar que la vida debe ser protegida desde la anidación y no desde su fecundación no encuentran argumentación dogmática y son, a mi criterio, intentos de adecuar a la ley a costumbres sociales o justificar lagunas jurídicas, siendo completamente refutables. Veamos por qué.

Si bien es cierto que hasta el momento en que ocurre la anidación, el embrión tiene un 50% de probabilidad de implantarse en el útero y que ello generaría el problema de demostrar si el óvulo fecundado murió por causas naturales o por las maniobras abortivas, no obsta desde cuándo se inicia la vida. El hecho de que sea un problema el demostrar las causales de la muerte del óvulo no deviene en una problemática del derecho penal de fondo, sino que es una mera cuestión probatoria que, a lo sumo, podría desvincular al posible autor de la comisión del delito por imposibilidad de probar el hecho que se le atribuye, pero no por resultar atípica su conducta.

Lo mismo sucede con el criterio de algunos doctrinarios en cuanto a que es casi imposible demostrar si el óvulo destruido fue con anterioridad a la anidación. Nuevamente, nos encontramos ante una problemática demostrativa relacionada con la orfandad probatoria para tener acreditada la materialidad del hecho, pero ello no tiene por qué convertir dicho accionar en lícito por atipicidad.

Ahora bien, en cuanto a que la teoría de la anidación amplía el campo de la utilización de medios anticonceptivos, como por ejemplo el DIU, el cual actúa evitando que el óvulo anide, tengo que afirmar que si seguimos la teoría de la fecundación la utilización de este medio anticonceptivo causará un aborto. Este pensamiento sería

socialmente repudiable, habida cuenta que la utilización del DIU es una práctica habitual en muchas mujeres y se encuentra socialmente aceptado por un gran número de personas, pero, sin embargo, fiel a mi convicción, entiendo que debe aceptarse que dicho procedimiento anticonceptivo es abortivo y, por lo tanto, no debería ser permitido. Ello, sobre todo, si tenemos en cuenta que existen otros medios anticonceptivos que pueden ser utilizados y que evitan la fecundación.

Por último, esta Teoría de la Anidación permite considerar que la destrucción de los óvulos fecundados mediante la fecundación “in vitro” deviene en atipicidad. Si bien, este tipo de fecundación no es un tema a tratar en este trabajo, debo hacer una simple mención, aunque sea ilustrativa, en cuanto a su relación con estas teorías. La fecundación “in vitro” es una técnica de reproducción asistida que consiste en fecundar los ovocitos por los espermatozoides fuera del cuerpo de la madre, para lo cual, luego de un control hormonal del proceso ovulatorio, se extraen uno o varios ovocitos de los ovarios maternos y se fecundan dentro de un medio líquido. Luego, el ovocito fecundado, es transferido al útero de la mujer a fin de que anide y continúe su desarrollo hasta el parto, mientras que los embriones que sobran, se criopreservan.

En nuestro país, ésta técnica no está reglamentada y la única legislación que trata sobre el tema a nivel nacional es la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, la cual sólo se limita a tratar los aspectos relacionados a las coberturas médicas por parte de las obras sociales respecto a éste tipo de tratamiento. Nos encontramos entonces ante una nueva laguna legal por cuanto, si consideramos que el inicio de la vida se origina con la fecundación, a raíz de éste tratamiento tendríamos vidas “criopreservadas”. Es por ello, que entiendo que debería reglarse la implementación de este procedimiento, ya sea, por ejemplo, limitando la fecundación de óvulos a efectos de evitar que “sobren” y sean criogenizados.

Sentado ello, ¿qué sucede entonces con la destrucción de los óvulos que fueron fecundados y no implantados en el seno de la madre? Para que sea aborto, es fundamental que la muerte se produzca dentro del seno de la madre ya que sin ésta no habría gestación. Pero entonces, si se sigue la teoría de la fecundación, en esos óvulos fecundados hay vida, ¿qué ocurre con esa vida que se interrumpe?, queda totalmente desprotegida. Mi solución, es que se amplíe el tipo penal. La norma no deberá abarcar la conducta sólo de aquel que causare un aborto, sino de quien también causare la muerte del óvulo fecundado fuera del seno materno y previo a su implantación en el mismo.

Volviendo a mi postura sobre la Teoría de la Fecundación, debo hacer énfasis en que el cigoto es una célula diferente a cualquier otra del organismo humano y tiene una estructura genética nueva, diferente a la del espermatozoide o a la del óvulo con la que se inicia la primer etapa del desarrollo del nuevo ser humano. Ésta célula tiene autocontrol, es decir que no depende de la madre, sino que se determina desde sus inicios por el nuevo código genético, distinto al de los padres, y que obtiene desde la fecundación. Es un nuevo genoma cuya estructura fundamental se mantendrá a lo largo de todo el desarrollo.

El desarrollo humano se inicia con la concepción o fecundación, proceso durante el cual se unen el gameto masculino o espermatozoide con un gameto femenino u ovocito (óvulo) para formar una célula que se llama “cigoto”. Esta célula totipotencial de gran especialización constituye el inicio de todos los seres humanos como individuos únicos.<sup>11</sup> Aquí se desprende claramente que éste es el momento en que comienza la vida humana y es éste el momento en que debe comenzar a ser protegida por el derecho penal.

La Teoría de la Anidación, tal como lo sostiene Feijoo Sánchez, es de índole político criminal ya que se considera que no debe extenderse 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. Así, lo decisivo para determinar el alcance del delito de aborto, no es determinar el momento en que se inicia la vida, sino en qué momento debe comenzar su protección jurídico-penal.<sup>12</sup>

Sin embargo, no concuerdo con esta postura por cuanto la política criminal adoptada por un Estado no puede ir nunca en contra de su propia ley suprema, por lo que los preceptos penales deben someterse a los principios constitucionales (art. 31 CN)<sup>13</sup>. Nuestra Constitución Nacional, no estipula en forma específica el derecho a la vida, pero sin embargo, sí lo hace a través del art. 75, inc. 22 por medio del cual incorpora los tratados internacionales, dándoles jerarquía constitucional.

Estos tratados de jerarquía constitucional, tal como lo veremos más adelante, sostienen que la vida comienza desde la concepción, por lo que según nuestra

---

<sup>11</sup> Conf. **Alfonso DE LA FUENTE HERNÁNDEZ**, *Gametogénesis, fecundación, determinación del sexo, nidación y placentación* en *Tratado de Reproducción Humana para Enfermería*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2008, pág. 43.

<sup>12</sup> Conf. **Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ**, *Compendio de derecho penal, parte especial*, Editorial R. Areces S.A., Madrid, 2003, Vol. I, pág. 293.

<sup>13</sup> Conf. **Esteban RIGHI**, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, pág. 68.

Constitución Nacional, el inicio de la vida empieza con la fecundación y es a partir de éste momento en el cual comienza su protección legal.

Guillermo Yacobucci sostiene que, el derecho penal, como formalización de la actividad sancionadora, exige el reconocimiento de ciertos principios que racionalizan su existencia y aplicación, por lo que explican y a la vez legitiman o desacreditan la actividad punitiva en la sociedad política. En razón de su propia determinación, muchos de los principios penales en nuestro tiempo aparecen concretando e irradiando los valores constitucionales, que le otorgan así cierta positividad formal que la legalidad del Estado de derecho exige como presupuesto instrumental de legitimación de cualquier ejercicio del poder. Estos principios penales tienden a preservar un marco de garantías contra soluciones espasmódicas o de emergencia que pongan en crisis la estructura aceptada constitucionalmente para el ejercicio de la potestad penal.<sup>14</sup>

Yacobucci define a los principios penales como normas que obligan a legislar y decidir de una determinada manera, conforme el marco de política criminal que posibilita la Constitución y cuando se actúa en contradicción con esos principios, el resultado es la invalidez del precepto legal concreto por oposición material con aquéllos. Estos principios penales también operan en el ámbito de la política criminal con un grado de importancia tal que permiten definirla. La política criminal entonces se construye con una estructura de principios penales que operan como directrices y que sirven para enmarcar las funciones penales.

Continúa el profesor vinculando la política criminal con los valores constitucionales a través de los principios y sostiene que en la medida en que la política criminal actúa en el campo de las decisiones sobre la vida social, sus presupuestos de legitimidad, materializados en los principios penales, deben encontrar sustento en el marco general de legitimación jurídica y es en este sentido en que las pautas de desenvolvimiento de las decisiones penales deben referirse al plexo valorativo del ordenamiento constitucional como campo verificable de justificación del ejercicio del poder.<sup>15</sup>

Por ello, la Constitución Nacional, como ley fundamental, determina los valores legislativos, sociales y judiciales y lo hace a través de los principios, siendo que toda política criminal determinada por un estado debe encontrarse dentro del marco que establece su ordenamiento principal. Tal como lo sostiene Silva Sánchez, "...la Política

---

<sup>14</sup> Conf. **Guillermo J. YACOBUCCI**, *El Sentido de los Principios Penales*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2014, págs. 740 y ss.

<sup>15</sup> **Ibíd.**, pág. 761.

Criminal proporciona la necesaria referencia a fines y valores, al cumplir la «misión política» de orientar la evolución de la legislación penal... o su propia aplicación en el presente... a las finalidades materiales del Derecho penal”.<sup>16</sup>

Por este motivo, no resulta viable sostener que por una cuestión de política criminal, debe establecerse que el inicio de la vida o, el inicio de la protección legal de la vida, debe realizarse desde la anidación y no desde la fecundación. Ya lo sostuvo el Tribunal Superior Español al sostener que “...el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero...y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestión, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas...”<sup>17</sup>

Por último, debo mencionar que nuestro actual Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia se produjo este año, sostiene que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19), y los Pactos Internacionales, con raigambre constitucional, sostienen que la vida comienza con la concepción.

#### El nacimiento del ser humano.

Analizadas ya las posturas referentes al inicio de la vida humana y por consiguiente, desde cuándo debe ser protegida por el Derecho Penal, debemos ahora determinar cuándo se produce el nacimiento. Nuestro Código Penal protege la vida desde su concepción hasta su muerte natural, haciéndolo mediante el tipo penal de aborto, que ampara al ser humano desde el inicio de la vida hasta su nacimiento, y mediante el delito de homicidio que tutela la vida luego de nacida la persona. La determinación del nacimiento, por ende, resulta esencial si tenemos en cuenta que será el momento en el cual definirá que la persona deja de ser una vida humana dependiente de su madre para convertirse en ser humano independiente y, por consiguiente, establecer si es sujeto pasivo del delito de aborto o del de homicidio, lo que conlleva no sólo a variaciones en cuanto a la penalidad, sino incluso estipular su atipicidad.

Fueron varias las posturas doctrinarias en cuanto a éste momento, pero, sin embargo, en un principio la discusión parecía haber llegado a un fin a través de las ideas

---

<sup>16</sup> Conf. **Jesús María SILVA SÁNCHEZ**, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª Edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2010, págs. 70/71.

<sup>17</sup> Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sede Madrid, “Recurso de Casación por infracción a la ley”, Ponente: José Hermenegildo Moyna Menguez, Rta. 5/4/95.

de Núñez y Soler respecto a la figura del infanticidio (art. 81, inc. 2o del Cód. Pen.), que era una forma atenuada del homicidio, mediante la cual se entendía que se configuraba el delito cuando la madre mataba al hijo durante el nacimiento, por lo que era la propia ley la que determinaba que el momento en que comenzaba el nacimiento era cuando empezaba la protección de la vida independiente.

Pero con la derogación de la figura mediante la ley 24.410 y al no especificarse una solución normativa, se originó una nueva laguna legal, dejando otra vez la solución en manos de discusiones doctrinarias. Es que, tal como sostiene Donna, estas cuestiones surgen a raíz de que el legislador antes de reformar un cuerpo normativo, como es el Código Penal, debe analizar todas las consecuencias que de ella se derivan ya que si la doctrina y la jurisprudencia habían llegado casi a una solución pacífica sobre este punto, no debe el legislador, de manera inconsulta, derogar una norma, sin antes solucionar el problema que crea con el acto legislativo, ocurriendo esto, en parte por la ignorancia, en parte por el apuro en dictar leyes, dejando a la jurisprudencia en problemas con serias secuelas.<sup>18</sup>

Entonces, a raíz de esta derogación, es que surgieron distintas posturas, cada una con algunas ramificaciones, pero sólo se nombrarán aquellas de mayor aceptación. Una de ellas, la mayormente aceptada en nuestro país, sigue los lineamientos que tenía la figura del infanticidio, estos son, el niño por nacer es sujeto pasivo del delito de homicidio con las primeras contracciones indicativas del inicio del parto natural o, en caso de cesárea, el primer corte en el tejido epitelial de la madre.

Otra postura, sigue la idea adoptada en el anterior Código Civil (ley 340), que establecía que habrá persona cuando ésta esté completamente separada del seno materno, motivo por el cual el momento de protección comienza recién cuando el niño esté completamente separado del seno de la madre. Ésta última, es la mayormente aceptada en España, donde los doctrinarios a su vez discuten si es necesaria la respiración pulmonar o simplemente la percepción visual del feto separado de la madre, haya habido o no respiración pulmonar o corte del cordón umbilical.

A mi criterio, entiendo que la teoría correcta es la mayormente aceptada en nuestro país y que sigue los lineamientos del ya derogado infanticidio. Esto es así, en principio, por cuanto dicho criterio otorga una mayor protección jurídica al feto puesto que al haber sido derogada la figura del infanticidio, nos encontramos frente a un vacío legal en cuanto a la protección del niño durante su nacimiento.

---

<sup>18</sup> Conf. **Edgardo Alberto DONNA**, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1999, Tomo I, pág. 18.

De esta forma, tal como lo sostiene Donna, hay que seguir una interpretación que debe estar basada en las normas constitucionales y los pactos sobre derechos humanos, y bajo estos lineamientos, la postura que mejor se adapta es la del comienzo de las contracciones y de los dolores, ya que coincide con la noción del parto del niño de acuerdo a la naturaleza, según la cual comienza el nacimiento cuando ha terminado el proceso de desarrollo del feto y empiezan los intentos de expulsión. Por eso, las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión del vientre materno. Este momento, o en el parto complicado (rotura de bolsa), comienzo de la cesárea, marcan el instante en que el feto se vuelve humano, en el sentido del Derecho Penal.<sup>19</sup>

Por su parte, fuera de estas teorías, González Rus diferencia el aborto del homicidio teniendo en cuenta la existencia de la vida humana dependiente o independiente, ya que entiende que en los delitos contra la vida, la dependencia comporta una especial forma de aislamiento y protección del feto, de manera que la vida es independiente cuando puede ser directa e inmediatamente lesionada y que es dependiente cuando la agresión inevitablemente incide de manera más o menos intensa sobre el cuerpo de la madre, aunque sea como vehículo para la lesión. Resume sosteniendo que hay vida independiente cuando la expulsión haya llegado a un punto en que es posible matar directamente al producto de la concepción.<sup>20</sup> Yo no estoy de acuerdo con esta idea ya que existen medios por los cuales el feto puede ser atacado sin necesidad de que lo sea la madre. Incluso puede dársele muerte al feto antes o durante el nacimiento sin siquiera lesionarla, lo que descarta la idea de esta teoría.

Entonces, volviendo a las tradicionales, la postura civilista establece el momento en que la persona adquiere definitivamente derechos que habría recibido durante el embarazo, principalmente patrimoniales, pero no marca un relevamiento para el derecho penal, el cual determina que la persona existe desde antes. Cuando la persona comienza a nacer, el embarazo ha finalizado, al menos su gestación, y no se advierte qué cambio biológico se produce en la persona que autorice a una menor protección legal.<sup>21</sup>

Es que nuestro Código Civil establece que aquellas personas que muriesen antes de estar completamente separadas del seno materno, nunca existieron (art. 74 del

---

<sup>19</sup> DONNA, obra cit., págs. 20/21. El autor cita a **José HURTADO POZO**, *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, Sesator, Lima, 1982, Tomo I, pág. 24 y a **Karl Heinz GÖSSEL**, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band I, C.F. Müller, Müller, 1987, par. 2, 1.a.

<sup>20</sup> Conf. **Juan José GONZÁLEZ RUS**, *El homicidio y sus formas de Curso de derecho penal español*, Editorial Marcial Pons, 1996, Tomo I, págs. 9/10.

<sup>21</sup> Conf. CNCC, Sala I, C. 9178/13 “M., C. y otro s/sobreseimiento”, Rta. 13/5/15, del voto del Dr. Rodolfo Pociello Argerich.

Código Civil anterior y 21 del actual), lo cual se contrapone con la postura que debe tenerse en el derecho penal, donde la protección jurídica de las personas debe darse desde el inicio de la vida, esto es, desde su concepción. Este concepto civilista tiene un lineamiento meramente patrimonial, destinado a hacer valer derechos de esa índole. El derecho penal no protege a los seres humanos por ser personas susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, lo hace porque son portadores de vida y ésta es el bien jurídico protegido por estas normas.

#### La muerte de los seres humanos.

Ahora bien, habiendo establecido cuándo se da origen a la vida humana y cuándo se produce el nacimiento de ésta, lo que determinará desde qué momento será protegida por el derecho penal, sea mediante la figura del aborto o del homicidio, resta determinar cuándo se produce su final. Esta circunstancia es sumamente importante por cuando el momento de la muerte es aquél en que se consuma el delito.<sup>22</sup>

Nuestra legislación no definió la muerte hasta la ley 21.541 de 1977, la cual sufrió modificaciones por la ley 23.464, quedando finalmente conformada la ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos 24.193. El avance de la ciencia médica y sobre todo a los trasplantes de órganos, ha ocasionado debates en cuanto al momento preciso de la muerte de una persona. Biológicamente, distintas legislaciones a nivel mundial han adoptado diferentes criterios y formas en cuanto a diagnosticar la muerte, siendo los más comunes el Criterio Cardio-Respiratorio, el Stem Brain Criterion (tronco encefálico), el Whole Brain Criterion (corteza y tronco) y el High Brain Criterion (corteza cerebral).

De esta forma, Julio A. Ravioli, doctor en medicina, sintetiza cada uno de estos criterios: según el Criterio Cardio-Respiratorio, morir es el cese irreversible del flujo de los fluidos corporales vitales y se determina mediante el cese irreversible de las funciones cardio-respiratorias, corroborándose con la ausencia de pulso y respiración. Por su parte, el Stem Brain Criterion, sostiene que morir es el cese irreversible de las funciones integradoras del encéfalo como un todo y se determina mediante el cese irreversible de las funciones del tronco, corroborándose por medio de la ausencia de reflejos del tronco encefálico.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Conf. CREUS, obra cit., pág. 56.

<sup>23</sup> Conf. Julio A RAVIOLI, “La muerte: problema médico legal”, Revista de Derecho Penal, año I, número 2, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, (2012), pág. 250.

En cambio, para el Whole Brain Criterion, morir es el cese irreversible de las funciones integradoras del organismo como un todo y se determina con la pérdida total e irreversible del funcionamiento de todo el encéfalo, corroborándose con la ausencia de conciencia y ausencia de los reflejos del tronco encefálico. Por último, el High Brain Criterion, es el que establece que morir es la pérdida irreversible de la esencia de la naturaleza humana (conciencia, funciones cognitivas) y lo determina mediante la pérdida irreversible de las áreas responsables de la conciencia y el conocimiento, pero éste criterio no tiene forma de probarlo.<sup>24</sup>

Nuestra legislación ha decidido por tomar el criterio de muerte cerebral, con lo cual la discusión, por lo menos en este sentido, ha terminado. De esta forma, el art. 23 de la ley 24.193 sostiene que “El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible”.

Tal como lo sostiene Donna, el legislador ha optado por un criterio valorativo y es el que más se ajusta a la esencia de lo que es el ser humano y cita a Hurtado Pozo, al decir que la destrucción de las células cerebrales “trae como consecuencia el irremediable y progresivo proceso de destrucción de todo el organismo. Por esto, y no tan sólo por su rol en el aspecto psicoespiritual del hombre, la destrucción de las células cerebrales es el hecho decisivo para la determinación del momento en que la persona muere. La vida del hombre es algo diferente a la vida de algunos de sus órganos o de sus células y, también, al mantenimiento artificial de alguna de sus funciones. Luego, el hombre como unidad biopsicológica está muerto aun cuando alguno de sus órganos, por sí mismo, continúe funcionando o aisladas funciones vegetativas sean, artificialmente, mantenidas en actividad”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Conf. **RAVIOLI**, obra cit., pág. 250

<sup>25</sup> Conf. **DONNA**, obra cit., págs. 23/24. El autor cita a **José HURTADO POZO**, obra cit., pág. 25.

Así, el determinar el momento en que el ser humano nace, donde el derecho penal comienza a proteger al sujeto pasivo bajo el delito de homicidio, y el momento en que muere, resulta primordial a la hora de analizar la conducta delictiva. Es tan importante esto ya que, como nombramos al principio, los delitos contra la vida contemplados en nuestro código penal son el homicidio y el aborto, y determinar si una conducta encuadra dentro de un u otro tipo penal variará no sólo en el *quantum* de las penas que establecen, sino que, como se intenta plantear en este trabajo, al no contemplar nuestra legislación la figura culposa del aborto, determinados actos quedarían impunes.

Por esta razón, al encontrarnos frente a determinadas situaciones en las que por imprudencia de las personas se produjera la muerte del feto, previo a su nacimiento, nos vemos ante de una problemática de desprotección de la vida humana. Esta vida humana, como bien jurídico debe ser protegida, ya que todos, por el simple hecho de ser seres humanos, tenemos derecho a la vida. Este derecho de raigambre constitucional es el que procederá a analizar en el punto siguiente.

## **El derecho a la Vida**

Los derechos personalísimos son aquellas facultades de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que tiene toda persona solamente por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.<sup>26</sup>

Así lo establece en su preámbulo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), al decir que reconoce que “(...) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional (...)”.

De los derechos personalísimos, el más importante sin duda es el derecho a la vida y es el principal bien jurídico a proteger. Esto se deduce claramente del mismo Código Penal, que en su Título I, Libro II de la parte especial, protege la vida humana bajo el título “Delitos contra las Personas”, siendo el delito de homicidio el primero de

---

<sup>26</sup> Conf. **Julio César RIVERA**, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, Tercera Edición Actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, Tomo II, pág. 7.

todos los delitos contemplados en el Código de Fondo y aquél que reviste mayor pena (arts. 79 y 80).

Nuestra Constitución Nacional no establece explícitamente este derecho, sin embargo, es deducible de su texto por cuanto tutela la vida y la integridad física de todas personas que habitan el suelo argentino, estableciendo en su art. 18 que quedan abolidas la pena de muerte por razones políticas, los tormentos y los azotes y hace mención específica a las igualdades civiles (arts. 16). Asimismo, este derecho no sólo es deducible en nuestra Constitución Nacional, sino también la encontramos taxativamente en numerosos tratados internacionales, los que, de acuerdo al art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna, adquieren jerarquía Constitucional.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo 1° que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona. Por su parte, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

En igual sentido se expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual en su art. 4, denominado “Derecho a la Vida”, determina que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y éste derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Asimismo, dispone que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Así también, establece que en los países en los que no se haya abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito y no se extenderá a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

Continúa el artículo disponiendo que no se establecerá la pena de muerte en los Estados que la hayan abolido, ni se podrá aplicar por delitos políticos ni relacionados con ellos, ni a menores de 18 años o personas con más de setenta años o a mujeres embarazadas, finalizando al exponer que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar su amnistía, indulto o conmutación de la pena. Asimismo, el derecho a la vida, conforme lo establece el art. 27 de la Convención, no puede ser suspendido ni en caso de guerra.

Por otra parte, encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, si bien no se encuentra taxativamente expresado el derecho a la vida, su art. 12 establece que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, agregando que los Estados

fijarán medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho y para ello, entre otras cosas, figurarán las necesarias para la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños (inc. 2, a)), la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas (inc. 2, c)) y la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (inc. 2, d)).

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 6 que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y está protegido por la ley, siendo que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Asimismo, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determina que en aquellos países en los que no se haya abolido la pena capital, sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos más graves, con ley vigente a la fecha de comisión del delito y siempre y cuando no se contraponga con el Pacto.

También, dispone que no se podrá aplicar a menores de 18 años o a mujeres embarazadas, y que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar su amnistía, indulto o conmutación de la pena. Finaliza el artículo estableciendo que “ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital”.

No puede dejarse de lado la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la cual íntegramente avala el derecho a la vida, sancionando y erradicando actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.<sup>27</sup>

Por último, la Convención Sobre los Derechos del Niño establece que se reconoce el derecho intrínseco a la vida que todo niño tiene y que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (art. 6). En este sentido, también dispone en su art. 24 que *los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud y que se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*

Asimismo, afirma que los Estados deberán asegurar la plena aplicación de este derecho y adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que

---

<sup>27</sup> Art. II: *En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.*

sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

La Convención también protege a los niños durante un conflicto armado (art. 38, inc. 4).

Dable es hacer mención a la reserva efectuada por la República Argentina respecto a este tratado, en cuanto a que declara que su art. 1º, el cual reza “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad (Ley 23.849).

Todos estos pactos sostienen y ratifican la importancia del reconocimiento de los derechos fundamentales de los seres humanos, de los cuales, como se ha dicho anteriormente, el derecho a la vida es el más importante, como así también lo es el de la dignidad humana. Entonces, si consideramos que el derecho a la vida es el primer derecho fundamental a proteger, no podemos dejar de lado el hecho de que la vida humana, aquella que está en etapa de gestación en el seno materno, quede desprotegida.

Al no encontrarse penalizado el aborto que se produce mediante infracciones a los deberes de cuidado, nos encontramos que existen determinadas situaciones en las que este derecho a la vida no está tutelado, poniéndose en resalto la falta de equidad en la protección de los sujetos por nacer ya que en ocasión de llevarse a cabo un aborto doloso, su autor podrá ser juzgado y condenado por su accionar, mientras que la acción perpetrada en forma culposa y que acarree el mismo resultado, resultará impune.

De igual forma, se vislumbra una clara desigualdad entre la protección de derechos de los sujetos nacidos frente a aquellos que no han abandonado el vientre de su madre, ya que la vida de los primeros sí se encuentra protegida ante acciones dolosas o culposas, por lo que, si comparamos el resguardo que nuestro ordenamiento jurídico

hace al derecho a la vida, teóricamente la protege, pero en la práctica la deja vulnerada. La vida dependiente se encuentra mayormente protegida, se refleja claramente en la penalidad de los delitos que tutela una y otra, circunstancia que no hace más que destacar la existencia de, como dice Silva Sánchez, “derechos de primera” y “derechos de segunda”, lo cual choca contra el principio de igualdad que impone una misma atribución de derechos.<sup>28</sup>

Es que la vida es fundamental para la existencia de los restantes derechos y es el núcleo de toda sociedad. Sin vida, no hay derechos, no hay sociedad, ni siquiera estado, no hay bienes jurídicos qué proteger, ya que todos derivan de ella, por eso es tan importante el derecho a la vida. Así los sostiene Badeni al afirmar que el derecho a la vida o, como él lo llama, a la libertad de vivir, comprende tanto los matices físicos como los materiales y los aspectos y proyecciones de la personalidad espiritual del hombre y es un bien fundamental cuya valoración supera a los restantes derechos y libertades puesto que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de ella. Agrega que sin la vida no hay libertad ni la posibilidad de ejercer los derechos inherentes a la personalidad ya que sin ella no existe el hombre, por lo que considera que más que un derecho, la vida constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia.<sup>29</sup>

De esta forma ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el derecho a la vida es el “(...) primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (...)”.<sup>30</sup>

Cuando hablamos del derecho a la vida, lo hacemos dentro del concepto de una vida “digna”. Bidart Campos expone que no hay inconveniente en considerar como principal derecho del hombre el de la dignidad, ya que, si bien es cierto que anteponer el derecho a la vida a los demás derechos tiene un sentido cronológico y ontológico, la vida humana merece dignidad porque ésta es intrínseca a la persona. Hay que empalmar una afirmación y la otra para desembocar en la afirmación de que la dignidad inherente a todo ser humano en cuanto es persona confiere base a todos los demás derechos.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Conf. **SILVA SÁNCHEZ**, “Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del Status Personae”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 9, Granada (2007), pág. 1009.

<sup>29</sup> Conf. **Gregorio BADENI**, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Editorial La Ley, 2006, Tomo II, pág. 503.

<sup>30</sup> C.S.J.N., “Saguir y Dib” Fallos 302:1284 (1980). De igual modo, “Amante” Fallos 312:1953 (1989) y “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” Fallos 326:4931 (2003), entre otros.

<sup>31</sup> Conf. **Germán J. BIDART CAMPOS**, *Manual de la Constitución Reformada*, Editorial Ediar, Tomo II, 1998, pág. 105.

Por su parte, Quiroga Lavié sostiene que al hablarse del derecho a la vida, no sólo se refiere a la protección de la mera existencia biológica de la persona, sino que se supone también la tutela de una existencia digna (material y espiritual) y, por ende, tiene múltiples manifestaciones que abarcan cada momento de la vida, desde su comienzo hasta su final. Agrega que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales tienen como correlato dos deberes: el negativo de abstenerse de atentar contra la vida por los particulares o el Estado (ej. homicidio y pena de muerte), y el positivo en sus dos aspectos: por obligaciones de dar a través de la provisión de prestaciones que la aseguren, también por particulares (familia y sociedad) y por el Estado, y por obligación estatal de hacer.<sup>32</sup>

En cuanto a otros ordenamientos, cabe destacar que el anterior Código Civil estipulaba en su art. 51 que la persona física se establece a partir de la concepción en el seno materno. Esta disposición se mantuvo al sancionarse el actual Código Civil, siendo que ahora, en su artículo 19 reza “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. El nuevo artículo ha sufrido numerosas modificaciones previo a su sanción, por cuanto establecía la existencia de la persona humana en distintas situaciones, ya sea dentro de seno materno o mediante la fecundación asistida.

Con la redacción actual, queda despejada todo tipo de duda, ya que no importa el medio por el cual se haya producido la fecundación, el comienzo de la vida humana tiene inicio en su concepción. Asimismo, este cuerpo normativo protege y enumera en su capítulo tercero los distintos actos y derechos personalísimos, y aunque no haga mención expresa al derecho a la vida, sí especifica la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad, la cual, como hemos visto, se encuentra íntimamente relacionada con el derecho a la vida. También establece la prohibición de exigir cumplimientos de contratos que tengan por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de las personas.

En resumen, de las enumeraciones de los distintos ordenamientos aquí descriptos, sea la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de igual jerarquía, el Código Penal y el Código Civil, podemos dar cuenta que el derecho a la vida, entendido como el derecho a la vida “digna”, es un derecho fundamental, el principal, que da origen al resto de los derechos inherentes a la persona humana, el cual debe y es protegido a nivel mundial, desde el momento de su concepción. Es por ello que resulta imperante encontrar una solución a la problemática planteada en este trabajo, ya que la

---

<sup>32</sup> Conf. **Humberto QUIROGA LAVIÉ**, *Derecho Constitucional Argentino*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo I, pág. 136.

vida debe ser protegida, en su totalidad, sea para aquellos que nacieron y son dependientes como para los que tienen su cuerpo en formación.

Así lo sostiene Cerezo Mir al exponer que “El *nasciturus*, aun no siendo persona, en sentido jurídico, es un ser vivo, un ser humano vivo, y en una interpretación teleológica del precepto constitucional que protege la vida humana es preciso considerar que la protección constitucional que protege la vida humana intrauterina. La destrucción del feto impide que el *nasciturus* llegue a nacer”.<sup>33</sup>

Sin embargo, tampoco es posible juzgar una persona y penar sus acciones si no están previamente prohibidas por la ley. Es que si hacemos alusión a la protección constitucional de la vida, debemos también respetar los principios procesales y los derechos constitucionales de aquél que provoca imprudentemente la muerte del feto. Y es a raíz del Principio de Legalidad que nos vemos limitados para reprimir aquellas acciones que no están taxativamente regladas en el ordenamiento jurídico.

## **Principio de Legalidad**

El axioma por el cual nadie puede ser juzgado por una acción que no está prohibida por el Estado o ser condenado sin un juicio previo, lo conocemos como el Principio de Legalidad. En cuanto al origen de este principio, la doctrina se encuentra dividida, siendo común que se sostenga que, más allá de que en el derecho Romano hubo aplicaciones del mismo, su verdadero origen deba verse en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan Sin Tierra hizo concesiones a los nobles de Inglaterra. Esta Carta Magna establecía, entre otras cosas, que nadie podía ser arrestado sin un juicio de sus pares según la ley del país y el Rey reconocía que sólo el Parlamento podía dictar leyes penales.

El profesor Guillermo Yacobucci explica que dicha Carta Magna dista de justificar la significación del principio de legalidad penal ya que el sentido político-jurídico dentro del texto se refiere primordialmente a una cuestión de orden procesal en cuanto requiere la existencia de una actividad jurisdiccional previa como fuente de la medida restrictiva de los derechos individuales.

Expone que Zaffaroni lo pone de resalto cuando indica que este principio difícilmente pueda extraerse de la Carta Magna cuando ésta corresponde al sistema

---

<sup>33</sup> **José CEREZO MIR**, *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 252.

*common law*, el cual está vinculado a la formación judicial del derecho antes que la ley de fondo, y sostiene que tanto Welzel, como Jescheck y Roxin individualizan antecedentes del principio de legalidad en las constituciones de Virginia y Maryland (1776), en el Código Penal Austríaco de José II (1787), en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y en el Derecho General del Territorio Prusiano (1794) hasta llegar al Código Penal Bávaro de 1813, redactado por Feuerbach.<sup>34</sup>

Ahora bien, previo a hablar de Feuerbach, entiendo que debe hacerse mención a Beccaria quien en 1764 publicó su “Tratado de los Delitos y de las Penas”. En su obra, el Marqués sostenía que los individuos viven en un contrato con el estado destinado a salvaguardar sus derechos y en donde “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social.” Agrega que ningún magistrado puede en nombre de la justicia decretar, a su voluntad, penas a otro individuo, ni aumentar las ya previstas en la ley y que todos los individuos, incluido “el trono”, deben responder de igual forma. Establece una estructura en donde el estado, a quien denomina el Soberano, es quien acusa en nombre de la sociedad y el transgresor de la ley (o de ese contrato social) se defiende, debiendo existir la figura de un magistrado como tercero que juzgue la verdad del hecho.<sup>35</sup>

Posteriormente, Feuerbach incorporó el principio de legalidad en la creación del Código de Baviera de 1813. Inspirado en las ideas de Hegel, fue uno de los máximos representantes de la “teoría de la prevención general negativa” (también adoptada por Beccaria), la cual sostiene que la pena debe tener una función más preventiva que correccional, ejerciendo una coacción tanto física como psicológica sobre el delincuente y en un grado más elevado, la sociedad en general.

De esta forma, Feuerbach sostiene que la imposición de una pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*), condicionada a la existencia de la acción conminada

---

<sup>34</sup> Conf. **YACOBUCCI**, *El Principio de Legalidad*, en *El sentido de los principios penales – su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 251/252. El autor cita a **Eugenio ZAFFARONI**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 105 y ss.

<sup>35</sup> Conf. **César BONESANA, Marqués de Beccaria**, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, traducción al castellano por **Guillermo CABANELLAS DE TORRES**, Editorial Heliasta SRL, 1993, págs. 61 y ss.

(*nulla poena sine crimine*) que precisa y resulta condicionada, por último, por la pena legal (*nullum crimen sine poena legal*).<sup>36</sup>

Actualmente, explica Roxin, el principio de legalidad es una herramienta que protege a los ciudadanos de una punición arbitraria, sin ley o con una imprecisa o retroactiva. “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”, es decir que no sólo tiene que disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino también imponer límites a la potestad punitiva. Es un principio que otorga la garantía ante el poder sancionador del estado por cuanto se exige que sólo se aplique cuando haya una ley previa al hecho punible y que, a su vez, esta describa la conducta prohibida y sus consecuencias penales.<sup>37</sup>

Sostiene el profesor Yacobucci que el principio de legalidad lleva la exigencia de una *lex praevia, scripta, stricta y certa*. La *lex praevia*, es dirigida no sólo al juez, sino también al legislador y consiste en impedir la aplicación retroactiva de la ley penal y el impedimento de crear leyes que puedan ir hacia atrás en el tiempo. La *lex scripta* excluye la integración de la costumbre como elemento constitutivo de fundamento penal, tanto para el delito como para las penas. La *lex stricta* prohíbe la analogía, es decir, la aplicación de leyes penales a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. La *lex certa* pretende impedir leyes difusas o indeterminadas en las que describa cuál es la conducta prohibida y su consecuencia penal, lo que permitiría a los ciudadanos conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para así poder adecuar su comportamiento a la regla.<sup>38</sup>

Por su parte, Bacigalupo sostiene que de estas cuatro prohibiciones (prohibición de aplicación retroactiva, prohibición de fundamentación de la condena en el derecho consuetudinario, prohibición de aplicación analógica y prohibición de cláusulas generales), la más complicada y de mayor incidencia práctica es la que se refiere a la prohibición de la analogía, por lo que entiende que lo que da el límite a la interpretación de la ley no es el "sentido posible del texto", sino el "sentido más restringido del texto", lo que convierte a la ley en una barrera que no debe superar la política criminal.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Conf. **Anselm V. FEUERBACH**, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania (Giessen, 1801)*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por **ZAFFARONI** e **Irma HAGEMEI**ER, Editorial Hammurabi, 1989, (parágrafo 20), pág. 63.

<sup>37</sup> Conf. **Claus ROXIN**, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág. 137 y ss.

<sup>38</sup> Conf. **YACOBUCCI**, obra cit., pág. 256/257.

<sup>39</sup> Conf. **Enrique BACIGALUPO**, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, 1999, págs. 75/96.

Nuestra Constitución Nacional establece en su art. 19 que ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. En palabras más simples, todo lo que no está prohibido, está permitido. Este principio de legalidad se ve reflejado en el art. 18 de nuestra Ley Fundamental en cuanto dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Expone Badeni que la función del juez, al ejercer el poder jurisdiccional del Estado, consiste en aplicar la ley vigente para solucionar los conflictos sujetos a su decisión y debe, al igual que los integrantes de los restantes órganos gubernamentales, impartir justicia en cuanto no es una función privativa de éste, incluso aunque, a su criterio, dicha ley sea injusta.<sup>40</sup>

De esta forma, Bidart Campos explica que la finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados ya que la ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda.<sup>41</sup>

La Corte Suprema de Justicia ha acuñado este principio al sostener que “una de las garantías más relevantes, es la consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, al ordenar que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.<sup>42</sup>

De lo expuesto, podemos inferir que, a efectos de poder imputarle un accionar delictivo a una persona, ésta acción debe estar taxativamente descripta y prohibida en una ley, por lo que a fin de que la protección de la vida de los sujetos por nacer quede completamente amparada, es necesario que una ley prevea y reprima la causación de la muerte de ellos cuando es provocada por las inobservancias a los deberes de cuidado. Este fue justamente el motivo por el cual, en el caso que se relató al inicio de este trabajo, el médico fue sobreseído en el proceso iniciado en su contra, pese a haber sido el responsable de la muerte del feto. Su accionar fue claramente negligente, no obró con la diligencia que un médico debía y a raíz de ello, provocó la muerte del bebé de la pareja que esperaba a su hijo. Sin embargo, pese a haber sido probado que su

---

<sup>40</sup> Conf. **BADENI**, obra cit., pág. 1102.

<sup>41</sup> Conf. **BIDART CAMPOS**, obra cit., pág. 515.

<sup>42</sup> C.S.J.N. “Jensen” Fallos: 136:200 (1922), “Mouviel” Fallos: 237:636 (1957), “Oliver” Fallos: 275:89 (1969) y “Formosa Representaciones S.C” Fallos: 298:717 (1977).

imprudencia provocó la muerte del niño, no pudo imputársele delito alguno por no estar tipificado.

Así, mientras no exista una ley que reprima el delito de aborto culposo, todas las muertes que sean ocasionadas a los fetos en forma imprudente, durante su gestación en el seno materno, quedarán impunes. Es que el Principio de Legalidad parece impedir achacar a una persona un accionar como delictuoso, ya que es la misma ley la que lo convierte en prohibido y su ilegalidad surgirá cuando el agente actúe en forma imprudente y la viole.

Cuando se habla de la forma “imprudente”, debe tenerse en cuenta que un accionar no es sólo culposo cuando se lleva a cabo por imprudencia, ya que en esta clase de delitos existen distintas formas de aparición de la culpa. La “culpa” a la que se hace referencia, es aquella que se presenta cuando por una infracción a los deberes de cuidado, sea en cualquiera de sus formas de aparición, el agente lesiona un bien jurídico. A efectos de dar una acabada idea de la solución que se pretende al interrogante planteado en esta tesis, se hará a continuación un desarrollo sobre la estructura de los delitos culposos y el por qué es necesario que el delito de aborto encuentre su tipificación en esta forma.

## **Los Delitos Culposos**

Así como nuestro ordenamiento jurídico sanciona los delitos dolosos, donde el autor realiza la conducta descrita en la norma con discernimiento y voluntad, también hace lo propio con aquellos en los que, si bien el sujeto no quiere provocar la lesión al bien jurídico protegido en el tipo, lo hace mediante una infracción al deber de cuidado. Estos delitos los conocemos como “culposos” o “imprudentes”. El sentido de la tipificación de estos tipos de delitos radica en la protección que el Derecho Penal debe hacer a los bienes jurídicos ya sea en relación a aquellas persona que con conocimiento e intención desean atacarlos, como aquellos que lo hacen mediante la imprudencia, claro está, sin voluntad de hacerlo. Es a lo que Silva Sánchez (y parte de la doctrina) llama “normas primarias”, dirigidas a los ciudadanos prohibiéndoles la realización de determinados hechos. Son directivas de conducta cuya finalidad es influir en los

ciudadanos y, mediante la prevención general disuasoria, se abstengan de la realización de actos delictivos.<sup>43</sup>

De esta forma, el hecho de que vivamos en una sociedad nos pone en una situación en la que los bienes jurídicos conviven en constante riesgo a ser vulnerados y, en vista de que el Derecho no puede prohibir todos los actos de las personas con el fin de salvaguardarlos, debe imponer ciertos límites. Algunos de estos límites son los plasmados en las normas penales. En ellas, mediante la sanción de delitos dolosos, se protege aquellos detrimentos a los bienes jurídicos efectuados con discernimiento por parte del autor y, mediante los culposos, se impone a todos el deber de cuidado en las acciones que llevamos a cabo. Es decir, no se prohíbe llevar a cabo los actos cotidianos de nuestra vida, sino que debemos hacerlos previendo un cuidado tal que se eviten eventuales consecuencias perjudiciales para terceros y adoptando los resguardos necesarios para controlar y disminuir el riesgo de daño a los bienes jurídicos.<sup>44</sup>

Entiende Jiménez de Asúa que hay culpa “(...) cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo”.<sup>45</sup>

Nuestro Código Penal no establece una definición mediante la cual determine el concepto de “culpa”, sino que expresamente describe en el tipo la comisión imprudente, utilizando para ello como modalidades de la comisión la imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo. Esto es así, ya que nuestro Ordenamiento de Fondo sigue el sistema de *numerus clausus*.

De acuerdo a la forma de incriminación, los sistemas jurídicos pueden utilizar el sistema de *numerus apertus* o *numerus clausus*. En el primero, los delitos admiten tanto su forma dolosa como culposa. Una cláusula general relacionada con cada uno de los artículos que definen los delitos dolosos permite su punición general de la imprudencia.

---

<sup>43</sup> Conf. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, págs. 505/588.

<sup>44</sup> Conf. Marco Antonio TERRAGNI, *Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 48, quien expone que “El sujeto resultará castigado porque, sin proponérselo, equivocándose en los medios elegidos para desarrollar su conducta, generó un riesgo de entidad suficiente como para provocar alarma en la sociedad”.

<sup>45</sup> Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 371/372.

En el segundo, el sistema es el opuesto, donde sólo se incrimina un determinado número de delitos a título de culpa, los que la ley prevé expresamente cuáles son.<sup>46</sup>

Así sostiene Zaffaroni al afirmar que, la característica esencial del tipo culposo radica en su forma de individualización de la acción prohibida, puesto que, a diferencia del tipo doloso activo, donde se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece *prima facie* indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado sancionado penalmente.<sup>47</sup>

En cuanto a su estructura, sostiene Mir Puig que los delitos culposos contienen en su parte objetiva la infracción de la norma de cuidado y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal, mientras que en su parte subjetiva, el tipo requiere un elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, mediante culpa consciente o inconsciente, y un elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.<sup>48</sup>

Si nos remitimos al caso relatado al comienzo de este trabajo, podemos vislumbrar que el médico actuó en forma imprudente al infringir la norma de cuidado que como profesional debería haber tenido para con su paciente, poniendo en riesgo la vida del bebé (o la de su madre). En ese sentido, realizó intencionalmente la acción descuidada sin querer el resultado trágico, es decir, ordenó el alta de la madre sin reparar el riesgo que ello implicaba pero, lógicamente, no buscó provocar la muerte del feto.

Ahora bien, conforme lo sostiene Silva Sánchez, la producción de un resultado lesivo relacionado causalmente a una acción (o vinculada con una omisión), no da lugar por sí sola a la atribución de una responsabilidad penal ya que para que ello suceda hay que efectuar una imputación, sea a título de dolo o de imprudencia. Es decir, deben darse las condiciones de una imputación objetiva del resultado a un hecho realizado por el sujeto. En el caso de los delitos culposos que nos concierne para este trabajo, la imprudencia de éste. Para ello, dicho resultado no tiene que ser imprevisible y, en caso de ser previsible, no deben darse las características del “riesgo permitido” que toda actividad de peligro conlleva.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Conf. **SANTIAGO MIR PUIG**, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2012, pág. 292.

<sup>47</sup> Conf. **ZAFFARONI**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 549.

<sup>48</sup> Conf. **MIR PUIG**, obra cit., pág. 297.

<sup>49</sup> Conf. **SILVA SÁNCHEZ**, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, págs. 11/12. El autor lo explica en base a imprudencias médicas, pero puede ser aplicado a cada caso de imprudencia en general.

En palabras de Mir Puig, cuando se refiere al aspecto objetivo de los delitos culposos, considera que la sola realización del tipo no supone la infracción de una norma en el sentido de infracción de un imperativo concreto ya que para ello hace falta, además, la ausencia de causas de justificación y la imputación personal de la infracción. En este sentido, la expresión “infracción de la norma de cuidado” deberá entenderse en un sentido abstracto de inobservancia del cuidado que es exigible solamente si no concurre una causa de justificación y es posible la imputación personal de la infracción.<sup>50</sup>

En nuestro caso ejemplificativo, hubiese sido distinto si, ante el peligro inminente de muerte de la madre, el médico le hubiese colocado una dosis de una droga para compensarla y como efecto secundario, sin que conste anomalías o alergias en la historia clínica, esa droga que salvó a la madre hubiese provocado la muerte del bebé.

Seguidamente, Mir Puig hace mención a las ideas de Jescheck en cuanto a la infracción de la norma de cuidado. En tal inteligencia, Jescheck explica que existen dos deberes que se derivan del mandato general de cuidado, un deber de cuidado *interno* y otro *externo*. El deber de cuidado *interno*, consiste en identificar y valorar correctamente los peligros que acechan el bien jurídico protegido, ya que todas las precauciones que han de tomarse dependen primero de la clase y la medida de conocimiento del peligro en cuestión.<sup>51</sup>

Se debe observar las condiciones bajo las cuales tiene lugar la acción, su evolución y las posibles modificaciones de toda circunstancia relacionada, así como también, su desenvolvimiento y repercusión en el riesgo que previamente se identificó. Para exigírsele al autor la atención sobre el riesgo, debe tomárselo como *una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor* y a la situación concreta en la que aquél se ha colocado. Es decir, se debe juzgar su accionar desde una perspectiva “ex ante” al acaecimiento del daño y debe tenerse en cuenta los especiales conocimientos que el agente tiene sobre dicho obrar, sin plantearsele exigencias desorbitadas para la vida cotidiana o el nivel de riesgo.<sup>52</sup>

De esta forma, el accionar imprudente no sólo le es reprochable a un médico en el ejercicio de sus funciones –más allá de la posición de garantes de éstos para con sus pacientes, situación que lo pone ante una peligrosidad mayor y, por consiguiente, un

---

<sup>50</sup> Conf. MIR PUIG, obra cit., pág. 297.

<sup>51</sup> Conf. Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 622/627.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

mayor deber de cuidado.<sup>53</sup> –, sino que también le es aplicable a cualquier persona que en el ámbito de su profesión o en prácticas habituales del día a día obre con imprudencia y provoque el resultado lesivo (aquél que maneja maquinarias peligrosas, un conductor de automóvil, etc.).

En cuanto al deber de cuidado *externo*, continúa explicando Jescheck que luego del conocimiento logrado a raíz del interno, el autor debe desarrollar un comportamiento externo adecuado con la finalidad de evitar el daño. Para ello, debe omitir acciones peligrosas, actuar con precaución en situaciones de peligro y prepararse e informarse antes de actuar. De esta forma, para omitir acciones peligrosas, el actor debe abstenerse de llevar a cabo una acción que sea adecuada para la realización del tipo que describe el delito imprudente.<sup>54</sup> Dicho en otras palabras, debe abstenerse de realizar actos para lo cual no está capacitado, excedan a sus aptitudes o exista el riesgo de producirse el daño. Así, Mir Puig pone como ejemplo el principiante que toma la curva a alta velocidad o las impericias médicas y Jescheck lo ejemplifica diciendo que, si a pesar de una desinfección, determinadas materias primas no han dejado de ser peligrosas, su utilización no debe tener lugar.

En relación a la actuación con precaución en situaciones de peligro, explica Jescheck que en la vida cotidiana hay situaciones en las cuales, a causa de una utilidad social, si bien son peligrosas no pueden prescindirse de ellas (por ej., utilización de medios de transporte veloces, de maquinarias para la industria, etc.), por lo que el deber de cuidado debe ser ejecutado empleando *todas las medidas necesarias de precaución, control y supervisión* para eliminar el riesgo propio de la circunstancia peligrosa, o mantenerla controlada.<sup>55</sup>

De tal forma, como dije anteriormente, la represión a la causación culposa de la muerte de un ser humano por nacer, no debe estar sujeta solamente al ámbito médico, como se desprende del caso tratado en este trabajo, sino a cualquier acción de cualquier persona que faltando al deber de cuidado provoque el mismo resultado lesivo.

Por último, finaliza Jescheck al decir que respecto al deber de prepararse e informarse antes de actuar, el autor de la acción debe, previo a ella, procurar los conocimientos, experiencias y capacidades sin los cuales su realización sería una

---

<sup>53</sup> Sobre la responsabilidad de los médicos, conf. **YACOBUCCI**, “*Algunos Aspectos de la Responsabilidad Penal del Médico*”, en Federación Médica del Interior. Responsabilidad médica para el tercer milenio. Maldonado: FEMI, Tribunal de Ética Médica (2001), págs. 118/157.

<sup>54</sup> Conf. **JESCHECK**, obra cit., págs. 622/627.

<sup>55</sup> *Ibíd.*

irresponsabilidad a causa del riesgo vinculado a ella (el ejemplo claro, es el del médico que antes de realizar una cirugía examina la historia clínica).

Ahora bien, anteriormente habíamos dicho que la parte objetiva de los delitos culposos se compone de la infracción de la norma de cuidado y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal. Habiendo ya sido explicada la primera, le toca el turno a la segunda parte.

Cuando la infracción al deber de cuidado genera una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma, este resultado debe poder imputarse objetivamente al autor. Para que así sea, debe existir una relación causal entre la acción y el resultado y éste último no debe estar fuera de la finalidad de protección de la norma.<sup>56</sup> A efectos de determinar la relación de causalidad, existen distintas teorías doctrinarias,<sup>57</sup> pero actualmente la doctrina mayoritaria se inclina por la imputación objetiva. Respecto a la finalidad de la protección de la norma, se exigirá siempre que: a) no sea previsible el concreto resultado causado, pese al riesgo incrementado; b) el resultado no tenga nada que ver con la infracción cometida; c) sea un caso de comportamiento alternativo correcto, esto es, cuando el resultado causado por la conducta imprudente se hubiese producido de igual forma con una conducta correcta.<sup>58</sup>

Así las cosas, dable es hacer mención al llamado “principio de confianza”, el cual resulta ser una parte importante en el aspecto objetivo de los delitos imprudentes. Conforme lo expusimos al inicio de este título “Delitos Culposos”, el hecho de que vivamos en una sociedad nos pone en una situación en la que los bienes jurídicos conviven en constante riesgo a ser vulnerados y el Derecho no puede prohibir todos los actos de las personas con el fin de salvaguardarlos. De esta forma, Jakobs explica que cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. Por tal motivo, existe un principio de confianza.<sup>59</sup>

Continúa Jakobs diciendo que en determinados ámbitos es posible vincular el principio de confianza a la idea de protección de los bienes jurídicos. Así, además de que quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y por ello en la mayoría de las ocasiones pierde más respecto de la

---

<sup>56</sup> Conf. **MIR PUIG**, obra cit., pág. 304.

<sup>57</sup> Para estas teorías, conf. **Mirentxu CORCOY BIDASORO**, *El Delito Imprudente, Criterios de imputación del resultado*, 2ª edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2005, págs. 376/407.

<sup>58</sup> Conf. **MIR PUIG**, obra cit., pág. 305.

<sup>59</sup> Conf. **Günter JAKOBS**, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 29/31.

realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás, la razón fundamental de este principio reside en que los demás son, también, sujetos responsables y la idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables.<sup>60</sup>

El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades:

a) Cuando alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto (ej. alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo toma con cuidado).<sup>61</sup>

b) La confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno (ej.: el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado).<sup>62</sup>

De esta forma, no viola el deber de cuidado aquel que lleva a cabo una acción cuando, confiando en que el otro obrará correctamente, no exista razón suficiente para dudar o creer lo contrario.<sup>63</sup>

Ejemplos de este “principio de confianza” podrían apreciarse si el médico de nuestro caso hubiese dado el alta de la paciente al observar en la historia clínica un diagnóstico que asegure el bienestar de su bebé; o el obrero que en una construcción deja caer escombros y caen sobre la embarazada que sobrepasó la prohibición de paso; o incluso, el conductor de ambulancia que circula a alta velocidad con luces y sirena y la atropella porque ella no advirtió su paso. Todos ellos habrían aplicado el “principio de confianza” dando por sentado que el otro obraría con diligencia.

Sentado el aspecto objetivo, haré mención al aspecto subjetivo de los delitos culposos. Dijimos anteriormente que en su parte subjetiva, el tipo requiere un elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, mediante culpa consciente o

---

<sup>60</sup> Conf. **JAKOBS**, obra cit., págs. 29/31.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> Conf. **ZAFFARONI**, obra cit. págs. 559/560.

inconsciente y un elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante. Gran parte de la doctrina considera que los delitos imprudentes carecen de tipo subjetivo por cuanto no tiene razón de ser su diferenciación con el tipo objetivo. Sin embargo y sin adentrarnos en esta discusión dogmática, diré que tal como lo sostiene Mir Puig, la doctrina dominante actual en Alemania acepta la existencia de un aspecto objetivo-normativo (representado por la infracción del objetivo deber de cuidado exigible, que condiciona ya la antijuricidad del hecho culposo) y un aspecto individual, que atiende al poder individual del autor de observar el cuidado objetivamente debido y se incluye en la culpabilidad.<sup>64</sup>

De esta forma, según el contenido psicológico del accionar imprudente, podemos distinguir dos clases de culpa, la consciente y la inconsciente.

La culpa consciente es aquella que se da cuando el agente no tiene intención de causar la lesión al bien jurídico pero advierte la posibilidad de que se produzca, sin embargo, lleva a cabo la acción. Es decir, reconoce la existencia de un peligro pero confía en que no se producirá el resultado lesivo. En cuanto a la culpa inconsciente, el actor no sólo no quiere el resultado lesivo sino que ni siquiera lo prevé como una posibilidad. En otras palabras, no advierte el peligro de su accionar.

Actualmente, la doctrina considera de poca importancia esta distinción, sin embargo continúa siendo útil a los fines de distinguir la culpa -consciente- del dolo eventual. Mientras que en la culpa consciente el sujeto confía en que el resultado lesivo no se producirá, al dejar de confiar en ello y de todos modos llevarlo a cabo, concurriría en dolo eventual.<sup>65</sup>

Como explica Zaffaroni<sup>66</sup>, estas clases de culpa no señalan grados de la misma. Desde el punto de vista del injusto, la gravedad de la culpa está señalada por su *temeridad*, que tiene lugar cuando hay dominabilidad. Se diferencian entonces la culpa temeraria de la no temeraria. Hay temeridad cuando el agente se comporta de manera especialmente irreflexiva o con especial indiferencia frente a los riesgos que son manifiestos<sup>67</sup>. Esta culpa temeraria puede confundirse con el dolo eventual cuando es consciente, única razón por la que es necesario mantener en el injusto la distinción con la culpa inconsciente, por lo que esta clasificación, que vuelve a ser adoptada por las legislaciones contemporáneas puede construirse dogmáticamente en el derecho vigente,

---

<sup>64</sup> Conf. **MIR PUIG**, obra cit., págs. 296/297.

<sup>65</sup> Conf. **ZAFFARONI**, pág. 293.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, pág. 550.

<sup>67</sup> Conf. **Diethart ZIELINSKI**, *Dolo e Imprudencia*, Edición traducida por **Marcelo A. SANCINETTI**, Editorial hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 111.

por lo que tiene mucha mayor importancia práctica que la de culpa consciente e inconsciente. De esta forma, se advierte que no es cierto que la culpa consciente sea más grave que la inconsciente, ya que muchas veces es mayor el contenido injusto de la acción de quien ni siquiera se representa la creación de un peligro con altísima probabilidad de concreción.<sup>68</sup>

Por último, debe hacerse mención a las formas de aparición de la culpa. Nuestro Código Penal establece ciertas actitudes con las que especifica el tipo culposo: *la imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los reglamentos y deberes del cargo* (ésta última ya fue explicada al analizar el aspecto objetivo de los delitos culposos).

En este sentido, diremos que actúa con *imprudencia* el que realiza una acción arriesgada, más allá de lo que es dable admitir para que no se causen daños.<sup>69</sup> Por su parte, la *negligencia*, es la actitud omisiva, un defecto de la atención y de la voluntad, la carencia de las cualidades necesarias para obrar según lo que quiere el orden público. Psicológicamente, es la inercia, producto de un temperamento amnésico y efectivamente torpe.<sup>70</sup> Por último, la *impericia* es la actuación inexperta o inidónea en una tarea que requiere una especial destreza.<sup>71</sup>

Como podemos ver existen varias formas de incumplir el deber de cuidado. El incumplimiento de este deber puede ocasionar daños a bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. La vida, es el bien jurídico máspreciado pero la falta de tipificación del modo imprudente del aborto la deja desprotegida ante *imprudencias, negligencias, impericias en el arte o profesión o inobservancias de los reglamentos y deberes del cargo* de terceros.

Nuestro Código Penal reprime el delito de aborto desde su artículo 85 al 88, pero sólo su forma dolosa. Sólo el tipo penal descrito en el artículo 87, según parte de la doctrina, se acerca a una forma imprudente, criterio que no comparto. A continuación, analizaré los tipos penales de aborto existentes en nuestro Código Penal.

---

<sup>68</sup> Conf. ZAFFARONI, obra cit., pág. 551. En igual sentido MIR PUIG, obra cit., pág. 293/295, quien se refiere a la culpa temeraria y no temeraria como “culpa grave” o “culpa leve”, respectivamente.

<sup>69</sup> Conf. TERRAGNI, *El Delito Culposo*, Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 67.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, pág. 69.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, pág. 72.

## **El Aborto en nuestro Código Penal**

### Aborto

Nuestro Código Penal estipula en su artículo 85 que: *El que causare un aborto será reprimido:*

*1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.*

*2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer*

Para la mayor parte de la doctrina, el bien jurídico protegido por la norma es la vida del feto e indirectamente también protege la vida de la madre al agravar la pena cuando se produjere la muerte de ésta. El aborto es un delito de lesión, de resultado material e instantáneo, que consta de algunos requisitos para su configuración. Estos son que la mujer esté embarazada, sea por proceso natural o inseminación artificial, y que el feto que se encuentra en su vientre haya estado con vida, sin importar su capacidad para vivir fuera del seno de la madre.

En cuanto a su estructura típica, cualquiera puede ser sujeto activo del mismo (salvo que la cualificación del autor lo encuadre en otra figura). El sujeto pasivo es el feto, no importando su grado de desarrollo (embrión), sólo se requiere, como se dijo, que el mismo se encuentre con vida. La acción típica de este delito es la de matar al feto y debe realizarse dentro del seno de la madre o provocada su expulsión inmadura cuando dicho medio haya sido el elegido para matarlo. Si el ser nace con vida, aunque sea precaria, y la muerte se causa por un acto posterior al nacimiento, se tratará de un homicidio.<sup>72</sup>

En cuanto al tipo subjetivo, debemos destacar que es un delito doloso. Cierta parte de la doctrina sostiene que debe existir un dolo directo y descarta el eventual ya que hace una interpretación del aborto preterintencional contemplado en el art. 87 del Código Penal. De esta forma, se remarca que, por lo menos en esta figura, la vida del feto no es protegida ante acciones imprudentes.

---

<sup>72</sup> Conf. D'ALESSIO, obra cit., pág. 62.

Ahora bien, las dos figuras que contempla el art. 85 se diferencian entre sí por la existencia del consentimiento de la madre. “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.”<sup>73</sup>

Este consentimiento opera sobre la pena, ya que agrava la misma en caso de no existir la autorización por parte de la madre, puesto que la ley protege, además, la libertad y maternidad de la mujer embarazada. Tal consentimiento debe ser expreso o tácito y a la vez válido y libremente expresado por una mujer que tenga capacidad penal para prestarlo. Es expreso cuando la mujer lo manifiesta en forma verbal, por escrito o por signos inequívocos y es tácito cuando no se opone a ello.

En cuanto a su consumación, el delito se consuma con la muerte del feto, siendo que ésta debe producirse en el interior del seno materno, antes de su nacimiento. Es un delito que admite tentativa y agravantes, en éste último caso, cuando a raíz de las acciones tendientes a provocar el aborto, se produce la muerte de la mujer, sin importar que medie o no el consentimiento de ella. Sin perjuicio de ello, para que se dé la agravante, la misma tiene que ser causada como consecuencia del aborto provocado, es decir, debe configurarse primero el delito de aborto, ya sea tentado o consumado, para luego y a raíz de las maniobras efectuadas para su realización se produzca la muerte de la mujer.

### Aborto Profesional

El art. 86 del código penal dispone: *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:*

*1º 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.*

---

<sup>73</sup> Conf. **Jorge E. BUOMPADRE**, *Aborto*, en **Carlos A. CHIARA DÍAZ**, *Código Penal y Normas Complementarias, Comentado, Concordado y Anotado*, Editorial Nova Tesis, Rosario, 2011, Tomo III, pág. 490.

*2º 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 deberá ser requerido para el aborto.*

Se considera que abusa de su ciencia o de su arte el profesional que utiliza sus conocimientos para practicar él mismo el aborto, o que de cualquier modo, material o moral, colabora con su realización, fuera de los casos en que la misma ley, con los recaudos del caso, lo autoriza.<sup>74</sup>

Esta figura presenta la particularidad de tener un sujeto activo cualificado por cuanto la norma determina expresamente quiénes son aquellos que puede ser autores del delito. De tal forma, sólo los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos son sujetos activos del tipo y 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.<sup>75</sup>

En cuanto a la penalidad prevista por la norma, incluye además de las penas previstas en el art. 85, inhabilitación especial por el doble de tiempo que el de la condena. Es decir, además de sufrir la pena de prisión, los profesionales enumerados serán inhabilitados para ejercer.

En relación al aspecto subjetivo, el tipo no presenta variantes respecto de la figura básica (art. 85). El autor debe causar el aborto o cooperar en su realización, siendo que, la cooperación a la que se hace referencia, puede ser física o psíquica. Vemos nuevamente que si bien el artículo hace alusión a la intervención de los profesionales de la salud, éstos pueden ser autores del delito solamente si actuaron dolosamente, descartándose, claro está, la figura culposa. El caso tratado al inicio de este trabajo refleja claramente la laguna existente en cuanto al aspecto subjetivo del actor, siendo que si bien aquí se hace mención a su rol de médico su accionar queda impune por cuanto se exige que el profesional abuse con dolo *de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo*.

Ahora bien, este artículo enumera dos causas de justificación (siempre que el accionar sea desplegado por un médico diplomado), los llamados “aborto terapéutico” y “aborto eugenésico”.

---

<sup>74</sup> Conf. **D’ALESSIO**, obra cit., pág. 65. El autor cita a **Carlos CREUS**, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo I, págs. 59/60 y **Sebastián SOLER**, *Derecho Penal Argentino*, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, págs. 107/108

<sup>75</sup> Conf. **BUOMPADRE**, obra cit., pág. 502.

El aborto terapéutico, es aquél contemplado en el inciso 1° y establece que no es punible el accionar del profesional si ante el peligro de muerte para la madre, se “sacrifica” la vida del feto. Esto es así, por cuanto se considera menos perjudicial al sostenerse que la vida de la madre es más valiosa. Sin perjuicio de ello, se respeta la decisión de la madre y sólo se le reconoce a ella la opción de decidir entre su vida y la del niño.

Por su parte, el aborto eugenésico, es aquel que “autoriza” el aborto si *el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*. Actualmente la doctrina se encuentra dividida respecto a este supuesto, ya que una postura, mayoritaria, sostiene que para que el aborto esté justificado, el embarazo debe provenir de una violación efectuada a una mujer idiota o demente, mientras que otros consideran que todos los casos de violaciones entran en este supuesto.<sup>76</sup>

#### Aborto Preterintencional

Este tipo penal, de acuerdo a su redacción, es considerado por parte de la doctrina como una forma imprudente del aborto, criterio que como ya dije anteriormente, no comparto.

El art. 87 del Código Penal de la Nación determina que *“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 de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.”*

Esta figura requiere para su concreción que se den varios requisitos:

- a) el ejercicio de violencia sobre la mujer, pudiendo ser ésta física o psíquica;
- b) la existencia de un embarazo previo y que éste sea notorio o de conocimiento para el autor;
- c) una relación causal entre la violencia ejercida y el aborto, es decir, que el mismo sea provocado a raíz de ésta violencia ejercida sobre la mujer embarazada;

---

<sup>76</sup> La diferenciación que hacen unos de otros radica principalmente en que si la norma contemplara todos los casos de violaciones, debería existir una coma luego de la palabra “violación”, como así también, que dicha interpretación no se condice con la última parte del artículo, el cual señala “...el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”, ya que de estar refiriéndose a cualquier caso de violación, estarían incluidos aquellos de las mujeres mayores capaces, los cuales no requieren la intervención de un representante legal. Por último, agregan que la ley indica como único portador del embarazo que puede ser interrumpido, a la mujer idiota o demente.

- d) que en el accionar desplegado por el autor no exista dolo de aborto, es decir, que la violencia ejercida no haya sido destinada a causar el aborto sino en violentar a la madre.

Analizaré primeramente el aspecto subjetivo de este artículo ya que es el que presenta mayor discusión doctrinaria. Esta discusión no es menor, puesto que dependiendo la postura que se tome, podría existir una solución al interrogante planteado en este trabajo y dilucidar que no existe, en este aspecto, una laguna legal y desprotección de la vida humana.

Aquellos autores que son de la idea de que aquí se encuentra descrito el tipo culposo del delito de aborto, entienden que la violencia ejercida, más allá de que sea ilícita, no constituye en sí un delito, pero causa un resultado imprudente. Esto es sostenido por Breglia Arias y Gauna<sup>77</sup>, quienes coinciden en cuanto a que no existe dolo directo o indirecto desde el momento en que la figura determina *sin haber tenido el propósito de causarlo*, encontrándose la problemática en cuanto a si es un delito culposo, preterintencional o preterintencional con dolo eventual.

Sostienen que la violencia a la que se refiere la norma no es un delito, ya que no se habla de lesiones, sino de un despliegue de energía física que se dirige a la mujer, ya sea golpeándola o mediante cualquier vía de hecho que no la toque y descartan la preterintencionalidad por cuanto ésta requiere un delito inicial, básico y querido y, en vista de que “la violencia” por sí misma puede no constituir un delito anterior doloso, queda entonces suprimida la hipótesis.

En cuanto al dolo eventual, aseguran que éste último queda descartado ya que requiere para su configuración un asentimiento o ratificación ante lo que se ha previsto o pudo preverse con un deber de cuidado adecuado o, desde el punto de vista objetivo, la probabilidad. En el caso de haberse llevado a cabo la acción en esas condiciones, estaremos frente un dolo eventual, pero la conducta quedará encuadrada en la figura del art. 85, inciso 1º y no en la del art. 87.

Por otra parte, descartan la figura de la culpa inconsciente ya que el sujeto activo conoce y le consta la condición de embarazada. Lo determina la propia norma al decir *si el embarazo fuere notorio o le constare*. Finalizan su hipótesis, sosteniendo que, descartados la preterintencionalidad, el dolo eventual y la culpa inconsciente, el aborto

---

<sup>77</sup> Conf. **Omar BREGLIA ARIAS y Omar R. GAUNA**, *Código Penal y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, 6ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, Tomo I, pág. 894/897. En igual sentido, **Rodolfo MORENO (h)**, *El Código Penal y sus antecedentes*, Editorial H.A. Tommasi, 1923, Tomo III, págs. 423/424.

no intencional violento, pero sin lesiones, es una modalidad delictiva de la culpa consciente.

Por su parte, Núñez descarta que en este caso el aborto sea culposo. Sostiene que la culpa no es compatible con la mala intención de violentar a la mujer, ya que con esa conducta el autor conscientemente atenta contra su seguridad física. Afirma que la preterintencionalidad que aquí se describe no tiene el mismo significado que en el homicidio preterintencional, ya que el concepto no atiene ni a la naturaleza del medio empleado, ni está limitado por la posibilidad del autor de prever el resultado abortivo. Esta preterintencionalidad a la que hace mención el artículo únicamente significa que la muerte del feto no está en el propósito del autor de la violencia, pero sí que se le presente como resultado eventual.<sup>78</sup>

Asimismo, Fontán Balestra también descarta desde un principio el dolo directo en esta figura, por cuanto resulta clara la expresión *sin haber tenido el propósito de causar*lo. También sostiene que el aborto aquí descrito es preterintencional ya que la ley requiere que sea causado con violencia -acción destinada a causar daño-, en tanto que puede parecer como no previsto, con posibilidad de ser únicamente a título de culpa. Descarta también que el tipo sea culposo al entender que cuando el legislador ha querido sancionar dicha modalidad, lo ha hecho incluyendo en el texto para cada caso en particular el tipo culposo correspondiente y utilizando expresiones análogas que poco varían en cada caso y que revelan claramente la imputación a título de culpa (*el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo*), además de no ser proporcionales las escalas penales de este tipo con los de las figuras culposas. Además, agrega que dentro de éstos supuestos también están comprendidas las figuras del aborto con dolo eventual, ya que, si bien no pueden ser incluidas dentro de la preterintencionalidad, de la propia interpretación de la norma surge que quedan incluidas en el tipo (*...no ha tenido el propósito de causar...*).<sup>79</sup>

Soler también considera que es un delito preterintencional. Descarta la figura culposa alegando, al igual que Fontán Balestra, que no sólo se desprende de la propia escritura del tipo penal, sino que en caso de tratarse de esta modalidad delictiva la ley lo prevería tal como otros delitos culposos y las escalas penales no son compatibles con aquella forma, puesto que de ser un tipo culposo, la muerte de un feto habría sido

---

<sup>78</sup> Conf. **Ricardo NÚÑEZ**, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 2008, págs. 26/27.

<sup>79</sup> Conf. **Carlos FONTÁN BALESTRA**, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, págs. 87/88.

reprimida con la misma pena que la muerte culposa de un hombre, a pesar de las grandes diferencias que median en las correspondientes escalas para las figuras dolosas.<sup>80</sup>

Explica, además, que el aborto sería culposo si el sujeto lo causara por sus violencias, pero sin que el estado de embarazo le constare o fuere notorio, así como se responde por las consecuencias culposas no ya cuando se sabe lo que puede suceder (dolo eventual) sino cuando se debía saber lo que podía suceder. Además, esta figura, igual que las otras figuras preterintencionales, contiene un hecho base de carácter ilícito y doloso, por lo cual se diferencia claramente de un delito culposo.

Por otra parte, Buompadre considera que estamos en presencia de un caso de dolo eventual. Explica que no es una forma culposa ya que al estar dirigida la violencia contra la mujer, no sería compatible con la intención de violentar. Asimismo, al igual que los otros autores, entiende que si el legislador hubiese querido configurar el tipo culposo, lo habría hecho expresamente y descarta el dolo directo puesto que, de ser así, generaría confusión con la figura común del aborto, además de que es la misma ley la que lo prescribe (“...sin haber tenido el propósito de causarlo...”).<sup>81</sup>

Sin embargo, tampoco tiene como probable la figura preterintencional, pues si bien es cierto que ésta requiere una acción inicial dolosa (si interpretamos la violencia como dolosa), el resultado final debe ser culposo y el art. 87 exige un final doloso (aunque no directo), por cuanto el autor, al emplear la violencia contra la mujer, lo hace asintiendo la posibilidad real de causar un aborto. Para él existe dolo eventual, ya que el autor, no obstante de advertir o conocer el estado de embarazo de la mujer y previendo la posibilidad de un resultado previsible como es el aborto, ejerce violencia y no le importa dicho resultado, lo menosprecia, por lo que en vez de detenerse ejecuta el acto y provoca el aborto.

Por último, Donna considera que es un delito compuesto, por un actuar doloso con respecto a la violencia en contra de la mujer y, en cuanto al aborto, es tanto aceptable el dolo eventual como la culpa<sup>82</sup>, mientras que Molinario descarta esta figura como aborto culposo o preterintencional, afirmando que “esta disposición legal no reprime específicamente el aborto culposo, sino cualquier aborto producido por medios

---

<sup>80</sup> Conf. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Editorial TEA, Buenos Aires, 1996, Tomo III, pág. 110.

<sup>81</sup> Conf. BUOMPADRE, obra cit., págs. 542/543.

<sup>82</sup> Conf. DONNA, obra cit., pág. 92.

violentos, siempre que los mismos no fueran dirigidos a producir tal resultado. Debiera, pues, denominarse a esta figura aborto violento e imprevisto”.<sup>83</sup>

En mi opinión, tal como lo anticipé anteriormente, no considero que esta figura tipifique el aborto culposo. Las posibilidades planteadas por la doctrina en cuanto a este delito es una figura que podría ser: culposa, con dolo eventual o preterintencional. Yo descarto la postura del dolo eventual por cuanto si bien es cierto que la norma exige que la violencia haya sido ejercida contra una mujer cuyo estado de embarazo sea notorio, lo cual obligaría al autor a adoptar los recaudos pertinentes, coincido con Breglia Arias y Gauna en que estaríamos frente a una conducta encuadrada en la figura del art. 85, inciso 1°. Recordemos que tal como se explicó en el primer apartado de este título el aborto “simple” es doloso y no tendría sentido que el legislador creara dos tipos penales para una misma acción sólo para distinguir dos tipos de dolo, máxime si de la propia descripción de la figura simple se abarca tanto el dolo directo como el eventual. Para el caso, debería ocurrir lo mismo en el resto de los delitos tipificados en el código y no es así.

Ahora bien, también descarto que aquí se plantee un caso culposo. Vuelvo a coincidir con Breglia Arias y Gauna, esta vez, al afirmar que si la misma figura determina que el estado de embarazo debe ser notorio o le constare al atacante, no existe culpa inconsciente. Sin embargo, tampoco existe culpa consciente, ya que, tal como sostiene Núñez, la intención de violentar contra una mujer que notoriamente está embarazada o su estado es de conocimiento del autor, se contraponen contra cualquier imprudencia que pudiera ejercer.

Nótese que, tal como lo afirma Fontán Balestra, cuando el legislador ha querido sancionar modalidad culposa incluyó en el texto de la norma para cada caso en particular el tipo culposo correspondiente y utilizó expresiones similares entre sí que denotan claramente la imputación a título de culpa. Entonces, quien ejerce violencia contra una mujer cuyo estado de embarazo es notorio o le constare del mismo, no está obrando con *imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo*. Además, coincido en que tampoco son proporcionales las escalas penales de este tipo con los de las figuras culposas.

De lo expuesto, considero entonces que estamos frente a un caso de preterintencionalidad. Para que se produzca la preterintencionalidad es necesario que el agente tenga una intención delictiva de un delito de menor gravedad y que el resultado antijurídico exceda esa intención y provoque uno de mayor gravedad al buscado, sin que

---

<sup>83</sup> **Alfredo J. MOLINARIO**, *Los Delitos*, Editorial TEA, Buenos Aires, 1996, págs. 218/219.

el medio empleado haya sido idóneo para ello. Si bien es cierto que la norma exige que se ejerza “violencia” contra la mujer y no existe el delito de “violencia”, la misma es ejercida claramente con el fin de causar lesiones en la embarazada o un menoscabo en su salud física o psíquica. Allí encontramos la intención delictiva del atacante que luego se ve desembocada en la muerte no querida del feto.

El anteproyecto de Código Penal de 2014 realizado por Eugenio Zaffaroni y Roberto Carlés incluye entre varias modificaciones el artículo 86, en donde se tipifica al aborto culposo, uniéndolo con el aborto preterintencional. De esta forma, los autores terminan con la discusión en cuanto a si el aborto preterintencional tipificado en nuestro código actual hace referencia al aborto culposo o no. Asimismo, especifican en un nuevo artículo 87 que el aborto culposo de la mujer no será punible.<sup>84</sup>

#### Aborto causado por la propia mujer.

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

Esta figura describe el aborto causado por la propia mujer, por lo que sujeto activo de la misma es la mujer embarazada, siendo el sujeto pasivo el feto, y se detallan dos acciones típicas: causar la embarazada su propio aborto o consentir que otro lo haga. Es decir, la acción aquí descrita es la de la mujer que causa su propio aborto realizando ella misma las maniobras tendientes a terminar con la vida del feto. Esto no descarta la posibilidad de cómplices cuya participación se regirá por las disposiciones de los arts. 45 y 46 del Código Penal.<sup>85</sup>

Ahora bien, si el tercero al que hace referencia la norma es médico o profesional del arte de curar, no estaríamos en presencia de esta figura, sino de aquella contemplada en el art. 86, al que ya se hizo referencia con anterioridad.

---

<sup>84</sup> Conf. ZAFFARONI y Roberto Manuel CARLÉS, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2014, págs. 735/736. También se vuelve a tipificar la figura del infanticidio, cuya regulación podría poner fin a la discusión doctrinal del inicio del nacimiento, pág. 721.

<sup>85</sup> Art. 45: *Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.*

Art. 46: *Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.*

En cuanto al consentimiento al que alude la norma, éste no es punible por sí mismo, siendo sólo cuando el tercero ha consumado o tentado el delito.<sup>86</sup> La retractación de la mujer realizada antes de la consumación del aborto la desincrimina, pero si de todas formas se lleva a cabo el mismo, el tercero incurrirá en el tipo previsto en el art. 85 inc. 1 del código penal.

En relación a la no punibilidad de la tentativa a la que hace referencia la norma, tal como sostiene Buompadre, 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 tentado ya que la excusa tiene una razón político criminal que la fundamenta y es 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 repercusión social relevante; para evitar que tal fundamento quede totalmente desvirtuado, es que también la excusa beneficia al cómplice.<sup>87</sup>

Nuevamente, vemos que sólo se hace mención a las acciones dolosas de la madre tendientes a terminar con la vida del feto, no así a las culposas. Sin embargo, si bien a lo largo de este trabajo se ha planteado la necesidad de la tipificación del delito de aborto en su forma imprudente no sólo para los profesionales de la salud, sino también para toda persona que mediante la falta a los deberes de cuidado provoque la muerte del bebé por nacer, entiendo que la imprudencia de la madre no debe ser punible tampoco a título culposo.

En tal sentido, y sin adentrarme al tema por cuanto no forma parte del presente trabajo, soy partidario de la aplicación de la pena natural, pero sólo en los delitos culposos. Describe Zaffaroni a la *poena naturalis* como el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. Por cierto que no se puede descartar que, en hipótesis extremas, la *poena naturalis* cancele toda posibilidad de otra pena estatal.<sup>88</sup>

De esta forma, si a raíz de la imprudencia de la madre se provoca la muerte de su futuro hijo, esto podría generar un daño tal en la salud psíquica de ella que permitiría

---

<sup>86</sup> Conf. D'ALESSIO, obra cit., pág. 72.

<sup>87</sup> Conf. BUOMPADRE, obra cit., pág. 544. De igual forma DONNA, obra cit., págs. 93/94.

<sup>88</sup> Conf. ZAFFARONI, *Derecho Penal...*, pág. 996.

prescindir de la pena estatal y evitar, de esta forma, una superposición de penas que la obligue a soportar, además de su desconsuelo, un castigo del Estado, viéndose violentado el principio de proporcionalidad que exige la imposición de las penas.

Este pensamiento es aplicado en distintos países, sobre todo sudamericanos, cuya legislación especifica que el aborto culposo causado por la propia mujer no es punible. Sin embargo, no todos los países sudamericanos -o europeos- penan la forma culposa del aborto. A continuación, haré un análisis comparado de legislaciones de varios países, en el caso de los europeos, aquellos que han tenido mayor influencia en nuestro ordenamiento jurídico, y respecto de los sudamericanos, los que poseen mayores restricciones en relación al aborto.

## **Derecho Comparado**

En este acápite, se analizarán brevemente algunas de las legislaciones que contemplan la figura del aborto culposo, a excepción de Alemania, la cual presenta una situación similar a la de nuestro país al vislumbrarse una contradicción entre su protección al derecho a la vida y la falta de penalización para esta figura imprudente.

Por lo general, las legislaciones europeas resultan ser menos restrictivas que las sudamericanas puesto que las primeras adoptan una postura en la cual el aborto es permitido dentro de un cierto período transcurrido desde la concepción, siendo incluso despenalizado en varios países, mientras que los sudamericanos son más proteccionistas. Asimismo, también eximen de pena en determinados supuestos, como ser el aborto terapéutico o si el embarazo es resultante de una violación, mientras que otros hasta la prohíben bajo cualquier circunstancia.

### España

La Constitución española establece en su capítulo segundo, sección 1<sup>a</sup>, los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Aquí, dispone en su artículo 15, que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

El aborto en España es considerado un delito<sup>89</sup> y sus distintas figuras se encuentran tipificadas en el Título II de la parte especial del Código Penal Español. En este sentido, establece en su artículo 146 que “El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”

Este artículo fue modificado por la LO 15/2003, de fecha 25 de noviembre de 2003, mediante la cual se reemplazó la pena de arresto de fin de semana que la normativa que la antecedía dictaba por la pena de prisión o multa.

Por otra parte, se destaca que para que exista negligencia profesional es necesario “que el sujeto actúe en el desempeño de las funciones que son propias de su especialidad o titulación y que realice su intervención con olvido o menosprecio de las reglas técnicas o *lex artis* que presiden el desempeño de una actividad profesional. Para configurar una conducta temeraria de proyección punitiva es necesario que concurra un comportamiento o actuación con omisión del debido cuidado y que esta conducta de abandono sea el factor desencadenante de un resultado delictivo.”<sup>90</sup>

Asimismo, este cuerpo normativo dispone en su Título IV las lesiones al feto y determina que “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”, como así también castiga las lesiones imprudentes al feto diciendo que “El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.” (arts. 157 y 158).

---

<sup>89</sup> Salvo en los casos comprendidos en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

<sup>90</sup> **Luis RODRÍGUEZ RAMOS**, *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*, 3ª Edición, La Ley, Madrid, 2009, pág. 531.

Por su parte, reprime también la utilización de ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, la fecundación de óvulos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, la clonación y la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer (arts. 160, 161 y 162).

De esta enumeración realizada, se colige que el derecho español contempla la comisión del delito de aborto imprudente, a la vez que protege al feto del accionar de terceros, castigando a los profesionales de la salud o a los demás imprudentes que por su negligencia o impericia ocasionen su muerte, descartando aquella provocada por la propia madre. Sin embargo, la legislación española es contradictoria cuando, por un lado reprime la fecundación de óvulos para cualquier fin distinto al de la procreación humana pero mediante la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se autoriza la utilización de embriones humanos con fines de investigación.

### Alemania

La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania protege la vida humana al sostener en su artículo 2,2 que *Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley*. Previo a ello, sostiene en su art. 1,1 que *La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección*.

Por su parte, el Código Penal Alemán castiga en su art. 218 a quien interrumpa un embarazo, siempre y cuando dicho accionar se produzca después de la anidación del óvulo fecundado. Considera como casos graves cuando el autor actúa contra la voluntad de la embarazada o cause culposamente un peligro de muerte o un grave daño en su salud. También pena a la embarazada que comete aborto y establece que la tentativa es punible, pero no aquella realizada por la madre.

Sin embargo, el art. 218a indica la no punibilidad del embarazo cuando:

1. la embarazada solicita la interrupción del embarazo y le ha demostrado al médico por medio de un certificado -establecido en el art. 219, inciso 2, frase 2-, que ella se ha dejado asesorar por lo menos tres días antes de la intervención;
2. la interrupción del embarazo es practicada por un médico, y
3. desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas.

Asimismo, establece que la interrupción del embarazo practicada por un médico con consentimiento de la embarazada no es antijurídica cuando, de acuerdo con el conocimiento médico, sea necesaria la interrupción para eliminar un peligro para la vida de la embarazada o un perjuicio muy grave para su salud física o anímica y el mismo no pueda ser eliminado de otra manera exigible para ella, como así también, por haber sido víctima de una violación (siempre que no hayan transcurrido desde la concepción más de doce semanas).

Por otra parte, sin perjuicio de que en su art. 218 pena el accionar de la embarazada que comete aborto, este artículo 218a establece que cuando la interrupción del embarazo haya sido practicada después del asesoramiento estipulado en el art. 219<sup>91</sup> del mismo cuerpo normativo, mediante un médico y siempre que desde la concepción no hayan transcurrido más de 22 semanas, la embarazada no será castigada. Agrega, además, que el tribunal podrá prescindir del castigo cuando la embarazada, al tiempo de la intervención, se hubiera encontrado en especial situación de apremio.

Los incisos y artículos siguientes del Código Penal Alemán tratan los distintos supuestos punibles relacionados al accionar de los médicos respecto de los certificados, ya sean que hayan efectuado el aborto sin un dictamen médico o alguno incorrecto, como así también, castigan las conductas de los profesionales que no hayan efectuado el correcto asesoramiento a la embarazada, publiciten el aborto, o pongan en circulación medios para interrumpir el embarazo.

Como vemos, el aborto imprudente no está previsto en la legislación alemana, lo cual resulta contradictorio si nos remitimos a lo remarcado por la Sala II del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con fecha 28 de mayo de 1993, que sostuvo, entre otras

---

<sup>91</sup> Art. 219: (1) *La asesoría sirve para la protección de la vida prenatal. Debe estar orientada por el empeño de animar a la mujer para continuar con el embarazo y abrirle perspectivas para una vida con el niño. La asesoría debe contribuir a que la mujer tome una decisión responsable y concienzuda. En relación con esto la mujer debe ser consciente de que el que no ha nacido tiene en cada estadio del embarazo también frente a ella un derecho propio a la vida y que por eso, según el ordenamiento jurídico una interrupción del embarazo solo se toma en consideración como una situación excepcional, cuando la mujer a través de la gestación del niño resulta una carga que es tan difícil y extraordinaria de que ella sobrepase el límite exigible de sacrificio. La asesoría pretende contribuir por medio del consejo y de la asistencia a superar la relación conflictiva existente en relación con el embarazo y a eliminar una situación de necesidad. Mayores detalles están reglamentados en la ley de conflicto del embarazo.* (2) *La asesoría debe efectuarse de acuerdo con la ley de conflicto de embarazo a través de una entidad asesora para conflicto de embarazo reconocida con base en la ley de conflicto de embarazo. Está entidad asesora debe expedir a la embarazada al término de la asesoría una certificación al respecto que contenga la fecha de la última entrevista de asesoría indicando el nombre de la embarazada al tenor de la ley de conflicto del embarazo. El médico que efectúe la interrupción del embarazo queda excluido como consejero.*

cosas, que el Estado tiene por obligación y así se lo encomienda la Constitución, la protección de la vida humana, en la que se encuentra aquella del no-nacido, en todo momento, y debe para ello llevar a cabo las condiciones necesarias para su desarrollo ya que su vida no depende de la voluntad de la madre o de ningún otro tercero.<sup>92</sup>

De las consideraciones emanadas por el Tribunal, se colige la existencia de tres tipos de abortos: a) un aborto justificado legalmente, despenalizado y subvencionado públicamente, como es aquél que se hace por el peligro a la vida o salud de la embarazada; b) un aborto ilegal pero no penado ni subvencionado, como el del médico que, con consentimiento de la madre, realiza el aborto dentro de las primeras doce semanas del embarazo y luego de los tres días del correspondiente asesoramiento; y c) el aborto ilegal penalizado, como ser todos los casos de aborto realizados luego del tercer mes de embarazo.<sup>93</sup>

No se hace mención a la modalidad culposa del aborto por lo que, si tenemos en cuenta que el máximo Tribunal alemán pregona que el Estado tiene la obligación constitucional de la protección de la vida humana, en todo momento, podemos observar que Alemania se encuentra en una situación similar a la de nuestro país, encontrándose entonces desamparada la vida de los sujetos por nacer ante acciones imprudentes de terceros.

### Italia

En Italia el aborto se encuentra regulado por la Ley 194/1978, promulgada el 22 de mayo de ese mismo año, mediante la cual bajo el título de “Normas sobre la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo” (*Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), reglamenta con 22 artículos los requisitos y las formas para llevar a cabo el aborto.

El artículo 4 de la ley establece el aborto voluntario y lo hace amparándolo en ciertas condiciones que debe padecer la mujer al momento de llevarlo a cabo. Determina que “La mujer que se encuentre en circunstancias tales que la prosecución del embarazo, el parto o la maternidad representen un serio peligro para su salud física o psíquica, en relación a su estado de salud, o a sus condiciones económicas, o sociales, o familiares, o a las circunstancias en que ha tenido lugar la concepción, o a previsiones

---

<sup>92</sup> BVerfG, 2 BvF 2/90 vom 28.05.1993, Rn. (1-434).

<sup>93</sup> Conf. **Rafael DOMINGO**, “El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán, observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, Nro. 2, (1994), págs. 273/281.

de anomalías o malformaciones del concebido, puede dirigirse a un consultorio público instituido conforme al art. 2), letra a), de la ley 29 Julio 1975, núm. 405, o a una estructura socio-sanitaria autorizada para ello por la Región, o a un médico de su confianza”. Por su parte, el artículo 6 regula el aborto terapéutico, al disponer que podrá ser practicado el aborto si la vida de la madre corre un grave riesgo o ante la existencia de anomalías en el feto. Asimismo, si existiese la posibilidad de la vida autónoma del feto, el médico deberá adoptar todas las medidas idóneas para salvaguardar su vida (art.7).<sup>94</sup>

En el caso de las mujeres menores de edad, el art. 12 establece que la solicitud de aborto debe llevarse a cabo por la mujer con consentimiento de sus padres o representantes legales, pero otorga la posibilidad a la menor de prescindir de ello cuando en los primeros noventa días “...concurran serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulten dichas personas, o cuando éstas, interpeladas, nieguen su consentimiento o expresen opiniones distintas entre ellas...”. En estos casos, la interrupción del embarazo puede ser autorizada por un Juez, previo dictamen médico. Similar situación ocurre con una mujer incapacitada por enfermedad mental (art. 13).<sup>95</sup>

Ahora bien, de un simple análisis esta ley resulta, a mi criterio, contradictoria, por cuanto sostiene en su artículo 1º que el Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad y tutela la vida humana desde su inicio, asegurando que la interrupción del embarazo reglamentada en dicha ley, no constituye un instrumento de control de los nacimientos. Es decir, la propia ley que legitima y reglamenta el aborto, afirma que el Estado garantiza la tutela de la vida humana, la procreación consciente y responsable y el valor de la maternidad.

Asimismo, se vislumbra que lo que pretendió el legislador fue abarcar todas las situaciones posibles e incluso dejar abierta la posibilidad para que cualquier motivo o excusa por parte de la mujer sea válido para abortar.

En lo que nos atañe a este trabajo, cabe agregar que esta misma ley previene la figura del aborto imprudente, ya sea que la falta a los deberes de cuidado del autor produzca la interrupción del embarazo o provoque el parto prematuro (art. 17).

En ese sentido, la Corte Constitucional italiana ha determinado que es legítima la denuncia de oficio en los casos en los que se produce un aborto culposo por cuanto debe interpretarse la voluntad del legislador al penar la conducta, la cual guarda una cuestión

---

<sup>94</sup> Conf. **Federico FABBRINI**, *Fundamental Rights in Europe, Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Reino Unido, 2014, pág. 202/203.

<sup>95</sup> *Ibíd.*

de política criminal. Esta política criminal sólo puede ser reprochable cuando la misma envuelve una manifiesta irracionalidad.<sup>96</sup>

### Chile

La legislación chilena es una de las más restrictivas del mundo en relación al aborto. La Constitución Política de la República de Chile establece en su art. 19 que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y agrega que la ley *protege la vida del que está por nacer*, mientras que el Código Penal Chileno contempla en su Título VII “Crímenes y Simples Delitos Contra el Orden de las Familias y contra la Moralidad Pública”, en los artículos 342 al 345 todas las figuras del aborto, dentro de las cuales no reprime la modalidad culposa.

De esta forma, reprime al que maliciosamente causare un aborto ejerciendo violencia en la persona de la mujer embarazada, al que lo causare sin violencia con o sin el consentimiento de la mujer (art. 342); al que lo causare con violencias sin haber tenido el propósito de hacerlo y el estado del embarazo sea notorio o le constare (art. 343); a la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo cause, aunque lo hiciera para ocultar su deshonra (art. 344); y al facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare en él (art. 345).<sup>97</sup>

Sin embargo, pese a las restricciones que se mencionaron, llama la atención que dicho ordenamiento jurídico no contemple la modalidad culposa de la figura del aborto, siendo la única norma que podría considerarse que hace mención a la imprudencia es el art. 343, pero como se sostuvo anteriormente al hablar de nuestro Código Penal, en vista de la similitud que guarda con nuestro art. 87, se trata de un aborto preterintencional.

### El Salvador

La legislación salvadoreña, junto a la chilena, es una de las más proteccionistas de la vida humana y restrictiva en lo que atañe al delito de aborto. En este sentido, la Constitución de la República de El Salvador reza en su artículo 1 que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien

---

<sup>96</sup> Corte Costituzionale, O. 324/2013 del 11/12/2013.

<sup>97</sup> La legislación chilena es muy restrictiva aunque la presidente Michelle Bachelet presentó un proyecto de ley donde se promueve la despenalización del aborto terapéutico, violación e inviabilidad del feto, habiendo sido aprobada la propuesta por la Comisión de la Salud con fecha 15 de septiembre de 2015.

común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

Asimismo, expone seguidamente en su artículo 2 que “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

De esta forma, vemos que la vida humana es considerada primordial en la legislación salvadoreña, siendo reconocida desde el primer artículo de su Ley Fundamental. En cuanto al Código Penal, el delito de aborto se encuentra legislado en los artículos 133 al 137 y también se prevén las lesiones al feto en los artículos 138 y 139.

En tal sentido, el art. 133 castiga tres conductas dolosas: 1) el aborto cometido por una persona distinta a la embarazada con su consentimiento; 2) el aborto cometido por la propia embarazada; 3) el consentimiento dado por la mujer embarazada para que otro provoque el aborto. El siguiente artículo 134 reprime a quien, sin el consentimiento de la madre (aunque sea logrado mediante violencia o engaño), provoque el aborto. Es también una conducta dolosa y se diferencia del primer supuesto del artículo anterior al no existir el consentimiento de la madre. Es decir, si bien el sujeto pasivo del delito es el feto, tanto éste como la madre resultan damnificados.

Por otra parte, los artículos 135 y 136 agravan las penas e inhabilita a los profesionales de la salud que provocan el aborto o quienes inducen o ayudan (incluso al progenitor del niño por nacer), en forma económica o de cualquier otra, a la mujer a llevarlo a cabo.

Por último, el art. 137 regula el aborto culposo. “El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”. Para que se configure el delito, el aborto cometido imprudentemente debe ser cometido por persona distinta de la embarazada y, en vista de la desvinculación que la norma hace en su mención final, sujeto activo sólo puede ser alguien distinto de

la embarazada, no habiendo especialidad respecto de las normas generales de imprudencia. Asimismo, no se recoge agravación por imprudencia profesional.<sup>98</sup>

Por último, resta hacer mención a los artículos 138 y 139, los cuales contemplan las lesiones provocadas al feto. En estos casos, la ley castiga a quien le ocasione lesiones o alguna enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque alguna tara física o psíquica, siendo afectada la pena en base a la gravedad de la lesión. Asimismo, sanciona también a todo aquél que en forma imprudente lesione al feto, a excepción de la madre, la cual no es imputable.

### Costa Rica y Guatemala.

Tanto las legislaciones de Costa Rica y Guatemala contemplan en su Constitución Nacional el derecho a la vida. La Primera lo hace en su art. 21 y la segunda en los arts. 1, 2 y 3.

Ahora bien, respecto a Costa Rica, el Código Penal costarricense reglamenta el delito de aborto en sus artículos 118 al 122. En éstos, se encuentra tipificadas las figuras del aborto propio de la mujer, practicado por ella o lo consintiere (art. 119), el provocado por un tercero con y sin el consentimiento de la madre -o siendo ésta menor de 15 años- (art. 118), el aborto “honoris causa”, ya sea por ella misma o un tercero (art. 120) y el aborto culposo (art. 122). Asimismo, exime de pena al aborto terapéutico (art. 121).

Asimismo, cabe destacar que la Corte Suprema costarricense es partidaria de la postura que sostiene que las primeras contracciones de parto son las que deben considerarse para que una acción sea configurada como homicidio y no como aborto. Así ha sostenido que “(...) existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En este sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica(...)”<sup>99</sup> y que “(...) la norma contenida en el numeral 122 *ejusdem* se refiere

---

<sup>98</sup> Conf. **Francisco MORENO CARRASCO y Luis RUEDA GARCÍA**, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, pág. 534.

<sup>99</sup> Exp: 00-200086-0456-PE, Res: 2004-00442, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 7/5/2004. En igual sentido, Exp: 01-200114-0414-PE, Res: 2005-01267, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 14/11/2005.

al que por culpa causare un aborto, entendiendo por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. (...)”<sup>100</sup>

Por su parte, Guatemala establece en su Código Penal una definición del aborto en su art. 133<sup>101</sup> y castiga a la mujer que causa su propio aborto o consintiere que otro lo haga (art. 134). También sanciona al que efectúe la interrupción del embarazo con o sin el consentimiento de la madre, agravándolo si mediare violencia, amenaza o engaño (art. 135) y, asimismo, lo agrava aún más si se produce a raíz ello la muerte de la mujer (art. 136). También, pena el aborto preterintencional (art. 138), el aborto culposo (art. 139) y agrava la situación de los médicos, practicantes o personas con título sanitario (art. 140). Sin embargo, estipula que no es punible el aborto terapéutico (art. 137), el aborto culposo propio de la madre y la tentativa de ésta de causarlo dolosamente (art. 139).

## Conclusiones

Habiendo efectuado un extenso análisis sobre el tema a investigar, a la luz del estudio llevado a cabo, me encuentro en posición de dar mis conclusiones sobre la temática aquí planteada. Esta tesis tuvo su inicio a raíz de un caso real mediante el cual se dejó en manifiesto una problemática actual de nuestro Derecho Penal, la existencia de una laguna legal en casos en los cuales por inobservancias a los deberes de cuidado se provocaba la muerte de seres humanos dentro del seno materno. Dicha problemática abrió un interrogante, *¿se encuentra desprotegida la vida de los seres humanos durante la gestación del embarazo ante acciones perpetradas por terceros mediante imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo?*

Al finalizar este trabajo, en el cual surgieron durante su transcurso otras incógnitas y cuestiones cuyas respuestas fui brindando en el camino, puedo asegurar que el interrogante ha sido resuelto y que la vida de los sujetos por nacer se encuentra desprotegida ante conductas culposas que provoquen su muerte y ello se debe a la laguna legal existente en nuestra legislación que no penaliza dichas acciones, por lo que

---

<sup>100</sup> Exp: 97-000194-395-PE, Res: 2001-00791, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 20/08/2001.

<sup>101</sup> Art. 133 CPG: *Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.*

propongo para su solución la creación del tipo penal de aborto culposo en nuestro Código Penal.

La vida, es un derecho inherente a cada ser humano, extrapatrimonial, inalienable, perpetuo y oponible erga omnes, que se obtiene por la sola condición de, justamente, ser humano. Es fundamental para la existencia de los restantes derechos y es el núcleo de toda sociedad, ya que sin ella no hay derechos, no hay sociedad, ni siquiera estado, no hay bienes jurídicos que proteger, ya que todos derivan de ella, por eso es tan importante. Es el bien jurídico máspreciado y el mayormente protegido por la legislación nacional y diversos tratados internacionales. Nuestro Código Penal, en su Título I, Libro II de la parte especial, lo hace bajo el título “Delitos contra las Personas”, siendo el delito de homicidio el primero de todos los delitos contemplados en el Código de Fondo y aquél que reviste mayor pena (arts. 79 y 80).

El derecho a la vida es un derecho fundamental, el principal, que da origen al resto de los derechos inherentes a la persona humana, el cual debe y es protegido desde el momento de su concepción, sea para aquellos que nacieron y son dependientes o los que tienen su cuerpo en formación.

Nuestra Constitución Nacional no establece específicamente este derecho, pero es deducible de su texto al tutelar la vida y la integridad física de todas las personas que habitan el suelo argentino, estableciendo en su art. 18 que quedan abolidas la pena de muerte por razones políticas, los tormentos y los azotes y hace mención específica a las igualdades civiles (arts. 16), a la vez que taxativamente lo encontramos en numerosos tratados internacionales, los que, de acuerdo al art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna, adquieren jerarquía Constitucional. Todos estos tratados son coincidentes en la importancia de la protección de la vida desde su concepción, la cual no puede ser privada por la acción de los estados ni de otros particulares.

La problemática que dio origen a este trabajo pone en manifiesto que este derecho, el más importante, está desprotegido ante determinadas circunstancias y en el estado en que resulta más vulnerable, en su formación. Si consideramos que el derecho a la vida es el primer derecho fundamental a proteger, no podemos dejar de lado el hecho de que la vida humana, aquella que está en etapa de gestación en el seno materno, quede desprotegida. Al no encontrarse penalizado el aborto que se produce mediante infracciones a los deberes de cuidado se vislumbran situaciones en las que este derecho a la vida no está tutelado, por lo que existe una falta de equidad no sólo en relación a los sujetos por nacer que ven peligrada su vida ante conductas dolosas, cuyo autor sí podrá ser juzgado y condenado por su accionar, sino también ante los sujetos ya nacidos e

independientes de la madre cuya protección legal abarca ambas formas, dolosa y culposa.

Se aprecia claramente que si comparamos el resguardo que nuestro ordenamiento jurídico hace al derecho a la vida, teóricamente la protege, a través de su Ley Superior y los tratados internacionales de igual jerarquía, sosteniendo que la misma es inviolable, pero en la práctica la deja vulnerada. Es tan socialmente aceptado este concepto de la intangibilidad de la vida, que la propia “María” de nuestro ejemplo inicial en este trabajo no podía comprender que el causante de la muerte de su hijo por nacer, pese haberse probado su responsabilidad en el trágico desenlace, no podía ser condenado. Su reacción fue lógica, ¿la vida no debe ser protegida?, si es así, si la vida es lo más importante y es lo principal a defenderse, tanto que hasta uno puede matar en legítima defensa para preservarla... ¿cómo es posible que el responsable de la muerte de un ser humano, aunque sea en gestación, no sea punido por su conducta?.

Lo que “María” no podía comprender nos lo es explicado a través del Principio de Legalidad, el cual resulta ser la herramienta que protege a los ciudadanos de una sanción arbitraria por parte del Estado. Esta herramienta también encuentra su tutela en nuestra Constitución Nacional la cual establece en su art. 19 que ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe y su art. 18 dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

La finalidad de este principio es reforzar la seguridad de los individuos para con el Estado al estar determinada con anterioridad las conductas debidas o prohibidas, de forma que sea conocido lo que pueden hacer y lo que no, sin verse expuestos a decisiones sorpresivas que dependan de la voluntad de quien ocasionalmente gobierna. El Juez, por lo tanto, quien en nombre del Estado ejerce el poder de aplicar la ley ante los conflictos de los individuos, debe impartir justicia, siguiendo estos lineamientos, aunque considere que la ley sea injusta.

La “injusticia” reclamada por “María” no deviene entonces de la resolución del caso en sí, puesto que el médico nunca podría haber sido condenado si su conducta no es prohibida, sino que es producto de la desprotección que el propio Estado ha generado al no punir dichas acciones. Dicho en otras palabras, lo injusto no es que el médico no sea condenado por ser responsable de la muerte, lo injusto es que su accionar no configure un delito. Pero, lógicamente, si hacemos alusión a la protección constitucional de la vida, debemos también respetar los principios procesales y los derechos constitucionales de aquél que provoca imprudentemente la muerte del feto y es a raíz

del Principio de Legalidad que nos vemos limitados para reprimir aquellas acciones que no están taxativamente regladas en el ordenamiento jurídico.

De esta forma, mientras no exista una ley que reprima el delito de aborto culposo, todas las muertes que sean ocasionadas a los fetos en forma imprudente, durante su gestación en el seno materno, quedarán impunes, ya que es el Principio de Legalidad el que nos impide achacar a una persona un accionar como delictuoso, toda vez que es la ley la que lo convierte en prohibido y la ilegalidad de su acción surgirá cuando la lleve a cabo en forma imprudente y la viole.

El hecho de que vivamos en una sociedad nos pone en una situación en la que los bienes jurídicos conviven en constante riesgo a ser vulnerados y puesto que el Derecho no puede prohibir todos los actos de las personas con el fin de salvaguardarlos, es necesaria la imposición de ciertos límites, plasmados en las normas penales. En ellas, mediante la sanción de delitos dolosos, se protege aquellas transgresiones a los bienes jurídicos efectuadas con discernimiento y voluntad por parte del autor y, mediante los culposos, se impone a todos el deber de cuidado en las acciones que llevamos a cabo, debiendo realizar nuestros actos cotidianos previendo un cuidado tal que se eviten eventuales consecuencias perjudiciales para terceros y adoptando los resguardos necesarios para controlar y disminuir el riesgo de daño a los bienes jurídicos.

Es por ello, que si bien el caso práctico que aquí se planteó como ejemplo se llevó a cabo en un ambiente intrahospitalario, la vulnerabilidad de la protección de la vida de los sujetos por nacer no está solamente sometida a dicho entorno, sino a cualquier accionar desplegado por cualquier persona con igual modalidad culposa y resultado lesivo. Los delitos culposos contienen en su parte objetiva la infracción del deber de cuidado y una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal, relacionada causalmente con el resultado, mientras que en su parte subjetiva, el tipo requiere un elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, mediante culpa consciente o inconsciente, y un elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.

De esta forma, si la muerte del hijo de “María” se hubiese producido en otra circunstancia por una falta a los deberes de cuidado por parte del autor, su conducta también habría quedado impune. Así, existen numerosos ejemplos que podrían darse ya que al no estar tipificado el delito culposo, no existe un deber de cuidado en las acciones que llevamos a cabo en forma cotidiana que nos obligue a realizar nuestros actos previendo un cuidado tal que se eviten eventuales consecuencias perjudiciales para terceros

El aborto en nuestra legislación está penado sólo en su forma dolosa. Nuestro Código Penal reprime el delito desde su artículo 85 al 88 y prevé casos en los que se provoque la muerte del feto con o sin consentimiento de la madre, con participación de médicos o distintos profesionales de la salud, o practicado por la propia madre, cada uno con sus respectivas agravantes y causas de justificación. Sólo el tipo penal descrito en el artículo 87, donde se trata el aborto preterintencional, según parte de la doctrina, se acerca a una forma imprudente.

Sin embargo, no comparto aquella postura que sostiene que este tipo penal describa la forma culposa del delito. En primer lugar, descarto la tesis del dolo eventual por cuanto si bien es cierto que la norma exige que la violencia haya sido ejercida contra una mujer cuyo estado de embarazo sea notorio, lo cual obligaría al autor a adoptar los recaudos pertinentes, entiendo que estaremos frente a una conducta encuadrada en la figura del art. 85, inciso 1°. Recordemos que tal como se explicó en el primer apartado de este tipo penal, el mismo es doloso y no tendría sentido que el legislador creara dos tipos penales para una misma acción sólo para distinguir dos tipos de dolo.

Asimismo, considero que si la misma figura determina que el estado de embarazo debe ser notorio o le constare al atacante, no existe culpa inconsciente, pero, sin embargo, tampoco existe culpa consciente, ya que la intención de violentar contra una mujer cuyo embarazo es notorio o le conste al agresor, se contrapone con cualquier imprudencia que se pudiera ejercer. Además, cuando el legislador ha querido sancionar la modalidad culposa en los delitos del código, incluyó en el texto de cada norma para cada caso en particular el tipo culposo correspondiente y utilizó expresiones similares entre sí que denotan claramente la imputación a título de culpa. Entonces, quien ejerce violencia contra una mujer cuyo estado de embarazo es notorio o le constare del mismo, no está obrando con *imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo*. Sumado a ello, tampoco son proporcionales las escalas penales de este tipo con los de las figuras culposas.

Considero entonces que en el art. 87 estamos frente a un caso de preterintencionalidad, puesto que para que se produzca ésta es necesario que el agente tenga una intención delictiva de un delito de menor gravedad y que el resultado antijurídico exceda esa intención y provoque uno de mayor gravedad al buscado, sin que el medio empleado haya sido idóneo para ello (“...el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.”).

Si bien es cierto que la norma exige que se ejerza “violencia” contra la mujer y la misma no constituye por sí sola delito, esta es ejercida claramente con el fin de causar lesiones a la embarazada o un menoscabo en su salud física o psíquica y es allí donde encontramos la intención delictiva del atacante que luego se ve desembocada en la muerte no querida del feto.

Ahora bien, no puedo dejar de lado el hecho de que nuestro Código Penal sanciona el aborto doloso causado por la propia madre. Si el propósito de este trabajo es la creación de un tipo penal de aborto culposo y se analizó las acciones de terceros que en forma imprudente ocasionen la muerte del feto, también debo hacer mención a la propia acción de la madre que, violando el deber de cuidado, provoca el mismo resultado lesivo.

Creo correcta la postura de que la imprudencia de la propia mujer que causa el aborto no sea punible (tal como lo contemplan las legislaciones de España, El Salvador y Guatemala). En tal sentido, soy partidario de la aplicación en los delitos culposos de la pena natural, ese mal grave que el agente sufre en la comisión del delito y se suma a la pena estatal que es impuesta sin referencia a esa pérdida. Si a raíz de la imprudencia de la madre se provoca la muerte de su futuro hijo, la pérdida provocada por su propio accionar negligente podría generar un gran daño en su salud psíquica, lo que permite prescindir de la pena estatal y evitar de esta forma una superposición de penas que la obligue a soportar, además de su desconsuelo, un castigo estatal, viéndose violentado el principio de proporcionalidad que exige la imposición de las penas.

De todo lo expuesto a lo largo de esta investigación, podemos afirmar que tanto nuestra legislación, siguiendo los lineamientos de la Constitución Nacional, como los tratados internacionales y la legislación comparada, consideran que el Derecho a la Vida es el principal de los derechos personalísimos, siendo la vida el bien jurídico máspreciado. Nuestro Código Penal, protege la vida desde su concepción hasta su muerte, haciéndolo desde la fecundación hasta el nacimiento mediante el tipo penal de aborto y, a partir de nacidos, por medio el delito de homicidio.

En ese sentido, el Código Penal prevé y reprime tanto las acciones dolosas como las culposas en relación al homicidio, pero en el caso del aborto sólo lo hace con conductas llevadas a cabo con discernimiento y voluntad, no así aquellas llevadas a cabo mediante las inobservancias a los deberes de cuidado. Por tal motivo, aquellas acciones llevadas a cabo por sujetos con imprudencia que tengan como resultado la muerte del feto, no podrán ser sancionadas en virtud de los límites que impone el Principio de Legalidad, por lo que me encuentro en condiciones de asegurar que he

resuelto el interrogante original de este trabajo y afirmar que se encuentra desprotegida la vida de los seres humanos durante la gestación del embarazo ante acciones perpetradas por terceros mediante imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo.

Esto ha provocado una notoria desigualdad entre aquellos casos en lo que se ha producido el mismo resultado lesivo -muerte del feto-, pero en forma dolosa, como así también una contradicción normativa entre la importancia que la vida presenta en nuestra Constitución Nacional y la desprotección a la que la somete el derecho penal, por lo que resulta necesario que tal conducta sea reglamentada puesto que no podemos juzgar el obrar aquí analizado si no está previamente tipificado en el Código Penal (*lex praevia y scripta*), ni tampoco intentar subsumirla en otro delito análogo (*lex stricta*). Debe estar descripta en forma clara la prohibición y el bien jurídico protegido para que se actúe en comportamiento según la regla (*lex certa*), en el sentido más restringido. Debe, entonces, resolverse la laguna jurídica existente en nuestro ordenamiento y ampararse el mayor de los bienes jurídicos, la vida, con el fin de evitarse nuevas “injusticias” como la reclamada por “María” y para ello, tiene que ser creado el tipo penal de aborto culposo en nuestro Código Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- **Bacigalupo Enrique**, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, 1999.
- **Badeni, Gregorio**, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Editorial La Ley, 2006.
- **Bidart Campos, Germán J.**, *Manual de la Constitución Reformada*, Editorial Ediar, Tomo II, 1998.
- **Bonesana Cesare, Marqués de Beccaría**, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, traducción al castellano por **Guillermo Cabanellas de Torres**, Editorial Heliasta SRL, 1993.
- **Breglia Arias Omar y Gauna Omar R.**, *Código Penal y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, 6ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- **Campbell, Neil y Reece, Jane**, *Biología*, 7ª edición, Edición en español de la obra *Biology* traducida por varios autores, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2007.
- **Cerezo Mir, José**, *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- **Chiara Díaz, Carlos A.** *Código Penal y Normas Complementarias, Comentado, Concordado y Anotado*, Editorial Nova Tesis, Rosario, 2011.
- **Corcoy Bidasoro, Mirentxu**, *El Delito Imprudente, Criterios de imputación del resultado*, Editorial BdeF, 2ª edición, Buenos Aires, 2005.
- **Creus, Carlos**, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
- **D'Alessio, Andrés José**, *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado*, 2ª Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.
- **De la Fuente Hernández, Alfonso**, *Gametogénesis, fecundación, determinación del sexo, nidación y placentación en Tratado de Reproducción Humana para Enfermería*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2008.
- **Domingo Rafael**, “El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán, observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, Nro. 2, 1994.
- **Donna, Edgardo Alberto**, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1999.

- **Fabbrini Federico**, *Fundamental Rights in Europe, Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Reino Unido, 2014.
- **Feijoo Sánchez, Bernardo**, *Compendio de derecho penal, parte especial*, Editorial R. Areces S.A., Madrid, 2003.
- **Feuerbach, Anselm V.**, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania (Giessen, 1801)*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por **Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer**, Editorial Hammurabi, 1989.
- **Fontán Balestra, Carlos**, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- **González Rus, Juan José**, *El homicidio y sus formas de Curso de derecho penal español*, Editorial Marcial Pons, 1996.
- **Gössel, Karl Heinz**, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band I, C.F. Müller, Müller, 1987.
- **Hurtado Pozo, José**, *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, Sesator, Lima, 1982.
- **Jakobs, Günter**, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- **Jescheck, Hans-Heinrich**, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- **Jiménez de Asúa, Luis**, *Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- **Maggiore, Giuseppe**, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.
- **Mir Puig, Santiago**, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2012.
- **Molinario, Alfredo J.**, *Los Delitos*, Editorial TEA, Buenos Aires, 1996.
- **Montesinos Castro-Gironas, M.; Victoria Fuster, A; Ferrés Torres, E.; Montesinos Carbonel, M. y Montesinos Carbonel, M. L.**, *Anidación y Placentación en Manual de Embriología y Anatomía General*, Universitat de València, Valencia, 1991.
- **Moore, Keith L.; Persaud, T.V.N; y Torchia Mark G.**, *Embriología Clínica*, 9ª edición, Edición en español de la obra *The developing human. Clinically oriented embryology* traducida por **Santiago Madero García**, Editorial El Sevier, Madrid, 2013.
- **Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis**, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador.

- **Moreno, Rodolfo (h)**, *El Código Penal y sus antecedentes*, Editorial H.A. Tommasi, 1923.
- **Núñez, Ricardo**, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 2008.
- **Quiroga Lavié, Humberto**, *Derecho Constitucional Argentino*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- **Ravinovich, Josefina**, *El desarrollo psicosexual entre los 0 y los 5 años en Educación sexual desde la primera infancia – Información, salud y prevención*, Editorial Novedades Educativas, Buenos Aires, 2009.
- **Ravioli, Julio A.**, “La muerte: problema médico legal”, *Revista de derecho penal*, año I, número 2, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012.
- **Righi, Esteban**, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- **Rivera, Julio César**, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, Tercera Edición Actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- **Rodríguez Ramos, Luis**, *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*, 3ª Edición, La Ley, Madrid, 2009.
- **Roxin, Claus**, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- **Schwarcz, Ricardo; Sala, Silvestre; y Duverges, Carlos**, *Obstetricia*, 3ª edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1974.
- **Silva Sánchez, Jesús María**, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª Edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2010.
- **Silva Sánchez, Jesús María**, “Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del Status Personae”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 9, 2007.
- **Silva Sánchez, Jesús María**, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.
- **Soler, Sebastián**, *Derecho Penal Argentino*, Editorial TEA, Buenos Aires, 1996.
- **Terragni, Marco Antonio**, *Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008
- **Terragni, Marco Antonio**, *El Delito Culposo*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1998.

- **Yacobucci, Guillermo J.**, *El sentido de los principios penales – su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002.
- **Yacobucci, Guillermo J.**, *El Sentido de los Principios Penales*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2014.
- **Yacobucci, Guillermo**, “*Algunos Aspectos de la Responsabilidad Penal del Médico*”, en Federación Médica del Interior. Responsabilidad médica para el tercer milenio. Maldonado: FEMI, Tribunal de Ética Médica, 2001.
- **Zaffaroni, Eugenio Raúl y Carlés, Roberto Manuel**, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2014.
- **Zaffaroni, Eugenio**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005.
- **Zielinski, Diethart**, *Dolo e Imprudencia*, Edición traducida por **Marcelo A. Sancinetti**, Editorial hammurabi, Buenos Aires, 2003.